UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO DANIEL DAIBES RESQUE

O CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA FINS DE RESERVA DE VAGAS AO MERCADO DE TRABALHO

BELÉM
2014

JOÃO DANIEL DAIBES RESQUE

O CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA FINS DE RESERVA DE VAGAS AO MERCADO DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Direitos Humanos
Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Inclusão Social
Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho.

BELÉM
2014

JOÃO DANIEL DAIBES RESQUE

O CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA FINS DE RESERVA DE VAGAS AO MERCADO DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Direitos Humanos
Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Inclusão Social

Banca Examinadora:

_____
Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Instituição: Universidade Federal do Pará - UFPA

_____
Membro Avaliador: Prof.(ª) Dr.(ª)
Instituição:

_____
Membro Avaliador: Prof.(ª) Dr.(ª)
Instituição:

Apresentado em: ____/____/____

Conceito: _____

Para João, Najla, Antônio José e Mellina, minha amada família. Dedico este trabalho também para meu primo Luiz Eduardo, e em memória de meu avô, Said Daibes, os quais vivem e vivenciaram na pele as barreiras ambientais e sociais impostas às pessoas com deficiência.

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa é fruto não só do meu trabalho, como também da contribuição árdua e valorosa de outras pessoas que, direta ou indiretamente, estiveram ao meu lado nessa caminhada. Qualquer agradecimento que eu registre nesta obra não será o suficiente para externar toda a gratidão que sinto a todas essas pessoas.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que me deu forças e esperança, saúde e sabedoria para lidar com as adversidades da vida ao longo desses 2 anos. Tudo o que tenho e todas as minhas conquistas devo, primeiramente, a Ele. Espero que esse trabalho, de alguma forma, possa despertar nas pessoas a consciência de que somos todos iguais aos olhos do Criador.

Gostaria de agradecer à minha família, na figura de meus pais, João Batista Haber Resque e Najla Maria Said Daibes Resque, e de meu irmão Antônio José Daibes Resque. Sem o suporte de minha família, sem o amor incondicional e o carinho dessas pessoas, jamais conseguiria chegar até aqui. Agradeço especialmente a compreensão de minha mãe, ao aceitar e respeitar a decisão que tomei pela vida acadêmica e pela docência.

Devo agradecer, também especialmente, à minha namorada, Mellina Brito Conte, companheira incansável e que suportou ao meu lado todas as adversidades deste percurso acadêmico. Me apoiou nos momentos de tristeza, ouviu incansáveis lamentos e decepções que tive, por vezes foi privada de minha companhia ou de meu bom humor, mas sempre me ofereceu ajuda e apoio. Foi ouvinte de discussões teóricas que nem sempre lhe agradavam ou eram de seu interesse, mas sempre foi atenciosa e buscou opinar sobre quais caminhos eu poderia tomar. Foi leitora e crítica de muitas páginas e ideias aqui escritas. Não há palavras para agradecê-la.

Agradeço também à Universidade Federal do Pará, e ao Programa de Pós Graduação em Direito, na figura dos servidores e docentes que fazem deste lugar um ambiente único, o qual não pretendo abandonar jamais. Sou egresso dessa casa e nela pretendo fincar minhas raízes para sempre, por gratidão a tudo que recebi de bom em termos pessoais e profissionais, sempre lhe prestarei serviços.

Devo registrar também que este trabalho foi fruto da dedicação zelosa de meu orientador José Claudio Monteiro de Brito Filho. Desde o primeiro momento em que pisei na Universidade Federal do Pará, contei com seu apoio. Jamais esquecerei disso. Me orientou no trabalho de conclusão de curso ao final da graduação, e novamente abriu-me as portas da academia no Programa de Pós Graduação em Direito. Me ensinou valiosas lições sobre o que de fato é ter atitudes inclusivas, me cobrou quando deveria cobrar, e me recompensou com sua confiança e amizade. Tomo seu exemplo como profissional dedicado a vida acadêmica para mim. Espero sempre corresponder às suas expectativas.

Agradeço também ao Professor Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol, que contribuiu imensamente para esta pesquisa. Fez observações fundamentais durante a Qualificação e sempre se mostrou solicito a indicar-me textos e outros materiais úteis. Da mesma forma, agradeço à Professora Dra. Jane Felipe Beltrão que enriqueceu esta pesquisa com seus conhecimentos e intervenções pertinentes durante a Qualificação do Projeto. Sou grato também ao Professor Dr. Luiz Alberto David Araújo, que nas poucas vezes em que mantivemos contato, foi sempre solicito e acessível. Não poderia esquecer também da Professora Dra. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, que me acolheu no estágio docente, na impossibilidade de meu orientador.

Aos meus grandes amigos Tiago Nasser Sefer e Laercio Dias Franco, que compartilharam a mesma caminhada, acompanhando-me desde a escola, passando pela graduação e agora no mestrado. Espero dividir novamente com eles outras experiências como estas. Agradeço também aos meus amigos, companheiros de graduação e mestrado, Hirohito Diego Athayde Arakawa e Silvia Tavares e Mariah Torres Aleixo. Agradeço também à amiga e professora Valena Jacob Chaves Mesquita, de quem tive a honra de ser aluno e também colega na Pós Graduação.

Por fim, agradeço a todos aqueles que contribuíram indiretamente com essa pesquisa, me dando o suporte necessário para realizá-la, como os meus amigos Tiago Estácio, Yuri Mousinho e Bernardo Hage.

“Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legitimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os seus cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania.”

(Ronald Dworkin)

RESUMO

Esta dissertação analisa o conceito de pessoa com deficiência disposto na legislação nacional e internacional, perquirindo quem são os integrantes desse grupo vulnerável que possuem o direito às vagas reservadas ao mercado de trabalho, previsto na Constituição Federal de 1988 e nas Leis nº 8.112/90 e 8.213/91. Trata-se de uma pesquisa com enfoque na aplicação das ações afirmativas, especificamente o sistema de cotas, destinado à inclusão social das pessoas com deficiência. Verifica-se a existência de uma polêmica questão referente à relativa indeterminação de quem são os destinatários dessa medida. Assim, trazemos para o debate o conjunto normativo de leis, decretos e tratados internacionais que buscaram definir as pessoas com deficiência, entre os quais destacamos o Decreto nº 3.298/99 e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. Mas também analisamos as principais referências teóricas relacionadas ao universo da deficiência, ocasião na qual exploramos a evolução dos direitos humanos e fundamentais desse grupo, passando pelos principais paradigmas e reivindicações dos movimentos sociais, conhecendo assim quais são os alicerces de tais direitos e de que forma exigem o tratamento igualitário. Procuramos esclarecer e desfazer o imbróglio conceitual que se estabeleceu no sistema jurídico brasileiro ao longo dos últimos 25 anos, por meio da difusão das informações acima citadas. Visamos com isso possibilitar que as ações afirmativas cumpram certos requisitos de validade, entre os quais o dever de justiça e eficiência na redistribuição dos recursos fundamentais. Destacamos que o dever de inclusão social, bem como o sucesso das ações afirmativas, estão subordinados ao maior conhecimento sobre os direitos desse grupo, tanto por parte dos operadores do direito, como dos demais profissionais de outras áreas do saber, os quais devem trabalhar em conjunto para identificar quais fatos relevantes no contexto social tornam esse indivíduos vulnerabilizados e justificam a proteção estatal por meio do sistema de cotas.

Palavras-chave: Direitos humanos das pessoas com deficiência; justiça distributiva; ação afirmativa; direito ao trabalho; inclusão social; conceito de pessoa com deficiência; Convenção da ONU.

ABSTRACT

This dissertation examines the concept of a person with provisions of national and international disability law, inquiring who the members of this vulnerable group who have reserved the right to the labor market vacancies, by the Federal Constitution of 1988 and the Law No. 8.112/90 and 8.213/91 . This is a survey focusing on the implementation of affirmative action, specifically the quota system aimed at social inclusion of people with disabilities. Verifies the existence of a disputed issue concerning relative indeterminacy of who are the addressees of that measure. Thus , we bring to the debate the normative set of laws , decrees and international treaties that have sought to define people with disabilities , among whom Decree No. 3.298/99 and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities UN . But we also analyze the main theoretical references related to the universe of disability, occasion in which we explore the evolution of human and fundamental rights of this group, through the main paradigms and demands of the social movements, knowing well what are the foundations of such rights and how require equal treatment. We seek to clarify and undo the conceptual mess that was established in the Brazilian legal system over the past 25 years, through the dissemination of the above information. We aim to enable it to comply with certain affirmative action requirements of validity, including the duty of justice and efficiency in fundamental redistribution of resources. We emphasize that the duty of social inclusion , as well as the success of affirmative action, are subject to greater knowledge about the rights of this group , both by law operators, as other professionals from other disciplines, which should work together to identify relevant facts in the social context that make individuals more vulnerable and justify state protection through the quota system .

Keywords: Human rights of persons with disabilities; distributive justice; affirmative action; right to work; social inclusion; concept of a person with disabilities; UN Convention.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANC	Assembleia Nacional Constitucional
APAES	Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
AVC	Acidente Vascular Cerebral
BPC	Benefício de Prestação Continuada
CESPE	Centro de Seleção e de Promoção de Eventos
CID-10	Classificação Internacional de Doenças, 10ª Revisão
CIDID	Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens
CIF	*Clasificación Internacional del Funcionamento de la Discapacidad y de la Salud*
CIF	Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CORDE	Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
DPI	*Disabled Peoples' International*
ESAF	Escola de Administração Fazendária
EUA	Estados Unidos da América
FCC	Fundação Carlos Chagas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICIDH	*International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps*
ICF	*International Classification of Functioning, Disability and Health*

IDC	*International Disability Caucus*
INSS	Instituto Nacional da Seguridade Social
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
MDPD	Movimento de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONEDEF	Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos no Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial da Saúde
QI	Quociente de Inteligência
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....14

2 OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PARADIGMA DA INCLUSÃO SOCIAL.....25

2.1 As pessoas com deficiência e sua história de exclusão.....26

2.2 Os Direitos Humanos e os novos paradigmas.....30

2.2.1 A Igualdade e a Dignidade Humana como fundamentos dos Direitos Humanos e da proteção de grupos vulneráveis.....36

2.2.2 O advento dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência.....46

2.2.3 O movimento de inclusão social.....53

2.3 Os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e o compromisso com a inclusão social.....63

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO.....73

3.1 O direito da pessoa com deficiência ao trabalho.....74

3.2 Ação afirmativa: a busca da igualdade real.....81

3.2.1 O sistema de cotas para os trabalhadores com deficiência.....88

3.3 A justiça igualitária das ações afirmativas: “a quem”, “como” e “o que” (re)distribuir.....97

3.3.1 A teoria da “Justiça como Equidade” de John Rawls e as vulnerabilidades.....101

3.3.2 A crítica de Amartya Sen: as capacidades e a diversidade humana.....114

3.3.3 A teoria da “Igualdade de Recursos” de Ronald Dworkin e as deficiências.....120

4 O CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....132

4.1 O problema conceitual: quem são as pessoas com deficiência e a quem as vagas devem ser reservadas – uma advertência metodológica.....133

4.2 Classificação da deficiência.....140

4.3 A questão terminológica.....149

4.3.1 A evolução terminológica nas Constituições brasileira.....150

4.3.2 Outros termos comuns.....158

4.4 A questão conceitual.....167

4.4.1 Conceito aberto *vs* conceito fechado.....186

4.4.2 A visão do judiciário e outros precedentes institucionais.....196

4.5 Conhecendo as chaves do conceito da Convenção da ONU.....208

4.5.1 O significado do termo impedimento e as Classificações da OMS.....209

4.5.2 Diferença entre deficiência e doença.....215

4.5.3 O significado da expressão “longo prazo” 218

4.5.4 Descobrindo as barreiras no trabalho.....221

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....228

REFERENCIAS.....242

1 INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência enfrentam um longa trajetória de marginalização e exclusão durante toda a história da humanidade. Quase sempre foram tratadas como sub-humanos ou indivíduos sem valor. Sem ter a sua dignidade reconhecida, respeitada e conservada, esse grupo vulnerável sofreu constantemente os agouros da exclusão social.

Na sociedade contemporânea, marcada pelo forte domínio do sistema capitalista, que estimula cada vez mais um mercado de trabalho competitivo e excludente, onde prima-se pela eficiência e pelos padrões de comportamento homogeneizantes, a deficiência tem sido vista como um estorvo à produtividade e ao crescimento econômico. Esse fato fez com que as pessoas com deficiência tenham sido mantidas alheias ao processo produtivo e ao mercado de trabalho.

Ao contrário do restante da sociedade em idade produtiva, as pessoas com deficiência sempre tiveram poucas e escassas oportunidades de trabalho e emprego, passando então a ser alvo de políticas assistencialistas que, embora lhes garantissem a possibilidade de sobreviver, em nada contribuíam para a conquista da autonomia e independência. Em vez disso, como pacientes da caridade da população e do assistencialismo governamental, essas pessoas tiveram apenas suas situações de dependência e exclusão perpetuadas e acirradas.

Os motivos e as razões para a exclusão e discriminação deste grupo são diversas. Desde fatores históricos e religiosos, passando pelo estranhamento e o desconhecimento social de suas verdadeiras capacidades, este grupo vulnerável teve seu acesso ao mercado negado pelo restante da sociedade, a qual internalizou o sentimento de que tratavam-se de pessoas incapazes de laborar.

Nesse sentido, diversos são os obstáculos impostos pelos empregadores, incluindo o Poder Público, para que essas pessoas possam ocupar um posto de trabalho. São ambientes inacessíveis à pessoas com deficiência física e dificuldade de locomoção, falta de ferramentas assistivas para pessoas com deficiências sensoriais, além, é claro, do forte preconceito que se move contra esse grupo vulnerável.

Este último aliás, é um dos principais responsáveis pela exclusão das pessoas com deficiência do mercado de trabalho, pois fomenta a criação de outras barreiras. Com base nesse sentimento negativo, as pessoas com o vírus HIV são preteridas no mercado privado de trabalho e eliminadas de concursos públicos na fase do exame médico, por motivos clínicos; as pessoas com deficiências físicas são consideradas inaptas para a realização de tarefas e funções que não lhes exigem qualquer esforço; as pessoas com deficiências estéticas graves e aparentes (como queimaduras e cicatrizes que cobrem todo o rosto) são excluídas por não terem "boa aparência" ou não imporem respeito, e assim por diante. Note-se que a exclusão, embora seja justificada com base nos predicados das pessoas com deficiência, são sempre atos praticados pela sociedade, que não está aberta para receber com o respeito e a dignidade que essa pessoas merecem.

Sob a égide dos Direitos Humanos, um novo paradigma que se assenta nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade humana reivindica um tratamento diferenciado para esse grupo de pessoas historicamente discriminadas. Essas pessoas passam a ser sujeitos de direitos garantidos universalmente a todos os demais membros da espécie humana, assim como também direitos especiais de proteção que tem como foco específico a vulnerabilidade social a qual esses indivíduos estão submetidos.

Esse tripé – igualdade, liberdade e dignidade humana –, que sustenta a concepção valorativa dos direitos humanos, recoloca as pessoas com deficiência como seres dotados de dignidade e direitos inerentes à condição humana. Devolve-lhes a condição de sujeitos de direitos e deveres tais como qualquer outro cidadão do corpo societal. Com base nesses princípios normativos, qualquer discriminação com base na deficiência viola o direito humano que todos os indivíduos possuem a serem tradados com igual respeito e consideração, bem como de ter sua dignidade preservada.

Esse direito, de ser tratado com igualdade e dignidade, se estendeu como forma de tratamento para todos os demais direitos humanos, entre eles o direito ao trabalho, principal meio de subsistência e de concretização dos planos de vida do ser humano nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, os direitos humanos garantiram à pessoa com deficiência o direito de não serem discriminadas quando da procura, manutenção e promoção no trabalho.

Ocorre que a simples anunciação da igualdade formal entre os seres humanos, como um direito universal, não é suficiente para promover a inclusão social, visto que esse comando não é capaz, sozinho, de romper com as barreiras culturais e sociais da discriminação. Vedar a prática de tratamentos discriminatórios não é o único meio, e nem o mais eficaz, para corrigir situações de desigualdade e exclusão que se perpetuaram durante séculos, e que continuam sendo diariamente observadas, não obstante essas condutas sejam proibidas.

Isso porque, a igualdade formal – sem querer rechaçar a sua importância histórica, política e jurídica na construção dos Direitos Humanos – se mostra insatisfatória no reconhecimento de um fato que pode ser facilmente observado como uma verdade absoluta da natureza humana, qual a seja a de que os indivíduos são diferentes entre si, seja se considerarmos aspectos impessoais, como bens ou status social, seja ao compararmos os aspectos pessoais, como altura, cor da pele, gênero, talentos e outros atributos. Por mais que se queira estabelecer um estatuto normativo que ordene no plano formal a igualdade e a proibição entre os indivíduos, esse projeto não estará completo, nem se concretizará a curto prazo caso não prevejam-se também instrumentos e medidas hábeis a promover a igualdade de fato.

Prova disso é que, ainda que proibida a conduta discriminatória, não raro nos deparamos com os fatos já acima apontados, onde as pessoas com deficiência são habitualmente preteridas quando da seleção de candidatos a um posto de trabalho, seja ele público ou privado, e quando também se opta em demitir ou promover algum funcionário dentro do quadro de trabalhadores de um órgão público ou empresa privada. Isso porque essa vedação da discriminação não temo condão reformador da cultura de exclusão da diversidade que é assimilada pela sociedade.

Nesse sentido, as ações afirmativas desempenham um importante papel na promoção da igualdade, pois cumprem a função de inverter a lógica da igualdade formal, para então beneficiar os membros de um grupo vulnerável, que antes tinham seu acesso à recursos fundamentais – como o direito ao trabalho – negados na prática. As ações afirmativas, nesse sentido, não se restringem à garantir a igualdade formal, mas a promover por meio de prestações positivas a inclusão social de indivíduos antes excluídos.

Esse tipo de medida recoloca a igualdade em seu caráter substancial, pois valoriza a existência da diferença entre os indivíduos, as quais não os tornam piores ou melhores em essência, mas apenas reconhece o fato de que, ao serem diferentes, essas pessoas serão tratadas de forma diferente pelo restante da sociedade, o que pode implicar um tratamento discriminatório. Assim, a igualdade, em sua vertente substancial, revela a existência de um direito à “diferença”, que nada mais é do que o direito de ser tratado de forma igual, mas sem ter a sua diversidade humana suprimida.

Além do mais, as ações afirmativas proporcionam a interação entre grupos vulneráveis e o restante da sociedade, criando o espaço de convivência e possibilitando a mudança de mentalidade, muitas vezes sustentada por preconceito e desconhecimento sobre as capacidades da pessoa com deficiência.

No Brasil, existem diversas medidas de ação afirmativa, dentre as quais as mais difundidas são o sistema de cotas, ou reserva de vagas, para promoção do acesso de grupos vulneráveis à determinados direitos fundamentais, como a educação e o trabalho. O sistema jurídico brasileiro impõe a adoção dessas medidas, não só ao adotar princípios e vetores constitucionais que revelam a adoção de um modelo de justiça distributiva liberal, no sentido do liberalismo igualitário, mas também ao trazer regras explícitas que vinculam tanto os particulares como o Poder Público a contratarem trabalhadores com deficiência. É como dispõe o artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal de 1988 e as Leis nº 8.112/90 e 8.213/91.

Essas normas preveem que as empresas privadas e o Poder Público devam reservar um percentual de suas vagas de trabalho para a contratação de pessoas com deficiência, distribuindo assim esse bem fundamental e escasso, indispensável para a promoção e preservação da dignidade humana desses indivíduos e essencial para a concretização de outros direitos fundamentais e para o planejamento e persecução de seus planos de vida.

Ocorre que a legislação que criou o sistema de cotas não disciplinou a quem de fato elas se destinariam, se limitando a mencionar genericamente que as vagas deveriam ser reservadas às pessoas com deficiência. O fato é que este é um termo muito vago e visto que a deficiência é uma característica bastante heterogênea e plural, assim como a diversidade humana, os operadores e

destinatários dessa norma encontrariam algumas dificuldades no momento de sua aplicação.

Como forma de solução para o problema, as autoridades executivas editaram um Decreto Regulamentar nº 3.298/99, estipulando um rol de deficiências para as quais se destinariam as normas protetivas contra a discriminação e promovedoras da inclusão social. Ocorre que esse rol de deficiências, pequeno para a grande heterogeneidade que essa característica possui, foi interpretado como um rol exaustivo dos destinatários da reserva de vagas, sem dar margens para a inclusão de novas categorias.

Mais recentemente, a Organização das Nações Unidas elaborou uma Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual foi assinada, ratificada e promulgada pelo Brasil, ingressando em nosso sistema jurídico interno com status de Emenda Constitucional. Segundo a Convenção da ONU, o conceito de pessoa com deficiência não se resume a um rol fechado de manifestações da deficiência, devendo ser considerado às implicações ambientais e sociais ao redor do indivíduo com essas características e que dificultam ou impossibilitam a sua inclusão social. Trata-se, portanto, de um conceito aberto à interpretações e mais inclusivo.

Entre esses dois conceitos, durante um lapso temporal de aproximadamente 10 anos, outros conceitos normativos surgiram, muitas vezes alterando, revogando, ou simplesmente coexistindo com os anteriores, sem que houvesse qualquer atenção por parte dos juristas e quem mais precisasse operar o sistema de cotas sobre as diferenças práticas e teóricas sobre esses conceitos.

Essa dicotomia entre o conceito aberto e fechado de pessoa com deficiência acaba acarretando alguns problemas sobre o ponto de vista da justiça e da eficiência dessas medidas de ação afirmativa, considerados aqui como critérios de validade dessas políticas públicas, entre as quais podemos citar a baixa capacidade de inclusão social desse grupo vulnerável e a insegurança jurídica quando dá aplicação da norma. Isso porque, embora o conceito fechado seja pouco inclusivo, ele é de fácil aplicação. Ao contrário, o conceito aberto é mais inclusivo, mas exige um maior esforço interpretativo dos operadores da norma para identificar os destinatários dessa política afirmativa.

Assim, sabendo que essas medidas de ação afirmativa são fundamentais para a concretização dos ideais da inclusão social e promoção dos

direitos humanos das pessoas com deficiência; reconhecendo a importância de se determinar quem são os destinatários dessa política para que se cumpram os requisitos da justiça e eficiência; considerando que a inversão do mandamento da igualdade formal, por meio de uma ação afirmativa, inevitavelmente sofrerá avaliações, positivas ou negativas, por parte da sociedade, de acordo com o cumprimento desses critérios de justiça e eficiência; assumindo que é dever dos operadores da norma que busquem cumprir com esses critérios de validade para que a política cumpra sua finalidade de incluir socialmente as pessoas com deficiência e que possam ser bem avaliadas pela comunidade:

Compreendemos que o tema desta pesquisa, qual seja a análise do conceito normativo de pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas no mercado de trabalho, é relevante e justifica-se na medida em que é necessário lançar luzes e difundir os conhecimentos dessa área tão específica do direito e que, por muitas vezes, acaba sendo negligenciada pela sociedade.

Diante da narrativa acima esboçada e do exame dos elementos jurídicos e políticos que constituem o marco teórico das ações afirmativas, delineamos a questão que norteará esta pesquisa, qual seja: quem são os sujeitos destinatários da reserva de vagas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho?

Como desdobramento dessa pergunta norteadora, outras questões secundárias surgem para delimitar a pesquisa: (*i*) serão os sujeitos do direito às vagas reservadas somente aquelas pessoas com deficiência descritas no Decreto nº 3.298/99? (*ii*) Ou é possível e justo que esse benefício seja destinado também à outros grupos de pessoas com deficiência que também sofrem com a discriminação no trabalho?

Essas questões acima descritas traçam os parâmetros da pesquisa que tem como objetivo geral discutir, sob a ótica dos direitos humanos, e com base na atual configuração legal, qual conceito normativo de pessoa com deficiência que melhor cumpre com o ideal de justiça distributiva das ações afirmativas baseadas no sistema de cotas para acesso ao mercado de trabalho, incluindo socialmente as pessoas que possuam dificuldade de ingresso e manutenção em um posto de trabalho, por conta de alguma deficiência, ao mesmo tempo em que se evita um cenário de insegurança jurídica, tornando o sistema de cotas mais eficiente e justo.

Como objetivos específicos, buscamos (*i*) conhecer a evolução histórica e teórica dos direitos humanos das pessoas com deficiência, de modo a se compreender os paradigmas que embasam o moderno sistema de inclusão social; (*ii*) compreender como a garantia do acesso ao trabalho, por meio das ações afirmativas, constituem não só um direito fundamental para esse grupo vulnerável, mas também um direito instrumental na medida em que através dele elas podem ser de fato incluídas na sociedade e gozar dos meios para alcançarem seus planos de vida; (*iii*) conhecer os diversos meandros da deficiência e das pessoas que possuem essa característica; (*iv*) demonstrar a importância de se identificar as pessoas com deficiência, levando-se em consideração a forma como se relacionam com as barreiras sociais e ambientais que representam obstáculos para a inclusão social; (*v*) relacionar as vantagens e desvantagens dos conceitos abertos e fechados; (*vii*) lançar luzes sobre o novo conceito de pessoa com deficiência disposto na Convenção da ONU de 2006, de modo à familiarizar e apresentar ao leitor os significado dos termos por ela apresentados, possibilitando também a sua interpretação.

O trabalho apresenta como hipótese principal a ideia de que para alcançar as exigências de justiça distributiva e inclusão social, com base nas disposições constitucionais e nos direitos humanos, se faz necessário incluir mais grupos de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, proporcionando uma maior eficiência das ações afirmativas.

Outras hipóteses secundárias formuladas e que serão ao fim da pesquisa avaliadas são:

(*i*) É possível e desejável elaboras um conceito fechado de pessoa com deficiência, que não esteja aberto para novas categorias de deficiências menos comuns, de maneira que cumpra com os critérios de justiça e eficiência, na medida em que possibilitam a inclusão das pessoas que realmente necessitam dessa política e que garante a segurança jurídica através de um método de aplicação da norma que se baseia na simples subsunção, não expondo o programa à críticas ou avaliações negativas daqueles que podem acreditar que se tratam de privilégios injustificados.

(*ii*) Um conceito fechado é injustificadamente exclusivo e restritivo, além de não ser algo desejável, especialmente se considerarmos os objetivos últimos das medidas de ação afirmativa, os limites da norma geral e abstrata e

da capacidade de previsibilidade humana diante do mundo dos fatos, bem como a heterogeneidade e complexidade da deficiência diante da constante evolução cientifica, tecnológica e social, que não permite reduzir essa questão à meras manifestações biológicas, mas reabre a discussão principalmente quanto a forma como a sociedade trata esse grupo vulnerável.

(*iii*) Um conceito aberto é muito mais justo e eficiente, sendo desejável a sua adoção, na medida em que possibilita a inclusão social de novos grupos de pessoas com deficiência também vulnerabilizadas. Além de ser um conceito praticável e de possível assimilação por parte dos operadores da norma, não gerando insegurança jurídica, nem relativismo, a possibilidade de ampliar o rol de pessoas protegidas pelas ações afirmativas.

(*iv*) Não é desejável e nem praticável a adoção de um conceito aberto de pessoa com deficiência, visto que sua vagueza natural, decorrente dos limites da linguagem, sempre causará insegurança jurídica e, portanto, as medidas de ação afirmativa que não identifiquem objetivamente os seus destinatários não cumprem com os requisitos de validade, especialmente a justiça e a eficiência.

(*v*) É possível que, ao se identificar os princípios de moralidade pública que sustentam a adoção das ações afirmativas e que encontram-se normatizados pelo direito vigente, bem como ao reconstruir a tradição jurídica e conhecer os paradigmas que baseiam os direitos das pessoas com deficiência à inclusão social, recorrendo inclusive à outros campos do saber, encontremos critérios e argumentos morais e jurídicos que justifiquem a ampliação do rol de pessoas protegidas para outras categorias antes excluídas, sem que se tema o risco da insegurança jurídica.

Para a realização da pesquisa, lançamos mão da metodologia consistente na análise bibliográfica: (*i*) explorando textos, livros, periódicos e outras pesquisas científicas que historiam a evolução dos direitos humanos em geral e dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência e seus paradigmas; (*ii*) reunindo e analisando a legislação nacional e internacional pertinente aos direitos humanos universais e aos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência, tais como tratados internacionais, declarações de direitos humanos, a Constituição Federal, leis ordinárias e complementares, e decretos regulamentares; (*iii*) reunindo e analisando casos judiciais, por meio da jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais (TJ) e

federais (TRF), bem como do Tribunais superiores de justiça (STJ) e do trabalho (TST), e do Supremo Tribunal Federal; (*iv*) estudando documentos e textos oficiais, produzidos ou incentivados pelo Poder Público e por Organizações Internacionais (ONU, OIT, OMS), tais como cartilhas, dados estatísticos (Censo e RAIS), relatórios, informes, guias, orientações, Classificações da OMS, entre outros; (*v*) explorando textos, livros, periódicos e outras pesquisas científicas que exploram criticamente ou analiticamente doutrinas referentes aos seguintes temas: direitos humanos, inclusão social, direitos das pessoas com deficiência, direitos sociais e direito ao trabalho, ações afirmativas, teorias da justiça e liberalismo igualitário, terminologias e significados no domínio da deficiência, conceito de pessoa com deficiência, teoria do direito; (*vi*) consultando manuais e dicionários de termos comuns e médicos.

Com base nestes elementos da pesquisa, o trabalho encontra-se dividido em três grandes partes.

A primeira delas refere-se ao capítulo no qual apresentaremos para o autor alguns conhecimento introdutórios dos direitos humanos internacionais e sobre como estes influenciaram na forma do tratamento dispensado às pessoas com deficiência. Nesse sentido, começamos expondo à forma desumana como esse grupo de indivíduos era tradado ao longo da história da humanidade antes do advento dos direitos humanos universais. Em seguida retratamos o surgimento dos primeiros auspícios da chamada “era dos direitos”, para após descrevermos e analisarmos os impactos do surgimento de direitos humanos normativamente vinculantes e universais, e de seu núcleo protetivo baseado em três valores centrais – liberdade, igualdade e dignidade, com ênfase especialmente nestes dois últimos, e como eles se estenderam na proteção de grupos vulnerpaveis.

Depois, faremos o levantamento dos principais tratados e declarações internacionais de direitos humanos que salvaguardam os direitos humanos específicos das pessoas com deficiência. Veremos no que consiste e sob quais princípios e paradigmas estão assentados o movimento de inclusão social, bem como os movimentos que o antecederam. Ao fim deste primeiro capítulo, reuniremos o arcabouço legislativo principal que protege os direitos fundamentais das pessoas com deficiência no plano jurídico interno, para

compreendermos que o Brasil adota e se propõe a cumprir com os ideais de inclusão social.

No segundo capítulo, abordaremos as ações afirmativas e do direito ao trabalho, retomando e aprofundando as noções e implicações do direito à igualdade. Veremos as principais normas de direitos humanos e fundamentais que dispõem sobre o direito ao trabalho da pessoa com deficiência, especialmente o direito à não ser discriminado no trabalho por motivo de deficiência, ressaltando que o acesso a este bem é fundamental para que essas pessoas possam prover a própria subsistência e de seus familiares, preservar a sua dignidade, gozar de outros direitos fundamentais como saúde, lazer e moradia, bem como promover sua liberdade e autonomia, rompendo com o paternalismo e o assistencialismo e se empoderando das decisões sobre seus planos de vida.

Veremos que para se alcançar os fins da inclusão social, promovendo a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não basta que se proíba a prática de condutas discriminatórias, fazendo necessário também a adoção de medidas de ação afirmativa, para corrigir desigualdade e distribuir bens antes inacessíveis para essas pessoas. Analisaremos como funciona a legislação do sistema de cotas (especialmente as leis 8.112/90 e 8.213/91), a qual requer a reserva de percentual das vagas disponíveis no mercado de trabalho. Demonstraremos que a legislação apenas se referiu de forma abstrata e genericamente aos seus destinatários, como pessoas com deficiência, sem especificar quem seriam os membros deste grupo.

Ao final deste segundo capitulo, iremos explorar o ideal de justiça que, segundo nossa visão, melhor sustenta essas medidas de ação afirmativa, para compreendermos quais questões estão em jogo quando falamos em justa distribuição, e como os teóricos políticos buscaram responder essas questões, e assim apontar qual a finalidade que se deseja alcançar com essas políticas de redistribuição de recursos fundamentais.

No terceiro e último capítulo, adentraremos no tema principal desta pesquisa, quando aprofundaremos as noções a respeito do conceito normativo de pessoa com deficiência. Iniciaremos com uma breve advertência metodológica, para facilitar a compreensão do leitor sobre as questões principais que devem ser consideradas ao se estudar o conceito de pessoa com deficiência

para fins de reserva de vagas no mercado de trabalho, bem como quais são as questões que, embora de grande importância, devem ser afastadas do domínio desta pesquisa.

Em seguida, apresentaremos as classificações e os meandros da deficiência. Abordaremos a questão terminológica retratada ao longo dos anos na legislação, para demonstrarmos a evolução e as conquistas desse grupo e do paradigma da inclusão social. Com base na questão terminológica, poderemos distinguir certos grupos vulneráveis que, não raras vezes, sã confundidos com o das pessoas com deficiência. Demarcaremos as semelhanças e diferenças entre esses grupos que atendem por denominações diferentes, segundo a legislação.

Após o exame da terminologia correta, será a vez de passarmos para a análise conceitual, onde veremos quais o conceitos normativos que a lei introduziu ao longo dos anos, e como esses conceitos repercutiram na vida das pessoas que, por conta desta definição, tinham direitos garantidos ou subtraídos. Apresentaremos a grande inovação do conceito normativo trazido pela Convenção da ONU, e como ele pode realocar o tema da deficiência sob um viés social e ao mesmo tempo médico. Ainda em referência a problemática conceitual, no terceiro capítulo faremos a análise sobre os tipos de conceito, fechado e aberto, explorando suas vantagens e desvantagens tanto para os operadores do direito, mas principalmente para os destinatários da norma.

Veremos como o judiciário e o Poder Público interpretou e fez uso do conceito fechado, e como ainda estamos distantes de aplicar o conceito aberto formalmente vigente em nosso sistema jurídico, especialmente por falta de conhecimento do jurista sobre no que de fato consiste a deficiência. Ao fim deste último capítulo, apresentarmos os principais termos empregados pela Convenção da ONU, a fim de orientar e disseminar o conhecimento introdutório sobre no que eles consistem.

Ao final dos três capítulos, e com base nas informações apresentadas ao longo do texto, exporemos nossa conclusão sobre a problemática aqui abordada e sobre as hipóteses anteriormente levantadas. Esperamos que possamos responder às principais questões levantadas nesta pesquisa e lançar luzes sobre aquelas mais complexas para estimular que novas obras sobre o tema possam surgir e dialogar com os resultados obtidos nesta pesquisa.

2 OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PARADIGMA DA INCLUSÃO SOCIAL.

Ao longo da história da humanidade as pessoas com deficiência têm enfrentado diversas dificuldades referentes ao convívio social. A trajetória dessas pessoas, desde os tempos mais remotos, quase sempre resumiu-se à tratamentos desumanos, tais como o extermínio, o isolamento e a exclusão social.

Essa trajetória, de sofrimento e dor, passa por uma grande transformação a partir da afirmação dos direitos humanos no plano internacional, após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento este que elegeu importantes bases para a garantia de condições dignas de vida e convívio entre todos os indivíduos, tais como a igualdade e a liberdade, e que inaugurou todo um sistema normativo de direitos destinados à humanidade.

É verdade que ainda hoje a deficiência tem sido vista como um sinal de impotência e de incapacidade. Trata-se de uma característica considerada muitas vezes como um símbolo de inferioridade do indivíduo que a possui, revelando o tratamento desigual ao qual as pessoas com deficiência ainda estão sujeitas, em comparação com àquelas que não possuem esse atributo.

Ainda assim, a existência de uma sistemática normativa de direitos humanos, pautada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade dos indivíduos, deve ser considerada como o principal avanço da humanidade em busca do respeito e da igual consideração, devidos a todos os indivíduos. Este fato histórico coloca o tratamento desigual e a segregação como condutas normativamente proibidas, e faz com que a igualdade se torne regra obrigatória entre os seres humanos.

A partir da consolidação dos direitos humanos verifica-se uma consequente evolução na forma como as deficiências, e as pessoas que as possuem, passam a ser tratadas pelo resto da sociedade e pelos Estados soberanos, os quais passam a garantir em suas Constituições os direitos fundamentais[1] mínimos para a garantia de uma vida digna. Um novo caminho

[1] Sobre o significado e a diferença dos termos “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, utilizamos a distinção apontada por Fabio Konder Comparato, ao classificar os Direitos Humanos

começa a ser trilhado com a vedação da exclusão. A deficiência torna-se uma pauta constantemente debatida e com isso surgem novas reivindicações por medidas de inclusão social, o que acaba culminando no desenvolvimento de políticas afirmativas.

Portanto, este capítulo inicial trata, especificamente, de ambientar o leitor com as principais transformações normativas no campo dos direitos humanos, com os diferentes movimentos, que daí se originaram, para a inserção da pessoa com deficiência na sociedade, com a evolução dos modelos de tratamento da deficiência, e como se deu o processo de internalização desses direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil de 1988, para assim compreender como estes fenômenos estão associados ao objeto que será tratado no capítulo posterior, qual seja, as ações afirmativas.

2.1 As Pessoas com Deficiência e sua história de exclusão.

As deficiências acompanham a humanidade desde os seus primórdios. A história da humanidade nos revela que a deficiência comumente foi considerada como um fator de exclusão das pessoas que as possuíam. A trajetória deste grupo de pessoas ficou basicamente restrita, quando não às crueldades do extermínio e da morte prematura, ao isolamento social – ou ainda, ao sentimento de pena e misericórdia sob a forma de assistencialismo.

Na pré-história, embora não haja indícios concretos sobre como as pessoas com deficiência viviam naquele tempo, podemos imaginar e chegar a conclusões suficientemente óbvias de que o ambiente hostil, natural e primitivo no qual a humanidade vivia não era propício e dificilmente permitia uma vida duradoura a qualquer indivíduo que apresentasse uma limitação que lhe reduzisse sua capacidade de sobrevivência.

Algumas dificuldades pelas quais os seres humanos passavam constituíam barreiras insuperáveis para a sobrevivência das pessoas com deficiência, tais como caçar alimentos, se abrigar, extrair a pele de animais para

---

como direitos de toda a humanidade no plano internacional, ao passo que os Direitos Fundamentais são direitos humanos assegurados nas Constituições dos Estados Soberanos. (A *Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176-177).

se cobrir e suportar os rigorosos invernos, se reproduzir, assim como resistir aos ataques de outros predadores[2]. Trata-se de um período histórico marcado pela predominância de povos nômades, que precisavam se locomover em longas jornadas em busca de novos abrigos e comida, fazendo com que a deficiência fosse considerada como um entrave e um estorvo para a sobrevivência do grupo, o que acarretava no abandono dos indivíduos que a possuíam[3].

A deficiência também representou, em diversas épocas, um sinal de castigo ou justiça. No Código Hamurabi (por volta de 1.700 a.C) havia previsão para que os crimes fossem punidos com penas de mutilação, consagrando a conduta conhecida como lei de talião[4].

Ainda sobre o argumento de que as pessoas com deficiência representavam um obstáculo para o desenvolvimento e comprometiam a segurança e a eficiência da comunidade, foi consagrado na Grécia Antiga, mas especificamente em Esparta, onde existia a tradição na qual as crianças que nascessem com alguma deficiência deveriam ser arremessadas do alto de um abismo, denominado de Taigeto. Também em Atenas, por uma disposição legal, em caso da cidade vir a ser sitiada havia previsão para que as pessoas "inúteis" fossem sacrificadas com a finalidade de possibilitar que as pessoas ditas "perfeitas" pudessem sobreviver[5].

Diferentemente daqueles que nasciam com deficiência, os guerreiros espartanos acidentados e feridos em combate, em defesa de sua cidade, passavam a gozar de benefícios especiais, como provisões de alimentação para si e seus familiares, além de outras vantagens. Em Atenas, os heróis de guerra também eram beneficiários de uma espécie de sistema previdenciário, onde o povo ateniense contribuía para os cuidados dos heróis de guerra e de suas famílias. Ainda assim, segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, essas

---

[2] SILVA, Otto Marques da. *A Epopeia Ignorada*: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1987. Disponível em: http://www.visionvox.com.br/biblioteca/a/a-epop%C3%A9ia-ignorada.txt. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.

[3] GUGEL, Maria Aparecida. *A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade*. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/75212384/A-pessoa-com-deficiencia-e-sua-relacao-com-a-historia-da-humanidade-1. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.

[4] RAIOL, Raimundo Wilson Gama. *Os Direitos Humanos de Acessibilidade e Locomoção das Pessoas com Necessidades Especiais*: a realidade paraense, com ênfase em Belém – PA. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2008. p. 36.

[5] *Ibidem*. p. 37

pessoas eram mantidas “afastadas do convívio social, para que sua ‘saga’ não influenciasse o moral das tropas”[6].

Na Roma Antiga, sob a vigência da Lei das XII Tábuas (451, a.C.), também havia previsão expressa autorizando os pais de crianças com deficiência a matarem seus filhos, ou se preferissem, poderiam optar em abandoná-los, colocando-os em uma cesta às margens do Rio Tibre ou em outros lugares sagrados, para que, sobrevivendo, pudessem ser criados por outras famílias longe das cidades. Também na Lei das XII Tábuas havia previsão de aplicação da pena de talião[7].

Já na denominada Era Cristã, o Cristianismo trouxe uma relevante mudança no tratamento dispensado às pessoas com deficiência. A partir desse período, a deficiência, que antes estava relacionada a noção de pecado e impureza, passou a ser fator de misericórdia e pena, iniciando-se as práticas assistencialistas.

O assistencialismo se expandiu durante a Idade Média, com a criação de diversas casas de assistência, as quais inicialmente eram mantidas pelos senhores feudais e pela Igreja, prestando amparo aos deficientes sem recursos materiais e, em contrapartida, muitas vezes os isolando completamente do restante da sociedade.

Como um dos principais exemplos desse modelo assistencialista podemos citar os denominados “leprosários”, casas de tratamento da hanseníase[8] que isolavam os pacientes do convívio social, prestando-lhes assistência médica. Com o passar do tempo, com a derrocada do sistema feudal e a secularização crescente, essas casas de assistência foram assumidas pelos Estados em formação.

Segundo Otto Marques da Silva, “do século XII ao século XV, por exemplo, só a Inglaterra chegou a organizar 750 hospitais, dos quais 217 eram

---

[6] *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos direitos humanos*: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 73.
[7] *Ibidem*. p. 72.
[8] A respeito do nome “lepra”, encontrado originalmente nos escritos bíblicos, Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin indicam que o termo fora empregado para referir-se a diversas doenças de pele, que realmente nada tem a ver com a lepra (BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1999.p. 128). Em 1873, o médico norueguês Gerhard Hansen, conseguiu identificar o bacilo que causava a doença, e desde então vem se utilizando a denominação hanseníase, ou mal de Hansen.

destinados às vítimas da temível lepra”[9]. Ainda segundo o autor: “Na Idade Média, quando um homem era declarado leproso tinha apenas um destino: banimento da sociedade e do convívio de seus familiares pelo resto da vida”[10].

Nos séculos que sucederam a Idade Média, especialmente durante o século XVII, com a formação de grandes cidades e a precariedade no sistema sanitário, houve o crescimento dos chamados internatos e hospícios, destinados a abrigar pessoas com doenças e deficiências mentais, mas onde também se alojavam e amontoavam todo contingente populacional desvalido: pobres, inválidos, mendigos, vagabundos, insanos, ociosos, alienados, criminosos perigosos e outros tipos de miseráveis, pessoas ditas improdutivas e consideradas um problema social, dando-se origem a uma nova categoria de pessoas, os internos[11].

Os motivos (sociais, econômicos, religiosos, morais, etc.) originários que conduziram legiões de estranhos aos internatos, pessoas das mais variadas estirpes, e não só a loucura, acabaram conduzindo o modelo ético dentro destes “hospitais” para uma espécie de limpeza social. O tratamento clínico era inexistente ou inapropriado[12].

Uma tentativa de interromper com o assistencialismo e com o modelo segregacionista do isolamento ocorreu ainda no século XVII, na Inglaterra, com a criação das chamadas *Workhouses*, as quais destinavam-se a proporcionar uma ocupação às pessoas com deficiência que não possuíam recursos para garantir a própria subsistência. Mas, conforme relata Fonseca, o programa não foi bem sucedido na medida em que acabou sendo ocupado predominantemente pelas pessoas pobres[13].

Nota-se que a exclusão social e a rejeição da pessoa com deficiência, em sua grande parte, refletiu a ideia de incapacidade para a realização de atividades produtivas. Esse cenário começa a mudar durante a Idade Moderna, não só com o surgimento daquilo que podemos apontar como as primeiras bases

---

[9] *Op. cit*. Disponível em: http://www.visionvox.com.br/biblioteca/a/a-epop%C3%A9ia-ignorada.txt. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.
[10] *Idem*.
[11] FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 61.
[12] *Idem*.
[13] *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos direitos humanos*: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 74.

dos direitos humanos, mas também por conta do avanço tecnocientífico, que acabou impulsionando uma série de inventos e ferramentas dispostas a auxiliar na superação das deficiências.

Assim, nos séculos que seguiram a denominada Idade Moderna, a humanidade viu florescer o advento de uma série de invenções que aos poucos possibilitaram o acesso das pessoas com deficiência aos ambientes dos quais antes eram excluídas, ferramentas que com o passar dos anos foram aperfeiçoadas e ainda hoje estão em uso, como as cadeiras de rodas, as próteses, os coletes, andadores, e outros utensílios.

Dentre os principais avanços, destacam-se: a organização da linguagem de sinais para pessoas com deficiência auditiva, desenvolvida pelo francês Charles-Michel Epée (1712 a 1789), e que no Brasil, hoje, recebe a denominação de Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS ou LSB); a invenção do Sistema Braille, pelo também francês Louis Braille, em 1825, baseado na leitura e escrita táteis para cegos; e a invenção do telefone, pelo escocês Alexander Graham Bell, que também era professor de pessoas com deficiência auditivas em Boston – EUA, o que possibilitou o advento dos primeiros aparelhos auditivos elétricos, experimentados em 1896, na Inglaterra[14].

2.2 Os Direitos Humanos e os Novos Paradigmas.

Durante a modernidade o mundo ocidental sofreu as principais transformações nos campos social e político. De 1776, com a Independência Americana, até 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a humanidade observou o surgimento de um novo sistema normativo internacional, um conjunto de direitos com aspirações universais, e que impactaram a vida da humanidade e especialmente das pessoas com deficiência.

[14] SANCHEZ, Carolina Moreira; COSTA, Gabriela Rodrigues Veloso. *Ajudas Técnicas: independência e autonomia como estratégia de inclusão. In* GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007. p. 297.

Esse período foi marcado por importantes fatos históricos, tais como o Iluminismo (séc. XVIII), que influenciou os ideais da Independência Americana (1776) e da Revolução Francesa (1789-1799). A partir dessas duas grandes revoluções políticas, surgiram as primeiras declarações de direitos, que trouxeram uma grande inovação ao declarar a existência de direitos fundamentais naturais que não se destinavam apenas a seus próprios cidadãos, mas à toda a humanidade.

Esses dois movimentos revolucionários assentaram os ideais liberais de igualdade, liberdade e cidadania, direitos individuais que buscavam limitar o poder do Estado, assentando o moderno sentido democrático de que o poder emana do povo.

Assim dizia a Declaração de Direitos de Virginia - EUA de 1776: "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos (...)". Treze anos depois, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão preconizava em seu artigo 1º: "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos".

Tais direitos, embora se estendessem, em tese, a todos os indivíduos, na prática não atingiam as camadas populares que se abrigavam fora (e abaixo) da classe burguesa. Os direitos consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foram aqueles conquistados pela burguesia e atendiam basicamente os seus interesses. Mas, ainda assim, grande parte da população não conseguia gozar dos direitos de igualdade e liberdade. A própria Declaração francesa, ainda no artigo 1º, complementava que: "As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum".

Conforme bem adverte Fonseca, "não dispõe de liberdade aquele que não pode exercer tal direito por ausência de recursos, fazendo-se necessária a superação desse desequilíbrio pela outorga de direitos suplementares (...)"[15].

Durante todo o final do século XVIII e início do século XIX as camadas mais pobres e excluídas da população, dentre elas as pessoas com deficiência, foram muito pouco beneficiadas pelos direitos fundamentais formalmente garantidos na Declaração francesa, e em outras Declarações e Constituições de ordem liberal.

---

[15] FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos direitos humanos*: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 47.

A Revolução Industrial foi um exemplo de que nem todos os indivíduos realmente gozavam das mesmas liberdade. A massa operária sofreu em face dos ideais do liberalismo econômico, que desconsiderou as reivindicações de cunho social. Mas também foi a partir dela (da Revolução Industrial) que se configurou o cenário que possibilitou a reunião de trabalhadores com o escopo de exigir melhores condições de trabalho e outros direitos sociais.

Assim, em 1919, foi instituída a Organização Internacional do Trabalho (OIT), como parte do Tratado de Versalhes, assinado em Paris, pelos países membros da Liga das Nações[16], dando fim à Primeira Guerra Mundial. A OIT surge a partir da ideia de se construir uma legislação mínima e internacional sobre o direito do trabalho, especialmente após os eventos cruéis da Revolução Industrial. Trata-se, assim, de um órgão internacional responsável pela criação de normas de direitos humanos ditos sociais, o que representou um dos primeiros eventos de internacionalização dos Direitos Humanos[17].

Nesta mesma esteira, as pressões oriundas das crises sociais levaram alguns Estados a adotarem disposições de direitos sociais em suas Constituições. Foram os casos da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de 1919.

Fabio Konder Comparato, ao analisar a influência dos ideais socialistas que repercutiram à época, acredita que:

> O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade reconheceu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.[18]

Fica claro, portanto, que os movimentos sociais reivindicavam prestações positivas do Estado, ou seja, uma atuação em favor das camadas sociais mais vulneráveis às regras de mercado e ao liberalismo, não se limitando somente as exigências de liberdade e igualdade formais.

---

[16] A Liga das Nações foi uma organização internacional criada pelos países participantes, e ditos vencedores, da Primeira Guerra Mundial, com objetivo de promover um acordo de paz entre as nações.

[17] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.

[18] *Ibidem*. p. 53

Segundo observa Ingo Sarlet, esse movimento de reconhecimento de direitos sociais parte da percepção de que:

> O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, [...] na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um 'direito de participar do bem-estar social.[19]

Ainda assim, em 1929, nos Estados Unidos da América eclodiu a maior crise do modelo econômico liberal, o capitalismo, repercutindo sobre o mundo inteiro. A crise de 30 foi um dos fatos históricos que impulsionou parte da humanidade na ampliação dos direitos individuais para direitos coletivos sociais, embora isso só fosse acontecer em nível internacional anos depois.

Por conta da crise econômica, os Estados precisaram intervir fortemente na economia, na tentativa do restabelecimento do *status quo* que garantisse um a segurança do sistema econômico capitalista e pudesse garantir um certo nível de bem-estar social. Esse modelo de organização e intervenção do estado na economia ficou conhecido como Estado do bem-estar social, e possibilitou o avanço de diversos direitos sociais e econômicos.

Em 1939, deu-se início a Segunda Grande Guerra Mundial, e o mundo pôde testemunhar uma série de atos bárbaros, como os horrores do nazismo, o qual foi responsável pelo extermínio em massa de pessoas com deficiência. Segundo Maria Aparecida Gugel:

> Estima-se que 275 mil adultos e crianças com deficiência morreram nesse período e, outras 400 mil pessoas suspeitas de terem hereditariedade de cegueira, surdez e deficiência mental foram esterilizadas em nome da política da raça ariana pura.[20]

Mais tarde, em 1945, após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a antiga Liga das Nações deu lugar para o surgimento de uma nova organização internacional, denominada de Organização das

---

[19] *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52.
[20] *A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade*. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/75212384/A-pessoa-com-deficiencia-e-sua-relacao-com-a-historia-da-humanidade-1. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.

Nações Unidas (ONU), a qual inicialmente foi composta por 51 nações, reunidas com o objetivo de manter a paz e proporcionar uma ponte de diálogos entre as nações e os Direitos Humanos.

Assim, em 1948, é promulgada pela Assembleia Geral da ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento internacional considerado por muitos autores como o marco positivista dos Direitos Humanos universais. Para Norberto Bobbio, a Declaração Universal representou que pela primeira vez na história da humanidade um sistema de valores podia ser considerado universal de fato, e não somente em princípio[21].

A Declaração Universal da ONU trouxe a ampliação dos direitos individuais, tratando também dos direitos sociais da coletividade. Contudo, somente em 1966, a ONU complementou a Declaração Universal com os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, um referente aos direitos civis e políticos, e outro referente aos direitos econômicos, sociais e culturais[22]. Juntamente com a Declaração Universal, os dois pactos constituem a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos, considerada o conjunto de instrumentos internacionais mais importante a respeito dos direitos humanos.

Esta divisão entre os direitos previstos nos dois pactos representaria a evolução histórica dos direitos humanos, segundo alguns autores, como Alexandre de Morais[23], Manoel Gonçalves Ferreira Filho[24] e Paulo Bonavides[25]. Segundo esta corrente, os direitos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos representa uma herança das primeiras Declarações de Direitos Humanos (como a do Estado Unidos, de 1776, e da França, de 1789) e, portanto, são considerados direitos humanos de *primeira geração*. De outro lado, os direitos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são frutos das lutas sociais e das crises do modelo liberal, e por surgirem somente

---

[21] *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 28
[22] O Brasil somente ratificou os dois Pactos Internacionais em 1992.
[23] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.
[24] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 58.
[25] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563. Nas páginas seguintes (p. 571), o próprio autor chama a atenção para a divergência terminológica *geração x dimensão*, e esclarece o uso diferenciado dos termos.

em momento posterior, são denominados de direitos humanos de *segunda geração*[26].

Ainda segundo esta divisão que se difundiu na doutrina brasileira, os direitos humanos de primeira geração exigem do Estado uma conduta passiva, ou seja, a de que ele se abstenha de interferir nas relações sociais e apenas regule o mercado garantindo direitos de liberdade, propriedade privada, direitos políticos, e outras liberdades individuais. De outro lado, os direitos humanos de segunda geração exigem uma conduta ativa do Estado, impondo-lhe prestações positivas que garantam efetivamente o acesso a direitos como o trabalho, o lazer, a saúde e a previdência social. Por exigirem condutas aparentemente antagônicas por partes do Estado, de abstenção e de promoção, Bobbio acredita que esses dois grupos de direitos possuem uma natureza conflituosa[27], o que acarretaria dificuldades na implementação dos direitos humanos.

Assim, a ideia de direitos humanos divididos em gerações possui algumas ressalvas. Alguns autores preferem a denominação *dimensão*, em vez de *geração*, pois esta última poderia assumir a equivocada conotação de que estes direitos foram se sucedendo de forma fragmentada ao logo de sua evolução histórica, atentando assim contra uma das características essenciais dos direitos humanos, qual seja a indivisibilidade dos direitos que o compõem.

A esse respeito, Ingo Sarlet, ao preferir o termo *dimensão*, expõe que essa terminologia aponta para a natureza complementar e cumulativa entre as diferentes dimensões de direitos humanos, reforçando seu caráter indivisível[28].

Nesse sentido, valiosas são as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, que ao discursar na IV Conferência Nacional de Direitos Humanos sobre o seu aspecto de indivisibilidade declarou, *in verbis*:

> Por que dar ênfase aos direitos econômicos, sociais e culturais? De que vale o direito à vida sem o provimento de condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia e vestuário)? De que vale o direito à alimentação, sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o acesso à instrução ou educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito ao trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem o salário justo, capaz de atender as necessidades

[26] Mais recentemente, reconheceram-se também o surgimento de direitos humanos de terceira geração, os quais constituem direitos de solidariedade, como o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente equilibrado.
[27] *Op. cit*. p. 44-45.
[28] *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 55.

> básicas? (…) E os exemplos se multiplicam. Daí a importância da visão holística ou integral dos direitos humanos, tomados conjuntamente. Todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas. Todos os direitos humanos para todos, é este o único caminho seguro para a atuação lúcida no campo dos direitos humanos. Voltar as atenções igualmente aos direitos econômicos, sociais e culturais, face à diversificação das fontes de violações de direitos humanos, é o que recomenda a concepção, de aceitação universal em nossos dias, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.[29]

A conjugação desses direitos de forma conjunta e indivisível permite que a efetividade dos direitos humanos se dê de maneira uniforme, possibilitando assim que todos os indivíduos gozem de liberdades individuais, e também de direitos sociais, cumprindo-se um papel essencial dos direitos humanos, qual seja a proteção integral do ser humano.

O advento dos direitos humanos, universais e absolutos, especialmente dos direitos sociais, garantiu às pessoas com deficiência, e também à outros grupos marginalizados, a igualdade de direitos almejada.

A proteção especial de grupos hipossuficientes faz parte da essência dos direitos humanos, encontrando previsão expressa nos três documentos internacionais que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos. Baseadas nos princípios da igualdade e da dignidade humana, essa proteção pode avançar nos tratados de direitos humanos posteriores no rumo protetivo específico das pessoas com deficiência, conforme veremos.

2.2.1 A Igualdade e a Dignidade Humana como fundamentos dos Direitos Humanos e da proteção de grupos vulneráveis.

Feitas as considerações preliminares sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos, o que acarretou uma mudança de paradigma, nesse momento cumpre fazer a análise sobre os dois princípios maiores que fundamentam a sua essência. São esses dois princípios que se colocam na base da proteção e do reconhecimento do direito à diferença e da garantia de direitos

---

[29] *Discurso na IV Conferência Nacional de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/relatorios/Relatorio%20da%20IV%20Conferencia%20Nacional%20de%20Direitos%20Humanos.pdf. Acesso em: 02 de fevereiro de 2013.

fundamentais à grupos de indivíduos historicamente discriminados e vulnerabilizados.

Embora o escopo geral dos direitos humanos seja a proteção da pessoa humana, observamos que desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos há uma preocupação acentuada com a proteção das chamadas minorias e dos grupos vulneráveis, até mesmo por conta dos horrores cometidos em face destes grupos durante a Segunda Guerra Mundial. Essa proteção, embora não seja expressa no texto da própria da Declaração Universal, só vindo a aparecer expressamente nos dois Pactos Internacionais, decorre dos princípios da igualdade e da dignidade humana, insculpidos ao longo dos referidos instrumentos internacionais.

Essa afirmação pode ser verificada a partir do texto do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual dispõe:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
> Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, (...)[30]

Note-se que a partir do texto do preâmbulo da Declaração Universal, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são considerados pressupostos que compõem os direitos do ser humano.

Já no artigo 1º do referido instrumento internacional, encontramos a disposição de que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência, e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade"[31].

Para a efetivação dos direitos humanos se exige que seja atribuída dignidade a cada indivíduo e que essa dignidade seja reconhecida de maneira igual a todos. Assim, esse dois princípios se relacionam e se complementam. O indivíduo terá sua dignidade violada toda vez que for tratado de forma

---

[30] Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 07 de fevereiro de 2013.
[31] *Idem*.

discriminada, ao mesmo tempo em que o tratamento igualitário pressupõe o reconhecimento da dignidade em todo ser humano.

Acerca da dignidade da pessoa humana, conforme entendimento extraído da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, podemos afirmar que se trata de uma atributo natural e intrínseco do ser humano, ou seja, que nasce com a pessoa e, portanto, se estende de forma universal a todos os seres humanos.

A positivação da dignidade humana, nesse sentido, é a conquista mais relevante, a garantia do atributo essencial que devolve à pessoa com deficiência o igual respeito que é devido a todos os demais seres humanos e que, portanto, viabiliza a sua participação na sociedade e o gozo de seus direitos iguais.

Para isso, contudo, é necessário dar sentido ao conteúdo da dignidade humana, especialmente se considerarmos os atributos acima citados, os quais poderiam torná-lo vazio de conteúdo e em um discurso puramente ideológico, não se traduzindo de forma concreta em melhorias reais para a vida das pessoas que integram grupos que necessitam de mais proteção.

Viviana Bohórquez Monsalve e Javier Aguirre Román, ao apontar a existência de tensões no conteúdo da dignidade humana, decorrentes da sua classificação como um atributo natural, universal e abstrato, apontam as fragilidades dessa concepção tradicional, as quais poderiam restringir a dignidade humana à noção do ser humano médio (homem, cristão, branco, heterossexual, etc.)[32].

O fato é que a ideia de dignidade, que nasce da própria natureza humana, e que, portanto, se demonstra universal, não pode ser considerada como um valor abstrato, sob o risco de ser manejada de maneira a tornar invisível as diferenças entre determinados grupos sociais tornando-os invisíveis para a criação e o desenvolvimento de direitos e políticas protetivas específicas.

No tocante à naturalidade, valorosas são as palavras de Ingo Sarlet ao conceber a dignidade humana como:

---

[32] BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana; AGUIRRE ROMÁN, Javier. *As tensões da dignidade humana*: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos (Sur). São Paulo. v. 6, n. 11, p. 41-63, dez. 2009.

> (...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[33]

Dentro desse contexto, a dignidade da pessoa humana deve ser vista sob o prisma da garantia e promoção dos direitos sociais por parte, principalmente, do Estado, bem como de toda a comunidade. Isso porque, são essencialmente eles, os direitos sociais, os capazes de garantir as condições materiais para a fruição de uma vida digna, não permitindo que a dignidade humana se torne um mero valor, mas também uma garantia com força normativa.

Sobre a repercussão da dignidade humana no plano jurídico-material, recorremos aos ensinamentos de José Claudio Monteiro de Brito Filho, ao dizer que:

> Embora seja um valor moral, no plano jurídico a dignidade não pode ser entendida apenas por esse prisma. É que ela deve produzir efeitos também no plano material, como vetor que impõe obrigações ao Estado e a toda sociedade. É que não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim, sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições?[34]

Essas exigências materiais e concretas da dignidade humana aproximam a sua noção às expectativas reais de indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade, e só assim permitem a sua visualização e identificação enquanto grupo vulnerável ou minoria.

A necessidade de atribuir uma dignidade não só universal, mas também especifica em atenção à condição de indivíduo vulnerabilizado, volta a se relacionar com o princípio da igualdade. É porque as exigências de igualdade tornam necessárias as percepções das diferenças. Nesses termos, adverte Brito Filho, ao dizer que:

> (...) a regra é que as pessoas sejam diferentes, e mais do que isto, desiguais, em todos os níveis, não podendo o Estado e sociedade ignorarem esta situação como se ela fosse o diferencial que irá

---

[33] *A dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.
[34] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 34.

> determinar a medida de nossa dignidade, por toda a vida, o que seria injusto.[35]

Logo, conferir a mesma dignidade para pessoas que recebem tratamentos claramente distintos por parte da sociedade afigura-se como uma violação do direito à igualdade, da mesma forma como uma violação à própria dignidade humana e, portanto, determinados grupos e indivíduos não teriam seus direitos humanos respeitados quando suas diferenças fossem ignoradas, em vez de reconhecidas.

Assim, da mesma forma como a dignidade deve ser compreendida de maneira compatível com a realidade dos diferentes indivíduos e grupos sociais que necessitam de direitos e proteções especiais (como os que veremos ao longo deste trabalho), o direito à igualdade é o mecanismo pelo qual se possibilita que as diferenças não sejam suprimidas pela generalidade e abstração dos direitos humanos, dando espaço ao que se denomina de "direito à diferença".

Nesse sentido, é como adverte Flavia Piovesan, ao afirmar que:

> (...) [É] insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessário a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença (...), percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir, a determinados grupos, uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Nesse cenário, por exemplo, a população afrodescendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.[36]

Essa especificação dos sujeitos de direitos, com respeito à diferença entre indivíduos e grupos de indivíduos será analisada na próxima seção, quando analisaremos especialmente o caso das pessoas com deficiência. O direito à diferença é uma das faces do direito à igualdade, e que requer a

---

[35] *Ibidem*. p. 69-70.

[36] *Ações Afirmativas e Direitos Humanos*. Revista USP, São Paulo, n.69, p. 36-43, março/maio 2006. p. 39.

proibição da discriminação e o reconhecimento da diversidade humana por meio da inclusão social.

Sobre o conteúdo da igualdade voltaremos a abordá-lo mais adiante, e novamente no 2º Capítulo, quando trataremos das ações afirmativas, tanto do ponto de vista constitucional, que refletem basicamente as mesmas exigências do plano de vista internacional aqui tratado, quanto o seu referencial teórico na filosofia política, analisando as suas exigências de justiça. Por ora, cabe destacar que a igualdade, ao ser eleita como base de tratamento dos direitos humanos, é expressa através do princípio da não-discriminação[37], insculpido repetidamente ao longo dos primeiros instrumentos internacionais, já anteriormente abordados, e que passa a ser reproduzido nos tratados posteriores.

Entre os principais dispositivos, citamos o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que os direitos contidos no referido instrumento internacional se aplicam a todos os indivíduos, sem distinção de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. De igual maneira, a mesma previsão encontra-se presente nos artigos 2º dos dois Pactos Internacionais, e no artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O princípio da não-discriminação, que decorre do direito à igualdade, direciona o conjunto dos direitos humanos à proteção internacional das chamadas minorias e dos grupos vulneráveis, conforme se verifica do texto do artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[38] e representa o primeiro passo no reconhecimento do direito à diferença. Minorias e grupos vulneráveis são os principais destinatários do princípio da igualdade sob a forma da não-discriminação. Os direitos humanos, após serem consagrados como

---

[37] Mas adiante veremos que além do princípio da não-discriminação, a igualdade exige por vezes uma discriminação, dita positiva. Essas duas formas de tratamento igualitário relacionam-se às noções de igualdade formal e material, as quais também serão abordadas sob o ângulo das denominadas ações afirmativas.

[38] Artigo 27 – Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 08 de fevereiro de 2013).

direitos universais, passam também a ser o principal instrumento de proteção de direitos de grupos específicos.

A definição e a conceituação destas duas espécies de grupos não são unívocas, mas possuem contornos suficientemente claros, e merecem ser destacadas, com a finalidade de justificar a escolha do termo que empregaremos para designar as pessoas que possuem deficiência.

Ao abordar a conceituação das chamadas minorias, Gabi Wucher, adotando a definição de Francesco Capotorti, aponta a existência de elementos constitutivos que orientam a conceituação deste grupo com base no artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quais sejam o elemento numérico, o elemento da não-dominância, o da cidadania, e o da solidariedade entre os membros da minoria, com o propósito específico de preservar e exercer sua cultura, hábitos tradicionais, religião ou idioma[39].

Nesse sentido, o termo minorias está tradicionalmente relacionado à ideia de "pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas"[40], conforme se depreende também da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1992.

Com o passar do tempo e com a evolução da proteção internacional de outras minorias, que não aquelas tradicionais, o conceito de minorias foi ampliado. Assim, costuma-se denominar as minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, como "velhas minorias". De outra maneira, as "novas minorias", aquelas que não encontram-se em desvantagem numérica ou não apresentam solidariedade a fim de preservar e exercer sua cultura, hábitos tradicionais, religião ou idioma, passaram a ser denominadas de grupos vulneráveis, ou ainda, minorias sociais[41].

Em contrapartida, é a partir da análise desses elementos, que podemos também encontrar a conceituação dos grupos vulneráveis. Quanto a

---

[39] WUCHER, Gabi. *Proteção Internacional em Prol da Democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 45.

[40] Termo utilizado ao longo da Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm. Acesso em: 08 de fevereiro de 2013.

[41] O termo "minorias sociais" é comumente empregado nas ciências sociais para denominar grupos que, embora estejam em vantagem numérica, ainda assim sofrem com a discriminação e a exclusão social por parte do restante da sociedade.

este segundo grupo não há necessariamente a exigência do elemento numérico. Grupos que contam com um grande contingente de indivíduos podem, ainda assim, constituir-se em um grupo vulnerável. São os casos, por exemplo, das crianças, das mulheres, dos idosos e dos negros, que em alguns contextos apresentam-se em vantagem numérica, mas ainda assim encontram-se em situação de não-dominação.

Nesse contexto, Wucher aponta que é justamente o elemento da não-dominância que caracteriza os grupos vulneráveis, sendo que este possui uma abrangência maior do que o conceito de minorias. Assim, ao enquadrar as pessoas com deficiência, a autora as classifica como integrantes de um grupo vulnerável, especialmente devido à dificuldade de constituição do elemento da solidariedade com vistas à preservação da cultura, tradição, religião ou idioma[42].

De fato, a diversidade de deficiências[43] e a condição de exclusão, bem como a ausência de independência e autonomia[44], nas quais se encontram algumas pessoas com deficiência, de certa forma prejudicam a solidariedade entre os membros do grupo em busca de direitos comuns. Isso porque, esses fatores restringem e prejudicam o exercício do direito de reunião, colocando em cheque a participação ativa de pessoas com certos tipos de deficiência (como, por exemplo, pessoas com deficiências mentais graves, que impossibilitam o indivíduo de expressar suas intenções) na tomada de decisões sobre os rumos de seus próprios destinos, os quais são geralmente discutidos sobre a perspectiva de um terceiro, curador, tutor, familiar, responsável ou representante[45].

Segundo o Relatório Mundial sobre a Deficiência, publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2011, “as pessoas com deficiência

---

[42] *Op. cit.* p. 46.

[43] Apenas para citar algumas classificações, as quais veremos mais a frente, as deficiências são tradicionalmente classificadas como deficiências físicas, sensoriais (visual e auditiva), mentais e intelectuais. Sendo que, cada uma dessas classificações pode se manifestar sob uma infinidade de variações. Assim, algumas pessoas possuem paraplegia, enquanto outras apresentam perda da visão, e ainda aquelas que combinam a surdez e a ausência de um membro do corpo, por exemplo.

[44] A respeito dos significados e da distinção entre independência e autonomia, ver capítulo 2º desta obra.

[45] Esse paternalismo é uma das barreiras a serem quebradas pelo movimento da inclusão social, o qual veremos mais adiante, e que levanta a bandeira da autonomia e independência como fatores de empoderamento e de participação na tomada das decisões importantes sobre os direitos desse grupo vulnerável, traduzidas através da famosa expressão que virou lema do movimento inclusivo: ”*nothing about us without us*”.

são diferentes e heterogêneas, enquanto que os pontos de vista estereotipados da deficiência enfatizam os usuários de cadeiras de rodas e alguns poucos outros grupos 'clássicos' tais como os cegos e os surdos"[46].

Ainda assim, não podemos desconsiderar que as pessoas com deficiência constituem um grupo social suficientemente articulado e que compartilham solidariamente das mesmas experiências, angustias e lutas em prol de proteção e direitos. Essa união pode ser confirmada, por exemplo, na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, ocasião na qual os movimento sociais de representação das mais variadas deficiências reuniram-se para discutir uma pauta de direitos comuns ao grupo, como veremos mais adiante.

Além do mais, para efeitos de proteção de direitos e de implementação de política públicas específicas, devemos encontrar critérios que possibilitem a reunião dessas pessoas sob um mesmo enfoque, caracterizando-as enquanto um grupo que compartilha dos mesmos interesses, especialmente o interesse em um tratamento igualitário.

De outra sorte, não podemos negar que no contexto global e nacional as pessoas com deficiência constituem também um grupo numericamente inferior, embora representem um contingente populacional com dimensões bastante expressivas. Estima-se que cerca de 15% da população mundial vive com alguma forma de deficiência, o que representa algo em torno de mais de 1 bilhão de pessoas, sendo que destas, cerca de 200 milhões apresentam dificuldades funcionais consideráveis[47]. Por sua vez, no Brasil, segundo os dados do último Censo Demográfico, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – no ano de 2010, em torno de 23,90% da população brasileira possui algum tipo de deficiência, o que representa um total de 45,6 milhões de indivíduos[48].

Não obstante, acreditamos que uma das possíveis classificações abordadas por Wucher, a respeito do conceito de minorias tem especial relevância para a classificação das pessoas com deficiência, sem prejuízo do seu enquadramento enquanto grupo vulnerável. A autora aponta a distinção

---

[46] *Relatório mundial sobre a deficiência / World Health Organization*, The World Bank; tradução Lexicus Serviços Linguísticos. - São Paulo: SEDPcD, 2012. p. 8.
[47] *Ibidem.* p. 31.
[48] *Cartilha do Censo 2010*: Pessoas com Deficiência. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. p. 6.

entre duas possíveis classificações de minorias, de acordo com seus objetivos: as chamadas "*minorities by force*" e as "*minorities by will*"[49].

Os membros das minorias "*by will*" se caracterizam pelas exigências de não serem discriminados, aliado ao desejo de preservar suas características culturais, étnicas religiosas e linguísticas, recusando, portanto, qualquer discurso de assimilação das diferenças. Por sua vez, os membros das minorias "*by force*" se caracterizam pela luta apenas em face da não-discriminação, almejando a sua inclusão na sociedade.

Em regra, as pessoas com deficiência se caracterizam por uma coletividade que aspira um tratamento igual, buscando a inclusão na sociedade, tal como as minorias "*by force*". Essa classificação de minoria rompe com o último elemento apresentado por Francesco Capotorti, o da solidariedade, ampliando o conceito de minorias para além das chamadas "velhas minorias".

Esta dificuldade em delimitar os conceitos de minorias e grupos vulneráveis é o que leva Elida Seguín a acreditar que o mais importante é que na prática, seja reconhecido que tanto grupos vulneráveis, quanto as minorias são vítimas da discriminação e, por isso, as diferenças conceituais devem ser colocadas em segundo plano[50]. Conclui a autora que "conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não deve ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais"[51], devendo haver a ponderação da "realidade jurídica ante as conquistas modernas"[52].

Nesse particular, concordamos com os apontamentos feitos pela autora, mas ainda assim preferimos dar destaque ao aspecto da vulnerabilidade decorrente da não-dominância na relação social entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, razão pela qual adotaremos a denominação de grupo vulnerável[53] ao nos referirmos ao grupo de pessoas que possui algum tipo de deficiência[54].

---

[49] *Op. cit*. p. 50.
[50] *Minorias e Grupos Vulneráveis*: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 12.
[51] *Ibidem*. p. 9
[52] *Idem*.
[53] Em outras ocasiões também utilizaremos a expressão "grupos vulnerabilizados", para deixar clara a ideia que reforçaremos no último capítulo. A adoção do verbo no particípio passado serve para demonstrar que esses grupos não são vulneráveis em si, por conta de suas próprias características pessoais, mas sim por sofrerem ações negativas por parte da sociedade ou de outros grupos específicos.
[54] O uso do termo "grupo vulnerável" também passou a ser utilizado pela ONU para referir-se a coletividade das pessoas com deficiência. O termo pode ser encontrado, por exemplo, na

Na tentativa de apresentar um conceito próprio, podemos definir um grupo vulnerável como uma coletividade de pessoas, pertencentes ou não a uma minoria, que por possuírem características distintivas, as quais são negativamente avaliadas pelo grupo dominante, tem restringida a sua participação no convívio social e o seu acesso aos bens e serviços fundamentais para a conservação da dignidade humana, os quais deveriam ser igualmente e universalmente distribuídos a todos os indivíduos.

Contudo, como visto anteriormente, os primeiros instrumentos internacionais, embora tenham proibido a discriminação com base nas mais variadas nuanças (raça, cor, sexo, origem, religião, língua, etc.), não especificam e nem expressam explicitamente a deficiência entre as vedações de tratamentos discriminatórios. As expressões "de nascimento ou de qualquer outra situação", encontrados nos instrumentos internacionais que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos, também não são suficientemente especificas à condição da pessoa com deficiência, visto que podem englobar uma série de outras categorias vulneráveis.

Diante disso, notou-se a necessidade da edição de normas internacionais que tratassem especificamente dos direitos da pessoa com deficiência. Assim, nos anos seguintes uma série de instrumentos internacionais foram aprovados, com a finalidade específica de proteger os direitos das pessoas com deficiência contra a discriminação e a exclusão social.

2.2.2 O advento dos Instrumentos Internacionais de proteção dos Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência.

Como vimos, nos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos, a diferenciação do indivíduo por conta da deficiência não foi expressamente protegida. A garantia da igualdade e a proibição da

---

Resolução nº 45/91 da ONU, ao expressar que: "*Noting with concern the deteriorating economic and social situation of some developing countries, which adversely affects vulnerable groups, including disabled persons (…)*". (UNITED NATIONS. *Implementation of the World Programme of Action Concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons*. UN, 1991). Disponível em: http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1990/165.pdf. Acesso em: 02 de março de 2013.

discriminação foram tratadas de forma genérica. Ocorre que com o desenrolar da história se verificou a necessidade de proteção específica das pessoas que possuem essas características. Isso porque, embora tivessem garantido a igualdade e o direito de não serem discriminadas, as pessoas com deficiência continuavam, na prática, sofrendo exclusão social e sendo esquecidas pelas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

A elaboração de tratados e outros documentos internacionais com o foco específico na proteção dos direitos das pessoas com deficiência fazem parte da trajetória de evolução da proteção internacional de grupos vulneráveis, e se inserem naquilo que Piovesan identifica como a segunda fase de proteção dos direitos humanos, onde se verifica o processo de especificação do sujeito de direitos. Nesses termos, segundo as palavras da autora:

> A segunda fase de proteção, reflexo do processo de especificação do sujeito de direito, será marcada pela proteção específica e especial, a partir de tratados que objetivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos (...)[55]

Um dos primeiros documentos internacionais que trataram sobre a matéria, a Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social da ONU foi aprovada pela Resolução nº 2542 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1969. Segundo o texto da referida Declaração, o progresso e o desenvolvimento tem como objetivos principais, entre outros, a proteção dos direitos e a garantia do bem-estar das crianças, dos idosos e dos deficientes, bem como a garantia de proteção das pessoas física ou mentalmente diminuídas. Assevera ainda que para se alcançar este objetivo, se faz necessária a instituição de medidas adequadas para a reabilitação das pessoas com deficiência física ou mental, especialmente crianças e jovens, de forma a permitir-lhes tornarem-se, na máxima medida possível, membros úteis da sociedade. Especifica que dentre as medidas exigíveis estão a prestação de tratamento e a disponibilização de próteses, educação, orientação profissional e social, formação e colocação seletiva, e outra assistência necessária – e criação

[55] *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et. al. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

de condições sociais que impeçam que os deficientes sejam objeto de discriminação em virtude das suas deficiências.

Tomando como base essas intenções, em 20 de dezembro de 1971, temos a elaboração do primeiro documento internacional que tratou exclusiva e especificamente dos direitos das pessoas com deficiência. Trata-se da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais da ONU, aprovada pela Resolução nº 2.856/71, a qual buscou amparar os direitos das pessoas com deficiências mentais, de modo que elas pudessem desenvolver as suas potencialidades nas mais variadas áreas de atividade, integrando-se à sociedade, tanto quanto possível. Garante ainda que a pessoa deficiente mental tem, na máxima medida possível, os mesmos direitos que os demais seres humanos.

Quatro anos depois, em 09 de dezembro de 1975, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Resolução nº 3.447, instrumentalizando-se a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, a qual assegura que as pessoas deficientes têm o inerente direito ao respeito da sua dignidade humana, e que independentemente da origem, natureza e gravidade das suas incapacidades e deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que os seus concidadãos da mesma idade, incluindo-se aqui o direito de gozar uma vida digna, tão normal e plena quanto possível.

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publica a *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)*, documento traduzido para o português em 1989, sob o título de Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID). Tratava-se de um documento que servia de orientação e base para os profissionais da saúde conhecerem mais a fundo e de maneira sistemática as deficiências, bem como suas origens e suas consequências clínicas e sociais[56].

No ano de 1981, declarado pela ONU como o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”, também contou com a edição da Declaração de *Sundberg*[57], a qual assegurou às pessoas com deficiência o direito fundamental

[56] Essa Classificação foi totalmente revisada no ano de 2001, ocasião na qual a OMS passou a adotar a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, conforme citaremos mais adiante.
[57] Em homenagem a Nils-Ivar Sundberg, responsável pelo Programa da Unesco para Educação Especial, no período de 1968 a 1981.

de pleno acesso à educação, formação, cultura e informação. Segundo relata Sassaki, esta Declaração foi aprovada durante a "Conferência Mundial sobre Ações e Estratégias para Educação, Prevenção e Integração", organizada em parceria pelo Governo Espanhol e pela Unesco, contando com a participação de 103 países, 6 Organizações Internacionais e 4 Organizações Regionais, 17 Organizações Governamentais e não-governamentais internacionais[58]. Trata-se de um importante documento internacional, onde se pode observar a preocupação com a integração entre a educação especial e o trabalho.

Um ano após, em 1982, é desenvolvido pela ONU o Programa de Ação Mundial para Pessoas Deficientes, o que representou o grande marco no âmbito internacional e direcionou os Estados membros à instituir programas e diretrizes para a promoção de medidas eficazes de prevenção da deficiência, reabilitação e realização dos objetivos de igualdade de oportunidades e participação plena das pessoas deficientes na vida social e no desenvolvimento. Entre 1982 e 1992, foi declarada a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência, com o intuito de executar as medidas previstas no Programa de Ação Mundial.

Em 1983, durante o Programa Regional de Capacitação de Líderes, da Organização Mundial de Pessoas com Deficiência (*Disabled People's International - DPI*), foi adotada a Declaração de *Cave Hill*, documento que teve como foco o reconhecimento da pessoa com deficiência como parte essencial da humanidade, salientando que não se tratam de pessoas anormais ou seres com desvios.

Já no domínio da OIT, aprovou-se a Convenção nº 159[59], de 1983, que juntamente com a Recomendação nº 168, do mesmo ano, dispõem sobre a habilitação e reabilitação de profissionais com deficiência para a (re)integração no mercado de trabalho. Vale ressaltar que a respeito da edição de normas internacionais de proteção dos direitos da pessoa com deficiência a OIT também foi pioneira. Ainda em 1955, a OIT já havia publicado a Recomendação nº 99, versando sobre a adaptação e reabilitação profissional das pessoas com

[58] Disponível em: http://saci.org.br/?modulo=akemi&parametro=13312. Acesso em: 04 de abril de 2013.

[59] Ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990, e promulgada pela Presidência da República por meio do Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991, após seu texto ser aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989, pelo Congresso Nacional.

deficiência. Esta Recomendação passou a integrar a Convenção 159 de 1983, juntamente com a Recomendação 168 do mesmo ano.

Durante a década de 90, diversos foram os documentos internacionais que trataram sobre a questão dos direitos humanos das pessoas com deficiência, entre eles o principais é a Resolução nº 48/96, de 20 de dezembro de 1993, um extenso documento que buscou reunir e compartilhar as experiências e medidas adotadas pelos Estados membros durante a Década das Nações Unidas para Pessoas com Deficiência, denominado de Normas sobre Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência. Neste conjunto de normas, sistematizou-se os pré-requisitos para a participação igual das pessoas com deficiência na sociedade, tais como a reabilitação e os cuidados médicos, e as áreas que seriam alvos para a garantia da igualdade de oportunidades, tais como a saúde, educação, lazer, trabalho, acessibilidade, cultura, religião, entre outros. Apontou também os meios para a garantia da igualdade de oportunidades, bem como a previsão de mecanismos de monitoramento sobre a implantação das regras ali previstas.

Ainda durante a década de 90, em 1994, aprovou-se a Declaração de Salamanca, que tratou sobre a temática do direito à educação. Posteriormente em 1999, a Declaração de Washington adotou o conceito de Vida Independente, o que significa dizer que toda vida humana tem valor e todo ser humano deve ter opções significativas para fazer escolhas sobre questões que afetem sua vida.

No âmbito da América, em 1999, editou-se a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como Convenção da Guatemala, ratificada pelo Brasil em 2001, e promulgada através do Decreto nº 3.956/01. Um dos principais objetivos da Convenção é que os Estados membros se comprometam à adotar medidas, por parte das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para “eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração”[60].

---

[60] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*.

A Convenção Interamericana, embora seja um tratado regional, representou um grande avanço na defesa dos direitos das pessoas com deficiência, pois pela primeira vez elas passavam a contar com um instrumento juridicamente vinculante, que obriga os países da Organização dos Estados Americanos (OEA), signatários do referido tratado, a implementar as medidas e os direitos nela previstos.

Também em 2001, a OMS procedeu uma importante revisão da Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID), que passou a adotar novos conceitos e métodos de classificação das deficiências, passando a ser denominada de Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)[61], a qual será analisada de forma mais detida no último capítulo.

Mais recentemente, em 13 de dezembro de 2006, durante a 61ª sessão da Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, por meio da Resolução nº 61/106. Este documento internacional é, sem sombra de dúvidas, o principal instrumento internacional de direitos humanos das pessoas com deficiência, servindo como mecanismo de unificação e compulsoriedade para os Estados signatários a nível global.

Embora a comunidade internacional já contasse com uma série de instrumentos internacionais garantindo os direitos humanos das pessoas com deficiência, havia grande dificuldade em implementar as políticas necessárias e obrigar que os Estados assegurassem os direitos deste grupo vulnerável, por não existir um instrumento juridicamente vinculante, especialmente para os países europeus e africanos que, ao contrário dos países americanos, não possuíam nenhuma convenção internacional dispondo sobre o tema.

Conforme relata Agustina Palacios:

> *[Algunas] insuficiencias fueron resaltadas a partir de Informes elaborados en el marco de Naciones Unidas, que tuvieron amplia repercusión y resultan de gran interés. Entre otras cuestiones, em dichos informes se llegó a la conclusión de que las personas con discapacidad eran, de algún modo, 'invisibles' dentro del sistema de derechos de la ONU. A diferencia de otros grupos – tales como mujeres y niños y niñas – las personas com discapacidad no contaban con un*

OEA, 1999. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

[61] Tradução de *International Classification of Functioning, Disability and Health* (*ICF*).

instrumento jurídicamente vinculante, ni con un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expressa.[62]

Outra conquista significante com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi a criação de um Comitê de monitoramento sobre a implementação dos dispositivos da Convenção. De acordo com o Protocolo Facultativo à Convenção, também ratificado pelo Brasil juntamente com o texto da Convenção, o Comitê passa a possuir competência para receber e considerar as petições de pessoas, ou grupos de pessoas, vítimas de violações dos direitos previstos na referida Convenção, podendo inclusive realizar investigações *in loco* no Estados denunciados.

A Convenção da ONU é marcada também pela reunião de novos e antigos princípios que norteavam os documentos internacionais de proteção da pessoa com deficiência anteriores, e que encontravam-se fracionados, de maneira esparsa, passando a compor agora um único instrumento. São eles: (i) o respeito à dignidade, autonomia individual para fazer suas próprias escolhas e independência pessoal; (ii) não discriminação; (iii) plena e efetiva participação e inclusão social; (iv) respeito às diferenças e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana; (v) igualdade de oportunidades; (vi) acessibilidade; (vii) igualdade entre homens e mulheres; (viii) respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos destas crianças de preservar sua identidade[63].

Da mesma maneira, a Convenção da ONU reuniu sob sua tutela os principais direitos humanos para a proteção das pessoas com deficiência, tais como o direito à vida, ao igual reconhecimento perante a lei, ao acesso à justiça, à liberdade, à segurança e à integridade pessoal, à liberdade de movimento, à nacionalidade, à liberdade de expressão e opinião, ao acesso à informação, ao respeito à privacidade, à mobilidade pessoal, à educação, à saúde, ao trabalho, à participação política, à participação na vida cultural, a não ser submetido à

---

[62] CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina (Coord.*). Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad:* la Convención Internacional de las Naciones Unidas. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2007. p. 62

[63] RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* – Versão Comentada – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e a não ser submetido à exploração, abuso ou violência[64].

Os princípios e direitos insculpidos na Convenção representam o reconhecimento definitivo da ONU e da comunidade internacional de que a política de proteção dos direitos das pessoas com deficiência deve pautar-se no paradigma da inclusão social, e de que portanto, outras formas de interação, tais como a exclusão ou a integração social, devem ser superadas em prol de uma sociedade realmente inclusiva.

2.2.3 O movimento de Inclusão Social

A busca da igualdade, que se assentou a partir da afirmação dos direitos humanos nos instrumento internacionais de proteção das pessoas com deficiência, não representou a forma definitiva de eliminação da exclusão social. A respeito da exclusão nos tempos atuais, lembramos as palavras de Boaventura de Sousa Santos ao advertir que, a partir da Modernidade ocidental, ao se reconhecer a igualdade, a liberdade e a cidadania como princípios emancipatórios da vida social, "a desigualdade e a exclusão têm, pois, de ser justificadas como exceções ou incidentes de um processo societal que lhes não reconhece legitimidade em princípio"[65].

Ao distinguir os sistemas de desigualdade e de exclusão, o autor aponta que ambos são "sistemas de pertença hierarquizada". A exclusão é um sistema hierárquico dominado pelo princípio da segregação, onde quem está abaixo, está fora. Aponta que seu grande teorizador é Michel Foucault, e pode ser caracterizada como um fenômeno predominantemente cultural e social, ou seja, de civilização.

Diz Santos que:

> [A exclusão] trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita. Estabelece um limite para além do qual só há transgressão, um lugar que atira para outro lugar, a heterotopia, todos os grupos sociais que

---

[64] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 298

[65] *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 279.

> são atingidos pelo interdito social, sejam eles a delinquência, a orientação sexual, a loucura ou o crime.[66]

A exclusão se dá através de um processo de criação de um padrão de normalidade, o qual ao mesmo tempo em que qualifica aquele que se adequa a este padrão, desqualifica aqueles que não se adequam, justificando-se assim o discurso de exclusão, o qual ainda nas palavras de Boaventura possui em sua base "uma pertença que se afirma pela não-pertença"[67].

Por outro lado, a desigualdade se caracteriza como um sistema hierarquizado que permite uma integração social subordinada. Quem está abaixo, está dentro e sua presença é fundamental para a manutenção do *status quo* do sistema hierárquico. Seu grande teorizador foi Karl Marx, e trata-se de um fenômeno, acima de tudo, socioeconômico[68].

Boaventura adverte que esses dois sistemas, assim expostos, são tipos ideais, sendo que é comum que na prática eles se combinem em formulações cada vez mais complexas, afetando os grupos vulneráveis em todos os seus aspectos da vida social[69].

Acreditamos que as pessoas com deficiência integram um grupo socialmente excluído, e de igual maneira, afirmamos ainda que é perfeitamente possível que verifiquemos na prática diversas situações de desigualdade, especialmente se considerarmos a forma como essas pessoas interagem ante a conflituosa relação capital/trabalho, bem como diante da verificação dos altos índices de incidência das mais variadas deficiências nas camadas mais pobres da sociedade.

Assim, nota-se que esses dois sistemas de pertença hierarquizada (exclusão e desigualdade), embora possuam diferenças basilares, na prática confundem-se e reforçam-se mutuamente. Nesse sentido, são as palavras de Manuel Carlos Silva, as quais merecem ser transcritas na íntegra:

> Embora a exclusão recrie e até reforce certas formas de desigualdade, ela própria é, antes de mais, um produto, um corolário do próprio sistema de desigualdades sociais. É este que não só provoca integração subordinada, mas também situações de exclusão por afastamento, expulsão ou eliminação do grupo minoritário, do

---

[66] *Ibidem*. p. 281.
[67] *Idem*.
[68] *Ibidem*. p. 280.
[69] *Idem*.

> diferente, apresentando-se amiúde as situações de desigualdade com maior grau de sofisticada subtileza e as de exclusão com eventual maior grau de crueldade (v.g. o massacre de índios, o nazismo, o *apartheid*). Trata-se, contudo, de processos que, embora diferenciados, se imbricam e exigem uma perspectiva sintética na relação entre estrutura e ação.[70]

A exclusão das pessoas com deficiência, portanto, mantém uma relação imbricada com a desigualdade que desfavorece este grupo, a qual se perpetuou durante os séculos. As razões e as circunstâncias que tornam esta uma triste realidade são complexas e de difícil síntese. Ainda assim, estas questões serão melhor abordadas no último capítulo, como parte fundamental do problema que move esta pesquisa, ocasião na qual faremos uma análise mais detalhada sobre fenômenos como o preconceito, o estereótipo, o estigma social, bem como a discriminação em si.

Antes de chegarmos ao estágio no qual nos encontramos lutando hoje, luta esta pela inclusão social, as pessoas com deficiência ainda tiveram que passar por outras fases extremas e intermediárias de interação.

Notamos ao longo da história que as pessoas com deficiência, primeiramente foram alvo de extermínio e aniquilamento, traduzindo aquilo que Boaventura Sousa Santos identifica como o "grau extremo da exclusão"[71]. Após o período de extermínio das pessoas com deficiência, Eugênia Augusta Gonzaga Fávero afirma que a humanidade "passou ainda por um período de total segregação, em que estas pessoas eram amparadas em casas de assistência, mas sem qualquer contato com a sociedade"[72].

Mais recentemente, nas últimas décadas, observamos a transição entre dois modelos de interação que, a princípio, parecem semelhantes, mas que possuem diferenças essenciais. Trata-se da passagem da integração social, a qual simboliza um sistema intermediário pautado em um tratamento aparentemente isonômico, mas insuficientemente igualitário, para a inclusão social, o qual, como veremos, eleva a igualdade ao seu grau máximo, permitindo participação do *diferente* e reconhecendo o valor da diversidade humana.

---

[70] *Desigualdade e exclusão social*: de breve revisitação a uma síntese proteórica. Revista de Sociologia Configurações. Braga, n. 5/6, p. 11-40, 2009. p. 15

[71] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit*. p. 180.

[72] *O Direito das Pessoas com Deficiência de Acesso à Educação*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 154.

Romeu Kazumi Sassaki, ao tratar dessa transição, aborda a questão a partir de dois marcos, apontando a existência de uma de fase pré-inclusivista, a qual se baseia na integração social, e outra fase, denominada de inclusivista, ou inclusiva, pautada na inclusão social[73].

O sistema de integração social pressupunha a aceitação das pessoas com deficiência, mas "somente daquelas que fossem capazes de se adaptar, mantendo-se o assistencialismo para aqueles que não conseguiam participar da vida em comunidade"[74] de forma minimamente autônoma. Na integração social há apenas a participação da pessoa com deficiência que está apta a participar da vida em comunidade, permanecendo a sociedade inerte.

Nas palavras de Fonseca:

> A chamada 'sociedade integrativa' é aquela que se abre relativamente à diversidade, desde que a pessoa efetivamente excluída supere obstáculos, os quais são eventualmente removidos por uma política genérica de igualdade de oportunidades. O esforço individual, um conjunto de circunstâncias pessoais, familiares, favoráveis, possibilita a aceitação dessas minorias que, por episódios marcadamente individualizados manifesta relativo sucesso[75].

Esses sucessos relativos e individualizados reforçavam a noção de que a pessoa com deficiência é capaz, por si só, de superar os obstáculos da vida cotidiana, e assim não necessitam de qualquer participação ou esforço por parte da sociedade para superarem as barreiras que lhes são impostas pela própria sociedade.

Nesse sentido, com base no sistema de integração social, a pessoa com deficiência deveria superar, por suas próprias forças, as barreiras que lhes eram atribuídas. Deveriam contar, para tanto, apenas com o auxílio médico e de outros profissionais que fossem capazes de reabilitar a pessoa com deficiência para a vida em sociedade.

Assim, o sistema de integração social apoiava-se em um modelo de tratamento da deficiência, que servia de justificativa para sua sustentação.

O modelo de tratamento da deficiência que predominou na fase pré-inclusivista é denominado de "modelo médico" da deficiência, o qual baseava-se

---

[73] *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 28
[74] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Op. cit*. p. 154.
[75] *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos direitos humanos*: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 160.

na noção de que as pessoas com deficiência são vítimas da discriminação e da exclusão social por encontrarem-se “doentes”. Dessa forma a pessoa com deficiência passa a ser vista como um indivíduo debilitado, paciente e vítima da própria condição, devendo ser amparado e cuidado por profissionais da saúde, para que se possa curar da deficiência, e assim retornar ao convívio da sociedade[76].

Segundo este modelo, o indivíduo deve primeiro ser tratado, para que sua deficiência seja ao máximo possível contornada, explorando-se os limites de sua capacidade, para que assim ele seja reintegrado à sociedade. Por acreditar-se que a deficiência é um problema exclusivamente da pessoa que sofre com os seus impactos, o alvo da mudança deve ser este indivíduo e não a sociedade.

A sociedade permanece estática e aguarda que a pessoa com deficiência, habilitada ou reabilitada, se enquadre no ambiente social por conta própria, sem uma contrapartida do resto da sociedade. Segundo Raimundo Wilson Gama Raiol, esse modelo “não afigura-se [como uma] concepção satisfatória, pois relega às pessoas ao enfrentamento solitário de suas necessidades (...)”[77].

Essa foi a tônica dos primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, as quais enfatizavam especialmente o tratamento médico para a prevenção e cura da deficiência, bem como a habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência, para que assim ela possa ser inserida na sociedade.

É importante salientar que o modelo médico da deficiência, assim como o sistema de integração social, de fato são insatisfatórios em termos gerais, mas simbolizaram um grande avanço na proteção das pessoas com deficiência. A adoção do modelo médico nos primeiros documentos internacionais de direitos humanos, foi responsável por chamar a atenção para o fato de que a deficiência possui uma relação estreita com questões de saúde, as quais podem, e devem ser prevenidas e tratadas.

---

[76] SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 29

[77] *Os Direitos Humanos de Acessibilidade e Locomoção das Pessoas com Necessidades Especiais: a realidade paraense, com ênfase em Belém – PA*. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2008. p. 55.

Este modelo, contudo, apresenta-se limitado por resumir a deficiência como uma questão de saúde, olvidando outros aspectos importantes que constituem direitos essenciais da pessoa com deficiência.

Assim, Patricia Cuenca Gómez aponta que os dois principais problemas do modelo médico da deficiência são:

> *En primer lugar, la crítica principal que cabe realizar al modelo médico o rehabilitador radica en el manejo de una visión 'parcial' e 'incompleta' de la discapacidad que se centra en exclusiva en las 'realidades médicas' y en el 'diagnóstico clínico', lo que implica contemplar a la persona con discapacidad como un efermo o un paciente necesitado de cuidado, más que como ciudadano de pleno Derecho y con plenos derechos.*
> *En segundo lugar, cabe resaltar que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, el fin primordial que se persigue en este modelo consiste normalizar a las personas con discapacidad*.[78]

A tentativa de submeter à pessoa com deficiência a um padrão de normalização para que assim ela possa integrar a sociedade foi o aspecto mais marcante do período pré-inclusivista. Sassaki explica que o movimento de integração social, nas décadas de 70 e início dos anos 80, foi fortemente pautado pelos princípios da normalização e *mainstreaming*[79].

Segundo o princípio da normalização, as pessoas com deficiência, especialmente aquelas com deficiência mental, que não conseguiam se integrar na sociedade, deveriam experimentar um estilo de vida "normal". Assim, as instituições responsáveis pelo atendimento e acolhimento de pessoas com deficiências, ou mesmo no âmbito da própria família, deveriam criar um mundo fictício (trabalho, educação, lazer, etc.) que imitasse os ambientes aos quais os cidadãos em geral usufruem[80].

O princípio da normalização pode ser verificado em interação com o sistema de integração social, por exemplo, na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais, de 1971, a qual dispõe em seu artigo 4º que: "Se o tratamento numa instituição se tornar necessário, deve ser prestado em ambientes e outras circunstâncias tão próximos quanto possível dos da vida

---

[78] GÓMEZ, Patricia Cuenca. *Los Derechos Fundamentales de las Personas con Discapacidad*: un análisis a la luz de la Convención de la ONU. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, n. 7. Madrid: Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo, 2012. p. 44-45.
[79] *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 31-32.
[80] *Idem*.

normal”[81]. Ou ainda na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975, ao dispor no artigo 3º que as pessoas com deficiência têm “(...) o direito a gozar uma vida digna, tão normal e plena quanto possível”[82].

Já de acordo com o princípio do *mainstreaming*, o qual foi mais amplamente difundido na área da educação, seria necessário disponibilizar aos alunos com deficiência uma experiência o mais próxima possível do resto dos alunos sem deficiência. A prática mais comum é a de inserir os alunos com alguma deficiência em turmas regulares avulsas, para que ele experimente, aos poucos, como é o convívio social com o restante dos alunos[83].

Assim, na integração social a inserção se dá sempre de forma insuficiente, seja ao considerar para esses fins apenas a pessoa com deficiência que consegue superar individualmente as suas limitações, seja por permitir a mera adaptação de ambiente e hábitos para que algumas pessoas com deficiência se integrem, ou ainda quando permitem a integração segregada, ou seja, quando permite a utilização dos bens e serviços disponíveis a toda a comunidade, porém em horários ou ambientes separados.

A integração social ainda hoje é notada a partir de normas que permitam a inserção somente quando for possível por parte da pessoa com deficiência. É o caso, por exemplo, do artigo 24, I do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, o qual dispõe que é compulsória a matrícula em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas com deficiência “capazes de se integrar” na rede regular de ensino.

Em tempos inclusivos, este dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger aquelas pessoas com severos comprometimentos de saúde, como as pessoas em coma ou em estado “vegetativo”, as quais devem primeiro ser tratadas para depois poder gozar dos demais direitos que, embora já lhes sejam garantidos por sua condição humana, não podem ser usufruídos na prática.

---

[81] Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIIPAG3_7_5.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2013.
[82] Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIIPAG3_7_3.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2013.
[83] SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 32.

De toda sorte, a integração foi um movimento social muito importante que permitiu a quebra de diversos paradigmas e possibilitou um avanço na convivência entre pessoas com deficiência e pessoas sem deficiência.

Ainda na década de 80, após as experiências integrativas, começam os primeiros sinais de mudança rumo a uma sociedade inclusiva. O ponto de partida foi em 1981, com a decisão da ONU em proclamar o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, o qual tinha como lema "Igualdade e Plena Participação"[84]. Esse lema foi uma dentre as diversas formas de se traduzir o lema central que passou a ser o mantra dos movimentos sociais *de* e *para* pessoas com deficiência até os dias atuais: "*nothing about us without us*". Tratava-se da reivindicação de uma atuação mais participativa das pessoas com deficiências sobre questões relacionadas aos seus direitos e o destino de suas vidas. A exigência de que nenhuma decisão será tomada sem a consulta ou manifestação ativa dos movimentos sociais representantes deste grupo.

Mais tarde, em 1990, a Organização das Nações Unidas aprova a Resolução nº 45/91, onde a Assembleia Geral "solicita ao secretário geral uma mudança no foco do programa das Nações Unidas sobre deficiência, passando da conscientização para a ação, com o propósito de se concluir com êxito uma sociedade para todos por volta do ano 2010"[85]. A partir de então, há uma mudança de postura da própria ONU e em seus instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, passando-se a exigir que políticas concretas e efetivas de igualdade de tratamento conduzissem à inclusão social.

Nesses termos, Sassaki define a inclusão como:

> (...) o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria,

---

[84] O símbolo do evento representou o ideal inclusivo, sendo descrito da seguinte maneira: "O símbolo oficial do Ano Internacional das Pessoas Deficientes – 1981, representa duas pessoas que se dão as mãos, numa atitude mútua de solidariedade e de apoio em plano de igualdade, circundadas por parte do emblema das nações unidas". (BRASIL. Comissão Nacional: relatório de atividades do Brasil no Ano Internacional das Pessoas Deficientes da ONU. Brasília: 1981. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002911.pdf. Acesso em: 12 de fevereiro de 2013).

[85] Organização das Nações Unidas. Resolução 45/91. ONU, 1990. Disponível em: http://saci.org.br/?modulo=akemi&parametro=11601. Acesso em: 12 de fevereiro de 2013.

> equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos[86].

Esse novo modo de lidar com a diversidade requer, portanto, uma mudança de postura da sociedade. Exige o reconhecimento por parte de todos que a deficiência constitui um atributo da diversidade humana, e que não há base qualquer para se estabelecer arquétipos de normalidade que justifiquem a segregação de indivíduos que estão à margem dos padrões sociais. A sociedade inclusiva reivindica a construção de espaços sociais que se destinem a todos, de acordo com a diferenças de cada grupo social e cada indivíduo.

Devemos salientar que o termo "integração social" foi gradualmente sendo substituído pelo termo "inclusão social", ao passo que em algumas ocasiões, especialmente durante a transição entre os dois sistemas, o primeiro termo foi empregado com o sentido que se atribui ao segundo. Assim, é comum vermos o termo "integração social", "integração plena", ou "integração total" sendo empregado para definir o que seria, na realidade, um sistema inclusivo. O que definirá um ou outro, não é bem o termo utilizado, mas sim os princípios e modelos que sustentam a forma de interação entre a sociedade e a pessoa com deficiência[87].

Assim, o movimento inclusivista não poderia mais se apoiar única e exclusivamente em uma visão reducionista da deficiência, tal como predominava no modelo médico da deficiência. Ao contrário, o sistema de inclusão social apoia-se em um novo modelo de tratamento da deficiência, o denominado "modelo social da deficiência", o qual parte da ideia de que o problema da deficiência não reside nela própria, mas sim de sua relação com o meio social, só existindo a exclusão devido às restrições e barreiras que a própria sociedade cria, potencializando as limitações naturais da deficiência[88].

---

[86] *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997. p. 40-41.

[87] Ao longo deste trabalho, utilizaremos sempre o termo inclusão social para referirmo-nos ao movimento mais recente e adequado às exigências de igualdade material das pessoas com deficiência, por julgá-lo mais correto. Contudo, em algumas passagens transcritas, de outros autores ou textos normativos mais antigos, é possível que se encontre o termo "integração" empregado com o sentido de "inclusão social". Essas passagens serão, sempre que necessárias, advertidas ao leitor, muito embora, na maior parte delas, podemos pressupor que o contexto será suficiente para a compreensão do leitor sobre o sentido que o termo está sendo empregado.

[88] SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997. p. 47.

A grande transformação ocasionada pelo modelo social da deficiência reside no fato de reconhecer que o problema da deficiência não se resume apenas a uma questão de incapacidade física ou mental para o convívio social, mas sim em uma questão de deficiência social, na medida em que a sociedade se fecha para não receber, ou impõe obstáculos para a aceitação e o reconhecimento da pessoa com deficiência como um ser dotado de dignidade, autonomia, liberdade e direitos iguais.

Sobre esse ponto de vista, a deficiência deixa de ser uma questão puramente médica, e passa a ser vista como uma questão social, ampliando-se a gama de saberes que podem contribuir para solucionar os problemas, tornando a temática muito mais interdisciplinar.

Importante destacar que continuam a ser importantes os enfoques das áreas da saúde, mas também passam a ter um papel relevante as contribuições das ciências sociais e humanas, que devem trabalhar em conjunto para identificar como é possível que a sociedade elimine as barreiras que segregam a pessoa com deficiência.

Esta conjugação das preocupações clínicas e funcionais que decorreram do modelo médico, com as preocupações das relações sociais provenientes do modelo social, recebe o nome de “modelo biopsicossocial de deficiência”, segundo o qual essas duas questões possuem igual importância na vida desses cidadãos e, portanto, merecem ter suas demandas médicas e sociais atendidas para sua plena inclusão na sociedade. Este modelo biopsicossocial de deficiência encontra-se representado na CIF, conforme veremos mais adiante.

Nesse sentido, é dever da sociedade criar o espaço de convivência plena entre todos os seus membros, independentemente das suas condições. Uma sociedade realmente inclusiva é aquela que acolhe a todos, ou em outras palavras, uma sociedade para todos, onde os serviços, direitos e bens universalmente disponíveis estão ao acesso de todos em condições de iguais oportunidades.

Segundo Sassaki:

> O processo de inclusão vem sendo aplicado em cada sistema social. Assim, existe a inclusão na educação, no lazer, no transporte etc. Quando isso acontece, podemos falar em educação inclusiva, no lazer inclusivo, no transporte inclusivo e assim por diante. Uma outra forma

> de referência consiste em dizermos, por exemplo, educação para todos, lazer para todos, transporte para todos.[89]

Tratar os direitos humanos das pessoas com deficiência sob o viés inclusivo significa, antes de tudo, reconhecer que existe um direito à inclusão social. Este direito é reconhecido, por exemplo, como um princípio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que garante ao grupo a sua plena inclusão e participação na comunidade. Ademais, esse direito pode ser extraído também, embora não figure de maneira expressa, a partir dos vetores constitucionais que consagram os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, conforme veremos a seguir.

Importante destacar que essas noções aqui expostas, referentes aos diferentes modelos de tratamento da deficiência (médico, social, e biopsicossocial), bem como os diferentes movimentos de inserção na sociedade (integração e inclusão social) influenciam diretamente no conceito de pessoa com deficiência, o que nos levará a retornar a análise sobre estas questões no capítulo 3º.

2.3 Os Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988 e o Compromisso do Direito Brasileiro com a Inclusão Social

No Brasil, a evolução do movimento inclusivista foi marcante na Constituição Federal de 1988, que representou um instrumento vanguardista de cidadania, levando a cabo o processo de redemocratização do País, ampliando as liberdades individuais (suprimidas no regime ditatorial) e os direitos sociais. A Carta de 88 contou com uma ampla participação popular, de diversos segmentos sociais, chegando a ser denominada, à época, pelo Presidente da Assembleia Nacional Constitucional (ANC), Ulysses Guimarães, de Constituição Cidadã.

A Assembleia Nacional Constituinte representou os anseios democráticos de um novo Brasil, promovendo o debate entre os órgãos legislativos e parlamentares, tribunais, entidades associativas e a sociedade em

[89] *Ibidem*. p. 40.

geral, a qual poderia propor Emendas Populares, cumprindo-se o pré-requisito de 30 mil assinaturas.

A ANC foi composta por oito comissões temáticas e vinte e quatro subcomissões, as quais conduziram cerca de 200 audiências públicas no total[90]. Os direitos das pessoas com deficiência foram discutidos na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, integrante da Comissão Temática da Ordem Social[91]. A subcomissão realizou oito audiências públicas, sendo três delas com assuntos atinentes às pessoas com deficiência[92]. Embora os relatos sejam de que os parlamentares e membros da ANC compareceram em pequeno número às reuniões, é digna de nota a ampla participação dos grupos organizados defensores dos direitos ali discutidos[93]. Entre as entidades envolvidas, tiveram destaque em sua participação a Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos no Brasil (ONEDEF), Movimento de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência (MDPD), Federação Nacional das APAES (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, e Associação Nacional dos Ostomizados, entre outras.

Segundo relata Mário Cleber Martins Lanna Júnior, os movimentos organizados das pessoas com deficiência começaram a articular-se ainda em 1986, com a realização de encontros sobre a temática "A Constituinte e os Portadores de Deficiência", com o apoio do Ministério da Cultura[94]. A esta altura o anteprojeto da Constituição já estava basicamente pronto. Ao longo dos encontros discutiram-se diversas propostas e ao final se elaborou um documento com quatorze propostas de artigos à Constituição[95]. Entre os pontos mais

---

[90] BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de. (Org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte*: a sociedade na tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p.15.

[91] Compunham essa comissão temática, juntamente com a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, as Subcomissões dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, e a de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente.

[92] BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias*. In: _____; ARAÚJO, José Cordeiro de. (Org.). *Op. cit*. p. 505.

[93] *Ibidem*. 506.

[94] *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 65.

[95] São elas: **1.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas ou por ser portador de deficiência de qualquer ordem. Será punida pela lei toda discriminação atentatória aos direitos humanos. **2.** Garantir e proporcionar a prevenção de doenças ou condições que levem à deficiência. **3.** Assegurar às pessoas portadoras de deficiência o direito à habilitação e reabilitação com todos os equipamentos

discutidos defendia-se a consolidação da autonomia em face da tutela, e o protagonismo como pressuposto da cidadania.

Outra discussão pertinente foi em relação à existência de um capítulo específico destinado às "Tutelas Especiais". Os movimentos organizados rejeitaram essa ideia, por considerarem que a destinação de um capítulo separado para a tutela das pessoas com deficiência aumentaria a segregação e perpetuaria o preconceito, quando na verdade o intuito era de reconhecimento de direitos iguais e autonomia. Dessa forma, buscou-se implementar os direitos das pessoas com deficiência junto com os direitos dirigidos a todos os cidadãos[96].

Nesse sentido, propôs-se que a deficiência fosse enquadrada expressamente como categoria discriminada, vedando-se esse comportamento, a partir do seguinte texto: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas ou por ser portador de deficiência de qualquer ordem. Será punida pela lei toda discriminação atentatória aos direitos humanos". Contudo, o texto que acabou integrando-se à Constituição, reduziu a proposta, adotando apenas a expressão "sem distinção de qualquer natureza".

---

necessários. **4.** Assegurar às pessoas portadoras de deficiência o direito à educação básica e profissionalizante obrigatória e gratuita, sem limite de idade, desde o nascimento. **5.** A União, os Estados e os Municípios devem garantir para a educação das pessoas portadoras de deficiência, em seus respectivos orçamentos, o mínimo de 10% do valor que constitucionalmente for destinado à educação. **6.** Proibir a diferença de salário e de critério de admissão, promoção e dispensa, por motivo discriminatório, relativos a pessoa portadora de deficiência, raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade, idade, estado civil, origem e a condição social. **7.** Conceder a dedução no Imposto de Renda, de pessoas físicas e jurídicas, dos gastos com adaptação e aquisição de equipamentos necessários ao exercício profissional de pessoas portadoras de deficiência. **8.** Regulamentar e organizar o trabalho das oficinas abrigadas para pessoas portadoras de deficiência, enquanto não possam integrar-se no mercado de trabalho competitivo. **9.** Transformar a "aposentadoria por invalidez" em "seguro-reabilitação" e permitir à pessoa portadora de deficiência trabalhar em outra função diferente da anterior, ficando garantido este seguro sempre que houver situação de desemprego. **10.** Garantir a aposentadoria por tempo de serviço aos 20 (vinte) anos de trabalho, para as pessoas portadoras de deficiência que tenham uma expectativa de vida reduzida. **11.** Garantir o livre acesso a edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público, a logradouros públicos e ao transporte coletivo, mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas, ambientais e a adaptação dos meios de transporte. **12.** Garantir ações de esclarecimento junto às instituições de ensino, às empresas e às comunidades, quanto à importância de prevenção de doenças ou condições que levam à deficiência. **13.** Garantir o direito à informação e à comunicação, considerando-se as adaptações necessárias para as pessoas portadoras de deficiências. **14.** Isentar os impostos às atividades relacionadas ao desenvolvimento de pesquisa, produção, importação e comercialização de material ou equipamento especializado para pessoas portadoras de deficiência. (LANNA JÚNIOR, Mário Cleber Martins. *Op. cit*. p. 71-72).

[96] Ibidem. p. 67.

Com a rejeição de alguns pontos propostos no documento elaborado pelos movimentos sociais, algumas Emendas Populares foram propostas em substituição, encabeçadas pelas próprias entidades organizadas, de forma esparsa e sem o consenso geral, mas ainda assim algumas delas obtiveram êxito e chegaram a compor a redação final do texto constitucional. Dentre elas a Emenda Popular, n° PE00077-6 que instituiu o Benefício de Prestação Continuada (BPC)[97].

De toda sorte, o mais importante foi o fato de o processo constituinte ter contado com a participação popular, especialmente de pessoas com deficiência que, em um ato de cidadania, colocaram-se em posição de protagonismo político, refletindo-se assim os primeiros indícios de que a partir dali se construiria uma sociedade inclusiva no Brasil.

Segundo as palavras Romeu Kazumi Sassaki, em depoimento oral, em 05 de fevereiro de 2009, ao referir-se ao papel fundamental exercido pelas pessoas com deficiência na Assembleia Nacional Constituinte:

> Se você comparar o anteprojeto com a Constituição de 1988, vai ver a grande diferença, o quanto nós conseguimos interferir. O anteprojeto era muito fraco, com aquela visão antiga, paternalista, sobre pessoas com deficiência. Ali realmente nós crescemos[98].

Esse crescimento rumo a uma sociedade realmente inclusiva é o reflexo de diversos fatores, dentre os quais podemos citar a democratização e participação popular no processo constituinte e a influência das normas internacionais de direitos humanos, as quais reasseguraram, agora no plano nacional, direitos fundamentais baseados nos princípios da igualdade e da dignidade humana.

Assim, a tônica da Constituição Federal de 1988 pode ser apreciada logo em seu preâmbulo, o qual define entre os papéis do Estado Democrático a garantia do "exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias". Destaca-se no preâmbulo a citação expressa à formação de

---

[97] Ibidem. p. 70.
[98] SASSAKI apud LANNA JÚNIOR, Mário Cleber Martins. *Op. cit*. p. 71.

uma sociedade pluralista e sem preconceitos, garantindo o bem-estar, a igualdade e a justiça.

Ademais, logo no artigo 1º, inciso III, a Constituição elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, pelo que este deve ser considerado o fundamento maior de nosso ordenamento jurídico, devendo o Estado atuar com vistas sempre a preservar esse atributo inerente em cada indivíduo.

Em seguida, no artigo 3º, estão previstos como objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade justa (inciso I); a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II); a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (inciso III); e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (inciso IV). Vale mencionar que a promoção do "bem de todos", sem distinções discriminatórias, por si só já revela o ideal inclusivista contido na Constituição de 88.

Essas disposições constitucionais conduzem ao entendimento de que o modelo inclusivo de sociedade é parte integrante de uma noção de justiça mais ampla, a qual se denomina de justiça distributiva. Esse ideal de justiça amolda o preceito da dignidade humana na medida em que exige a construção de "uma sociedade onde todos tenham o mínimo de direitos necessários à preservação desse atributo do ser humano"[99].

Voltaremos a tratar das concepções de justiça distributiva no próximo capítulo, ao analisar a igualdade na distribuição dos recursos entre os indivíduos. Por ora, importante destacar que esse ideal de justiça se assenta em uma concepção de igualdade, igualdade esta que pode ser vista de forma explicita – tal como a dignidade humana – como regra constitucional que se repete ao longo da Carta Magna, com o intuito de reforçar e destacar o princípio igualitário.

Este destaque dado ao princípio da igualdade garante e reforça a ideia de que devemos desenvolver uma sociedade inclusiva, que seja para todos, e, portanto, acaba por fundamentar todo um conjunto de direitos inclusivos à pessoas com deficiência. Assim, das propostas e reivindicações por autonomia, igualdade, e cidadania das pessoas com deficiência, o constituinte originário estabeleceu:

---

[99] BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 69.

- a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência[100] (Artigo 7, XXXI);

- a competência comum entre a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (Artigo 23, II);

- a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção e integração social[101] das pessoas portadoras de deficiência (Artigo 24, XIV);

- a previsão de que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão (Artigo 37, VIII);

- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (Artigo 203, IV);

- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (Artigo 203, V);

- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (Artigo 208, III);

- a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (Artigo 227, § 1º, II)[102].

---

[100] O texto constitucional ainda traz grafado o termo “pessoa portadora de deficiência”. Em alerta ao leitor, salientamos que o termo não está mais em consonância com as atuais reivindicações dos movimentos sociais e com os atuais instrumentos internacionais, pelo que preferimos a adoção do termo que julgamos mais correto, qual seja, “pessoa com deficiência”. A questão terminológica será abordada no terceiro capítulo da obra, ocasião na qual revisitaremos os termos já empregados e explicitaremos os motivos da mudança aqui assinalada.

[101] O termo integração social, empregado na Constituição Federal era comumente utilizado como sinônimo de inclusão social, e pode ser visto nas discussões que envolveram o debate constituinte com essa mesma conotação. Não quer dizer, por isso, que o modelo defendido pela Constituição de 88 seja pré-inclusivista. Contudo, atualmente, assentadas as diferenças entre esses dois momentos distintos (de integração e de inclusão), faz-se necessário a adequação e o uso do termo correto, qual seja “inclusão social”.

[102] Redação atualizada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

- a previsão de que lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (Artigo 227, § 2º e Artigo 244);

Outros dois artigos sobrevieram após a promulgação da Constituição Federal pelo poder constituinte originário em 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 47 de 2005 (poder constituinte derivado). Esses dois artigos dispõem sobre a autorização para que lei complementar adote requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria de pessoas com deficiência que estejam protegidas pelo: (*i*) regime previdenciário dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (Artigo 40, § 4º); e (*ii*) pelo do regime geral de previdência social (artigo 201, §1º).

Um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 7.853/89, que traça uma série de estratégias para a inclusão da pessoa com deficiência, como a referência a uma Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (inicialmente criada pelo Decreto nº 914/93, e hoje regulamentada pelo Decreto nº 3298/99), instituição da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE)[103], que atualmente encontra-se vinculada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, além de definir a tutela e defesa de outros direitos com vistas a plena inclusão social. Esta lei serve como base de orientação das principais políticas públicas de inclusão e acessibilidade que vigoram hoje no Brasil.

Como parte da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência uma série de leis e decretos foram promulgadas pelo Poder Legislativo. Abordaremos algumas delas ao longo deste trabalho.

Mais recentemente, em 09 de julho de 2008, o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo por meio do Decreto Legislativo nº 186/08, ratificando o referido instrumento internacional de direitos humanos nos termos do § 3º, do artigo 5º da Lei Fundamental, efetuando o depósito da

[103] Atualmente denominada de Secretaria Nacional da Pessoa com Deficiência.

ratificação junto a ONU em 01 de agosto de 2008. No ano seguinte, em 25 de agosto de 2009, a Presidência da República promulgou o Decreto nº 6.949/09, concluindo a última etapa para a introdução da referida Convenção e seu Protocolo Facultativo no sistema jurídico brasileiro, a qual possui o status formal e material de Emenda Constitucional. Assim, todos os dispositivos constantes na referida Convenção passaram a integrar nossa Constituição Federal para todos os efeitos[104].

O processo de ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que culminou com a sua introdução no sistema jurídico interno brasileiro na qualidade de emenda constitucional, representou um importante marco do reconhecimento nacional dos direitos humanos, pois se tratou do primeiro tratado internacional de direitos humanos a assumir esse predicado constitucional.

Ademais, a ratificação contou com um amplo apoio e articulação dos movimentos sociais organizados, que instituíram a "Campanha Assino Inclusão"[105], com o objetivo de pressionar o Congresso Nacional a aprovar o decreto ratificando a Convenção com o quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos cada.

Como uma das obrigações gerais assumidas pelo país signitarário que promove a ratificação da Convenção da ONU, disposta no artigo 4.1, "a", do referido tratado internacional, o Brasil comprometeu-se a adotar todas as

---

[104] Importante destacar a discussão teórica acerca do momento em que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU passou a fazer parte do nosso direito interno: se no ato da aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 186/08), nos termos exigidos pelo artigo 5º, § 3º da CF; ou no momento da promulgação da referida Convenção pela Presidência da República (Decreto nº 6.949/09), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-DF (ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, nº 109, DJU 13/05/1998), onde a Corte julgou imprescindível a ratificação do ato pelo Presidente da República. Em que pese as diferentes posições a respeito do tema, acreditamos que a partir do Decreto Legislativo nº 186/08, a Convenção da ONU tornou-se vinculante e de implementação imediata no direito interno brasileiro, especialmente se considerarmos o contexto político e jurídico que envolveram a ratificação do referido instrumento internacional em nosso sistema jurídico. De toda sorte, para evitar maiores discussões sobre o tema, adotaremos o Decreto Presidencial nº 6.949/09 como marco formal de ingresso da Convenção no direito interno brasileiro.

[105] A "Campanha Assino Inclusão" foi constituída por diversos movimentos sociais das pessoas com deficiência e tiveram à frente do Comitê Gestor a Associação Mias Diferenças – Educação e Inclusão Social; Associação 3IN – Inclusão, Integridade e Independência; Centro de Vida Independente Araci Nallin (CVI-NA); Conectas Direitos Humanos; Instituto Pro Bono; Conversando com as Nações Unidas; Associação "DÁ PRA IR" de Cidadania, Cultura e Acesso Universal; Instituto Mara Gabrilli, Instituto Leonard Cheshire do Brasil; e Movimento Superação.

medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos nela reconhecidos, trazendo novamente à pauta um antigo debate acerca da criação de um Estatuto da Pessoa com Deficiência, hoje sob a rubrica do Projeto de Lei nº 7.699/2006, o qual encontra-se com os debates avançados no Congresso Nacional e na iminência de ser votado.

Outro relevante marcador legal e social referente aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência no Brasil foi lançado em 17 de novembro de 2011 (Decreto Nº 7.612/11), por meio da Secretaria Nacional da Pessoa com Deficiência, denominado de "Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limites", o qual tem a "finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo"[106].

Deve-se observar que o compromisso com a inclusão social e a sua materialização no campo jurídico através de uma gama de direitos (direito à saúde, ao trabalho, à vida, à liberdade, ao lazer, à moradia, à acessibilidade, etc.) estão estreitamente relacionados ao direito à igualdade, que norteia todos os demais direitos previstos na Constituição em favor das pessoas com deficiência. Trata-se de reconhecer o papel fundamental que o princípio da igualdade representa para o direito à inclusão social, o que requer o reconhecimento da vedação de condutas discriminatórias, mas também a adoção de medidas que elevem a igualdade entre os indivíduos diferentes ao seu grau máximo de justiça.

Dos diversos direitos fundamentais consagrados na Constituição, em especial um deles merece destaque, por revelar um dos sentidos de igualdade ao qual nos referimos anteriormente (vide nota 37), que exige um tratamento justo para corrigir situações de desigualdades naturais e/ou sociais. Trata-se do Artigo 37, VIII, o qual dispõe que haverá reserva de vagas para o acesso de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, discriminando inversamente esse grupo, e criando condições diferenciadas de acesso a este bem fundamental.

---

[106] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

Sobre essa inversão da igualdade, que visa corrigir desigualdades que passam desapercebidas sobre o simples enfoque legal e formal, possibilitando a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, ambiente do qual elas foram historicamente excluídas, passaremos a tratar no próximo capítulo.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO.

Durante séculos as pessoas com deficiência vem sendo adjetivadas como pessoas improdutivas, e assim impedidas de ter acesso ao direito humano e fundamental ao trabalho. Foram e ainda são consideradas como verdadeiros estorvos à produtividade e ao crescimento econômico e financeiro de empresas e do Estado. Essa triste realidade, que acompanha a discriminação e a exclusão das quais são alvo as pessoas com deficiência em todas as suas relações sociais, e não somente, mas especialmente nas relações laborais, passa a ser alterada com o advento dos direitos humanos, alicerçados no respeito e na promoção da igualdade.

Definido como um direito humano de cunho social, o direito ao trabalho se caracteriza como o principal meio de subsistência do ser humano, e por consequência como um dos principais meios de garantia e preservação da dignidade humana. Além disso, trabalhar e poder colher os frutos do labor não só representa a fonte primária de subsistência do indivíduo nas sociedades capitalistas contemporâneas, mas também representa a capacidade para que ele se torne o senhor do seu próprio destino, exercendo sua liberdade, autonomia e independência, apoderando-se dos rumos da sua própria vida.

Essas noções que envolvem as liberdades da pessoa com deficiência também estão relacionadas à moderna concepção de inclusão social. A construção da sociedade inclusiva requer, como condição prioritária de igualdade, que o indivíduo que possua alguma deficiência tenha ao seu alcance os recursos essenciais para que ele se liberte das limitações que a sociedade lhe impõem injustificadamente. Assim, o acesso ao trabalho é condição de libertação da pessoa com deficiência, como uma exigência de igualdade, para que esse grupo goze das mesmas liberdades universais que as demais pessoas.

Nesse sentido, o movimento de inclusão social das pessoas com deficiência, que evoluiu com advento dos direitos humanos, reflete nada mais que uma exigência de igualdade, que se expressa através do reconhecimento da diversidade humana e, portanto, exige condutas ativas dos Governos e da coletividade para criar de fato uma sociedade inclusiva.

Tendo em vista que o ideal igualitário apresentado no primeiro capítulo, representado pelo princípio da não-discriminação, demonstra-se insuficientemente hábil para corrigir situações de desigualdades acentuadas e redistribuir os bens fundamentais que deveriam estar acessíveis a todos os indivíduos em condições de iguais oportunidades, especialmente o trabalho, exige-se que a igualdade se eleve ao seu grau máximo, demandando por parte do Estado e da sociedade a adoção de políticas públicas que reconheçam a diferença da diversidade e garantam uma igualdade real.

Assim, a igualdade requer a adoção de um outro princípio igualitário, denominado de "discriminação positiva", segundo o qual as desigualdades entre os diferentes não podem ser ignoradas, mas ao contrário disso, devem ser reconhecidas como parte da diversidade humana, possibilitando o acesso prioritário de grupos e indivíduos à recursos essenciais, os quais antes eram inacessíveis por consequência da "discriminação negativa" e da exclusão social.

Essa discriminação positiva é conhecida com a denominação de ação afirmativa, um modelo de promoção da igualdade real, e que pode ser representado por um conjunto de políticas públicas, entre elas o sistema de cotas, ou reserva de vagas.

Assim, nesse capítulo, veremos o que torna o direito ao trabalho um direito humano e fundamental, e os meios pelos quais a comunidade internacional e o Estado brasileiro buscaram garantir o gozo desse direito para as pessoas com deficiência, através das ações afirmativas. Veremos quais as duas principais regras que instrumentalizam o sistema de cotas no ordenamento jurídico brasileiro. E, por fim, detalharemos em que consiste o ideal de justiça igualitária que julgamos sustentar teoricamente as políticas de ações afirmativas.

3.1 O Direito da Pessoa com Deficiência ao Trabalho

A exclusão social das pessoas com deficiência, que se perpetrou durante séculos, também representou o afastamento desse grupo de indivíduos do processo produtivo. As pessoas com deficiência estão marcadas com o estereótipo da incapacidade e da improdutividade, fazendo com que o mercado de trabalho fechasse suas portas para esses indivíduos. O crescimento do

modelo capitalista e da economia de mercado, aliados a crescente competitividade de empresas privadas e Estados, acirrou a exclusão das pessoas com deficiência do mercado de trabalho.

Como vimos no capítulo anterior, o advento dos direitos humanos, que consolidou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, fundamentados e direcionados para garantir a igualdade, liberdade e dignidade entre todos os indivíduos, causou uma grande transformação no modo de tratamento das pessoas com deficiência. O direito ao trabalho surge, nessa esteira, como um direito humano social essencial para a promoção dos ideais consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (igualdade, liberdade e dignidade), bem como para a construção da denominada sociedade inclusiva.

Nesse sentido, ensina Luiz Alberto David Araújo que:

> A pessoa com deficiência, quer mental (quando possível), quer física, tem direito ao trabalho, como qualquer indivíduo. Nesse direito está compreendido o direito à própria subsistência, forma de afirmação social e pessoal do exercício da dignidade humana.[107]

Essa afirmação demonstra que o direito ao trabalho representa muito mais do que uma simples forma de angariar recursos materiais por meio da remuneração devida em contraprestação ao labor. Mais que isso, como relacionamos no capítulo anterior, o direito ao trabalho, como um direito humano social, constitui-se em mecanismo de garantia das liberdades individuais e de autodeterminação da pessoa com deficiência, possibilitando-a a independência e a autonomia necessárias para se empoderar do controle de suas próprias vidas.

Importante destacar que esses conceitos não são sinônimos, muito embora se assemelhem e se complementem. Nesse sentido, é necessário distinguir os conceitos de autonomia, independência e empoderamento. Autonomia consiste no grau de capacidade em dominar os ambientes físicos e sociais, com o mínimo de auxílio de terceiros para a realização de tarefas e ações rotineiras, como se locomover, subir escadas, usar transporte público, se relacionar socialmente, etc. Independência, por sua vez, consiste na faculdade

---

[107] *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 12 de março de 2013.

de fazer escolhas livres sobre questões relacionadas ao cotidiano, sem necessitar de autorização por parte de outras pessoas, como familiares, tutores ou curadores. Já o termo empoderamento, derivado do inglês "*empowerment*", representa o reconhecimento do poder pessoal inerente à cada indivíduo ou grupo de indivíduos para decidir sobre os rumos de suas próprias vidas[108]. O pleno empoderamento, portanto, só é possível a partir da conferencia de autonomia e independência para as pessoas com deficiência.

Esses conceitos fazem parte da noção de inclusão social, tratada no capítulo anterior, bem como correspondem à ideia de Vida Independente adotada pela Declaração de Washington de 1999, a qual reconhece que as oportunidades igualitárias de emprego e empreendimento são essenciais para a promoção da sociedade inclusiva, pautada no reconhecimento da igualdade e da dignidade humana da pessoa com deficiência.

Essa é a conclusão de Eliana Franco Neme, ao advertir que:

> Não há a menor possibilidade de integração se retirarmos dos portadores de deficiência a capacidade de autodeterminação. Não há como falar em dignidade humana ou em igualdade se não oferecermos condições para que essas pessoas possam ganhar honestamente o seu próprio sustento.[109]

A fim de tornar o direito ao trabalho um direito materialmente universal, acessível à todos os indivíduos em condições de igualdade, a comunidade internacional tratou de resguardá-los em uma série de instrumentos internacionais. Primeiramente com o surgimento da OIT e suas Convenções que estipulavam as condições mínimas para os contratos de trabalho, posteriormente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos[110] e o sequente Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[111], e mais

---

[108] SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

[109] *Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas*. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: RT, 2006. p. 143

[110] Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Artigo XXIII. 1.Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego". Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 19 de agosto de 2013.

[111] Entre outras disposições relativas ao direito ao trabalho, dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que: "Artigo 6º. 1. Os Estados Partes do Presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguarda esse direito. 2. As medidas que cada Estado parte do presente

recentemente com os tratados e declarações internacionais de direitos das pessoas com deficiência[112], o direito ao trabalho consagrou-se como um dos direitos humanos mais importantes na sociedade capitalista, pois é especialmente através do trabalho que o indivíduo adquire as condições materiais necessárias para a preservação de outros direitos (como à saúde, ao lazer, à moradia, entre outros) e de sua dignidade. Assim, podemos afirmar que a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho constitui um passo fundamental para a inclusão social, na sua perspectiva mais ampla, desse grupo de indivíduos.

Dentre os principais documentos internacionais de direitos humanos que garantiram a proteção e o ingresso ao mercado de trabalho da pessoa com deficiência, as Convenções da OIT, da OEA e da ONU se destacam por seu caráter vinculante ao Estados signatários.

Vale mencionar que para a OIT o direito ao trabalho deve ser usufruído respeitando-se um conjunto de direitos mínimos necessários à conservação da dignidade do trabalhador. Dessa forma, a OIT adotou o conceito de "Trabalho Decente"[113], no qual estão compreendidas as frentes de atuação da Organização Internacional do Trabalho, entre elas a eliminação da discriminação no trabalho.

Brito Filho, em obra destinada a análise do conteúdo do "Trabalho Decente", aponta que o termo adotado pela OIT compreende o respeito à "igualdade de oportunidades *para* e *no* exercício do trabalho", alertando que a violação desse mandamento, através da discriminação e da exclusão,

---

pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais". (Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em 19 de agosto de 2013).

[112] Praticamente todos os Tratados e Declarações Internacionais de Direitos Humanos abordados no Capítulo anterior, na seção 1.2.2, demonstram a preocupação em garantir à pessoa com deficiência o direito ao trabalho em condições de igualdade.

[113] Segundo a OIT, o Trabalho Decente representa um conceito que reúne as quatro principais frentes de atuação da Organização: (*i*) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (*ii*) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (*iii*) a abolição efetiva do trabalho infantil; e (*iv*) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Referidos objetivos da OIT encontram demarcados como princípios da Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, de 1998.

constituem formas de trabalho indignas[114]. Complementa o autor, em outra obra, que:

> O trabalho deve ser oferecido a todos os que possuam as habilidades necessárias, sem distinções (leia-se discriminações) de qualquer natureza, bem como as oportunidades, dentro das organizações, devem ser oferecias dentro da mesma ótica.[115]

Dessa forma, a proibição da discriminação e a promoção da igualdade de oportunidades no trabalho representam um dos principais temas contidos nos tratados internacionais de direitos humanos e na legislação pátria.

No âmbito da OIT, destacamos as Convenções nº 111, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, e a já mencionada Convenção nº 159. Segundo a primeira, ao definir o conceito de discriminação, considera-se vedada toda e qualquer:

> (...) distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão[116].

Embora não refira expressamente a deficiência como fundamento da discriminação para acesso ao mercado de trabalho, o rol do artigo 1º, inciso "1", alínea "a", da Convenção em apreço, deve ser compreendido de maneira exemplificativa, devendo ser interpretado de maneira extensiva para abarcar discriminações fundadas em outras razões, entre elas a deficiência. Trata-se, portanto, de uma Convenção que aborda a questão da discriminação no trabalho de forma ampla e genérica, devendo ser considerada como um importante instrumento internacional de proteção de grupos vulneráveis, os quais geralmente são preteridos nas seleções, na manutenção e na ascensão no emprego.

A Convenção nº 111 buscou a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho por meio do princípio da não-discriminação, o qual foi abordado no capítulo anterior, tornando vedadas condutas como diferenciação de salários, ou a adoção de critérios discriminatórios para a admissão no emprego.

---

[114] *Trabalho Decente*: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004. p. 56-57 e 86-104.
[115] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 29
[116] Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/472. Acesso em: 19 de agosto de 2013.

Já a Convenção nº 159 da OIT tem como foco específico a reabilitação da pessoa com deficiência para que ela possa obter e conservar um emprego, bem como a possibilidade de progredir no mesmo, a fim de que se promova a inclusão social. A Convenção nº 159 obriga os Estados signatários a implementarem uma política nacional sobre reabilitação profissional e promoção de postos de emprego para pessoas com deficiência. No Brasil, a política de reabilitação e habilitação profissional faz parte do sistema de previdência social.

A Convenção nº 159 representou um importante avanço internacional para que as pessoas com deficiência pudessem se alocadas e realocadas em diversos postos de trabalho. Representou um passo a mais em relação à Convenção anterior, aumentando o número de pessoas com alguma deficiência inseridas no mercado de trabalho, mas somente uma política de reabilitação e habilitação dessas pessoas não era suficiente para alterar o quadro histórico de exclusão, o que impôs a mudança de foco com base na igualdade, conforme veremos.

A Constituição Federal de 1988 também consolidou o trabalho como um direito fundamental, sendo disposto juntamente com um rol de outros direitos sociais no artigo 6º. Além disso, conforme vimos no capítulo anterior, a Constituição vedou todas as formas de discriminação entre os cidadãos, elegendo assim a igualdade entre os indivíduos como um princípio máximo a ser protegido. E para reforçar a importância da igualdade, vedou também a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (Artigo 7º, inciso XXXI). Nota-se aqui, novamente, a igualdade sob o princípio da não-discriminação, com a intenção de evitar que as pessoas com deficiência continuem sendo discriminadas e excluídas do mercado de trabalho.

Mas a Constituição Federal de 1988 não ficou apenas no discurso da igualdade formal, aquela que busca o tratamento isonômico perante a lei, sem levar em consideração às diferenças e as desigualdades entre os indivíduos. Em outras palavras, a Constituição Federal não se restringiu apenas a proibir a discriminação. Conforme já afirmamos anteriormente, a leitura conjugada dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3ª da Carta Magna (especialmente os incisos III e IV) apontam um caminho diferente para a promoção da igualdade.

A Lei Maior exige que a igualdade se manifeste de forma material e acabando por quebrar expressamente com a tradicional isonomia de tratamento perante a lei, ao dispor que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, além de definir os critérios de sua admissão. Trata-se, assim, de mandamento que reconhece as diferenças e, portanto, dispende tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, criando uma igualdade material que possa efetivamente incluir esse grupo vulnerável no mercado de trabalho.

A Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência também adotou a compreensão de que o acesso ao trabalho é um importante e fundamental instrumento de garantia da dignidade e de inclusão social do trabalhador com deficiência. E ao definir que a inclusão social da pessoa com deficiência depende essencialmente da sua inserção no mercado de trabalho, afirma que:

> Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência.[117]

Assim, a Convenção Interamericana reafirma que para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho se faz necessária a adoção de um outro padrão de igualdade, baseado em uma discriminação inversa, que opera em benefício do grupo excluído. Trata-se da denominada discriminação positiva, ou como veremos no próximo item, com a denominação de ação afirmativa.

A opção por esse modelo de igualdade material, como forma mais eficaz e operante para a transformação do cenário de exclusão da pessoa com deficiência do meio laboral, é ainda mais evidente na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nos termos da Convenção da ONU (artigo 27, item 1, letra “h”), os Estados Partes passam a reconhecer o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e se comprometem a adotar medidas para a promoção

[117] Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html. Acesso em: 23 de agosto de 2013.

do direito ao trabalho, entre as quais se incluem os programas de ação afirmativa.

Assim, baseando-se no princípio da igualdade, esses instrumentos tem a finalidade, entre outras, de evitar situações de discriminação, promovendo a igualdade entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, criando oportunidades iguais de acesso ao trabalho, e conduzindo à inclusão social.

Nesse sentido, segundo Brito Filho, o princípio da igualdade:

> (...) tem relação direta com a temática da discriminação, pois é a partir dele que se pode sustentar as duas formas de combate a toda e qualquer forma de exclusão ou desigualdade, reprimindo-as e estimulando comportamentos que conduzem à inclusão.[118]

A referência feita pelo autor, acerca das duas formas de combate à exclusão e a desigualdade, serão melhor elucidadas adiante. A primeira delas é extraída do princípio da não-discriminação, já abordado no capítulo anterior (vide seção 1.2.1).

Vale mencionar, conforme veremos adiante, que as duas noções de igualdade (formal e material) fundamentam e devem coexistir, complementando-se mutuamente como formas de combate à discriminação. Destaca-se ainda que o ordenamento jurídico brasileiro assimila claramente um modelo de justiça social, denominado também de justiça distributiva que, ao eleger um ideal igualitário, exige que o Estado haja de modo à proibir a discriminação, bem como promover uma igualdade real entre os indivíduos diferentes, que recebem tratamentos desiguais pela sociedade, e para isso adotou as chamadas ações afirmativas.

3.2 Ação Afirmativa: a busca da Igualdade Real

Conforme já destacamos anteriormente, a humanidade é marcada pela diversidade entre os indivíduos. Existem diferenças entre os seres humanos que os tornam distintos um dos outros, e essas diferenças não devem ser suprimidas ou ocultadas de forma que se transformem em desigualdades ou

[118] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 35.

exclusão. Sobre a distinção entre diferença e desigualdade Fabio Konder Comparato ensina que:

> As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.[119]

Da percepção da existência dessas diferenças decorre a ideia de que não podemos tratar de maneira igual pessoas que são distintas, ou melhor, que não se encontram em condições iguais. A esse respeito, Elida Seguín adverte que "as pessoas são diferentes e não podem ser tratadas com igualdade, sob pena de se cometer injustiças"[120].

Nesse mesmo sentido, afirma Brito Filho, ao dizer que:

> (...) a regra é que as pessoas sejam diferentes, e mais do que isto, desiguais, em todos os níveis, não podendo o Estado e sociedade ignorarem esta situação como se ela fosse o diferencial que irá determinar a medida de nossa dignidade, por toda a vida, o que seria injusto.[121]

Em virtude dessa realidade, de que possuímos diferenças latentes, não podemos tratar pessoas diferentes de maneira idêntica, ao contrário devemos tratá-las de modo desigual na medida em que se diferenciam, de modo que essa desigualdade possa ser superada por meio de ação que promova uma igualdade de fato. Esta, pode-se afirmar, é a verdadeira regra da igualdade, a qual se encontra disposta nos célebres ensinamentos de Rui Barbosa:

> (...) [A] igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.[122]

Assim, notamos que a igualdade se revela sob duas formas, que impõem dois mandamentos distintos, embora complementares para o combate à discriminação, como afirmamos anteriormente.

---

[119] *Op. cit*. p. 190.
[120] *Op. cit*. p. 31.
[121] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 69-70.
[122] *Oração aos Moços.* Disponível em: http://www.culturabrasil.org/aosmocos.htm. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

O primeiro diz que, quando os sujeitos são iguais e suas diferenças não interferem nas oportunidades que lhes são oferecidas, eles devem ser tratados de forma semelhante. Mas ao contrário, o segundo mandamento da igualdade exige que, em havendo diferenças relevantes, que interferiram de forma discriminatória e arbitrária no oferecimento de oportunidades, então se deve exigir uma conduta ativa em favor do indivíduo que se encontra em situação desfavorável, para que este possa ser nivelado e, portanto, equipare-se em oportunidades e em acesso aos bens fundamentais com os demais indivíduos.

A estas duas noções distintas denominamos de igualdade formal (ou igualdade *perante a* lei) e igualdade real ou material (ou ainda substancial). Enquanto no primeiro plano, o da igualdade formal, garante-se a paridade jurídico-formal, evitando o tratamento desigual de direitos civis e políticos, no segundo plano, da igualdade material, impõe-se ao Estado o dever de promover uma igualdade de fato. Assim, podemos afirmar que a igualdade formal se assenta sob o princípio da não-discriminação, enquanto a igualdade material exige uma discriminação positiva, a fim de corrigir às desigualdades.

Muito embora reconheçamos que ambas são valiosas dimensões da igualdade, aquela que mais interessa ao presente tema é, sem dúvidas, a segunda[123]. Isso porque é a igualdade material que possui o condão transformador da realidade social, e aquela capaz de distribuir os bens disponíveis em condições reais de igualdade.

Na esteira dessa definição, a igualdade material nada mais é que reconhecer e respeitar as diferenças. Portanto, não há violação da regra da igualdade no tratamento desigual, quando este for necessário para a condução de uma igualdade substancial baseada na redistribuição dos bens disponíveis na sociedade. Isso porque, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade não é absoluto, e sim proporcional de acordo com as diferenças entre os seres humanos[124].

---

[123] Na prática, poucos são os exemplos, em nosso ordenamento, no qual a igualdade exige um tratamento rigorosamente idêntico, dentre os quais citamos o voto popular para o Senado Federal, onde os eleitores de cada Estado (e do Distrito Federal) tem o mesmo peso do voto, elegendo três representantes cada, embora ainda sejam afetados por desigualdades regionais. De outra sorte, inúmeras são as regras que exigem a igualdade material, dentro inclusive do próprio sufrágio universal, com o voto proporcional para a Câmara dos Deputados Federais.

[124] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*.

Nesse sentido a Constituição tratou de assegurar que o princípio da igualdade, fosse, sobretudo, substancial na vida de todos os indivíduos, impondo ao Estado e à sociedade deveres como o de “promover o bem de todos, sem discriminações”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais”, e “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Tais mandamentos constitucionais impõem ao Estado assumir uma conduta ativa, abandonando-se a neutralidade estatal.

A respeito do tema, Joaquim B. Barbosa Gomes criticamente observa que “a ideia de neutralidade estatal tem se mostrado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em subjugação legal”[125]. Como revelado no início desta obra, vimos que ao longo dos séculos às pessoas com deficiência foram reduzidas à condição de sub-humanos, segregados em internatos, ou quando não, exterminados, e muitas vezes amparado pelo direito vigente à época. No Brasil, não diferentemente, as leis transitaram do isolamento à integração subordinada, e só recentemente vivenciamos a tentativa de se construir uma sociedade inclusiva.

O fato é que para se corrigir o desnível que se assentou em séculos de tratamento desigual, para modificar a triste realidade que se construiu ao longo dos anos, não basta apenas a previsão de normas que se apoiam na igualdade formal. Isso é lógico de se supor, na medida em que é fácil notar que o desnível criado por séculos de discriminação e exclusão, não será superado com simples normas de vedação à discriminação, ou com a criação de ficções jurídica onde se garanta que todos, a partir daquele momento, serão tratados de maneira igual pela lei.

Durante anos, as pessoas com deficiência em nada ou muito pouco puderam participar da vida em sociedade, e foram completamente alijados do trabalho, ou considerados uma mão-de-obra desvalorizada, o que acabou criando uma cultura de exclusão, a qual só pode ser revertida por meio de uma ruptura com a igualdade perante a lei, e a adoção de uma .

Nesse sentido são os ensinamentos de Araújo, ao afirmar que:

---

[125] *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

> (...) a igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizem tal ruptura. Assim é razoável entender-se que a pessoa com deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência.[126]

Como dito antes, a quebra da igualdade formal, pressupõe a aplicação da igualdade material, a qual criará as condições necessárias para viabilizar às pessoas diferentes as mesmas oportunidades, tendo em vista que entre elas exista um desnível criado ao longo de anos de exclusão. Uma das formas de se aplicar a igualdade material consiste justamente na edição de normas que caracterizem aquilo que a literatura vem denominando de ação afirmativa, ou discriminação positiva.

Brito Filho, aponta a existência de duas formas de combate à discriminação, denominando-as de (*i*) modelo repressor; e (*ii*) modelo das ações afirmativas[127]. Enquanto o primeiro caracteriza-se por ser estático, apenas reprimindo condutas discriminatórias[128] e, portanto, alinhado à igualdade formal, o segundo modelo caracteriza-se por impor uma conduta ativa em favor de um determinado grupo, visando a sua inclusão, e não apenas a proibição da exclusão[129]. Dessa forma, o segundo modelo pode ser considerado com uma evolução do primeiro modelo, como um passo a mais que é dado em direção à inclusão[130].

Adverte ainda o autor, para o fato de que o modelo de ações afirmativa não deve ser considerado isolado, na medida em que nele deverão constar também mecanismos de repressão. Assim, ambos os modelos, e portanto, ambas as igualdades (formal e material), devem ser conjugadas de modo a promover a justiça[131].

Nos dizeres de Gabi Wucher, as medidas de discriminação positiva "visam assegurar a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica à dos outros membros da sociedade,

---

[126] *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 26 de agosto de 2013.
[127] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 52-59.
[128] Por exemplo, o artigo 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal, que prevê a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência.
[129] *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 59-60.
[130] *Ibidem*. p. 60.
[131] *Idem*.

proporcionando assim uma igualdade no exercício de direitos”[132], ao passo que Brito Filho complementa esta ideia dizendo que além da igualdade de exercício de direitos, o objetivo das ações afirmativas consiste na própria garantia de acesso aos recursos fundamentais, por parte de grupos ou indivíduos excluídos deste acesso[133].

Por sua vez, na definição de Joaquim B. Barbosa Gomes as ações afirmativas consistem em:

> (...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso à bens fundamentais como a educação e o emprego[134].

A definição apontada por Gomes deve ser interpretada de forma ampla, para além da correção das hipóteses de discriminação racial, de gênero e de origem nacional, sendo este escopo considerado apenas de maneira exemplificativa. Nesse diapasão, devemos considerar as ações afirmativas como medidas necessárias ao combate de discriminações que se operam em face de grupos vulneráveis.

Brito Filho, nesse sentido, apresenta sua própria definição sobre as ações afirmativas, a qual passamos a adotar, avaliando que elas constituem um:

> (...) modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõem-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento à grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre os indivíduos[135].

O conceito acima exposto demonstra o objetivo que se deseja alcançar com a implementação de medidas de ação afirmativa. Assim, nota-se que a promoção da igualdade real, que se pretende realizar através das ações afirmativas, está em consonância com o ideal de sociedade inclusiva, consagrado no paradigma da inclusão social, por meio de duas frentes de atuação que se operam conjuntamente: não excluir e incluir. Distribuir o acesso aos bens fundamentais da sociedade, aqui compreendidos especialmente os

---

[132] *Op. cit*. p. 54.
[133] *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 60.
[134] *Op. cit*. p. 40.
[135] Ações Afirmativas. São Paulo: LTr, 2012. p. 62-63.

direitos fundamentais, nada mais é do que garantir a inclusão social de grupos vulneráveis, a qual só pode ser alcançada por meio da efetiva garantia dos direitos fundamentais de maneira universal.

Isso porque, por um lado, as ações afirmativas oferecem para os indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis, os quais sofrem com a exclusão social, a oportunidade de demonstrarem que são igualmente detentores dos mesmos direitos e, portanto, necessitam ter acesso aos mesmos bens fundamentais que estão disponíveis para o restante da sociedade. Em outro plano, as ações afirmativas contribuem na promoção da valorização da diversidade humana, uma vez que toda a coletividade terá a oportunidade de interagir com aqueles indivíduos que antes eram excluídos do convívio social apenas por serem diferentes.

Trata-se de um argumento comumente utilizado em favor das ações afirmativas, descrito por Michael Sandel como o argumento da diversidade[136], segundo o qual essa políticas destinam-se a promover o bem comum da sociedade quando promovem um ambiente composto por seres humanos com diferentes características, na medida em que eles podem aprender a conviver e respeitar as diferenças. Ideia semelhante, a nosso ver, é utilizada por Ronald Dworkin, ao discutir alguns casos de medidas de ação afirmativa julgados pela Suprema Corte Americana[137]. O autor acredita que o "argumento ideal" que justifica essa medida reside no fato de que ela "tornará a comunidade mais igualitária e, portanto, mais justa"[138].

Dentre as classificações apontadas por Joaquim B. Barbosa Gomes, quanto à origem, as ações afirmativas podem ser decorrentes de políticas públicas concebidas pelo poder executivo ou legislativo; decorrentes da atuação do poder judiciário; ou resultantes de iniciativas privadas[139]. Dentro de nossa proposta temática, interessa discutir basicamente às ações afirmativas

---

[136] *Justiça*: o que é fazer a coisa certa (tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 213.
[137] Casos: "DeFunis x Odegaard" e "Sweatt x Painter".
[138] Na comparação de Dworkin, o "argumento ideal" é a resposta correta para a fundamentação de políticas afirmativas nas Universidades Americanas (retratadas nos casos DeFunis e Sweatt), em contraposição ao "argumento utilitarista". *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 358. Veremos mais sobre a visão utilitarista adiante.
[139] *Op. cit*. p. 53-60.

decorrentes de políticas públicas concebidas pelo poder legislativo, as quais destinam-se tanto ao Estado, quanto aos particulares.

3.2.1 O Sistema de Cotas para os Trabalhadores com Deficiência

Entre as diversas espécies de ações afirmativas[140], destacam-se aquelas baseadas em reservar um número de vagas para o acesso diferenciado à determinados bens, as quais ficaram popularmente conhecidas por meio da denominação de “sistema de cotas”. O sistema de cotas, ou reserva de vagas, cristalizou-se como a mais popular medida de ação afirmativa no Brasil, especialmente por ter sido consagrada, conforme já mencionamos anteriormente, na própria Constituição Federal do Brasil.

Assim, dispõe a Constituição de 1988 que deverá ser criada lei a fim de determinar um percentual de vagas para cargos e empregos públicos destinadas à pessoas com deficiência. A partir do mandamento Constitucional contido no artigo 37, inciso VIII, e também por questão de equidade e de eficácia vertical dos direitos fundamentais, as ações afirmativas consistentes em reserva de vagas para pessoas com deficiência acessarem ao mercado de trabalho foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro não só no âmbito da Administração Pública, mas também das instituições privadas.

Dessa forma, após a Constituição Federal, duas leis foram promulgadas contendo dispositivos normativos com a finalidade de promover os mandamentos constitucionais. São elas: a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que versa sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais e que institui o sistema de cotas para o acesso à cargos públicos, nos termos estabelecidos pelo artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal; e a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e que implementou a reserva de

[140] Existem outras espécies de ação afirmativa, que baseiam-se na mesma máxima de adoção de critérios especiais para o acesso diferenciado à determinados bens. São exemplos a concessão de benefícios fiscais para que indivíduos com deficiência possam ter acesso à transporte público gratuito, como a Lei nº 10.048/2000, ou ainda a Lei nº 8.989/95, que concede redução de impostos para a compra de veículos particulares.

vagas ao mercado de trabalho na iniciativa privada, aplicando-se também às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Na primeira lei (8.112/90), ao abordar os requisitos para a investidura em cargo público, diz o artigo 5º, parágrafo 2º do referido diploma legal:

> Artigo 5º. § 2º. Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Note-se, portanto, que o dispositivo legal supracitado estipula uma reserva de vagas às pessoas com deficiência de até 20% do total de vagas. Porém, nada fala sobre o mínimo a ser reservado. Nesse sentido, com vistas à preencher esta lacuna, em 21 de dezembro de 1999, foi publicado o Decreto nº 3.298, o qual estipulou a reserva mínima de 5% do total das vagas disponíveis por concurso público (artigo 37, parágrafos 1º e 2º)[141].

Por sua vez, para o acesso ao mercado de trabalho privado, a Lei 8.213/91 estabelece um percentual que varia de 2% à 5%, de acordo com o número total de empregados admitidos pela empresa. Dispõe o artigo 93 da referida lei:

> Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
> I - até 200 empregados.....2%;
> II - de 201 a 500.....3%;
> III - de 501 a 1.000.....4%;
> IV - de 1.001 em diante. .....5%.

Ainda referente ao mesmo dispositivo legal, no parágrafo 1º garante-se que a cada trabalhador reabilitado ou com deficiência dispensado, outro deverá ser contratado para a vaga, mantendo o *quantum* de trabalhadores com essas características sempre com um patamar mínimo anteriormente adquirido, evitando o retrocesso.

---

[141] "Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. § 1º. O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida. § 2º. Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente".

A progressão do percentual da reserva das vagas, que se encontra em ambas as Leis acima referidas, atende a proporcionalidade que se exige como uma questão de justiça. É que, se por um lado o ideal de justiça que fundamenta essas medidas de ação afirmativa requer a criação de condições diferenciadas, tais como a reserva de vagas, destinadas a incluir indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis, por outro lado, a justiça também exige que essas vagas reservadas atendam a um comando de razoabilidade, não obstaculizando o acesso do restante da sociedade à recursos que são escassos, como o trabalho. Não seria razoável, e portanto justo, implementar um sistema de cotas que preterisse por completo os demais grupos da sociedade que não são considerados vulneráveis, sob o pretexto de se incluir uma maior gama de indivíduos de um grupo socialmente excluído.

Outra questão que deve ser observada a respeito da implementação dessas políticas afirmativas concerne à questão da temporariedade dessas medidas. Como tratam-se de normas que materializam políticas públicas que criam condições diferenciadas para o acesso à determinados bens, invertendo a lógica da igualdade formal, essas medidas não podem se perpetuar no tempo. É comum que se estipulem prazos para observação dos resultados dessas políticas, e isso ocorre especialmente nos sistemas de cotas criados pelas Universidades Federais, para o ingresso no ensino superior.

Embora as Leis aqui referidas, que instituem o sistema de cotas para o ingresso da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não estipulem nenhum termo final a ser observado, ainda assim, tais medidas estão sujeitas a serem extintas de acordo com o alcance dos objetivos almejados, quais sejam a real equiparação das pessoas com deficiência ao restante da sociedade.

Nesse sentido, afirma Gugel:

> Referida discriminação positiva, como toda ação afirmativa, deve ser temporária. O seu exaurimento no tempo deve acontecer, uma vez comprovada que a situação de exclusão da pessoa com deficiência não mais ocorra e, que ela tenha sido promovida à condição de igualdade real.[142]

Tal realidade, contudo, ainda se mostra distante, especialmente se observarmos os números divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego

---

[142] *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público*: reserva de vagas e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: UFG, 2006. p. 72.

(MTE) a respeito da empregabilidade das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal – nas empresas privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista, administração pública direta, autarquias e fundações, a nível municipal, estadual e federal. Segundo os dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2012, existiam à época um total de 330,3 mil vínculos declarados de emprego de pessoas com deficiência, o que representa uma proporção de 0,70% do universo total de empregos formais no Brasil. Vale ressaltar que essa proporção se mantem estável, ou seja, neste mesmo patamar, pelo menos desde 2009[143].

A baixa empregabilidade, que revela um relativo insucesso do sistema de cotas, deve-se à uma série de fatores interelacionados, tais como a baixa qualificação das pessoas com deficiência, a falta de autonomia e independência, e a concorrência com outras políticas públicas que, desvirtuadas de seus reais objetivos, acabam sendo mais atrativas à alguns membros do grupo, tal como o Benefício de Prestação Continuada (BPC), que destina um salário mínimo à pessoas com deficiência que não possuem capacidade laboral.

Ainda assim, a falta de resultados satisfatórios não torna o sistema de cotas aqui retratado injusto em sua essência, pois tratam-se de normas com o condão de modificar a situação de exclusão social das pessoas com deficiência, através da inclusão no mercado de trabalho, espaço do qual este grupo vem sendo alijado ao longo dos anos. Além do mais, estas normas, partindo de preceitos constitucionais, tem a finalidade de promover a igualdade de oportunidades no acesso ao mercado de trabalho, garantindo o direito ao trabalho, o qual, como vimos a pouco, é devido a todo ser humano.

Nesse sentido, a reserva de vagas pretende inserir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho, viabilizando lhe prover o seu próprio sustento, de maneira autônoma e livre, devolvendo-lhe a cidadania e proporcionando-lhe o protagonismo e a participação plena nos rumos da sua vida e da comunidade na qual está inserido. Além do mais, esta modalidade de ação afirmativa permite que a pessoa com deficiência, subjulgada aos olhos da

[143] O que significa dizer que à razão em que cresce a empregabilidade total no Brasil, os empregos formais para pessoas com deficiência crescem na mesma proporção. Isso revela que, embora o sistema de cotas venha apresentando resultados, ele não vem logrando êxito em transformar a situação de exclusão e desigualdade às quais estão submetidas as pessoas com deficiência.

sociedade, prove por meio do convívio e do desenvolvimento de suas capacidades laborais que é apta a contribuir com os mais variados processos produtivos.

Isso porque o sistema de cotas, embora faça parte de um modelo de justiça social que rompe com a tradicional meritocracia, como veremos mais adiante, não elimina o mérito na análise dos testes admissionais ou nos concursos públicos. A pessoa com deficiência se submete, na medida de suas possibilidades, aos mesmos testes e avaliações que os demais candidatos. Nos concursos públicos, por exemplo, onde é comum se estabelecer uma "nota de corte", as pessoas com deficiência se submetem a tal padrão mínimo, sendo apenas beneficiadas quanto ao acesso nas vagas protegidas.

Ademais, elas concorrem não só entre si por um número restrito de vagas, o que por si só já privilegia o mérito delas, como em algumas vezes concorrem com os próprios candidatos sem deficiência, o que ocorre quando um candidato com deficiência alcança uma nota que o classificaria dentro das vagas destinadas a todos, independentemente das vagas que lhe foram reservadas. Nesse caso, a orientação é de que o candidato seja aprovado dentro das vagas não reservadas às pessoas com deficiência, possibilitando que outro candidato com deficiência possa ser classificado dentro das cotas, maximizando a inclusão social.

Ronald Dworkin, ao discutir a discriminação inversa no caso Bakke x *Regents of the University of California* desmistifica o argumento de que o mérito se constitua apenas enquanto a inteligência do indivíduo. Assevera o autor que "não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços, que constituam o 'mérito' no sentido abstrato"[144].

Note-se, portanto, que as ações afirmativas, baseadas em sistema de cotas, ao criarem condições diferenciadas de acesso ao mercado de trabalho, rompendo com a primazia da meritocracia e do mercado competitivo, não se constituem em assistencialismo, ou qualquer outra forma de filantropia, mas sim em medida hábil e lídima na garantia da igualdade material e da mais pura justiça. A esse respeito, citamos o posicionamento de Fonseca, ao afirmar que:

---

[144] *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 446.

> A reserva de vagas na Administração Pública ou nas empresas privadas jamais poderá ser considerada como uma proteção paternalista. Trata-se, isto sim, da própria revelação da essência do Direito do Trabalho, o qual nasce da premissa básica de que a lei deve assegurar a igualdade real entre as pessoas, suprindo as desigualdades que se constituam em fatores de segregação.[145]

Logo, assentado o entendimento de que as pessoas com deficiência, assim como qualquer outra pessoa, têm direito ao trabalho, e que para que elas possam ingressar no mercado, em igualdade de oportunidades com as pessoas sem deficiência, devem ser promovidas políticas públicas que viabilizem tanto o seu acesso quanto a sua permanência no ambiente de trabalho, combatendo a exclusão ao qual este grupo vulnerável é exposto, está medida demonstra-se justa e totalmente compatível com seus fins.

Justiça, compatibilidade, e eficácia, são apontadas por Brito Filho como critérios de validade para as ações afirmativas[146]. Esses critérios devem ser observados a fim de que as ações afirmativas alcancem seus objetivos de promover a igualdade material.

Nesse sentido, segundo o autor, as ações afirmativas são justas quando elas se mostram adequadas com a concepção de justiça adotada pela sociedade e pelo Estado, bem como quando encontram-se amparadas pelo direito vigente. Em ambos os casos, as políticas afirmativas para inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho aqui retratadas se mostram justas. Primeiro porque, como veremos melhor adiante, o modelo de justiça distributiva adotado pelo Brasil requer a adoção de medidas que corrijam as desigualdades acentuadas ao longo de anos de exclusão e tratamento desigual. Segundo porque, conforme vimos anteriormente, a Constituição, bem como os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, demonstram a adoção desse modelo de justiça distributiva e dirigem a legislação interna de forma a autorizar, e até mesmo impor, a criação das medidas de ação afirmativa[147].

---

[145] FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Os direitos Humanos e a pessoa com deficiência no mercado de trabalho*. In: Inclusão: Revista da Educação Especial. Brasília: Secretaria da Educação Especial/MEC, v. 1, n. 1, outubro 2005. p. 19-24. p. 24.

[146] O autor chega a esses critérios especialmente a partir da contribuição do filósofo norte americano Ronald Dworkin sobre o tema. Para uma melhor compreensão dos critérios de validade e de seus significados, sugere-se a leitura da obra, já referida anteriormente: *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 68-76.

[147] *Ibidem*. p. 68-69.

A compatibilidade das ações afirmativas, e em última instancia do sistema de cotas, reside no fato de se verificar realmente se essas medidas são compatíveis com os fins que se pretendem alcançar, no caso a inclusão social como consequência última da igualdade material. E mais. Esse critério visa averiguar também se não existem outras medidas, menos extremas, que podem ser adotadas para alcançar esse fim, e se elas podem, sozinhas, chegar ao resultado pretendido.

Como já tratamos, a situação de exclusão social em se encontra esse grupo vulnerável (de pessoas com deficiência), que se perpetrou durante o logo da história da humanidade não está passível de solução por meio da mera proibição da discriminação (adoção do modelo repressor). Não se alcançará a igualdade real entre os indivíduos com e sem deficiência a partir do princípio da não-discriminação. A igualdade formal tende apenas a perpetuar a desigualdade que é anterior à positivação do princípio igualitário. Ademais, não se pode esperar que a sociedade adquira a consciência voluntária de que as pessoas com deficiência possuem sim capacidade laboral e podem desempenhar uma série de funções produtivas no mercado de trabalho. A experiência, ao longo dos séculos de exclusão e discriminação negativa, demonstram que somente a criação de mecanismos que obriguem as empresas e a administração pública à contratar indivíduos com essas características pode transformar a realidade atual, de desigualdade para igualdade substancial.

De outra forma, devemos admitir que o sistema de cotas não é o único capaz de promover o sistema de inclusão social. Como vimos, existem outras formas de ação afirmativa que podem, e devem, ser implementadas para alcançar os resultados pretendidos. Ocorre que acreditamos que essas outras medidas devem ser implementadas em conjunto com o sistema de cotas, inclusive de forma a possibilitar melhores resultados e uma avaliação mais positiva destas políticas. São exemplos de medidas auxiliares às cotas, a criação de ambientes físicos acessíveis, a implementação da chamada escola inclusiva, a isenção fiscal para aquisição de ferramentas e tecnologias que auxiliem o trabalho e o meio ambiente do trabalho da pessoa com deficiência, bem como a criação de incentivos fiscais para empresas que contratem além do patamar mínimo exigido na lei de cotas.

Essas questões relacionam-se com o terceiro critério a se avaliar. Esse terceiro aspecto a se considerar para a avaliação positiva dessas medidas de ação afirmativa exige que elas se demonstrem eficazes, ou seja, que ao serem implementadas, estejam presentes as circunstâncias de ordem prática necessárias para o sucesso dessas medidas.

No tocante às ações afirmativas destinadas a incluir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho, já apontamos pelo menos duas grandes dificuldades que se opõem a eficácia dessas medidas. A primeira delas refere-se à baixa qualificação apresentada por esses profissionais, o que acaba dificultando não só a sua ascensão profissional, mas também o próprio acesso desses trabalhadores à cargos que exigem um nível de formação profissional mais elevado. E o segundo, do qual passaremos a nos ocupar de agora em diante, diz respeito à dificuldade de se definir a quem se destinam as vagas reservadas. Em outras palavras, quem deve ser considerado pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas ao mercado de trabalho.

Constata-se um relativo embaraço conceitual ao tentarmos identificar quem é a pessoa com deficiência na sociedade, e se a sua vulnerabilidade justifica o acesso diferenciado por meio das ações afirmativas. Isso porque, conforme vimos anteriormente, o objetivo central das ações afirmativas é a inclusão social de pessoas pertencentes à grupos vulneráveis, e as pessoas com deficiência certamente se classificam dentro desse conceito mais amplo. Ocorre que isso ainda é muito vago para definir quais deficiências constituem uma característica socialmente vulnerável.

Ao contrário do que ocorrem com as cotas raciais ou étnicas[148], as pessoas com deficiência não podem simplesmente se autodeclarar como pertencentes à este grupo vulnerável.

Em vez disso, as pessoas com deficiência devem comprovar a sua pertença a este grupo, muitas vezes se submetendo à exames médicos e a critérios legais estritamente formais e aparentemente arbitrários, conforme veremos[149]. Mencionamos antes, e desenvolveremos melhor essa questão mais

[148] A exemplo, citamos a Convenção 169 da OIT, que se aplica aos povos indígenas e tribais, e que elege, entre outros critérios de identificação dos indivíduos aos quais se destinam seus comandos, o critério da auto identificação.

[149] Além de necessitar comprovar que sua deficiência lhe torna um indivíduo que pertence ao grupo mais amplo de pessoas com deficiência, os candidatos ao sistema de cotas devem ainda

adiante, que as pessoas com deficiência estão classificadas em diferentes grupos, de acordo com as diferentes espécies de deficiências. Existem, portanto, pelo menos quatro classificações distintas de deficiência, e que vem sendo adotadas pelos textos normativos internacionais há alguns anos. São elas, as deficiências físicas, deficiências sensoriais, deficiências mentais e, por fim, deficiência intelectuais.

A existência dessas classificações facilita a abordagem conceitual de quem são as pessoas com deficiência, mas ainda assim pode criar impedimentos para a inclusão de certas pessoas que não são facilmente identificadas nesta condição. É que, como observa João Batista Cintra Ribas, quando imaginamos uma pessoa com deficiência, em nossa mente logo surgem tipos populares de deficiências, tais como a pessoa que anda em cadeira de rodas, a que possui cegueira, ou surdez, por exemplo[150]. Mas o que dizer de pessoas que possuem cegueira em apenas um dos olhos, ou aquela que só apresenta surdez em apenas um dos ouvidos. E mais. O que dizer de outras pessoas, que não possuem deficiências tão comuns, como por exemplo aquelas provenientes de doenças mais raras, como a fenilcetonúria ou a síndrome de Tourette?

Estas questões relacionam-se também com a própria justiça das ações afirmativas, uma vez que não nos parece justo criar condições diferenciadas de acesso a um determinado bem fundamental para pessoas que não são ou não seriam preteridas em um concurso pública ou em uma seleção admissional. De outro lado, também demonstra-se bastante injusto negar a reserva de vagas à alguém que possua uma deficiência, sobre a qual não haja consenso concernente a sua classificação enquanto tal, mas que ainda assim venha claramente a sofrer com a discriminação e a exclusão do mercado de trabalho.

---

comprovar que sua deficiência não é incompatível com as funções que pretendem desempenhar, o que, na maiorias das vezes, apenas mascara a discriminação dos órgãos públicos e empresas privadas para contratar essas pessoas. Esta é uma preocupação bastante relevante, muito embora estejamos preocupados, nesta obra, mais em saber quem é a pessoa que, tendo uma deficiência, tem direito a concorrer às vagas reservadas, independentemente se sua deficiência é ou não compatível com a função que pretende exercer. Ainda assim, falaremos da primeira questão, sempre que ela for necessária para discorrer sobre a questão principal desta obra, pois acreditamos que estejam, de certa forma, relacionadas com a questão conceitual de maneira mais ampla.

[150] *O que são pessoas deficientes*. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 7 - 8.

Essas questões revelam situações de injustiça e provocam também a redução da eficácia das medidas de ação afirmativa, impedindo que elas alcancem seus resultados, tal como imaginamos. A ciência jurídica precisa ter bastante cautela ao consolidar conceitos que certamente fogem de seu domínio exclusivo, uma vez que cumpre à lei definir quem são essas pessoas e quais delas terão direito à reserva de vagas, e conforme veremos, a legislação tem se demonstrado bastante vacilante a respeito do tema.

Como vimos, as ações afirmativas destinam-se a promover a inclusão social de grupos vulneráveis. A partir desse objetivo, chegamos à conclusão momentânea que deverá ter direito à reserva de vagas todo aquele que encontrar-se em situação de vulnerabilidade. Assim, acreditamos que uma primeira tentativa de solucionar o problema conceitual deve ser por meio de uma incursão sobre o modelo de justiça que sustenta essas medidas de ação afirmativa, a fim de compreendermos qual o critério utilizado na distribuição dos bens.

Já nos referimos anteriormente à este modelo de justiça, denominado de justiça distributiva, afirmando inclusive que ele foi adotado por nossa Constituição Federal, agora veremos em que consistem suas bases teóricas contemporâneas, de acordo com o referencial que julgamos melhor sustentar estas políticas no Brasil.

3.3 A justiça igualitária das ações afirmativas: “a quem”, “como” e “o que” (re)distribuir.

Como mencionamos anteriormente, as ações afirmativas podem ser sustentadas com base em um modelo específico de justiça, o qual nos permite discutir, a partir dos referenciais teóricos que tratam do tema, das possíveis formas e medidas de distribuição dos recursos, ou melhor dizendo, qual a interpretação do ideal igualitário é a mais justa ao responder questões como: “a quem distribuir?”; “como distribuir?”; e “o que distribuir?”.

Esta concepção de justiça denomina-se de justiça distributiva, a qual encontra-se consagrada na Constituição Federal, especialmente no artigo 3º da Carta Magna, em seus incisos III e IV, ao estabelecer entre outros objetivos da

República, a redução das desigualdades sociais e a "promoção do bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Essa previsão constitucional que direciona o Estado e toda a sociedade à promoção do bem comum, sem discriminações injustificáveis e negativas, é o que nos permite deduzir a opção do Estado brasileiro por um modelo de justiça distributiva.

Segundo o conceito moderno desse ideal de justiça, conforme bem retrata Samuel Fleischacker, "invoca-se o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais"[151]. A distribuição igualitária da propriedade, a qual se refere o autor, deve ser compreendida não apenas estritamente com relação aos bens materiais dos quais podemos nos apropriar, mas sim de forma ampla, a fim de que abranja também os direitos fundamentais, como o trabalho, a educação, a saúde, a moradia, entre outros. Observe que esses direitos fundamentais geram a garantia de acesso à recursos que são escassos e extremamente valiosos para a preservação da dignidade humana e, portanto, devem ser bem administrados.

Segundo historia o autor, esse conceito atual de justiça distributiva difere daquele classicamente concebido e tradicionalmente atribuído ao pensamento de Aristóteles, o qual partia de uma ideia de igualdade baseada na meritocracia. Muito embora seja comum encontrarmos quem afirme que a ideia de justiça distributiva remonta à Aristóteles, mais especificamente no livro V de sua obra "Ética a Nicômacos", Fleischacker adverte que o filósofo grego "jamais colocou o problema de como 'distribuir recursos escassos' sob o título de justiça distributiva, nem considerou que a necessidade pudesse ser o fundamento de qualquer reivindicação de propriedade"[152].

Complementa Fleischacker dizendo que:

> No seu sentido original, aristotélico, a 'justiça distributiva' se referia a princípios segundo os quais as pessoas merecedoras teriam a garantia de ser recompensadas de acordo com seus méritos, sobretudo no que diz respeito a seu 'status político'[153].

---

[151] FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins fontes, 2006. p. 11.
[152] *Ibidem*. p. 4
[153] *Ibidem*. p. 4-5.

Aristóteles, portanto, demonstrou sua preocupação de como a justiça deveria lidar com questões de distribuição do "status político", segundo o "status moral e social", o que em última medida corresponde à alguma noção de mérito[154]. Mas, como vimos anteriormente que, embora o sistema de cotas não elimine a análise do mérito dos candidatos à vaga reservada, sua lógica de distribuição baseia-se em outro fator, qual seja a condição de vulnerabilidade. Logo, as políticas de ação afirmativa, certamente não decorrem do ideal aristotélico de igualdade, mas sim de uma concepção mais contemporânea de justiça distributiva, que nasce a partir da noção de que todos os indivíduos devem ter acesso à determinados recursos básicos que possam suprir suas necessidades.

Conforme esclarece Fleischacker, o ideal de justiça aristotélico, baseado no merecimento, deu lugar ao ideal igualitário que se amolda às necessidades dos indivíduos, sendo que, hoje, a justiça distributiva é discutida especialmente a partir das seguintes premissas básicas:

> 1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
>
> 2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
>
> 3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
>
> 4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
>
> 5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.[155]

Note que o verbo "merecer" uma distribuição justa dos bens disponíveis assume um novo valor semântico, pois agora relaciona-se com a

---

[154] Diz Aristóteles: "Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas 'de acordo com o mérito de cada um', pois todos concordam concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificam como a condição de homem livre, os partidárias da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência". (*Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 108-109)

[155] Op. cit. p. 12.

ideia de que o critério igualitário consiste no simples fato de que certo recursos são importantes para suprir as necessidades básicas do seres humanos e, portanto, em um sentido mais restrito, possam atuar de modo a preservar a dignidade humana. Em outras palavras, como afirma Fleischacker, trata-se da noção de que "alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos"[156] e, portanto, dotados de dignidade.

Aqui, portanto, encontramos o primeiro critério que nos auxilia a responder parcialmente a pergunta anteriormente formulada, qual seja, "a quem distribuir?". Através dela damos o primeiro passo para a solução da questão sobre como identificar quais pessoas com deficiência devem ser destinatárias das ações afirmativas. As ações afirmativas, aqui consideradas como uma política de correção e redistribuição dos bens disponíveis, com vistas à combater a exclusão, baseada no modelo de justiça distributiva acima referido, deve eleger como critério de distribuição a necessidade e o direito de cada indivíduo em possuir uma parcela dos bens e direitos que são destinados a todos e são essenciais à manutenção da dignidade.

Essas premissas começaram a ser construídas com base nas teorias liberais clássicas de filósofos como Adam Smith, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, e mais recentemente receberam uma importante contribuição da teoria construída por John Rawls, em sua obra intitulada "Uma teoria da justiça"[157].

Como veremos, pela importância da contribuição da teoria de Rawls, o autor acaba se tornando o principal filósofo político de uma corrente de pensamento denominada de liberalismo igualitário, ou como denomina Álvaro de Vita, "liberalismo de princípios" ou "kantiano"[158]. A Teoria da Justiça de Rawls torna-se o ponto de partida para uma série de discussões a respeito da justiça igualitária, passando a ser o objeto de análise de outros autores como Amartya Sen e Ronald Dworkin.

Estes dois últimos autores podem ser considerados como membros da corrente do liberalismo igualitário, muito embora discordem de algumas ideias

---

[156] Idem.
[157] *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
[158] Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 22.

concebidas por Rawls, como veremos adiante. Ademais, veremos ainda, sempre quando for necessário, outras concepções que se opõem às teorias liberais igualitárias, tais como o utilitarismo, o libertarianismo, e o comunitarismo.

Assim, adiante veremos como as principais teorias de justiça distributiva se desenvolvem e conseguem: (*i*) justificar a adoção de medidas corretivas das desigualdades entre os indivíduos no acesso à determinados recursos; e (*ii*) como essas teorias mostram-se sensíveis às questões das deficiências (e outras vulnerabilidades), quando estas representam um empecilho para a distribuição justas dos bens.

Essas teorias buscam responder às três perguntas que destacamos anteriormente ("a quem" "como" e "o que" distribuir). Acreditamos ser possível, através desses referenciais, demonstrar que as políticas de ação afirmativa destinam-se à inclusão social de pessoas pertencentes à grupos vulneráveis e, portanto, ao definir quem terá acesso a essas medidas deve-se ter em mente à vulnerabilidade social as quais estas pessoas estão expostas.

3.3.1 A teoria da justiça como equidade de John Rawls e as vulnerabilidades.

Considerado como um dos principais marcos teóricos da filosofia política normativa do século XX, "Uma Teoria da Justiça" (1971), de John Rawls acabou sendo o divisor de águas entre as teorias de justiça atuais e o antigo paradigma utilitarista reinante durante o período anterior[159]. Nesta obra, Rawls aborda a maneira como uma concepção de justiça pode servir para uma distribuição justa dos bens existentes na sociedade, bem como os advindos da

[159] É neste exato sentido que ecoam as palavras de Will Kymlicka, ao reconhecer que a teoria rawlsiana é dotada de importância histórica na medida em que "os teóricos posteriores se definiram em oposição a Rawls. Eles explicam sua teoria contrapondo-a com a teoria de Rawls". (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 66.) Esta noção também está presente na obra de Roberto Gargarella, que trabalha com a influência que a teoria rawlsiana promoveu nas teorias de justiça posteriores. Este autor demonstra que os ataques feitos aos pressupostos da teoria da justiça de Rawls, geralmente, ou são com o intuito de negá-los em parte – ou por considerá-los insuficientemente liberais (libertarismo), ou considerá-los insuficientemente igualitários (liberalismo igualitário), ou até mesmo por considerá-los universalistas ou despreocupados com o pluralismo cultural (comunitarismo). Ver: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

cooperação social, baseando-se em dois valores políticos de elevada grandeza: a liberdade e a igualdade.

O que moveu Rawls na construção de sua teoria era o interesse em refutar as bases de uma concepção de justiça que predominou durantes os anos que antecederam a sua teoria da justiça. Trata-se da refutação da concepção utilitarista de justiça. Rawls descreve o utilitarismo como fruto da ideia de que:

> (...) a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem.[160]

Em outras palavras, na visão utilitarista, há um bem supremo desejado pelos indivíduos, e que pode ser descrito como a felicidade, ou a satisfação dos desejos, e este bem é também atribuído ao desejo coletivo da sociedade. Dessa forma, se é correto afirmar que o indivíduo, isoladamente considerado, julga o que é correto para sua vida, conforme as ponderações sobre a satisfação de seus desejos e suas dores, assim também deveria agir a sociedade. Se os indivíduos fazem sacrifícios pessoais em determinados momentos, pensando em um saldo maior de satisfação de seus desejos em um momento posterior, assim também deveria agir a sociedade[161]. Logo, baseado no princípio da *utilidade*[162], a sociedade, assim como o indivíduo, deve sempre agir em busca da máxima satisfação do bem-estar.

Assim, segundo o utilitarismo, alcançada a soma máxima da felicidade ou satisfação dos desejos da coletividade, mesmo que para isso seja imperioso sacrificar as necessidades de uma minoria, o ideal de justiça terá alcançado sua correta medida. Assim, os utilitaristas parecem não reconhecer os interesses individuais conflitantes dos cidadãos, especialmente quando estes representem um diminuição do saldo líquido de satisfação da maioria da sociedade.

---

[160] *Op. cit*. p. 27.
[161] *Ibidem*. p. 28.
[162] Segundo esclarece Jeremy Bentham, um dos maiores expoentes da corrente utilitarista: "Entendemos o princípio segundo o qual toda ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função de sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação. (...) Designamos por utilidade a tendência de alguma coisa em alcançar o bem-estar, o bem, o belo, a felicidade, as vantagens, etc". (*Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 15.)

Nesse sentido, observa-se que a lógica utilitarista é de ordem teleológica, pois primeiramente define o que é o "bem"[163], e depois concebe o "justo" como aquilo que máxima o bem-estar. O que significa dizer que a justiça está a serviço da realização daquilo que se elegeu como "bem", ou em outras palavras, os fins eleitos pela sociedade determinam o que é justo ou não[164].

De maneira prática, podemos exemplificar essa visão com a seguinte hipótese: Imagine que a sociedade, e consequentemente o Governo, entendesse que a deficiência representa um obstáculo ao crescimento econômico (que e em última instância seria aquilo que a própria sociedade elegeu como o bem supremo, nesse caso). Considerando que esse objetivo máximo é alcançado prioritariamente por meio do trabalho dos cidadãos e, por ser o mercado de trabalho restrito em relação ao número de vagas, a sociedade estaria disposta a sacrificar o direito fundamental das pessoas com deficiência ao trabalho, para que a maioria da sociedade se apropriasse desse recurso e, portanto, maximizasse o "bem-estar" total. Ou ainda, poderiam simplesmente admitir que somente parte dessas pessoas com alguma deficiência, alcançasse alguns postos de trabalho.

A crítica ao modelo utilitarista, fica evidente na afirmação de Rawls ao dispor que:

> "Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos."[165].

Ao propor uma forma alternativa de relação entre o "justo" e o "bem", de maneira diversa daquela proposta pelo utilitarismo, Rawls objeta que a concepção de bem não deve subordinar uma concepção de justiça, e muito

---

[163] O "bem" deve ser lido como o objetivo traçado, a concepção do que queremos e o que almejamos, ou melhor dizendo, aquilo que definimos como a "vida boa" ou o "bem estar".

[164] Segundo Álvaro de Vita: "O. utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é o correto ou justo fazer em função de uma concepção de boa vida humana. Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta de agregação de preferências e desejos *de facto* dos agentes, sem que a motivação ou a validade dessa preferências e desejos sejam colocadas em questão. Uma vez que essa agregação tenha sido de alguma forma realizada em determinada sociedade, isso nos dá a concepção da boa vida dessa sociedade, definindo-se então a maximização do bem assim concebido como o que é direito fazer. O *status* da justiça é somente derivativo. (*Justiça liberal*: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 13)

[165] *Op. cit*. p. 4.

menos ser imposta pelo Estado ou pela maioria da sociedade aos demais indivíduos. Ao contrário disto, o autor defende uma teoria deontológica, ou seja, que uma concepção de justiça preceda a concepção de bem, a fim de que haja o respeita ao pluralismo moral dos indivíduos, na medida em que o Estado deve ser neutro em relação à concepção de bem que esses indivíduos possuem.

A respeito desta última ideia (a teoria da justiça como teoria deontológica), a justiça das instituições sociais é dotada de valor intrínseco, pois garante muito mais do que a mera paz social, regulando também a cooperação social e devendo ser atendida independentemente de seus fins últimos[166]. É a partir desta análise que podemos compreender as razões para o autor ser classificado como um "liberal de princípios" ou "liberal kantiano".

Assim, a preocupação com os direitos e as liberdade individuais, bem como com a igualdade democrática, se demonstra na medida em que Rawls busca justificar porque a justiça adquire primazia sobre qualquer cálculo ou jogo de interesses que sonegue a atribuição desses valores a todos os indivíduos em nome de um saldo maior dos interesses de alguns outros. Ao contrário dos utilitaristas, Rawls não ignora as aspirações individuais que pessoas distintas costumam ter, e por essa razão desacredita que um único bem supremo possa conduzir de forma uniforme a vida em sociedade.

Rawls parte do pressuposto de que as sociedades podem ser consideradas como um empreendimento cooperativo, no qual a reunião dos indivíduos se deve pela mera constatação de que, a vida isolada não produz os mesmo benefícios que a vida em sociedade. Contudo, os indivíduos em sociedade vivem um dilema conflituoso, onde ao mesmo tempo em que possuem um interesse comum (de empreendimento cooperativo), possuem preferências diversas uns dos outros, além de preferirem uma parcela maior dos benefícios produzidos por essa cooperação, para atingirem seus objetivos.

Diante desse cenário, verifica-se a necessidade de princípios de justiça capazes de atuar na estrutura básica da sociedade (composta por aquilo

[166] Nas palavras de Rawls "a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento" e "por serem virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos", o que significa dizer que, independentemente de qualquer outra coisa, elas são valiosas em si mesmas, ou seja, possuem valor intrínseco. (*Op. cit*. p. 4)

que o autor denomina de “principais instituições sociais”[167]) de modo a promover a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos da cooperação social, bem como dos direitos e deveres fundamentais. A estrutura básica da sociedade é o que possibilita que os indivíduos tracem seus planos de vida, pois ela “contém várias posições sociais e (...) as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais”[168]. Assim, os princípios de justiça devem atuar diretamente nessa estrutura básica da sociedade, a fim de que possibilitem a distribuição justa dos bens de forma que as pessoas possam planejar e executar seus planos de vida.

Essa configuração, baseada na eleição de princípios de justiça, é defendida com base em uma argumentação contratualista, onde Rawls pretendeu elevar a um nível mais alto de abstração as tradicionais teorias do contrato social, tais como a de Locke, Rousseau e Kant[169]. Para tanto, Rawls parte de uma situação hipotética, na qual considera que os seres humanos são dotados de um valor intrínseco igual. O autor acredita que esses indivíduos livres e iguais, dotados de racionalidade, sob determinadas condições, chegariam a um consenso moral e racional sobre um arranjo de princípios que compõem uma concepção de justiça.

Estes princípios devem ser públicos e possuir algum grau de consenso[170], além de serem capazes de promover a coordenação entre os planos de vida dos indivíduos, de forma eficiente e compatível com o ideal de justiça, e que as práticas sociais com base nesses princípios sejam regulares e estáveis. Ademais, Rawls refere-se a um tipo de sociedade bem ordenada, onde as pessoas cumprem e zelam pelos princípios de justiça.

---

[167] Para Rawls, são exemplos de instituições sociais mais importantes “a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes”, complementando a ideia citando que “a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada, dos meios de produção, a família monogâmica, são exemplos de instituições sociais importantes” (*Op. cit.* p. 8).

[168] *Idem*.

[169] *Ibidem*. p. 13.

[170] A publicidade dos princípios de justiça é uma marca que distingue a justiça como equidade, da teoria utilitarista. Isso pode ser presumido a partir da afirmação de que, ninguém consentiria com um princípio que lhe restringisse a liberdade em prol de que a maioria tivesse seus desejos satisfeitos. O utilitarismo não sobreviveria, ao menos se o levássemos as condições mais extremas, se o princípio da utilidade fosse público.

Para se chegar a um consenso sobre quais princípios de justiça seriam escolhidos, Rawls elabora como justificativa racional um cenário hipotético denominado de "posição original", o qual corresponderia ao estado de natureza nas teorias contratualistas mais populares. Na posição original pessoas racionais, igualmente livres, em condição de equidade, cobertas por um véu de ignorância, mutuamente desinteressadas (ou seja, que não possuem interesses nos interesses alheios), mas apenas interessados em promover seus próprios interesses, chegariam a princípios de justiça diversos daquele do utilitarismo[171].

Isso se deve porque, sob o véu da ignorância as pessoas não conhecem seus "lugares na sociedade, sua classe ou seu status social, e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero"[172]. Por essa razão não escolheriam princípios que viessem majorar a sua falta de sorte ou desfortúnio, se acaso pertencessem a uma classe desfavorecida ou possuíssem poucos talentos[173]. Trata-se de um artifício que visa garantir a imparcialidade na escolha de princípios de justiça que sejam, de alguma forma, favoráveis a todos os indivíduos[174].

O termo "justiça como equidade", que dá nome à teoria de Rawls, tem como base justamente essa situação inicial, onde pessoas igualmente livres escolhem uma determinada concepção de justiça que julgam como a mais adequada para atuar na estrutura básica da sociedade. Justiça como equidade, então, porque advém de uma situação hipotética onde pressupõe-se a existência de equidade entre as partes "contratantes".

---

[171] Segundo Gisele Cittadino, "[e]nquanto recurso de representação, a posição original celebra um acordo hipotético e a-histórico, no qual representantes de cidadãos livres e iguais definem os termos da cooperação social e estabelecem princípios de justiça apropriados para garantir a liberdade e a igualdade. (*Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. [e-Book] 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 114.

[172] RAWLS, John. *Op. cit*. p. 15.

[173] Álvaro de Vita, acredita que a teoria contratualista de Rawls serve apenas como um apelo argumentativo de racionalidade para reforçar a justificação dos princípios escolhidos, mas defende que, no fundo, a escolha poderia ser justificada com base em um juízo prudencial, na medida em que ninguém sabe sua sorte no mundo e, portanto, não arriscariam escolher princípios que futuramente poderiam lhes prejudicar. (*Op. cit*. p. 40 – 43).

[174] É que, como explica Rawls, se os indivíduos que participam da escolha dos princípios tem acesso à determinadas informações pessoais, é bem provável que escolham princípios que lhes favoreçam, em prejuízo dos demais indivíduos. Diz Rawls: "Por exemplo, se determinado homem soubesse que era rico, poderia achar razoável defender o princípio de que os diversos impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, seria bem provável que propusesse o princípio oposto". (*Op. cit*. p. 22)

Logo, para Rawls, o mais plausível seria que, na posição original as pessoas escolhessem duas espécies de princípio que pudessem salvaguardar os ideais políticos mais caros para o alcance do plano de vida dos indivíduos. Esses princípios se organizam em ordem lexical, de forma que as liberdade básicas precedam o princípio que regula as desigualdades econômicas e sociais, e são apresentados de forma definitiva pelo autor sob o seguinte arranjo:

> Primeiro Princípio **[Princípio das liberdades iguais]**:
> Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.
>
> Segundo Princípio:
> As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:
> (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como **[Princípio da diferença]**
> (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades **[Princípio da igualdade de oportunidades]**.
>
> Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade):
> Os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos:
> (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos;
> (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade.
>
> Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem estar):
> O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença. Há dois casos:
> (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades;
> (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo.[175]

O primeiro princípio estabelece que as liberdade fundamentais devem ser iguais. Rawls enumera que as liberdades fundamentais são basicamente "a liberdade política; a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e pensamento; a liberdade individual; e o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de

[175] *Ibidem*. p. 376. Antes de serem apresentados nesta formulação definitiva, Rawls apresenta uma formulação parcial dos dois princípios de justiça sem as chamas "regras de prioridade", que estabelecem a ordem lexical e, portanto, evitam que estes princípio entrem em conflito.

Direito”[176]. Essas liberdades só podem ser restringidas em nome do sistema total de liberdade compartilhados por todos os indivíduos.

Já o segundo princípio, dividido em dois sub-princípios (o princípio da diferença e o princípio da igualdade de oportunidades), prevê que as desigualdades decorrentes de renda e riqueza, bem como aqueles decorrentes de cargos de autoridades e de atribuição de responsabilidades, devem ser controladas, mantendo-se abertos os cargos a todos os indivíduos que queiram a eles concorrer, e dentro desses limites, as desigualdades sociais e econômicas só são admitidas se, de algum modo, beneficiem a todos os indivíduos, e especialmente aqueles que encontram-se em pior situação.

A partir da conjugação desses dois princípios, Rawls expressa que a concepção geral de justiça por ele defendida pode ser descrita da seguinte maneira:

> Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos[177].

Dessa forma, os princípios de justiça, que se aplicam a estrutura básica da sociedade, requerem que a distribuição dos bens sociais, aqui considerados apenas os “bens primários”[178], respeite a seguinte hierarquia: primeiro as liberdades, e depois as vantagens sociais e econômicas. Essa disposição, segundo essa ordem de prioridade, favorece a contra-argumentação à teoria utilitarista, pois evita que violações às iguais liberdades fundamentais, possam ser justificadas por vantagens sociais e econômicas.

Assim, temos que Rawls responde às questões mais importantes sobre a justiça distributiva indicando que: através de sua concepção de justiça, o que se requer é distribuição de bens primários (*o que distribuir?*), os quais devem ser distribuídos de maneira universal, ou seja, a todos os indivíduos

---

[176] *Ibidem*. p. 74.
[177] *Ibidem*. p. 75
[178] Rawls afirma que os bens primários são os bens fundamentais necessários à perseguição de um objetivo de vida (ou daquilo que o autor denomina de plano racional de vida), e que podem ser descritos como direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza, e o auto-respeito. Fazendo um paralelo, podemos atribuir aos bens primários o mesmo significado que se confere, em termos jurídicos, aos direitos fundamentais. Estes são os direitos mais básicos, o que configura um mínimo de direitos que um indivíduo pode possuir para viver uma vida digna. Como afirmamos anteriormente, o direito ao trabalho encontra-se nesse patamar, e por meio dele os indivíduos podem perseguir seus planos de vida.

igualmente ou, em igualdade de oportunidades (*a quem distribuir?*), por meio das instituições sociais mais importantes, o que inclui a atuação Estatal[179] (*como distribuir?*).

Contudo, a universalidade e o individualismo do liberalismo igualitário de Rawls, e as limitações de sua teoria ideal de justiça em reconhecer certos aspectos da diversidade humana, como as desigualdades de gênero, de etnia, de cor, ou em razão da deficiência, acabam gerando algumas críticas e suscitando dúvidas se sua teoria encontraria meios de justificar a adoção de uma medida de ação afirmativa destinada à promoção da igualdade real em favor de um grupo vulnerável[180].

A primeira observação que pode ser feita com relação a este tema, refere-se à motivação que levou Rawls a desenvolver uma teoria alternativa ao pensamento utilitarista, qual seja, a necessidade do reconhecimento dos interesses que os indivíduos possuem, e que nem mesmo os interesses da coletividade podem ser utilizados como justificativa para sonegá-los. Embora esta não seja a argumentação mais adequada para se justificar que o autor desconsidera o interesse coletivo de certos grupos, aqui já podemos observar que o indivíduo em si possui um valor inviolável (a justiça), e que essa inviolabilidade se aplica a qualquer indivíduo, independentemente do grupo ao qual ele venha a pertencer.

Assim, a interpretação mais adequada dessa análise é a de que Rawls apenas quis afirmar que os indivíduos, isoladamente considerados, podem possuir interesses que não devem se sujeitar ao interesse da coletividade. Isso

---

[179] Aqui consiste uma importante diferença entre o liberalismo igualitário de Rawls e o libertarismo, especialmente de Robert Nozick (*Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991). Nozick não acredita que o estado deva interferir na distribuição dos bens sociais, mas tão somente garantir a ampla liberdade de mercado para que este sim atue distribuindo os recursos. Essa visão é sensivelmente contrária a noção de ações afirmativas enquanto políticas públicas estatais, com o fim de combater a exclusão social por meio da redistribuição de recursos. Na definição de Will Kymlicka, os libertários "defendem as liberdade de mercado e exigem limitações ao uso do Estado para a política social. Portanto, eles se opõe ao uso de esquemas de tributação redistributiva para implementar uma teoria liberal de igualdade". (*Op. cit*. p. 119).

[180] Não que Rawls seja contra a doção de medidas que corrijam as desigualdades entre os indivíduos. Ele desenvolve uma discussão e faz a defesa expressa, por exemplo, de um sistema de tributação proporcional à capacidade econômica dos indivíduos. Ocorre que, esse tipo de política tributária difere, por exemplo, do sistema de cotas, muito embora ambos baseiem-se na igualdade material. É que o sistema de tributação proporcional à renda, leva em conta apenas às condições econômicas e sociais dos indivíduos, ao passo que os sistemas de cotas, que discutimos nesta obra, baseiam-se especialmente em algum aspecto da diversidade humana que acaba sendo vulnerabilizada pelo restante da sociedade.

pode ser ilustrado através de sua teoria contratualista, onde mesmo os indivíduos com interesses distintos, sob as condições especiais da posição original (especialmente o véu da ignorância), chegariam a um consenso de quais princípios de justiça se aplicariam a estrutura básica da sociedade. Mas isso só tornaria os indivíduos imparciais quanto a escolha dos princípios de justiça. Ou seja, após a total retirada do véu da ignorância[181] e do descobrimento das reais condições do indivíduo na sociedade, este poderia ser surpreendido por uma condição que o exclui socialmente, ainda que as instituições sociais mais importantes atuem conforme os princípios de justiça anteriormente elencados.

Na realidade, através da descrição da posição original, ao utilizar a ferramenta do véu da ignorância, Rawls não parece tão preocupado que os indivíduos desconheçam o seu pertencimento a certos grupos, com culturas, modos de vida, características ou outros interesses particulares. O autor parece apenas preocupado em omitir dos cidadãos a sua pertença a classes sociais e econômicas distintas. Isso porque, considera que o reconhecimento de uma pluralidade de grupos, muito extensa, demandaria uma análise demasiadamente complexa, o que prejudicaria a argumentação a favor dos dois princípios de justiça[182].

Ainda em apoio ao que se vem defendendo, a noção do "indivíduo representativo"[183], que na posição original participa do contrato e das escolhas dos princípios de justiça, representando outros indivíduos que possuem as mesmas expectativas, Rawls parece levar em consideração apenas o homem médio comum. Ou seja, um padrão de indivíduo que seja representado por características comuns e dominantes de um grupo majoritário (ou não vulnerável). Esses indivíduos são escolhidos por se encontrarem em posições sociais relevantes, com um certo nível de renda e riqueza. Isso também reforça

---

[181] Rawls pretende tratar esse problema através da retirada parcial do véu do ignorância, o que aconteceria aos poucos, em uma sequência de 4 estágios, conforme a sociedade fosse se organizando e tornando-se mais complexa. Ver capítulo IV da obra: *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[182] RAWLS, John. *Op. cit*. p. 116.

[183] Termo que o autor utiliza para denominar os indivíduos que participam da escolha dos princípios de justiça, no cenário da posição original. Como explica Brito Filho: "os indivíduos representativos são os que estão em situações que configuram posições sociais relevantes, são escolhidos pelos níveis de riqueza e renda, e representam os que têm (em relação a cada um desses indivíduos representativos) as mesmas expectativas em relação aos bens primários" (*Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 37)

o argumento de que Rawls está tratando apenas de interesses de classes (econômicas e sociais).

Ademais podemos encontrar outros elementos da teoria rawlsiana que nos mostram fortes indícios de que o autor não reconhece o interesse coletivo de grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência. Parte desses argumentos é apresentado pela corrente comunitarista. É bem verdade que o comunitarismo, se levado às últimas consequências, realmente desconsidera o valor intrínseco que cada indivíduo possui, ao rejeitar a ideia de universalismo. Pode, por exemplo, considerar justa a discriminação em uma sociedade de castas, pois estaria de acordo com a cultura e as tradições daquela comunidade. Pode considerar que uma ditadura seja melhor que a democracia, pois assim preferiu determinado grupo. Isso colocaria em risco a própria aceitação de direitos humanos universais.

Essa relativização do comunitarismo, em contraste com a universalidade do liberalismo igualitário, também não nos parecem ser a conclusão definitiva capaz de validar a afirmação de que “valores universais e abstratos são incompatíveis com os interesses particulares e concretos de grupos vulneráveis”. Embora essa seja a argumentação que, em parte, nos sugere um caminho para tornar evidente o sucesso da crítica comunitarista ao liberalismo igualitário de Rawls.

O que devemos ter em mente é que é possível fazer a defesa das inviolabilidades dos indivíduos que se fundam na justiça, mas também é desejável que possamos reconhecer que os grupos vulneráveis possuem direitos e interesses coletivos próprios.

Nesse sentido, além de parecer insensível a questão dos grupos vulneráveis, a teoria da justiça como equidade parece também insensível com relação às vulnerabilidades decorrentes de critérios arbitrários, como os talentos e as deficiências.

A partir da análise do segundo princípio de justiça, especialmente considerando o princípio da diferença, verifica-se que apenas as desigualdades sociais e econômicas fazem parte daquelas que devem ser controladas pela justiça das instituições sociais. Embora Rawls reconheça que os benefícios advindos das arbitrariedades dos talentos, através de uma espécie de sorteio de dons naturais, não possa ser exercida tão somente em benefício próprio, mas

também em benefício de todos, e especialmente dos menos favorecidos, o princípio da diferença parece não conduzir satisfatoriamente a uma igualdade suficiente.

Roberto Gargarella afirma que:

> (...) os dois princípios de justiça de Rawls permitem que alguns sujeitos sejam favorecidos por circunstâncias que não controlam, dado que sua teoria da justiça 'define a posição dos que estão pior em termos da posse de bens primários de tipo social – por exemplo, direitos, oportunidades, riqueza etc.' –, e não em termos de bens primários de tipo natural – por exemplo, talentos, capacidades mentais ou físicas, etc.[184]

O princípio da diferença, podemos dizer, apenas reconhece a existência de um grupo menos favorecido em termos econômicos e, portanto não trabalha com a noção de um indivíduo representativo que pudesse defender os interesses daquelas pessoas que se encontram limitadas em suas capacidades naturais, como por exemplo as deficiências físicas ou mentais[185].

Assim, novamente segundo Gargarella:

> Essa opção leva a alguns resultados contra-intutitivos. Por exemplo, uma pessoa com um salário um pouco maior que o de outra, mas com graves afecções físicas, estaria – de acordo com a teoria de Rawls – melhor que esta última, mesmo que seu salário maior não seja suficiente para pagar os remédios que necessita, devido suas desvantagens naturais.[186]

Diante dessa ilustração nos parece claro que, para Rawls, as desigualdades moralmente arbitrárias não se configuram como injustiças, na medida em que não representem obstáculos à igualdade sócio-econômica, e que tais bens naturais não são distribuídos pela estrutura básica da sociedade, mas sim pelo acaso, devendo ser controladas pelo princípio da diferença, o qual sugere que ninguém deve ser favorecido por uma maior capacidade natural, mas tão somente na hipótese de que tais talentos excepcionais sejam utilizados em favor dos menos afortunados pela roleta da sorte[187].

---

[184] *Op. cit*. p. 67.
[185] Esta também é, em parte, a crítica de Ronald Dworkin ao dizer que o princípio da diferença "perece insuficientemente sensível à posição das pessoas com deficiências naturais, físicas ou mentais, que não constituem, em si, um grupo em pior situação, pois este é definido economicamente e, portanto, elas não poderiam contar com um representante ou membro médio de tal grupo" (*A Virtude Soberana*: a teoria e a prática da igualdade Martins Fontes: São Paulo, 2011. p. 148-149).
[186] *Op. cit*. p. 67.
[187] RAWLS, John. *Op. cit*. p. 121.

Essa é a defesa que Rawls faz para justificar a eleição do princípio da diferença como um dos princípios de justiça que seriam eleitos na posição original, em face de um outro princípio, o da reparação[188], o qual, embora seja considerado como um dos elementos de sua concepção de justiça, não desempenha o mesmo papel e, portanto, não se confunde com o princípio da diferença, o qual deverá atuar na estrutura básica da sociedade controlando as desigualdades já mencionadas.

A diferença entre os dois princípios, a nosso ver, consiste justamente na forma como tenta corrigir as desigualdades. Diz Rawls que:

> [É] claro que o princípio de diferença não é o princípio da reparação. Aquele não exige que a sociedade tente contrabalançar as deficiências, como se se esperasse que todos competissem em igualdade de condições na mesma corrida. Mas o princípio da diferença alocaria recursos para a educação, digamos, para elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos[189]

Pela leitura que fazemos, o princípio da diferença garante apenas a correção das desigualdades a longo prazo, pois sua preocupação principal é com o controle das desigualdades, consideradas em seu *status* atual. Esse princípio, portanto, a nosso ver, não serve como justificativa para a adoção de políticas públicas baseadas em sistemas de cotas para grupos vulneráveis, uma vez que estas políticas tem como foco justamente o combate à exclusão social em curto prazo.

Não queremos com isso defender a tese de que Rawls era contrário às medidas de ação afirmativa. Muito pelo contrário, a teria de Rawls é o grande passo da teoria política contemporânea para a defesa dessas medidas. É possível fazer a defesa das ações afirmativas, em Rawls, por meio do princípio da reparação. Contudo, o princípio da reparação não faz parte do núcleo de princípios que atuam na estrutura básica da sociedade. Trata-se de um princípio secundário na teoria de Rawls. Queremos apenas demonstrar que, segundo os princípios de justiça eleitos na posição original, os quais devem atuar na estrutura básica da sociedade distribuindo as vantagens e encargos da

---

[188] Rawls esclarece que: “Segundo este princípio, as igualdades imerecidas exigem reparação; (...) o princípio postula que para tratar todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é reparar as contingências na direção da igualdade” (Ibidem. p. 120).
[189] Ibidem. p. 121

cooperação social, não é possível fazer a defesa direta de políticas públicas como a ação afirmativa.

Isso também significa dizer que, ainda que os princípios de justiça garantam uma distribuição inicial dos “bens primários”, eles não conseguem garantir a correção das desigualdades que ocorrem ao longo do percurso, especialmente aquelas decorrentes de critérios arbitrários, como a sorte, o talento, ou as deficiências. Assim, o princípio da diferença parece ter o condão de perpetuar certas diferenças, ou então, sua propensão a uma igualdade material é tão acanhada que se torna ineficaz para esse fim.

De toda sorte, conforme já afirmamos anteriormente, Rawls desempenha um papel fundamental para as teorias políticas que sucederam a sua teoria da justiça. Embora o autor não faça a defesa explicita das medidas de ação afirmativa para a inclusão social de grupos vulneráveis, é com base em ajustes à sua concepção de justiça que as demais teorias chegaram a justificar a adoção dessas medidas.

3.3.2 A crítica de Amartya Sen: as capacidades e a diversidade humana.

Um dos principais autores que se opuseram parcialmente à teoria da justiça de Rawls, Amartya Sen buscou mudar o foco da igualdade, recolocando em questão a pergunta “*o que distribuir?*”, ou como restou consagrada em sua obra “Desigualdade Reexaminada”[190]: “*igualdade de quê?*” A obra de Amartya Sen também insere-se no contexto de discussões do chamado liberalismo igualitário, muito embora, devemos ressaltar que, dentre os autores desta corrente, o pensamento de Sen é o que possui traços mais distintivos em relação às teorias “clássicas” de igualdade liberal.

Como mencionamos, a questão central da obra de Amartya Sen é exposta através da seguinte indagação: "*igualdade de quê?*". Esta questão é eleita como a mais importante a partir da constatação de duas realidades: (*i*) a diversidade humana; e a (*ii*) a diversidade de variáveis que servem como

[190] *Desigualdade Reexaminada*. Tradução de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2008.

parâmetros de igualdade. Estas diversidades se relacionam e se influenciam mutuamente.

Sen afirma que em relação à constatação da primeira realidade, os seres humanos são diferentes uns dos outros, sejam em características externas (como riqueza, meio ambiente social e natural em que vivemos), sejam em características pessoais (como idade, gênero, etnias, deficiências, talentos, etc). Diante de tantas desigualdades entre os seres humanos, considerá-los iguais em essência (como parte de uma ficção para simplificar uma teoria, por exemplo) e ignorar sua diversidade pode gerar graves injustiças.

Já quanto à segunda realidade, o autor acredita que podemos considerar as pessoas iguais ou desiguais em vários aspectos, como por exemplo, em renda, capacidades, liberdades, oportunidades, felicidade, etc. Portanto, uma teoria que aborde em que dimensão deve-se avaliar a igualdade, deve também eleger o que Sen denomina de "variável focal", ou seja, a variável segundo a qual a análise deve enfocar ao comparar pessoas diferentes.

Estas duas realidades, como antes mencionei, se relacionam na medida em que só podemos falar em diversidade de variáveis focais, pois os seres humanos são diferentes uns dos outros.

É a partir desta consideração acerca da diversidade humana, conjugada com a diversidade de possibilidades de eleição de foco para análise da (des)igualdade, que o autor constrói a sua teoria de forma bem distinta dos demais autores que aqui serão abordados.

Assim, poderíamos dizer que duas pessoas são iguais, por exemplo, quando utilizamos como foco de nossas comparações os bens materiais, mas são desiguais, quando utilizamos como focos para nossas comparações aspectos pessoais da sua própria natureza[191]. Note-se, então, que para Sen, a escolha de uma variável focal representa a desconsideração de outra variável, fazendo com que a análise da igualdade em um espaço represente a aceitação (ou pelo menos a falta de apreço) pelas desigualdades em outro espaço.

[191] Entre estas ideias que o autor delineia a partir da constatação da diversidade humana e da variedade de focos para a análise da igualdade, podemos ilustrá-las através da seguinte assertiva: João e José, se comparados, possuem a mesma quantidade de bens materiais (tais como renda e patrimônio). Mas estes mesmos personagens diferem (ou seja, apresentam medidas desiguais) em cor e altura.

Se todos fossemos de fato iguais, a analise em apenas uma variável focal já seria o suficiente para compararmos a desigualdade entre as pessoas. Assim, a igualdade central em um determinado espaço convive com as desigualdades periféricas geradas pelo núcleo daquela igualdade.

Este fato reveste ainda mais de importância a indagação posta como central para a teoria de Sen, qual seja a pergunta: "*igualdade de quê?*". Em comparação a outra questão que, de certa forma, também é vista comumente na filosofia política, qual seja "*por que a igualdade?*", Sen afirma que aquela é muito mais pertinente para o atual estágio da humanidade e de desenvolvimento das teorias éticas do ordenamento social, do que esta última.

Isso porque, o autor identifica uma certa onipresença de uma igualdade abstrata (igual consideração por todos) nas principais teorias éticas do ordenamento social, fazendo com que a questão que se coloque como a mais fundamental não é "*por que a igualdade?*", mas sim "*igualdade de quê?*". Assim, o que torna a segunda questão ainda mais relevante, em face de uma análise isolada da primeira pergunta, é o de que toda teoria normativa do ordenamento social, que tenha resistido ao teste do tempo, exige a igualdade em alguma medida[192].

Amartya Sen esclarece que as teorias sobre a igualdade costumam adotar duas espécies de variáveis focais que consistem em: "(i) a realização de fato conseguida, e (ii) a liberdade para realizar"[193]. Isso significa dizer que é possível que uma teoria da igualdade exija a equiparação dos resultados alcançados pelas pessoas, ou as oportunidades reais que elas possuem para fazer ou alcançar aquilo que valorizam[194].

Afirma Sen que as teorias que pretendem fazer a análise comparativa da igualdade em termos de realizações de fato alcançadas padecem de uma série de problemas, em especial a indefinição ou pluralidade das realizações que os indivíduos desejam alcançar. Concentrar essas realizações em apenas um

---

[192] Nesse sentido, defende Sen: "Creio que seja possível sustentar que, para possuir algum tipo de plausibilidade, o raciocínio ético sobre problemas sociais deve envolver a igual consideração elementar por todos em algum nível visto como critico. A ausência de tal igualdade faria uma teoria ser arbitrariamente discriminatória e difícil de ser defendida. Uma teoria pode aceitar - na verdade, exigir - a desigualdade em termos de muitas variáveis, mas ao defender essas desigualdades seria difícil escapar de relacioná-las, em ultima instância, com a igual consideração por todos de algum modo adequadamente substantivo." (*Op. cit*. p. 48-49).
[193] *Ibidem*. p. 69
[194] *Idem*.

elemento como forma de contornar esse problema da pluralidade de concepções sobre o "bem-estar" caracterizaria o mesmo erro da corrente utilitarista, a qual já vimos refutada por Rawls.

Dessa forma, Sen afirma que o foco correto de análise das (des)igualdades deve estar situado em alguma variável que reflita as liberdades para realização das metas e objetivos pessoais. Dentro dessa perspectiva o autor elege como sua variável focal a "capacidade para realização de funcionamentos". Onde a capacidade pode ser descrita em termos de liberdades substantivas, ou seja, as oportunidades reais para realizar o plano de vida individual[195]. Já os funcionamentos podem ser compreendidos como os elementos (estados e ações) constitutivos do bem-estar de uma pessoa, sendo que:

> Os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas bem elementares, como estar nutrido adequadamente, estar em boa saúde, livre de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura etc., até realizações mais complexas, tais como ser feliz, ter respeito próprio, tomar parte na vida da comunidade, e assim por diante[196].

Assim, as capacidades de uma pessoa relacionam-se ao seus funcionamentos e que, por conseguinte, influenciam o seu bem-estar. Isto pode ser explicado, segundo Sen, de duas maneiras:

(*i*) A primeira consiste a partir da ideia de que, se os funcionamentos realizados constituem o bem-estar de uma pessoa, então as capacidades para realizar esses funcionamentos constituem em si a própria liberdade da pessoa para alcançar suas realizações, ou seja, as oportunidades reais para ter bem-estar[197];

(*ii*) A segunda relação consiste em criar um elo direto entre o bem-estar e capacidade, na medida em que se verifica a dependência do bem-estar realizado em relação as capacidades para realizar funcionamentos[198].

De qualquer forma, essas duas considerações diferem da análise segundo os bens primários de John Rawls, pois, segundo Sen, esta é uma

---

[195] Sem afirma que a noção de capacidade "representa as várias combinações de funcionamentos (estados e ações) que uma pessoa pode realizar. A capacidade é, portanto, um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro" (*Ibidem*. p. 80).
[196] *Ibidem*. p. 79.
[197] *Ibidem*. p. 80.
[198] *Ibidem*. p. 81.

variável que pode ser interpretada como um meio para a liberdade. Já os funcionamentos são partes constituintes do bem-estar, e a capacidade reflete a própria liberdade para buscar este bem-estar. Nas palavras de Sen, esta distinção "entre *recursos que nos auxiliam* a conseguir liberdade e a extensão da *liberdade em si* é importante em princípio e pode ser crucial na prática"[199]. Complementa o autor, reafirmando que a liberdade deve "ser distinguida não apenas da realização, mas também de recursos e meios para a liberdade"[200].

Assim, na avaliação de Sen, igualar as pessoas em bens primários consiste em medida insuficientemente igualitária, ao passo que pessoas com o mesmo pacote de bens primários podem não possuir as mesmas condições de usufruí-los, por conta de vulnerabilidades decorrentes da diversidade humana. A preocupação, portanto, reside na questão de como os indivíduos, que apresentem certas vulnerabilidades, podem converter esses bens em liberdades.

Sen exemplifica a questão com a seguinte comparação:

> (...) a extensão da privação comparativa de uma pessoa fisicamente deficiente frente a outras não pode ser adequadamente julgada considerando-se sua renda, pois a pessoa pode estar em grande desvantagem para converter a renda em realizações que valoriza.[201]

Embora os bens primários, como vimos anteriormente, não se resumam apenas à renda ou bens materiais, a crítica *seniana* consiste no fato de serem eles meios para a liberdade, assim como seriam os direitos (outra possível leitura dos bens primários), por exemplo. Além do fato de que as variações interpessoais (como o autor também denomina a diversidade humana) interferem de diversas formas na conversão entre os "meios para a liberdade" para "a liberdade em si".

Dessa forma, temos que Sen responde de maneira diversa, daquela feita por Rawls, as mesmas questões de justiça distributiva anteriormente propostas. Sen acredita que as capacidades para realizar funcionamentos (*o que distribuir?*), devem ser distribuídas de forma universal e com especial atenção à diversidade humana e as variadas vulnerabilidades sociais que a ela se relacionam (*a quem distribuir?*). Ocorre que, a nosso ver, o autor não consegue

---

[199] *Ibidem*. p. 75
[200] *Idem*.
[201] *Ibidem*. p. 60.

apresentar um mecanismo ou uma política pública concreta que permita essa distribuição das capacidades.

As ações afirmativas, especialmente o sistema de cotas, enquanto política pública praticável, não seria meio hábil para distribuir essas capacidades. Talvez se considerássemos que por essas medidas elevarem e ampliarem as liberdades reais de escolha e oportunidade para os indivíduos que são por ela beneficiados, poderíamos com um certo esforço compreensivo creditar as ações afirmativas como mecanismos de distribuição das capacidades. Ocorre que, o trabalho ou a educação, por exemplo, os quais são distribuídos por meio do sistema de cotas, não podem ser classificados dentro do rol das capacidades, pois na realidade, em última instância, esses direitos são meios para adquirir maior liberdade.

Conforme vimos anteriormente, o direito ao trabalho, como um direito humano social, representa um meio para a garantia das liberdades individuais e de autodeterminação da pessoa com deficiência, tornando-a mais autônoma e independente para realizar suas próprias escolhas. Nesse sentido, esses direitos são compreendidos como meios para a maximização das liberdades e oportunidades de quem os usufrui.

Essa dificuldade em operacionalizar uma distribuição das capacidades para realizar funcionamentos, que levem em consideração a infinidade da diversidade humana, é referida por Brito Filho, ao afirmar que:

> "Ocorre que a proposta de Sen, embora possa servir como um ideal político atraente, não é factível, em termos mais práticos, caso pensado de forma isolada, pois não há como distribuir o que quer que seja levando em consideração, em todos os casos, a multiplicidade de características dos indivíduos, a diversidade humana"[202].

Ainda assim, a contribuição de Sen, tem um papel fundamental para as teorias subsequentes, na medida em que a introdução, ainda que de forma pouco factível, da diversidade humana e das vulnerabilidades sociais que estão além das perspectivas econômicas passam agora a ser um elemento indispensável das teorias da justiça, que precisam responder como e por quê as desigualdades naturais devem ser levadas em consideração como reinvindicações de justiça em qualquer teoria igualitária.

---

[202] *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 54.

A vantagem da abordagem segundo as capacidades é justamente a de proporcionar uma ampliação da perspectiva da pluralidade de aspectos valiosos para uma vida, entre eles a diversidade humana e outras características naturais ou ocasionais que fogem ao controle das escolhas.

3.3.3 A teoria da "Igualdade de Recursos" de Ronald Dworkin e as deficiências.

Dentre as obras mais recentes, merece especial destaque o livro intitulado de A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade[203], de autoria de Ronald Dworkin. Neste livro, Dworkin se propõe a discutir acerca das diversas teorias da igualdade, sob a ótica do liberalismo igualitário, propondo ajustes e novos arranjos à teoria da justiça de John Rawls, e culminando na sua própria teoria de igualdade distributiva, denominada de igualdade de recursos. Ademais, Dworkin busca responder e sustentar a teoria da igualdade de recursos, em oposição às críticas feitas por Amartya Sen à teoria *rawlsiana*, as quais também afetam à igualdade de recursos.

Dworkin inicia sua obra reafirmando a importância da igualdade no discurso político e como forma de legitimidade para qualquer Governo que aspire ser democrático, dizendo que só é capaz de reivindicar legitimidade o Estado que demonstre igual consideração pela vida de todos os seus cidadãos. Assim, a igual consideração representa a virtude soberana da comunidade política. Esta forma de igualdade abstrata é o primeiro passo, e é o que une, de certa forma, boa parte das teorias políticas que tratam sobre a melhor forma de atuação dos Estados na distribuição dos produtos e riquezas existentes e advindas do trabalho da comunidade.

Assim como Sen, Dworkin também está de acordo que existe uma igualdade abstrata com a qual as mais diversas teorias políticas buscam desenvolver. É o que constata também Kymlicka, ao afirmar que:

> (...) as teorias igualitárias requerem que o Governo trate seus cidadãos com igual consideração; cada cidadão tem direito a interesse e respeito iguais. Esta noção mais básica de igualdade é encontrada tanto no libertarismo de Nozick como no comunismo de Marx.[204]

---

[203] *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
[204] *Op. cit*. p. 5

Assim, a igualdade de consideração, como uma forma abstrata do valor da igualdade é, portanto, o pressuposto primário da teoria da igualdade de recursos, a qual, ao juízo do próprio Ronald Dworkin, é a que melhor traduz e extrai a interpretação mais correta e justa desta igualdade abstrata, representando uma forma de igualdade material pela qual o Governo deve pautar sua atuação.

Dworkin se afasta, principalmente da teoria *rawlsiana*, por não fundar sua teoria em um consenso ou em uma espécie de contrato social no qual se excluem os valores éticos da moralidade política e se escondem informações dos indivíduos através de um véu de ignorância. Ao contrário, Dworkin busca a justificação em uma outra ilustração hipotética, fundada no sistema de mercado, e que, como veremos, deixa os indivíduos obterem e conhecerem suas características e informações pessoais mais importantes para que possam fazer escolhas conscientes. Este fato é fundamental para que Dworkin possa introduzir uma peculiaridade importante em sua obra, a qual podemos denominar de princípio da responsabilidade. Em síntese, a ideia é reforçar que as escolhas livres e conscientes dos indivíduos pelos seus planos de vida possibilite vinculá-los aos resultados obtidos.

Outra singularidade proposta por Dwokin encontra-se situada justamente no arranjo político que deve cercar este pressuposto (de igualdade abstrata). É dizer que, ao contrário de Rawls, Dworkin não acredita que devamos nos posicionar de forma a privilegiar ou eleger, dentre os diversos valores políticos (como igualdade e liberdade), um que possua prioridade sobre os demais.

Dworkin acredita que é possível desenvolver uma teoria em que haja uma conjunção dos valores políticos fundamentais, sendo que estes se mostrem compatíveis entre si e com o mesmo grau de primazia quando da escolha pelos cidadãos. Assim, o autor sugere a conjunção de valores que representem um ideal político comum composto pela igualdade, a liberdade e a comunidade. Brito Filho traduz o sentido destes valores, que podem ser interpretados em um único ideal político, como: “igualdade de recursos, liberdade com restrições previamente ajustadas, e comunidade que pratica a tolerância liberal”[205].

[205] *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 14.

Nos concentraremos especialmente sobre o primeiro ideal político, o da igualdade de recursos, deixando a discussão referente aos outros dois ideais somente quando forem necessárias para as questões da igualdade na distribuição dos recursos.

Dworkin acredita que é necessário separar a igualdade em dois níveis. Uma teoria igualitária deve situar-se na defesa em: (i) igualar somente as circunstâncias (é o que a igualdade de recursos irá defender); ou (ii) igualar também as dotações (o que será refutado com base na críticas à igualdade de bem-estar). Essa divisão nos leva então a refletir se devemos igualar os meios ou devemos buscar uma igualdade final de satisfação ou êxitos[206]. Estes são dois projetos completamente diferentes.

Para melhor ilustrar o caso, recorremos ao mesmo exemplo utilizado pelo autor, qual seja o do pai abastado que precisa decidir qual a melhor forma de distribuir sua riqueza, na forma de herança, entres os seus filhos, os quais possuem personalidades e gostos completamente diferentes. Este pai a que Dworkin se refere possui: um filho "playboy", com gostos dispendiosos; um filho engajado politicamente, e que necessita de altos recursos para promover seus fins; um filho escultor, e que utiliza materiais caros e nobres em suas obras; e por fim um filho poeta, o qual não possui grandes ambições, mas apenas cultiva gostos bem modestos[207].

De acordo com o exemplo acima, se defendêssemos como a melhor métrica da justiça uma igualdade de bem-estar, então o pai deveria deixar uma herança maior, em termos de riqueza, para o filho "playboy" do que para o filho poeta, por exemplo. Isso porque, o "playboy" necessitaria de mais recursos para

---

[206] Levando-se em conta as multiplicidade de teorias que defendem a igualdade de bem-estar na filosofia política, e com a finalidade de evitar distorções ou concepções muito distintas, Dworkin elege apenas algumas entre essas possíveis concepções de bem-estar: como o alcance do êxito ou da satisfação. Esta última equivale a uma das possíveis interpretações do utilitarismo, conforme vimos anteriormente. Segundo essa concepção o bem-estar é definido como a busca do prazer e a fuga da dor, e assim sendo, Jeremy Benthan, um dos pioneiros do utilitarismo, defendia que a igualdade exige que se igualem as pessoas no saldo do prazer sobre a dor. Dworkin reúne todas essas sensações de prazer e dor em torno de um único termo, qual seja a (in) satisfação, por entender que este melhor traduz uma gama maior de estados de consciência. A respeito do utilitarismo, vale ressaltar, Dworkin apresenta basicamente as mesmas críticas já defendidas por Rawls.

[207] Destacamos que do exemplo original utilizado por Dworkin excluímos propositalmente um dos filhos do "pai abastado", o qual é cego. Tal exclusão se deve ao fato de que neste momento ainda não pretendo trabalhar com as teorias da igualdade aplicada as pessoas com deficiência, o que será objeto da próxima seção.

alcançar o seu bem-estar – baseado em gostos dispendiosos – do que o poeta, que por sua vez se contenta com pouco e mesmo assim alcança o seu bem-estar (e talvez até obtivesse um bem-estar menor se recebesse uma gorda herança).

Nesse sentido, Dworkin define a igualdade de bem-estar como "o esquema distributivo [que] trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar"[208]. Devemos concordar que a situação acima ventilada é, a nosso senso, absurda e injusta.

Segundo a igualdade de recursos, por sua vez, a solução para o problema acima exposto é distribuir a herança de maneira igual entre todos os filhos, para que estes, de posse de seus quinhões possam então perseguir seus planos de vida e seu bem-estar. Dworkin, então definirá a igualdade de recursos como aquela que "trata [as pessoas] como iguais quando distribui ou transfere [os recursos] de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais as suas parcelas do total de recursos"[209].

Em síntese a igualdade de bem-estar não é uma concepção plausível de igualdade distributiva porque é sensível às preferencias por gostos dispendiosos, não sendo justo que as demais pessoas devam ter seus recursos diminuídos para cobrir as preferências pessoais de outros indivíduos. Isso justifica a afirmação de Gargarella, que ao referir-se ao liberalismo de Ronald Dworkin afirma "[que] o Estado igualitário não poderá ser obrigado a arcar com os 'gostos caros' de quem tenha cultivado esse tipo de preferência"[210].

Nesse ponto compartilhamos da análise de Kymlica, ao sentenciar que "Dworkin aceita o objetivo de ser 'sensível à ambição' e 'insensível à dotação'"[211]. Mas primeiro, veremos como o filósofo norte-americano lida com a questão das ambições individuais.

Para levar em conta as ambições das pessoas e distribuir os recursos de maneira igual, Dworkin elabora uma situação hipotética diferente daquela elaborada por Rawls, na qual imigrantes vão parar em uma ilha deserta, e se

---

[208] DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011 p. 4
[209] *Idem*.
[210] *Op. cit*. p. 65.
[211] *Op. cit*. p. 98.

deparando com tal situação devem decidir qual a maneira mais justa de distribuir todos os recursos (abundantes) existentes naquela ilha. O método eleito é um leilão que ocorrerá em um sistema de mercado, onde todos os imigrantes poderão participar com uma quantidade igual de “moedas” (conchas), podendo fazer os seus lances livremente e, portanto, adquirindo os recursos disponíveis, conforme os seus planos de vida.

Ao final do leilão, todos possuiriam um quinhão de recursos, adquiridos conforme suas próprias metas para uma vida boa, e então o leilão se sujeitaria a um teste, denominado pelo autor de “teste da cobiça”. Segundo o teste da cobiça, depois de terminado o leilão, se a divisão for realmente igualitária, ninguém desejará possuir o quinhão de recursos de outrem[212]. Caso o desejasse, poderia ter feito um lance e adquirido o recurso, quando da fase do leilão.

Por recursos, Dworkin entende que são tudo o que os indivíduos possuam privadamente e que possam ser trocados ou transferidos. Nesse sentido, o autor classifica os recursos em pessoais e impessoais. Os recursos pessoais são as dotações e as características inatas de cada indivíduo, sob as quais não possuímos controle. Estes estarão fora do leilão, pois não podem ser distribuídos e nem transferidos. Já os recursos impessoais são os bens e as coisas materiais (ou não) que estão disponíveis na ilha, e que serão leiloadas. Aqui incluímos, assim como quando nos referimos aos bens primários, que o recursos devem ser compreendidos também como direitos fundamentais, acompanhando a interpretação proposta por Brito Filho[213].

Contudo, após o leilão e o teste da cobiça garantirem uma distribuição igualitária dos recursos disponíveis, surgem os primeiros problemas referentes à manutenção da igualdade. Sim, isto porque, após os recursos serem distribuídos, e tendo como base o próprio princípio da responsabilidade especial,

---

[212] *A Virtude Soberana*: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 81.

[213] Brito Filho aproveita a distinção feita por Dworkin, entre recursos pessoais e impessoais, para complementar a ideia original do autor e dizer que: “Do ponto de vista prático, todavia, a teoria do autor faz mais sentido quando a consideramos como uma teoria que pretende a distribuição de recursos (bens e oportunidades) fundamentais. (...) Sei que, com isso, em princípio, diminuo os recursos a serem divididos, considerando o pensamento de Dworkin, mas penso que circunscrevê-los (os recursos) aos que são essenciais dá possibilidade de inserir a teoria no mundo real. Assim, mais do que separar recursos, como faz Dworkin, em pessoais e impessoais, opto por considerar que a distribuição deve estar limitada aos recursos impessoais fundamentais” (*Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 48-49).

as pessoas tornam-se responsáveis pelo destino e o uso destes recursos iniciais na persecução de uma vida boa.

Assim, voltamos à crítica feita por Sen às teorias que se baseiam na distribuição dos meios para se alcançar a liberdade ou o bem-estar. Isso porque aqui também poderia se verificar o mesmo problema apontado por Sen referente à conversão dos recursos ou bens primários em bem-estar. Uma pessoa com deficiência e que, portanto, não possui a mesma predisposição para converter os recursos em bem-estar que outra pessoa sem deficiência, estaria em desvantagem, ainda que possuíssem o mesmo quinhão. Após decorridos alguns anos, a pessoa com deficiência poderia ter gasto todos os seus recursos iniciais com tratamentos e medicamentos que lhe diminuíssem o sofrimento causado pela deficiência, ao passo que a pessoa sem deficiência poderia ter investido seus recursos, multiplicando-os e prosperando.

O que assegura a pessoa com deficiência que, ao chegar nesta situação, não fique sem nada é o sistema de seguro desenvolvido por Dworkin. Importante ressaltar que para o liberalismo igualitário, e isso é marcante tanto em Rawls quanto na obra de Dworkin, aos indivíduos é garantido um mínimo de recursos fundamentais com os quais possam contar para perseguir seus planos de vida. Sendo assim, se respeita a máxima de que ninguém pode ficar sem nada, e ninguém pode possuir tudo, por conta, principalmente, do sistema de tributação e de redistribuição da riqueza.

Assim, as contingências dos talentos e da sorte bruta (resultado de situações arbitrárias) ou por opção (resultado de nossas escolhas voluntárias), poderão ser compensadas através de um sistema de seguros facultativos ou compulsórios, e da tributação.

Acreditando que a pessoa pode sofrer de má sorte ou pela falta de talentos e, portanto, perder sua casa em um incêndio, ser acometida por uma doença incurável, ou escolher dedicar-se a uma profissão pela qual não possui qualquer aptidão, seria colocado à disposição dos indivíduos, no momento do leilão, a possibilidade de adquirir um seguro contra os infortúnios da vida.

Contudo, diante da hipótese de que algumas pessoas poderiam optar em não adquirir um seguro, por julgarem que a possibilidade de serem acometidas por um desses infortúnios anteriormente expostos é muito pequena, preferindo se arriscar a sofrê-los, em vez de gastar suas “conchas” com referida

proteção. Considerando a tentação de que ao deixar de adquirir o seguro, essas pessoas poderiam investir suas “conchas” economizadas em outros recursos que julguem mais importantes, Dworkin defende a existência de um seguro obrigatório mínimo, fundado em razões paternalistas. Tais seguros podem ser custeados por um esquema de tributação.

Isso, ao juízo do próprio autor, é o que torna a teoria da igualdade de recursos diferente das chamadas teorias de “ponto de partida”, como o autor classifica a teoria de Rawls, ou das de “linha de chegada”, como classifica as teorias de bem-estar, pois a igualdade de recursos busca igualar os meios, com uma distribuição igualitária inicial, mas promovendo ajustes para as desigualdades geradas ao longo do percurso.

Diante dessa exposição, subentende-se que, embora Dworkin seja insensível às dotações e tente igualar ao máximo apenas as circunstâncias que cercam a vida das pessoas, notamos uma nítida inquietação com desigualdades arbitrárias, as quais não podem ser moralmente aceitas. Neste ponto, Dworkin busca refutar e responder às críticas feitas por Amartya Sen às teorias que se baseiam em igualdade de meios para o bem-estar.

Dworkin ataca a concepção de Sen ao dizer que esta é ambígua, e conforme for a interpretação que se dê a ela (entre as duas possíveis), ela pode ser ou uma teoria de igualdade de bem-estar, e aí será refutada pelos mesmos motivos anteriormente expostos, ou uma teoria que se aproxima da igualdade de recursos, e aí seus pressupostos não serão muito diferentes, embora ainda equivocados.

Como vimos, Sen acredita que devemos igualar as capacidades dos indivíduos em poder realizar funcionamentos. Para isso devemos mirar na liberdade pessoal de cada indivíduo. Na sua visão, a igualdade de recursos pode ser considerada um passo à genuína igualdade da liberdade, contanto que levasse em conta os diferentes níveis de capacidades das pessoas em realizar o que desejam. Dworkin, contudo, acredita que se considerarmos as capacidades como formas de se alcançar a felicidade, então estaremos diante de uma igualdade de bem-estar, porém se interpretarmos as capacidades como recursos pessoais, então a teoria de Sen se aproxima da igualdade de recursos.

Porém, Dworkin julga arriscada, e acaba por refutar essa aproximação, pois estaria restrita apenas aos recursos pessoais, não

endossando a dimensão dos recursos impessoais, os quais, no juízo de Dworkin, são as principais fontes de desigualdade. Ainda assim, o autor, como vimos, propõe a correção das desigualdades decorrentes de deficiências[214], por meio de um seguro hipotético obrigatório. Além do mais, o autor busca desenvolver um argumento em favor da igualdade de recursos, em face da igualdade de bem-estar, que serve como justificativa para a sua adoção enquanto modelo de distribuição, ainda que se levasse em consideração as deficiências, aqui compreendidas também como um rol amplo de vulnerabilidades.

Voltemos ao exemplo do pai abastado, ao qual nos referimos no início desta seção. Apresentamos as personalidades de seus filhos e sugerimos, como o próprio Dworkin o faz, que a igualdade de bem-estar requer, neste caso específico, que o filho com gostos dispendiosos seja "premiado" com um quinhão de recursos maiores para assim alcançar seu bem estar, diferentemente do filho com gostos simples, que necessitaria de menos recursos para alcançar o mesmo bem-estar. Essa distribuição não foi considerada justa, conforme nos senso comum.

Mas, imaginemos agora que o pai abastado possui ainda um quinto filho, o qual é possuidor de uma deficiência sensorial, como a cegueira. Ao determinar o quinhão da herança de seus filhos, a igualdade de bem-estar proveria ao filho cego uma quantidade maior de recursos, para que este pudesse compensar sua deficiência. Essa distribuição, a nosso juízo precipitado, pareceria extremamente justo, visto que não podemos concordar e achamos moralmente injustas as desigualdades arbitrárias.

Essa referência às deficiências é o que a teoria da igualdade de bem-estar possui de mais atraente em seu bojo. Mas, Dworkin pergunta-se: qual a diferença entre o filho com gostos dispendiosos e o que possui a deficiência? Outra vez, nossos juízos intuitivos poderiam nos dizer que é óbvia a diferença, e

[214] Importante chamar a atenção para o uso do termo "deficiência", encontrado ao longo do texto na versão traduzida (por Jussara Simões) para o português de "A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade". Tal termo é muito mais amplo e empregado de forma diversa ao uso comum que possui em nossa língua, e que buscará ser trabalho no capítulo seguinte, qual seria de deficiência física, mental, sensorial, etc. No uso que Dworkin faz dessa palavra, podemos subtender que se trata não somente de deficiências física, por exemplo, mas de todas as características inatas dos seres humanos, que acabam os colocando em situações de desvantagem por conta da discriminação ou da desvalorização dessa característica pelo resto da comunidade. Nesse sentido, o termo passa a abarcar também as características étnicas, o gênero, as deficiências (em sentido estrito) e outras vulnerabilidades que decorram da natureza humana ou das contingências da vida.

que o filho cego não optou em possuir essa característica, ao contrário do filho com gostos dispendiosos.

Mas vejamos outra situação utilizada por Dworkin para desconstruir uma teoria como essa, de igualdade de bem-estar, por meio do subjetivismo que o termo é eivado. Dworkin coloca em dúvidas o fato de que os deficientes possam possuir menos em bem-estar e serem compensados com recursos, alcançando assim um bem-estar igual. Uma pessoa com uma deficiência grave, talvez nunca venha a alcançar o mesmo bem-estar que uma pessoa sem deficiência, por mais que se transfiram cada vez mais recursos a ela.

O exemplo cabal de Dworkin, para ilustrar que a igualdade de bem-estar não pode ser utilizada como parâmetro final de igualdade, é o de um indivíduo com paralisia. Descobre-se, em meio ao avanço da medicina e da engenharia, uma tecnologia nova, capaz de fazer que este indivíduo possua a mesma mobilidade que uma pessoa sem paralisia. A sociedade, por achar medida de justiça, aprova um imposto, cuja destinação de seus tributos será a aquisição de tal “máquina”.

Ocorre que o indivíduo que possui a paralisia é também um excelente violinista, e um apaixonado pela arte da música, sendo que prefere destinar aquele dinheiro que será arrecadado pelo tributo para a compra de um *Stradivarius*. Ora, ao juízo deste personagem com deficiência, o *Stradivarius* lhe traria muito mais bem-estar, do que uma “máquina” que lhe permitisse andar. A sociedade estaria disposta a aprovar esta troca? A resposta de Dworkin é que a sociedade, embora reconheça que o desejo do personagem com paralisia é injusto, não teria motivos, com base no bem-estar, para lhe negar tal troca.

Mas então como Dworkin prevê que se compensem as desigualdades decorrentes das deficiências? A resposta da igualdade de recursos está justamente no esquema de seguro hipotético traçado pelo autor. Vimos que a teoria de Dworkin se mostra insensível, até certo ponto às dotações naturais. Mas isto não significa a exclusão da igual consideração das pessoas com deficiência. Dworkin prevê uma série de outros mecanismos para igualar e compensar essas desvantagens, como a classificação em recursos pessoais e impessoais, a consideração da sorte bruta e por opção, em um momento posterior à distribuição inicial, e os seguros hipotéticos aos quais nos referimos anteriormente.

Note-se que, segundo esta visão, embora se tenha a consciência de que as pessoas com deficiência podem não possuir a mesma predisposição para alcançar seus planos de vida, não se busca igualá-las em bem-estar, mas sim em recursos, os quais poderão ser utilizados para este objetivo. É importante ressaltar nesta afirmação o reconhecimento de que os recursos pessoais são fundamentais como instrumentos para se alcançar os planos de vida e, portanto, devem ser considerados numa análise compensatória. Dentre estes recursos pessoais, o autor cita as faculdades físicas e mentais.

Dessa forma, Dworkin sentencia que:

> Quem nasce com uma deficiência grave encara a vida com menos recursos, nesse aspecto, do que os outros, conforme admitimos. Essa circunstancia justifica a compensação, em um esquema dedicado a igualdade de recursos, e embora o mercado hipotético de seguros não restabeleça o equilíbrio – nada pode fazê-lo – procura remediar um aspecto da justiça importante.[215]

Trata-se, portanto, de um mecanismo de correção das desigualdades decorrentes das contingências da vida, o seguro hipotético hage da mesma forma como as ações afirmativas. Dworkin chega inclusive a fazer a defesa explicita das ações afirmativas na segunda parte de sua obra (*A Virtude Soberana*: a teoria e a prática da igualdade), mais especificamente nos capítulos 11 e 12.

Além do mais, Dworkin reconhece que uma teoria igualitária deva levar em consideração a diversidade humana e a pluralidade de características que tornam os indivíduos socialmente vulnerabilizados, muito embora jamais consiga igualar os indivíduos de acordo com seus recursos pessoais ou suas capacidades. Nesse sentido devem atuar as ações afirmativas, distribuindo os recursos fundamentais para que as pessoas, na medida de suas possibilidades, possam alcançar seus planos de vidas.

Vale dizer ainda que, para o autor, tais medidas podem muito bem ser compatibilizadas com os interesses de grupos vulneráveis, e não apenas na perspectiva individual ou de classe, como sugeria Rawls. Esta conclusão pode ser extraída, por exemplo, quando Dworkin, em outra obra[216], refuta um dos possíveis argumentos utilizados no caso Bakke x *Regents of the University of*

---

[215] *A Virtude Soberana*: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 101.
[216] *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 446.

California, no qual os opositores daquela ação afirmativa sustentavam a existência de um individual de Bakke, que deveria prevalecer independentemente de seu grupo social.

Assim, Dworkin responde às questões de justiça distributiva afirmando que a distribuição dos recursos fundamentais (*o que distribuir?*), deve ser universal e levar em consideração às deficiências e os diferentes grupos vulneráveis (*a quem distribuir?*), por meio de um mecanismo de correção da desigualdade, o qual pode basear-se em uma política pública de ação afirmativa, como o sistema de cotas (*como distribuir?*).

Reafirma essa noção de que a distribuição dos recursos fundamentais deve compensar às deficiências e outras vulnerabilidades, a interpretação feita por Brito Filho, a partir da análise desses programas de ação afirmativa feita por Dowrkin. Diz o primeiro que:

> (...) o fato de haver programas de ação afirmativa não significa que qualquer grupo tem direito a cotas, proporcionais à sua participação na sociedade, pois o que as justifica é a existência de um desnível, decorrente principalmente de situações de exclusão, e a busca da igualdade real. Se os integrantes de um determinado grupo, majoritário ou não, não sofrem com a discriminação, e, por isso, não sofrem restrições de acesso a determinado recurso, não há porque garantir, de forma diferenciada, esse acesso.[217]

É dizer então que, o critério que deve pesar para definir o grupo ou indivíduo que terá direito à reserva de vagas, deve ser com base na sua vulnerabilidade, ou seja, somente se verificada que suas características são alvo da discriminação por parte da sociedade e, portanto, tem o acesso à um determinado recurso fundamental (como o trabalho, por exemplo) negado. Isso reafirma o objetivo das ações afirmativas anteriormente exposto, qual seja, o de combater a discriminação, por meio da promoção da igualdade real, de forma a eliminar a exclusão social de grupos vulneráveis.

Assim, o critério mais geral, e ao mesmo tempo mais fundamental, para solucionarmos o problema da identificação da pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas ao mercado de trabalho, consiste justamente na vulnerabilidade que, correspondendo à uma deficiência, tornará o indivíduo excluído socialmente. É bem verdade que este critério, por sua generalidade, é

[217] *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 71.

bastante vago e carece de complementação, a qual só pode ser sanada mediante a análise do conceito normativo disposto pelas regras jurídicas.

4 O CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com o que já expusemos no presente estudo, as ações afirmativas representam uma política pública fundamental para a promoção da igualdade real e da inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Analisamos os dispositivos legais que instrumentalizam essa política afirmativa, por meio do chamado sistema de cotas, no ordenamento jurídico brasileiro. E vimos que o legislador, em um primeiro momento, ao criar as leis que introduziram a reserva de vagas no sistema jurídico pátrio, não definiu especificamente a quem elas se direcionavam. Se limitou apenas a empregar o termo genérico "pessoa portadora de deficiência"[218], mas não avançou no tema, deixando um enorme vazio e dando margens à conceituações vacilantes, conforme veremos neste capítulo.

Como também já vimos, acreditamos que esse problema conceitual eventualmente é responsável por situações que prejudicam a eficiência e a justiça das ações afirmativas, seja por possibilitar situações embaraçosas de flagrante injustiça, deixando de incluir parte das pessoas que deveriam ser destinatárias dessa garantia, seja por deflagrar uma avaliação negativa da sociedade, que historicamente, no Brasil, tem se mostrado resistente à esse tipo de política inclusiva.

Avançando na questão que move este estudo, a saber, quem deve ser considerada pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas no mercado de trabalho, vimos até aqui que esta análise deve basear-se, antes de tudo, em um aspecto fundamental da deficiência e das relações sociais, qual seja, que ela acarrete prejuízos reais ao indivíduo e, portanto, não lhe possibilite ter acesso aos recursos fundamentais à preservação da sua dignidade em condições de iguais oportunidades. A isto vimos denominando de vulnerabilidade.

Contudo, não é qualquer vulnerabilidade que pode ser definida como deficiência, pois aquele aspecto é apenas mais um conceito amplo e que também carece de complementação. Nesse sentido, no presente capítulo,

[218] Ao que preferimos utilizar o termo "pessoa com deficiência", conforme as razões que adiante serão expostas.

veremos os meandros da deficiência e no que consiste o conceito normativo de pessoa com deficiência, ou seja, o que a lei (em sentido amplo) tratou de definir como pessoa com deficiência e, por conseguinte, a quem garantiu o acesso diferenciado, por meio do sistema de cotas, ao mercado de trabalho.

Diante deste objetivo, veremos questões que estão necessariamente relacionadas ao problema central de nossa pesquisa, como as classificações das deficiências, as terminologias empregadas, a forma como a pessoa com deficiência é vista na sociedade, o grau da deficiência e suas implicações sociais, e a evolução dos conceitos normativos. Veremos como o Poder Judiciário e a Administração Pública assimilaram os diferentes conceitos normativos de pessoa com deficiência.

Demonstraremos que essas questões conceituais sofreram e ainda sofrem a influência dos movimentos sociais e dos Direitos Humanos, especialmente com a substituição do paradigma integracionista e seu modelo médico da deficiência, pelo sistema inclusivista, baseado no modelo biopsicossocial.

Ao final deste capítulo, tentaremos lançar luzes sobre o novo conceito de pessoa com deficiência disposto pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, a fim de que se torne mais acessível a sua interpretação para aqueles que necessitam lidar com o sistema de cotas, bem como buscaremos relacionar tal interpretação com o critério geral da vulnerabilidade, advertindo que este serve como vetor interpretativo.

4.1 O Problema Conceitual: quem são as Pessoas com Deficiência e a quem as vagas devem ser reservadas – uma advertência metodológica.

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito deste capítulo, cabe fazer algumas advertências sobre as hipóteses e sobre os limites deste estudo. Conforme acabamos de afirmar, o objetivo principal deste trabalho é que possamos definir, ou ao menos apontar critérios válidos capazes de auxiliar na definição de quem deve ser considerado pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas no mercado de trabalho. Em outras palavras, buscamos responder quem *tem o direito* a concorrer as vagas reservadas às pessoas com

deficiência, sabendo que este termo é genérico e comporta uma ampla gama de variáveis.

Para tanto, restringiremos a análise ao conceito normativo, ou seja, aquele definido em lei (em sentido amplo), o qual muitas vezes pode não refletir a mais correta definição segundo as ciências médicas ou outras ciências sociais. Obviamente que um conceito legal deve levar em consideração alguns dados técnicos provenientes de outras ciências para se aproximar ao máximo possível de uma definição correta. Defenderemos isto, e tentaremos, na medida do possível, demonstrar como essas outras ciências contribuem para a construção de um conceito normativo de pessoa com deficiência que corresponda na máxima medida aos anseios de justiça desta camada social.

Não obstante, não pretendemos esgotar o tema, nem tão pouco encontrar um única resposta absoluta, sabendo que há casos bastante complexos e que demandam uma análise e um debate mais aprofundado, como por exemplo os casos das deficiência estéticas ou das chamadas altas habilidades (superdotação). Nossas pretensões restringem-se à indicar critérios seguros para apontar que o uso de um determinado conceito pode ser insuficiente e restringir direitos de forma a não possibilitar que as ações afirmativas alcancem seus fins, e de instruir o leitor no sentido de que é possível a interpretação de um conceito jurídico mais vago sem que isso represente indeterminismo.

A restrição da análise ao conceito normativo de pessoa com deficiência, e o uso de outras ciências tão somente na medida em que estas possam contribuir para que a ciência jurídica se aproxime de uma definição mais concreta e real desse grupo de indivíduos, impõe um limite ao tema aqui abordado. O que significa dizer que, embora o indivíduo possa ser considerado pessoa com deficiência para a análise científica de outros saberes, a isto não corresponde o fato de que, aos olhos do Direito, ele assim será visto.

Essa relativização quanto ao conceito de pessoa com deficiência implica ainda dizer que, para o próprio Direito o conceito de pessoa com deficiência não deve ser visto de forma estática e atômica. Conforme veremos adiante, o conceito de pessoa com deficiência adotado atualmente pela ONU deve ser analisado à luz das barreiras sociais e ambientais sobre as quais as pessoas que possuem uma deficiência estão expostas. Logo, sabendo que o

acesso aos variados recursos fundamentais nem sempre apresentam as mesmas barreiras, bem como ciente do fato de que os diferentes direitos fundamentais exigem a adoção de medidas distintas para sua concretização, restringimos o tema ao conceito normativo de pessoa com deficiência para fins de acesso ao mercado de trabalho.

Não se quer com isso dizer que existe um conceito de pessoa com deficiência próprio para a lei de cotas, mas sim de que é possível interpretar o conceito de pessoa com deficiência analisando especificamente as barreiras que são encontradas e que impedem o acesso desse grupo ao mercado de trabalho. Essas barreiras podem ou não serem as mesmas para o acesso ao transporte público, por exemplo.

Assim, o conceito que encontra-se insculpido na Convenção da ONU, por exemplo, se aplica a todas as pessoas com deficiência e para o acesso a todos os direitos que nela se encontrem ou que dela derivem ou se relacionem, mas é possível interpretá-lo, conforme abordaremos, de acordo com cada direito fundamental que se deseja realizar. E nesse ponto, isso significa dizer que alguns indivíduos com deficiência terão direito à reserva de vagas e à educação inclusiva, por exemplo, mas não terão direito à isenção de impostos para compra de veículos.

Acreditamos, assim, que é possível definir especificamente quem são as pessoas com deficiência que possuem o direito ao sistema de cotas para o trabalho, sem que isso represente, necessariamente, que elas essas mesmas pessoas possuam direitos especiais para o acesso à outros direitos fundamentais, como por exemplo, o acesso ao transporte e à locomoção, por meio da redução de impostos na aquisição de novos veículos. Sabemos que muitas vezes esses indivíduos possuem ambos os direitos, mas ainda assim, existem casos em que a distinção é preferível.

Como o caso da pessoa que possui uma deficiência auditiva leve, por exemplo, e que, embora possa não ser isenta do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)[219], por não possuir dificuldades de locomoção, pode ser que encontre-se protegida pelo sistema de cotas das leis 8.112/90 e 8.213/91. Em outros casos, a recíproca poderá ser verificada. Ou como a pessoa com

[219] Isenção prevista na Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003.

superdotação ou altas habilidades[220], que inegavelmente é reconhecido como detentor do direito à educação inclusiva, mas pode não ser sujeito de direito para as vagas reservadas.

Diante dessas restrições, temos que, não obstante o indivíduo possa ser considerado pessoa com deficiência para o acesso a algum outro direito fundamental, não corresponde necessariamente que ele tenha direito às vagas reservadas pelo sistema de cotas. Por essas razão, estamos muito mais voltados a responder a quem se destinam as vagas reservadas, do que em responder de forma abstrata quem são as pessoas com deficiência na sociedade ou para o Direito de uma forma mais ampla.

Além destas limitações, gostaríamos de advertir sobre outras duas limitações importantes que se relacionam com a questão conceitual, mas que não correspondem estritamente ao problema que pretendemos debater. Cabe diferenciar as questões a respeito de *quem tem direito* à reserva de vagas, *quem tem necessidade* de fato, e *quem tem compatibilidade* com a função pretendida. Nos interessa prioritariamente responder a questão sobre *quem tem direito* à reserva de vagas, ao passo que as outras duas questões não são objetos de nossa análise. Vejamos como essas questões são distintas.

A primeira questão diz respeito a quem, dentro do grupo de pessoas com deficiência que tem direito às cotas, tem necessidade de fato às vagas reservadas. Essa questão pode ser facilmente verificada por meio do exemplo que utilizamos anteriormente, quando nos referimos sobre a análise do mérito dos candidatos nas ações afirmativas. Um candidato com deficiência que é aprovado em primeiro lugar geral no concurso público não deve ocupar as vagas reservadas a este grupo, possibilitando que outra pessoa nesta condição alcance o posto almejado[221]. Contudo, esta é uma análise que só é possível de ser feita após o resultado da seleção. O que implica dizer que o postulante ao

---

[220] Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

[221] Este exemplo é trabalhado por Araújo, o qual propõe como interpretação mais correta dos vetores constitucionais que ao se verificar que a pessoa com deficiência não necessita de fato da vaga reservada, possa esta ser reaproveitada para outro candidato deste mesmo grupo, como forma de maximização da inclusão social. Isso não inviabilizaria, como já dissemos, o direito à vaga reservada, não obstaculizando a inscrição do candidato com deficiência ao concurso público ou seleção de emprego. (*Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 207-219)

cargo, independentemente do resultado que venha a alcançar na seleção, possui o direito à vaga reservada, pelo simples fato de possuir uma deficiência, ficando apenas a sua utilização real condicionada a verificação de sua necessidade de fato em acessar o posto de trabalho por meio do sistema de cotas.

Importante destacar que o fato de não utilizar de fato o direito ao sistema de cotas, não ocupando a vaga reservada às pessoas com deficiência, não retira a sua inclusão como membro deste grupo vulnerável. É dizer que a sua característica, de ser uma pessoa com deficiência, deve ainda ser levada em consideração, imputando ao contratante da mão-de-obra a observância de outros direitos de acessibilidade, que permitam que o trabalho seja realizado em condições de igualdade, conforme trataremos mais à frente.

A segunda questão refere-se a quem tem capacidade para desempenhar determinada função. Trata-se de saber o grau de compatibilidade entre a deficiência apresentada pelo candidato e a função desempenhada naquele posto de trabalho[222]. Novamente, a nosso ver, a análise dessa questão só deverá ser feita *a posteriori* à inscrição, em nada afetando o direito à vaga reservada.

Assim, é possível que uma pessoa com deficiência física, que apresente dificuldades de locomoção, concorra às vagas reservadas para o cargo de escrivão da polícia federal, por exemplo. A compatibilidade entre a deficiência e a função só deverá ser analisada em momento posterior ao da inscrição, durante as diversas fases do concurso público[223]. Essa distinção

---

[222] Importante ressaltar que qualquer incompatibilidade dessa natureza (entre deficiência e função) é histórica e temporal, na medida em que só podemos afirmá-la com base em fatos passados e atuais. Não podemos saber se no futuro uma deficiência visual será sempre incompatível com a função de motorista, por exemplo. Por mais absurdo e lógico que nos pareça afirmar a imutabilidade dessa incompatibilidade, por prudência, levando em conta a evolução histórica da humanidade, por meio do uso de suas técnicas e de novas ferramentas, é de se supor que um dia tal incompatibilidade não mais existirá.

[223] Vale lembrar que as pessoas com deficiência devem submeter-se às mesmas fases e critérios eletivos que os demais candidatos sem deficiência. Isso não exclui o fato de que aos candidatos com deficiência deve ser garantido um certame acessível às suas necessidades, o que implica dizer que o organizador da seleção ou concurso deve adotar as medidas necessárias para que o candidato com deficiência possa realizar a prova em igualdade de condições com os demais candidatos. Isso inclui, entre outras medidas, a escolha de locais de provas com acessibilidade arquitetônica, provas adaptadas ao sistema braille, contratação de intérpretes de LIBRAS, disponibilização de computadores com recursos audiovisuais, etc.

favorece o fato de o candidato poder demonstrar, concretamente, se possui ou não condições de exercer o cargo[224].

Nesse sentido, Gugel afirma que:

> "A não previsão de reserva de vagas para pessoas com deficiência em concurso para cargos e empregos públicos que exijam aptidão plena do candidato ou impedi-lo de se inscrever, em vista de previa definição pela administração pública de que o cargo ou emprego público não é compatível com a deficiência, 'viola' um dos objetivos fundamentais da Republica que é a promoção do bem de todos, livre de qualquer preconceito (3o, IV); viola princípio fundamental do direito à igualdade (5o, caput); choca-se com os princípios da acessibilidade (37,I) e de concurso público (37, II) e o direito de não discriminação no tocante a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (7o, XXXI)"[225].

Como vimos anteriormente, esses preceitos constitucionais revelam o ideal inclusivista da nossa Carta Magna, e apontam a existência de um direito à inclusão social. Podemos afirmar, nesse sentido, que faz parte do direito à inclusão social a garantia de oportunidade real das pessoas com deficiência demonstrarem-se capacitadas ao exercício de um posto de trabalho.

São exemplos dessa oportunidade real não só as diversas fases do concurso ou seleção, que exigem do candidato com deficiência a demonstração de suas capacidades para o cargo pretendido, mas também o estágio probatório[226], no âmbito da administração pública, e o contrato de experiência[227], no âmbito da iniciativa privada, que permitem ao contratante, sempre que existirem dúvidas concretas quanto à compatibilidade entre a função e a deficiência, avaliar se a pessoa com deficiência se adequa ou não às funções desempenhadas naquele posto de trabalho.

---

[224] Aliás, esse vem sendo o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Ministério Público Federal (MPF), ao exigirem da Administração Pública a reserva das vagas nos concursos públicos realizados pelas Polícias Federais, independentemente da análise posterior da compatibilidade entre a deficiência e a função. Entendimento consubstanciado no Recurso Extraordinário nº 676.335 e na Reclamação nº 14.145, ambos de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp. Acesso em: 04 de janeiro de 2014.

[225] Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: reserva de vagas e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: UFG, 2006. p. 96.

[226] Dispõe o artigo Art. 20 da Lei 8112: "Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguinte fatores: I - assiduidade; II - disciplina; III - capacidade de iniciativa; IV - produtividade; V- responsabilidade".

[227] Espécie de contrato de trabalho prevista no artigo 443, § 2º, alínea "c", da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

É necessário ainda advertir que a pessoa com deficiência deve contar com todo o suporte necessário para exercer as atribuições relativas ao cargo que ocupa, tais como apoios e procedimentos especiais e ajudas técnicas, tais como definidos no Decreto nº 3.298/99. É importante notar que, na avaliação da adequação da pessoa com deficiência ao posto de trabalho, deve ser analisado primeiro se à ela foram disponibilizados todos os meios para a execução do trabalho em igualdade de oportunidades. Nunca é demais lembrar que o paradigma da inclusão social requer que a sociedade mova esforços para eliminar as barreiras, e não somente que a pessoa com deficiência lute, sozinha, contra as adversidades ambientais e sociais.

A administração pública deverá contar com o apoio de uma equipe multiprofissional, capacitada para orientar e supervisionar as adaptações necessárias em todas as fases do concurso público, incluindo-se o curso de formação e estágio probatório, bem como o ambiente de trabalho[228]. Cabe à equipe multiprofissional, também, avaliar a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório[229]. Por analogia, compreendemos que o setor privado também deve valer-se do apoio de uma equipe multiprofissional para prestar assistência à empresa contratante e ao trabalhador com deficiência.

Feitas essas ressalvas, passemos à análise dos elementos fundamentais que possibilitam a compreensão do conceito de pessoa com deficiência para fins de reserva da vagas no mercado de trabalho.

---

[228] GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: reserva de vagas e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: UFG, 2006. p. 110 - 115.

[229] Segundo o artigo 43 do Decreto 3.298/99: “O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato. § 1º - A equipe multiprofissional emitirá parecer observando: I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição; II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar; III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas; IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

4.2 Classificações da Deficiência

A classificação da deficiência, conforme veremos ao longo deste capítulo, é considerada como uma peça fundamental para a compreensão do conceito de pessoa com deficiência. É a partir da classificação que podemos conhecer elementos como a origem e a natureza da deficiência, os quais podem nos auxiliar na identificação da pessoa com deficiência.

Embora existam variadas formas de classificar as deficiências, fato este que decorre especialmente da grande heterogeneidade de deficiências, é possível estabelecer algumas classificações referentes as diferentes espécies de deficiências agrupadas. Obviamente, qualquer tentativa de agrupamento das causas, origens ou tipos de deficiências sempre carecerá de incompletude, o que, por outro lado, não inviabiliza o projeto de classificação, sendo este necessário até mesmo para se estabelecer um ponto de partida para novas classificações e possibilitar o conhecimento de números através de coleta de dados que servirão de base para a implementação de políticas públicas.

Quanto à origem, as deficiências podem ser classificadas em dois grandes grupos, que revelam as causas e o momento em que a deficiência surge no indivíduo. Assim, distinguem-se em deficiências congênitas e adquiridas.

As deficiências congênitas são aquelas que já nascem com a pessoa, e geralmente são ocasionadas por doenças da mãe ou do feto durante o chamado período pré-natal, ou seja, que antecede o nascimento, ou por problemas genéticos[230].

Essas deficiências podem ocorrer por conta de doenças infecciosas que acometem a mãe durante a gestação, tais como rubéola, toxoplasmose ou sífilis, ou ainda por doenças metabólicas, como a tireoidopatia (conjunto de doenças na glândula tireoide), as quais podem ser transmitidas ao feto, especialmente nos três primeiros meses de formação fetal[231]. Podem ainda ocorrer pela ingestão de drogas ou medicamentos nocivos a formação do feto, ou pela exposição da mãe à produtos químicos radioativos, como o amianto, o tabaco ou raios-x. As deficiências congênitas podem ser provenientes também de irregularidades genéticas, podendo ocorrer tanto por um acidente na fase

[230] RIBAS, João Batista Cintra. Op. cit. p. 26.
[231] Ibidem. p. 27.

embrionária, quando da divisão cromossômica, como é o caso da Síndrome de Down, quanto por hereditariedade de genes deficientes ou incompatíveis entre os genitores.

Já as deficiências adquiridas podem ocorrer nas fases perinatal[232] e pós-natal. Na fase perinatal, decorrem geralmente de acidentes durante o parto, como a paralisia cerebral por falta de oxigenação nos primeiros minutos de vida, o contágio do sangue do bebê em contato com o da mãe, ou a fratura dos ossos do bebê durante a passagem pelo canal vaginal no parto normal. Podem ser causadas também por doenças infecciosas, como a varíola, meningite, encefalite, sarampo, poliomielite (ou paralisia infantil), hanseníase, entre outras[233] ou doenças não contagiosas, que afetam principalmente a população adulta, como a hipertensão, o acidente vascular cerebral (AVC), diabetes, cardiopatia, depressão e etc.

A deficiência tem predominância também na população idosa, o que é agravado pela perda de capacidade imunológica e pela própria degeneração de órgãos e sistemas do corpo devido o fator idade. É o que constata o Ministério da Saúde ao informar que:

> O aumento da expectativa de vida da população brasileira nas últimas décadas tem possibilitado que as causas das deficiências estejam cada vez mais relacionadas a males crônico-degenerativos, como a hipertensão arterial, a diabetes, o infarto, os acidentes vásculo-encefálicos, a doença de Alzheimer, o câncer, a osteoporose e outros[234].

São causas comuns também das deficiências adquiridas também os acidentes de trabalho ou as doenças ocupacionais, acidentes de trânsito, a falta de higiene e saneamento básico, assim como a falta de proteínas e vitaminas essenciais para saúde e bom funcionamento do corpo em decorrência da má alimentação.

Essas últimas causas são bastantes comuns no Brasil, assim como em outros países em desenvolvimento, que ainda apresentam altos índices de pobreza e dos problemas à ela relacionados. Nesse sentido, conclui a Organização Mundial de Saúde em seu Relatório Mundial sobre a Deficiência:

---

[232] Fase que compreende os períodos imediatamente anteriores e posteriores ao parto.
[233] RIBAS, João Batista Cintra. Op. cit. p. 28.
[234] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. p. 13

> A pobreza pode aumentar o risco de deficiência. Um estudo realizado em 56 países em desenvolvimento revelou que os mais pobres apresentavam um quadro de saúde pior do que os mais ricos. A pobreza pode levar ao surgimento de problemas de saúde associados à deficiência, inclusive através de: baixo peso ao nascimento, desnutrição, falta de água potável ou saneamento adequado, condições inseguras de trabalho e de vida, e lesões. A pobreza pode aumentar a probabilidade de que uma pessoa com um problema de saúde já existente se torne deficiente, por exemplo, devido a um ambiente sem acessibilidade ou à falta de acesso aos devidos serviços de saúde e reabilitação[235].

Note-se que a pobreza é um fator que potencializa não só as possibilidades de se adquirir uma deficiência, seja ela congênita ou adquirida, mas também potencializa as barreiras sociais que impõem à pessoa com deficiência uma condição de sub-cidadania e de exclusão social.

As deficiências congênitas e adquiridas podem se expressar através de diversas formas, sendo classificadas segundo a sua natureza, de acordo com o órgão, sistema, estrutura ou função do corpo afetada. Dessa forma, conforme expõe Ribas, as deficiências são classicamente divididas em três tipos: deficiências físicas (decorrentes de problemas motores, amputações, etc.), sensoriais (surdez e cegueira) e mentais[236].

Essa classificação, com algumas variações, vem sendo adotada pelas principais normas internacionais, aqui referenciadas especialmente as Convenções da OEA (1999) e da ONU (2006). A Convenção Interamericana classifica as deficiências em “física, mental ou sensorial” (artigo 1º, item 1), ao passo que a Convenção Internacional da ONU vai além e classifica as deficiências segundo a sua natureza “física, mental, intelectual ou sensorial” (artigo 1º).

Observa-se que a deficiência mental e a deficiência intelectual foram enunciadas separadamente pela Convenção Internacional da ONU. É que embora elas estejam relacionadas, de certa forma, uma com a outra, não se confundem. Vejamos a diferença.

Segundo historia Sassaki:

> “A partir da década de 80, o termo utilizado tem sido ‘deficiência mental’. Antes disso, muitos outros termos já existiram. E, atualmente, há uma tendência mundial (brasileira também) de se usar [o termo] ‘deficiência intelectual’, termo com o qual concordo por (...) referir-se

[235] Op. cit. p. 11
[236] Ibidem. p. 26

> ao funcionamento do intelecto especificamente e não ao funcionamento da mente como um todo”[237].

Isso implica dizer que o termo deficiência intelectual é mais preciso e tem abrangência restrita à função intelectiva, ao passo que a deficiência mental é um tipo com abrangência mais ampla e que se refere a uma gama de deficiências que atingem também outros funcionamentos da mente[238]. Além do mais, a adoção do termo “deficiência intelectual” evita uma confusão bastante comum. É que, não raramente, o termo “deficiência mental” é confundido com o termo “doença mental”. Como veremos ainda neste capítulo, doença e deficiência são coisas distintas.

A grande abrangência da deficiência mental, e a especificidade da deficiência intelectual é ressaltada por Stanislau Krynsky, ao advertir que:

> “Não se tratando de uma moléstia única, mas sim de um complexo conjunto de síndromes das mais variadas etiologias (ver classificações) e quadros clínicos diferentes cujo único denominador comum é a insuficiência intelectual, o problema de deficiência mental envolve uma gama enorme de aspectos os mais diversos, desde o seu polo biológico-médico, até problemas sociais, de legislação, trabalho, previdência social, etc., fatores esses que se convencionou agrupar em três categorias inter-relacionadas: os fatores biológicos, os psicológicos e os sociais”[239].

Ao passo que Araújo explica que: os fatores biológicos podem ser descritos por fatores genéticos e congênitos, ou doenças adquiridas; os fatores psicológicos podem estar relacionados, entre outras causas, a carência afetiva precoce, fatores emocionais e distúrbios psicológicos, como a neurose e psicose; e os fatores sociológicos podem ser representados pela privação social e cultural, nível socioeconômico, situação urbana ou rural, e a compreensão do grupo sócio familiar[240].

---

[237] SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual. s.l., dez. 2004. Disponível em: http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

[238] A título informativo, segundo a CIF, a funções mentais se dividem em: (*i*) globais (funções da consciência; da orientação; intelectuais; psicossociais globais; do temperamento e da personalidade; da energia e dos impulsos; e do sono); e (*ii*) específicas (funções da atenção; da memória; psicomotoras; emocionais; da percepção; do pensamento; cognitivas de nível superior; mentais da linguagem; de cálculo; mentais para a sequência de movimentos complexos; e de experiência pessoal e do tempo). (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação Internacional da funcionalidade, incapacidade e saúde. OMS, 2001. Disponível em: http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf. Acesso em 14 de janeiro de 2014).

[239] KRYNSKI, Stanislau. Deficiência Mental. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu S.A, 1969. p. 1.

[240] A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 12 de março de 2013.

No plano do direito interno, a classificação tradicional também é amplamente reproduzida, inclusive pela própria Constituição Federal de 1988 (Artigo 227, §1º, inciso II)[241]. Ainda no âmbito do direito interno, outro importante instrumento normativo, o Decreto nº 3.298/99 (alterado pelo Decreto nº 5.296 de 02 de dezembro 2004) dispõe que as deficiências dividem-se em: deficiência física, visual, auditiva, mental e múltipla (artigo 4º). Importante observar que a classificação adotada pela referida norma subdivide a deficiência sensorial em deficiência visual e auditiva.

Note-se ainda que o último tipo de deficiência, denominada de deficiência múltipla, na realidade não representa uma categoria autônoma de deficiência, mas tão somente uma forma pela qual duas ou mais deficiências se apresentam cumulativamente em um indivíduo. Isso pode ocorrer quando um indivíduo apresenta duas ou mais deficiências que não estão relacionadas ao mesmo aspecto etiológico (p. ex. a existência simultânea de deficiência visual e amputação de membro inferior), ou ainda quando estas deficiência tem uma causa comum ou relacionada (p. ex. a paralisia cerebral e deficiência intelectual).

De outra forma, fora do âmbito desta classificação tradicional, outros tipos de deficiências são categorizados, levando em consideração especificidades que a classificação tradicional não observa, como as deficiências estéticas, decorrentes de lesões superadas e aparentes (como a mancha de queimadura, a cicatriz, marcas na pele, o vitiligo, etc.), as deficiências orgânicas ou metabólicas, relacionadas à algum aspecto interno funcional do organismo humano, ou seja, de sua fisiologia (como os renais crônicos, hemofílicos, diabéticos, ente outros), as deficiências de dicção ou de linguagem, que dificultam ou impedem a fala e a comunicação (gagueira, afasia, desgaste das cordas vocais, ou perda da voz em decorrência de câncer de laringe, etc.), e a deficiência emocional ou psíquica, decorrente das chamadas “condutas típicas”, ou seja, comprometimentos psicossociais, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos ou psiquiátricos que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social

[241] Artigo 227, § 1º, inciso II – “(...) criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de **deficiência física, sensorial ou mental**, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

(como a síndrome do pânico, a esquizofrenia, o estresse, a depressão, a bipolaridade, etc.).

Essas classificações mais específicas e menos usuais enquadram-se, de certa forma, naquelas classificações que chamamos de tradicionais (física, sensorial e mental) e que, portanto, são generalistas. Ainda assim, às vezes, é preferível usar uma dessas classificações menos usuais, quando se tratar de uma deficiência que poderá se inserir em mais de uma classificação tradicional possível, por afetar mais de um aspecto funcional do corpo humano.

De toda forma, a classificação tradicional das deficiências, dividida em quatro tipos (física, auditiva, visual e mental, ou intelectual) serve de base para a coleta de dados estatísticos no Brasil. Segundo o Censo Demográfico de 2010, realizado pelo IBGE, do total de 23,90% da população brasileira que possui alguma deficiência, 18,6% correspondem à pessoas com deficiência visual, 7% à pessoas com deficiência motora (que corresponde à uma espécie de deficiência física), 5,10% à deficiência auditiva, e 1,4% à pessoas com deficiência mental ou intelectual[242].

A pesquisa do IBGE baseou-se em um questionário que seguiu as propostas de perguntas sugeridas pelo Grupo de Washington[243], o qual por sua baseou-se no modelo de classificação das deficiências da CIF, que orienta-se de acordo com as funcionalidades e incapacidades de um indivíduo quando relacionadas aos fatores ambientais que o cercam, conforme veremos com mais detalhes mais adiante.

As perguntas realizadas se pautaram com base naquilo que o indivíduo consegue ou não realizar em sua vida cotidiana, levando-se em consideração atividades básicas relacionadas a seis aspectos funcionais: visão, audição, capacidade de caminhar, faculdades cognitivas, autossuficiência para o cuidado pessoal e comunicação[244].

---

[242] Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. p. 6.

[243] Segundo o Relatório Mundial sobre a Deficiência, da OMS: “O Grupo de Washington sobre Estatísticas de Deficiência foi estabelecido pela Comissão de Estatísticas das Nações Unidas em 2001 como um grupo consultivo de especialistas internacionais para facilitar a mensuração da deficiência e a comparação de dados sobre deficiência entre diferentes países”. (Op. cit. p. 26)

[244] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Consejo Económico y Social*. *Informe del Grupo de Washington sobre estadísticas de la discapacidad.* ONU, 2011. Disponível em: http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc12/2012-21-WashingtonGroup-S.pdf. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

Pode-se compreender que, ao questionar acerca destes aspectos funcionais da vida humana, a pesquisa adotou corretamente a terminologia "deficiência motora" como sinônimo de "deficiência física". A nosso sentir, o termo deficiência motora soa mais correto, do ponto de vista da linguagem usual, pois é mais comum relacioná-lo com outros aspectos físico-motores, como a fala, a coordenação motora e a mobilidade. Quando se fala em deficiência física, surge imediatamente no imaginário popular a figura da pessoa que usa cadeira de rodas, ou que possui um membro amputado, olvidando-se as deficiências que afetam a comunicação, e que muitas vezes são do tipo físico (como o AVC ou, por exemplo.

A cada pergunta realizada na pesquisa do Censo 2010, três opções de respostas eram oferecidas, a fim de medir o grau da deficiência: (*i*) tem alguma dificuldade de realizar; (*ii*) tem grande dificuldade; e (*iii*) não consegue realizar de modo algum[245]. Essa variação nos remete à outra possível forma de classificação das deficiências, segundo o grau de intensidade. Conforme os resultados da pesquisa do IBGE, analisando a somatória de pessoas que responderam que "tem grande dificuldade" ou "não consegue de modo algum" realizar as tarefas referidas, concluiu-se que 8,3% da população brasileira apresentava pelo menos uma deficiência severa[246].

Assim, a deficiência pode ser classificada conforme o grau de intensidade, o qual pode variar de parcial à total, comportando uma série de estágios intermediários, conforme o marco regulatório adotado.

O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, antes de ser alterado pelo já referido Decreto 5.296/04, trazia a gradação da deficiência auditiva em níveis que variavam de surdez leve, moderada, acentuada, severa e profunda, conforme o número de decibéis audíveis. O texto do decreto faz referência ainda a deficiências graves, sem especificar uma definição.

---

[245] Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. p. 5.

[246] Das quais 3,46% possuem deficiência visual severa, 2,33% apresentam deficiência motora severa, 1,12% têm deficiência auditiva severa, e 1,4% possuem deficiência mental ou intelectual. A deficiência mental ou intelectual não foi submetida à gradação. Ainda segundo a pesquisa: "das 45.606.048 de pessoas com deficiência, 1,6 % são totalmente cegas, 7,6% são totalmente surdas, e 1,62% não conseguem se locomover.

A OMS, em 1968, chegou a adotar uma escala de classificação e distribuição das deficiências mentais conforme sugestão de um Comitê de *Experts* em Saúde Mental, o qual avaliava a função intelectiva em termos de Quociente de Inteligência (QI): deficiência mental profunda (QI abaixo de 20); deficiência mental severa (QI entre 20 e 35); deficiência mental moderada (QI entre 36 e 52); e deficiência mental leve (QI entre 53 e 70)[247].

Esta forma de avaliação da gravidade da deficiência mental foi abandonada como critério único. Como vimos até aqui, a deficiência mental está relacionada à múltiplos aspectos da vida humana, não sendo suficiente a aferição do QI para determinar o grau de severidade da deficiência. Esse critério, por exemplo, excluiria da análise aquelas pessoas que possuem altas habilidades (superdotação). Além, obviamente, do fato de ser a inteligência um conceito bastante controverso, bem como os métodos de aferição.

Já a CIF adota uma escala genérica qualificadora de seus diversos componentes (funções e estrutura do corpo; atividades e participação; e fatores ambientais), para medir a extensão da deficiência, a qual é baseada nos seguintes níveis:

NENHUMA deficiência (nenhuma, ausente, escassa,…)	0-4 %
xxx.1 Deficiência LIGEIRA (leve, pequena,…)	5-24 %
xxx.2 Deficiência MODERADA (média,…)	25-49 %
xxx.3 Deficiência GRAVE (grande, extrema,…)	50-95 %
xxx.4 Deficiência COMPLETA (total,…)	96-100%[248]

Mais recentemente, o Decreto Nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013, que alterou o Regulamento da Previdência Social, dispondo sobre novas condições de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência, dispôs que a perícia médica e funcional realizada pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) identificará o grau da deficiência dentro da escala: leve, moderada e grave.

Outras classificações também são possíveis, como a classificação da deficiência segundo o decurso do tempo. Nesse sentido, a deficiência pode ser classificada como do tipo permanente ou temporária (ou transitória). O interstício

---

[247] ASSUMPÇÃO JUNIOR, Francisco Baptista; SPROVIERI, Maria Helena. Deficiência Mental: novos rumos. São Paulo: Memnon, 2000. p. 27.

[248] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação Internacional da funcionalidade, incapacidade e saúde. OMS, 2001. Disponível em: http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf. Acesso em 14 de janeiro de 2014.

temporal que serve de medida para qualificar uma deficiência como permanente ou temporária é alvo de discussões, pois não é definido com objetividade pela legislação.

Segundo o Decreto nº 3.298/99, em seu artigo 3º, inciso II, a deficiência permanente é "aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos"[249]. A estabilização da deficiência pode ser atestada por uma equipe multiprofissional de saúde[250] especializada na área correspondente à deficiência aferida, a exemplo do que prevê a Portaria do MS/SAS nº 502, de 28 de dezembro de 2009, do Ministério da Saúde.

Não há definição legal dispondo sobre o que seria uma deficiência transitória, e tampouco os autores de diversas áreas do conhecimento se arriscam a definir com precisão o significado dessa classificação. Isso gera grande dificuldade para a compreensão do tema. De toda forma, compreendemos que a deficiência transitória é aquela que, embora não tenha se estabilizado e, portanto, seja suscetível ou tenha probabilidade de ser reversível (independente de novos tratamentos), ainda assim acarreta problemas de ordem ambiental e social para a pessoa que a possui.

Mais adiante voltaremos a tratar sobre essa questão temporal, e exploraremos mais essa classificação, por considerarmos que ela é crucial para compreendermos a diferença entre outros grupos vulneráveis que comumente são confundidos com o das pessoas com deficiência.

---

[249] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm#art70. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

[250] Essa equipe multiprofissional de saúde (do Sistema único de Saúde – SUS) não se confunde com a equipe multiprofissional mencionada no artigo 43 do Decreto nº 3.298/99, com atribuições especificas para auxiliar a comissão responsável pelas etapas do concurso público. Segundo o Ministério da Saúde, aquela é "constituída por profissionais de especialidades diferentes, que desenvolve processo terapêutico centrado em objetivos hierarquizados, de acordo com as incapacidades apresentadas pelo paciente" (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à saúde. *Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência*. 2. ed. rev. atual. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. p. 47).

4.3 A questão terminológica.

Como se pode observar, a deficiência comporta uma ampla gama de classificações, fato este que deriva da pluralidade de causas, manifestações e implicações na vida do indivíduo que possui essa característica. Cada uma das possíveis classificações revela o uso de termos e definições que dão significado e diferenciam as questões referentes à deficiência de outras questões a ela relacionadas.

Segundo Araújo, citando estudo realizado por Nair Lemos Gonçalves, as pessoas com deficiência são denominadas das mais variadas formas, às vezes com termos pejorativos, às vezes com denominações mais amenas, todas elas tentando captar a representação da pessoa com deficiência na sociedade. Alguns exemplos que o autor cita, em referência à diversos idiomas, são: "'indivíduos com capacidade limitada', 'minorados', 'impedidos', 'descapacitados', 'excepcionais', 'minusválidos', 'handicapped person', 'unusual person', 'special person', 'inválido', além de 'deficiente', que é o termo mais usado"[251].

Muitas dessas denominações foram utilizadas inclusive pela legislação. Veremos então aqui como a nomenclatura utilizada para denominar este grupo de indivíduos evoluiu ao longo dos anos na legislação nacional, e quais foram os motivos que levaram a mudança de uma determinada terminologia para outra, sempre acompanhando as reivindicações dos movimentos sociais *de* e *para* pessoas com deficiência e o paradigma da inclusão social.

Importante também destacar algumas definições e significados de termos que comumente sãos empregados para se referir à pessoa com deficiência, mas que merecem ser distinguidos dela, ou terem suas relações esclarecidas, tais como o incapaz (civil ou laboral), a pessoa com mobilidade reduzida, o habilitado e o reabilitado, ou as pessoas com necessidades especiais.

---

[251] GONÇALVES apud ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 12 de março de 2013.

Diante desse amplo espectro de termos e definições que, ora se confundem com a deficiência, ora nos auxiliam à conhecê-la melhor, é essencial que abordemos o aspecto terminológico, como uma maneira de aprofundarmos o estudo conceitual.

Julgamos, assim, que um ponto fundamental para a análise dos conceitos jurídicos de pessoa com deficiência diz respeito ao uso e significado de termos que servem para denominar este grupo vulnerável e os indivíduos que o compõem. Esta questão está intimamente relacionada aos conceitos que estudaremos, pois a cada termo é possível identificar uma definição distinta correspondente.

4.3.1 A Evolução terminológica nas Constituições brasileiras.

Entre as Constituições brasileiras, nem sempre a questão da deficiência foi tratada de forma explicita. Segundo historia Araújo, ainda nas Constituições Federais de 1934 e 1937, é possível encontrar alguma preocupação com a situação de pessoas que possuíam algum tipo de deficiência, especialmente quando estas características se manifestavam ainda na infância[252].

O artigo 138 da Constituição Federal de 1934 prescrevia a incumbência da União, dos Estados e dos Municípios em assegurar o amparo aos desvalidos; a estimulação da educação eugênica; a proteção da juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; bem como a atenção à higiene mental e o incentivo na luta contra os venenos sociais[253].

Já o artigo 127 da Constituição Federal de 1937, dispunha que a infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por

---

[252] _____. Em busca de um conceito de Pessoa com Deficiência. *In* GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007. p. 13.

[253] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.

parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades[254].

A Constituição Federal de 1946, prescrevia que a legislação do trabalho e a da previdência social deveria garantir, mediante contribuição do empregador e do empregado, a assistência previdenciária dos trabalhadores contra a invalidez[255]. O termo "inválido", seguiu sendo utilizado pela legislação infraconstitucional nos anos seguintes. O Decreto nº 60.501, de 14 de março de 1967, hoje já revogado, que alterou o Regulamento Geral da Previdência Social (Decreto nº 48.599-A de 19 de setembro de 1960), utilizou o termo "inválido" ao dispor que: "a reabilitação profissional visa a proporcionar aos beneficiários da previdência social, quando doentes, inválidos ou de algum modo física ou mentalmente deficitários (...)"[256].

O termo inválido era usualmente empregado para caracterizar a pessoa que não estava apta ao trabalho ou para exercer as atividades diárias de forma independente e autônoma, sendo assim destinatários do benefício previdenciário que carrega o mesmo nome, denominado de aposentadoria por invalidez. O nome do benefício previdenciário continua o mesmo até os dias de hoje, mas a expressão "inválido" não é mais correta, especialmente considerando a carga pejorativa que o termo carrega, podendo ser compreendido como ausência de valor, sendo preferível, portanto, usar o termo atual – pessoa com deficiência.

Isso porque, a deficiência não necessariamente ocasiona ou reflete uma condição de invalidez, aqui adotado o seu sentido de incapacidade para o trabalho. Na realidade, acredita-se que a maior parte das deficiências com as quais o ser humano convive, lhe permite trabalhar, prover o seu sustento, e de exercer as atividades diárias de forma independente e autônoma. É obvio que para que isso ocorra, é necessária a implementação de políticas públicas de inclusão social, das quais vemos tratando, a fim de que se eliminem as barreiras

---

[254] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.
[255] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.
[256] Disponível em: http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1967/60501.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.

que excluem esse grupo vulnerável do restante da sociedade e de seus direitos. Mas, em notas gerais, é fundamental que tenhamos a clareza de que deficiência e invalidez não são expressões sinônimas, muito embora possam ou não coexistir e relacionar-se.

Além do mais, por mais grave que seja a deficiência, por pior que sejam as limitações que ela ocasione, ela jamais retira o valor da pessoa que a possui. Eis um reflexo importante da atribuição da dignidade humana à todos os indivíduos, a qual nos referimos no início do texto quando tratamos dos direitos humanos. Ninguém pode ser diminuído ou considerado com menos valor ou importância, seja por conta de uma deficiência, seja por qualquer outra característica natural que o restante da sociedade julgue negativa. Hoje em dia, o Decreto nº 3.048/1999, que atualmente regulamenta a Previdência Social faz poucas menções ao termo "inválido", passando-o a substituir, em algumas vezes, pelo termo "incapaz", conforme trataremos mais à frente.

Não obstante a presença não muito clara da figura da pessoa com deficiência, sob a menção da condição de "invalidez" na Constituição de 1947, a primeira aparição de fato de um termo utilizado para denominar explicitamente as pessoas com deficiência em uma Constituição brasileira, foi na Carta Magna de 1967, que após a promulgação da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, passou a contar em seu parágrafo 4º, do artigo 175, com a seguinte redação:

> "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.
> § 4º - Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais"[257].

Assim, a primeira nomenclatura encontrada em uma Constituição Federal do Brasil para se referir às pessoas com deficiência foi o termo "excepcional". O termo "excepcional" é considerado tecnicamente incorreto por uma série de motivos.

Em primeiro lugar, se nos valermos do auxílio de um dicionário, veremos que a palavra "excepcional" comporta uma ambiguidade de sentidos ao referir-se a algo ou alguém privilegiado, excelente, extraordinário, e ao mesmo

---

[257] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.

tempo referir-se também à algo ou alguém incomum, anormal, uma exceção à regra e, por fim, a um indivíduo que tem uma deficiência (mental, física ou sensorial)[258].

Assim, é possível que o termo possua uma conotação tanto pejorativa, o que é totalmente inaceitável, como superestimativa da pessoa com deficiência, o que não é aconselhável, por não refletir a realidade do grupo quando se relacionam com os ambientes físicos e sociais, e por causar a falsa impressão de que a deficiência é avaliada como uma característica positiva pelo restante da sociedade. A realidade é que quem possui uma deficiência encontra-se em situação de desvantagem e de exclusão, por razões inúmeras, sobre as quais discutiremos mais a adiante. Traduzir esta situação em termos eufêmicos, para amenizar a realidade enfrentada por este grupo, certamente não é a melhor estratégia.

Ademais, o termo utilizado naquela Constituição foi interpretado de forma a compreender todo o grupo de pessoas com deficiência. Essa leitura extensiva do termo "excepcional" se deu em contraposição ao uso que o termo possui comumente, qual seja o de se denominar apenas as pessoas com deficiência mental. Como assevera Araújo, este fato causa muita estranheza, pois é inimaginável descrever alguém que é possuidor do vírus HIV de "excepcional"[259]. Logo, nota-se que o termo não reflete toda a realidade do grupo.

Em 1975, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, o Congresso Federal promulgou a Emenda Constitucional nº 12, que trouxe insculpido em seu texto o termo "deficiente" e tinha a seguinte redação:

> "É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:
> I - educação especial e gratuita;
> II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;
> III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

[258] FERREIRA Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª edição revista ampliada, 1986.
[259] ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 12 de março de 2013.

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos”[260].

O referido artigo pode ser considerado como um grande avanço para a época. Teve como méritos a inserção de um grupo vulnerável e até então pouco lembrado pela legislação ordinária no rol de pessoas com direitos especiais protegidos pela Constituição. Desencadeou um novo olhar sobre este grupo social e reuniu em um só artigo os direitos básicos desses cidadãos, tais como educação, habilitação (e reabilitação), vedação da discriminação no trabalho e acessibilidade arquitetônica. Direitos estes que permanecem até hoje.

Contudo, em que pese o inegável avanço do texto constitucional após a referida Emenda, o uso do termo “deficiente” não contemplou, novamente, a realidade da pessoa com deficiência, e trouxe mais preconceitos. Ao contrário da denominação anterior (excepcional), o termo “deficiente” não buscou amenizar a verdadeira situação desse grupo vulnerável. Por outro lado, tratou de especificar diretamente o tema, a deficiência.

Porém o termo representa um forte estigma desse grupo de indivíduos, pois resumiu o indivíduo com deficiência à condição de “deficiente”. A deficiência tornou-se a essência da identidade destes indivíduos, focando-se exclusivamente nesta sua característica e que passou a traduzir toda a personalidade daquele ser. A pessoa não existia mais, existia apenas o “deficiente”.

Obviamente o termo “deficiente” não revela toda a realidade do indivíduo que apresenta essa qualidade, mas apenas um aspecto de sua vida. Não podemos reduzir os indivíduos que possuem deficiência à sua deficiência. Isto porque ninguém é totalmente deficiente, ou melhor dizendo, ninguém é só deficiente. A pessoa possui outras características importantes, e a deficiência é apenas mais uma delas.

Assim, não é correto que a legislação trate a pessoa com deficiência visual de “cego”. Assim como não é correto que se denomine, através da lei, a pessoa com deficiência auditiva de “surda”, ou a pessoa em cadeira de rodas de “cadeirante”. Esses termos até possuem certa aceitabilidade social no contexto coloquial, e muitos grupos sociais de pessoas com deficiência adotam tais

---

[260] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm. Acesso em 16 de janeiro de 2014.

termos em suas siglas. Mas a legislação não pode assim denominá-las, sob pena de estigmatizá-las.

Ademais, em um dos sentidos mais comezinhos da linguagem comum, o termo deficiente representa uma oposição ao que seria eficiente. Assim, este termo sugeriria que alguém deficiente é alguém ineficiente, em essência. Isso traz outra carga discriminatória, já notada no emprego do termo inválido, e que acirra a exclusão social.

Ciente desses problemas, a Constituição Federal de 1988 cuidou de adotar uma nova terminologia. Passou a denominar este grupo vulnerável de "pessoas portadoras de deficiência", termo que encontra-se grafado até hoje ao longo do texto constitucional e de outras leis da época (como a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989). O termo foi considerado inovador, pois possibilitou a mudança do foco da "deficiência" para a "pessoa". Assim, o indivíduo não é mais reduzido a uma deficiência, mas caracteriza-se por portar uma deficiência.

A mudança de foco humanizou a nomenclatura, passando a tratar o indivíduo com deficiência da mesma forma como o restante da sociedade, como pessoas dotadas de dignidade e plurais em características. Mas ao mesmo tempo não olvidou de registrar que a pessoa porta uma deficiência, com o propósito de que não esqueçamos que ela ainda deve ser vista como alvo de proteção jurídica e social por conta desta sua característica.

Ainda assim, após reivindicações dos movimentos sociais *de* e *para* pessoas com deficiência, o termo "pessoa portadora de deficiência" foi problematizado, sendo considerado incorreto. A questão principal apontada pelos movimentos sociais é a de que o termo refere-se incorretamente à deficiência como algo que se pode *portar*. Ou seja, trata a deficiência como um objeto que a pessoa porta ou não.

Por um lado isso deflagraria a falsa impressão de que a "pessoa portadora de deficiência" poderia simplesmente optar em não portar a sua deficiência. Por outro lado, outra crítica também vinculada a esse nomenclatura refere-se ao fato de que o termo "portar" possui a mesma conotação de "carregar um fardo", "suportar uma cruz", o que não reflete o sentimento de grande parte desses grupo de indivíduos. Essa ideia apenas reforça o sentimento de pena e de compaixão da sociedade, o que não são reivindicações dos movimentos

sociais representativos desse grupo social, os quais postulam direitos e tratamento igualitário.

Conforme informa Sassaki:

> A tendência é no sentido de parar de dizer ou escrever a palavra "portadora" (como substantivo e como adjetivo). A condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa e esta pessoa não porta sua deficiência. Ela tem uma deficiência. Tanto o verbo "portar" como o substantivo ou o adjetivo "portadora" não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa. Por exemplo, não dizemos e nem escrevemos que uma certa pessoa é portadora de olhos verdes ou pele morena[261].

Há ainda uma outra aproximação semântica errônea da expressão "portar uma deficiência", ao confundir este termo com outro comumente utilizado no meio médico. Trata-se da ideia de que o paciente porta uma doença, geralmente causada por um vírus, uma bactéria ou outro organismo estranho. É o caso por exemplo dos "portadores do vírus HIV". Reforçamos aqui que não se deve confundir doença e deficiência. Esses conceitos se relacionam em um dado momento, mas não são sinônimos conforme abordaremos mais à frente.

Diferentemente do termo adotado pela Constituição Federal, e acompanhando as reivindicações dos movimentos sociais e a terminologia internacional que já vinha sendo recentemente empregada[262], a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2006) adotou a terminologia "pessoa com deficiência".

Como já mencionamos anteriormente, a Convenção da ONU, de 2006, foi ratificada pelo Brasil nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, ingressando no sistema jurídico interno brasileiro com status de Emenda Constitucional, por meio do Decreto nº 6.949/2009. Assim, estaria correto dizer que a antiga denominação, "pessoa portadora de

---

[261] Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003, p.16.

[262] Nos idiomas inglês e espanhol, os termos não faziam referência ao verbo "portar", e já empregavam as preposições "con" e "with", em "personas con discapacidad" e "persons with disabilities", respectivamente, antes mesmo da edição do texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2006). Cite-se como exemplo o título da Convenção Interamericana de 2001, que em espanhol recebeu o seguinte título: "Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", e no Brasil recebeu a seguinte titulação em português: Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

deficiência", encontra-se ultrapassada, embora ainda esteja grafada no texto constitucional.

O termo vigente hoje, "pessoa com deficiência", é mais adequado, pois assim como seu antecessor, focaliza a figura da pessoa, mas que desta vez possui uma deficiência, e não a porta, como um objeto. A deficiência aqui é apenas mais uma característica da pessoa que a possui, e que a define como membro de um grupo vulnerável, embora esta mesma deficiência não reduza a pessoa à qualidade de deficiente.

O termo é considerado correto do ponto de vista do paradigma da inclusão social, pois busca eliminar o preconceito na forma como esse grupo é denominado, sem deixar de ressaltar que a deficiência deve ser revelada para que as pessoas com essa característica não se tornem invisíveis na sociedade, sem que haja a devida equiparação de direitos e oportunidades, além de corresponder de forma bastante fiel à realidade do grupo.

Ademais a relevância que se dá para o emprego deste termo (pessoa com deficiência) reside certamente na luta histórica e política dos movimentos sociais. Nesse sentido, esclarece Sassaki que:

> Os movimentos mundiais de pessoas com deficiência, incluindo os do Brasil, estão debatendo o nome pelo qual elas desejam ser chamadas. Mundialmente, já fecharam a questão: querem ser chamadas de "pessoas com deficiência" em todos os idiomas. E esse termo faz parte do texto da Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência (...)[263].

Conforme informa ainda o mesmo autor, alguns princípios foram levados em consideração para que os movimentos sociais *de* e *para* pessoas com deficiência tenham preferido esta última terminologia, dentre os quais enumera os seguintes, apontando a razão:

> **1.** Não esconder ou camuflar a deficiência;
> **2.** Não aceitar o consolo da falsa ideia de que todo mundo tem deficiência;
> **3.** Mostrar com dignidade a realidade da deficiência;
> **4.** Valorizar as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência;
> **5.** Combater neologismos que tentam diluir as diferenças, tais como "pessoas com capacidades especiais", "pessoas com eficiências diferentes", "pessoas com habilidades diferenciadas", "pessoas deficientes", "pessoas especiais", "é desnecessário discutir a questão das deficiências porque todos nós somos imperfeitos", "não se

[263] Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003, p.15.

> preocupem, agiremos como avestruzes com a cabeça dentro da areia" (i.e, "aceitaremos vocês sem olhar para as suas deficiências");
> **6.** Defender a igualdade entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas em termos de direitos e dignidade, o que exige a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência atendendo às diferenças individuais e necessidades especiais, que não devem ser ignoradas;
> **7.** Identificar nas diferenças todos os direitos que lhes são pertinentes e a partir daí encontrar medidas específicas para o Estado e a sociedade diminuírem ou eliminarem as "restrições de participação" (dificuldades ou incapacidades causadas pelos ambientes humano e físico contra as pessoas com deficiência)[264].

Portanto, o uso correto desta terminologia não pode ser reduzido a uma questão de menor importância, devendo ser adotada a nova nomenclatura pela legislação antiga e vindoura, como também pela administração pública ao publicar editais de concursos ou outros documentos oficiais, e pelos particulares ao anunciarem vagas de emprego nos meios de comunicação ou em normas coletivas e regulamentos da empresa.

4.3.2 Outros termos comuns.

Ao longo da evolução legislativa, outros termos também foram utilizados para denominar as pessoas com deficiência, às vezes em parte, às vezes como sinônimos. É importante demarcar as diferenças entre os termos adotados para que não se fortaleça o preconceito e a discriminação.

Um dos mais utilizados na linguagem popular é o termo "incapaz". O uso desse termo possui alguns valores semânticos que, ora carregam um estereótipo arraigado, de que a pessoa com deficiência é desprovida de quaisquer capacidades, seja para trabalhar, seja para cuidar da própria vida, ora confundem a figura do incapaz – segundo a lei – com a figura da pessoa que possui uma deficiência. O primeiro sentido do vocábulo é equivocado em todos os aspectos, pois como vimos, em regra a pessoa com deficiência é capaz, e independentemente de quaisquer condições possui direito ao trabalho, bem como ao de gozar uma vida autônoma e independente.

O segundo sentido empregado ao vocábulo é apenas em parte verdadeiro, na medida em que, dependendo do caso concreto, a pessoa pode

[264] *Ibidem*. p. 15-16.

ser considerada “incapaz” de acordo com a lei, por conta de sua deficiência. Mas essa correspondência nunca pode ser feita de maneira genérica e abstrata. Ou seja, nem sempre a pessoa com deficiência deve ser considerada incapaz, o que significa dizer, em última instância, que deficiência e incapacidade não são a mesma coisa[265]. Vejamos, então, o que a lei define como incapacidade.

Basicamente, a legislação brasileira refere-se à duas formas de incapacidade: a incapacidade civil, nos termos do Código Civil brasileiro, e a incapacidade laboral e para a vida independente, nos termos da legislação previdenciária.

A capacidade civil refere-se basicamente à capacidade de fato para a realização de atos e negócios jurídicos[266] de ordem civil. Segundo o Código Civil brasileiro, a incapacidade de fato pode ser de duas formas: relativa ou absoluta. São absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil: os menores de dezesseis anos; aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desse atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (artigo 3º)[267]. Já para o referido diploma legal, são relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, viciados em tóxicos, e os que tenham discernimento reduzido por uma deficiência mental; os excepcionais, que não possuam o desenvolvimento mental completo; e os pródigos (artigo 4º)[268].

Note-se que do grupo de pessoas classificadas pelo Código Civil como incapazes, relativa ou absolutamente, somente algumas delas se classificam como pessoas com deficiência: é o caso, de uma forma geral, da deficiência mental, a qual é retratada mais de uma vez por meio de termos distintos. Infelizmente a nomenclatura do Código Civil, embora instituído em 2002, é bastante ultrapassada e pouco preocupada com a questão terminológica

---

[265] Não devemos confundir o termo incapacidade aqui tratado, que encontra correspondência na legislação civil e previdenciária, com o termo “incapacidade” que encontra-se explicitado na CIDID e no inciso III, do artigo 3º do Decreto 3.298/99, do qual nos ocuparemos mais adiante.
[266] Segundo a dogmática jurídica, a capacidade divide-se em capacidade de direito e capacidade de fato. Capacidade de direito é inerente ao ser humano, conforme preceitua o artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Já a capacidade de fato é a capacidade de exercício dos direitos e deveres, é a aptidão para praticar e realizar atos da vida civil.
[267] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2014.
[268] *Idem*.

anteriormente debatida. Faz referência à enfermidade e a deficiência mental como se sinônimas fossem. Além do mais, utiliza incorretamente o termo "excepcionais" para referir-se às pessoas com deficiência mental.

Ademais, o Código Civil, ao considerar como incapazes também aqueles que não puderem exprimir sua vontade, acaba alcançando, de certa forma, outras deficiências. Alguns autores citam os casos das pessoas com deficiência auditiva que não desenvolveram à linguagem falada ou de sinais.

Como explica Maria Helena Diniz, ao dizer que dentro do rol de pessoas consideradas excepcionais:

> Abrangidos estão aqui os fracos de mente, surdos-mudos sem educação apropriada e portadores de anomalia psíquica genética ou congênita (p. ex. Síndrome de Down) que apresenta sinais de desenvolvimento mental incompleto, declarados e comprovados em sentença de interdição, que os tornam relativamente incapazes de praticar os atos da vida civil, sem a assistência de um curador[269].

Sem entrar no mérito da questão a respeito da capacidade legal das pessoas com deficiência, pensamos que, em que pese o esforço da doutrina e da legislação civilista, melhor seria não fazer referências à termos como excepcionais, surdos-mudos, Síndrome de Down, ou outros casos específicos de deficiências, sejam elas mentais ou não. Melhor seria se o Código Civil apenas demarcasse as causas para a incapacidade civil (relativa ou absoluta), tais como a falta do discernimento necessário ou a ausência de condição ou ânimo para exprimir a vontade. Isso indicaria o critério para definir quem é ou não incapaz, e ao mesmo tempo não citaria situações casuísticas, como a deficiência mental, que podem levar o intérprete da norma a crer que, a *priori*, toda pessoa com deficiência mental é incapaz civilmente, contrariando a regra do artigo 12, item 2, da Convenção da ONU (2006).

Assim, temos que, de fato, por vezes a deficiência gera incapacidade, nos termos da legislação civil, porém não há uma correspondência necessária entre essas duas questões: deficiência e incapacidade. Nem toda pessoa com deficiência é incapaz civilmente, ao mesmo tempo que nem toda pessoa civilmente incapaz possui deficiência.

Já no sentido da legislação previdenciária, a aproximação entre incapacidade e deficiência também não representam uma sinonímia. Segundo

---

[269] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43.

dispõe o artigo 1º da Lei 8.213/90, a previdência social visa assegurar aos seus beneficiários os "meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente"[270].

Trata-se, portanto, da incapacidade da pessoa para prover o próprio sustento e o de sua família que a previdência social busca amparar. Faz isso, basicamente, por meio dos seguintes benefícios: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o Benefício de Prestação Continuada (este último previsto na Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742/93).

O primeiro benefício (auxílio-doença) destina-se ao trabalhador que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos, mas não necessariamente destina-se ao trabalhador que adquire uma deficiência, pois a incapacidade pode ser ocasionada por uma doença ou outra condição incapacitante temporária (como a fratura de um osso, por exemplo), suscetível de cura.

O segundo benefício (aposentadoria por invalidez) destina-se ao segurado que for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. Novamente, a aposentadoria por invalidez também busca proteger a incapacidade para o trabalho, inclusive do segurado que adquire alguma deficiência e por conta dela não mais pode desempenhar suas atividades habituais ou outras, mas também protege outras pessoas com condições incapacitantes, como as pessoas com as doenças ou afecções dispostas no artigo 151 da Lei 8.213/91[271], por exemplo, as quais podem ou não ocasionar deficiências.

---

[270] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2014.

[271] Diz o artigo 151 da Lei 8.213/91: "Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada".

Por último, o terceiro benefício (benefício de prestação continuada), destina-se à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem ser incapazes de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família. No caso das pessoas com deficiência, a incapacidade deverá ser aferida após a realização de perícia médica e social (realizada por assistente social), com vistas a avaliar a deficiência e a renda familiar. Para as pessoas idosas, exige-se apenas a perícia social. Nesse caso, portanto, a incapacidade de que trata a lei refere-se também à deficiência, mas não só a ela, protegendo assim as pessoas idosas.

Logo, a incapacidade de que trata a legislação previdenciária refere-se a uma condição específica, a de não conseguir prover os meios para sobreviver. Essa condição de incapaz pode ou não decorrer de uma deficiência, bem como a deficiência pode ou não ocasionar a incapacidade prevista na legislação previdenciária. Assim, nem toda pessoa com deficiência é incapaz para o trabalho e para prover o próprio sustento.

Em todos esses casos é exigível não apenas que a pessoa comprove a condição de incapaz para o trabalho ou para prover o próprio sustento, é necessário também que ela seja considerada insuscetível de habilitação ou reabilitação. Essas duas expressões, aliás, também são geralmente empregadas para referir-se às pessoas com deficiência.

Como vimos, o artigo 93 da Lei 8.213/91, que institui o sistema de cotas para o setor privado, preconiza que as vagas destinam-se às pessoas com deficiência, habilitadas ou reabilitadas. Aqui a relação entre a pessoa com deficiência e os termos “habilitado” ou “reabilitado” é bastante estreita. A habilitação e a reabilitação são processos orientados a possibilitar que a pessoa com deficiência identifique suas potencialidades laborativas de forma que adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária[272].

Esses dois processos encontram-se também assegurados como direitos, previstos no artigo 26 da Convenção da ONU, além da já mencionada Convenção 159 da OIT. Segundo a definição da ONU:

[272] Artigo 31 do Decreto 3.298/99.

> *Habilitation and rehabilitation (article 26) are the crucial first steps to ensuring that persons with disabilities are able to lead independent lives (article 19), are mobile in society (article 20) and are able to reach their full potential. Through these processes, persons with disabilities acquire and develop skills that will enable them to work and earn an income, make sound decisions, contribute to society and exercise all the other rights detailed in the Convention. (…) They involve setting goals to be achieved with the coordinated support of professionals and possibly the participation of family members and close friends. Habilitation and rehabilitation may include medical, psychological, social and vocational support. Without benefit of these interventions, persons with disabilities will probably not be able to realize the rights to accessibility, education and work*[273].

Como se pode observar os processos de habilitação e reabilitação são fundamentais não só para o desenvolvimento das capacidades das pessoas com deficiência, mas também para que elas possam ter acesso aos demais bens e direitos garantidos pela Convenção da ONU, especialmente o trabalho. Ainda segundo a ONU:

> "Habilitation involves learning skills that will enable a person to function in society. These kinds of programmes usually target children born with disabilities. Rehabilitation means restoring capacity and ability. This generally applies to an adult who has to readapt to society after acquiring a disability"[274].

Nesse sentido, o processo de habilitação destina-se à primeira preparação da pessoa com deficiência para o mercado de trabalho, especialmente aquelas pessoas que nunca desenvolveram uma atividade laboral antes de adquirirem uma deficiência, ou que já nasceram com uma deficiência. Os §§ 2º e 3º do Decreto 3.298/99 dispõe que considera-se habilitada aquela pessoa com deficiência que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, mas também aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

---

[273] *From Exclusion to Equality: realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parlamentarians,* n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007. p. 77-78.
[274] *Ibidem*. p. 78

Já a reabilitação destina-se a pessoas que adquiriram deficiências ao longo da vida laboral, quer por conta de um acidente de trabalho ou de uma doença profissional, quer por razões alheias ao trabalho. Nesse caso a pessoa pode precisar ser reabilitada, sendo reencaminhada ou para o exercício da mesma atividade, ou para o exercício de outra atividade compatível com suas capacidades.

Assim, os termos “habilitado” e “reabilitado” servem para denominar as pessoas com deficiência que ou se submeteram aos processos descritos pela lei, seja através do INSS, seja por meio de alguma entidade privada capacitada, ou para denominar as pessoas com deficiência que, independentemente de terem se submetido ao processo orientado, possuem a qualificação técnica e profissional, além de reunirem condições de exercer uma determinada função.

Nesse sentido, podemos dizer que é uma condição da pessoa com deficiência ser habilitado ou reabilitado. O que implica dizer que, embora nem todas as pessoas com deficiência preencham esta condição, os profissionais habilitados ou reabilitados certamente são (ou já foram) pessoas com deficiência. Daí a relação entre esses dois termos ser bastante próxima, como afirmamos anteriormente.

Outros termos que comumente são utilizados para referir-se às pessoas com deficiência são as pessoas com mobilidade reduzida e as pessoas com necessidades especiais.

Começando pelo primeiro termo, a denominação mobilidade reduzida foi adotada pela legislação para tratar do caso das pessoas que, não se encaixando no conceito de pessoa com deficiência, apresentem dificuldade de se locomover. Trata-se de um termo distinto, portanto, de pessoa com deficiência, utilizado para denominar quem encontra-se excluído do conceito deste último termo. É o que estabelece, por exemplo, o inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 5º, do Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que entre outras questões, estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Dispõe o referido dispositivo legal que considera-se:

> II – pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou

> temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção[275].

Em que pese a definição normativa encontrada no referido Decreto, que exclui do conceito de pessoa com mobilidade reduzida as pessoas com deficiência, acreditamos que aquele termo deve ser compreendido como um termo genérico, o qual pode ou não abranger as pessoas com deficiência, a depender se elas apresentam ou não dificuldade de se movimentar no espaço físico que as cercam. Dentro desse conceito, além das pessoas com deficiência, poderiam encontra-se outras categorias de pessoas, como os idosos, as gestantes, as pessoas com estruturas do corpo temporariamente comprometidas (como lesões musculares ou fraturas dos membros inferiores), e as pessoas acometidas por certos tipos de doenças (como a esclerose múltipla) ou em determinadas condições clínicas (pessoas na fase de pós-operatório), sempre que estas características impliquem em dificuldade de se movimentar.

De maneira semelhante é como devemos compreender o significado do termo pessoas com necessidades especiais. Trata-se de um conceito bastante amplo, e que embora englobe também as pessoas com deficiência, não se limita à elas. Nesse sentido, conforme orienta Sassaki, "'necessidades especiais' não deve ser tomado como sinônimo de 'deficiências'", sendo que o primeiro, por ser amplo, pode resultar de "condições atípicas", tais como:

> "deficiência (intelectual, física, auditiva, visual e múltipla); autismo; dificuldades de aprendizagem; insuficiências orgânicas; superdotação; problemas de conduta; distúrbio de déficit de atenção com hiperatividade, distúrbio obsessivo compulsivo, síndrome de Tourette; distúrbios emocionais; transtornos mentais"[276].

Não obstante o fato de nosso trabalho não se tratar de uma análise de casos específicos, é importante esclarecer que algumas das "condições atípicas" apontadas pelo autor, a nosso ver, correspondem na verdade a deficiências menos comuns, como é o caso do Transtorno do Espectro Autista (autismo) – que hoje encontra-se inclusive estabelecido em lei, conforme abordaremos na próxima seção –, de algumas insuficiências orgânicas, e da síndrome de Tourette, por exemplos. Os demais casos encontram-se em uma

---

[275] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm#art70. Acesso em 17 de janeiro de 2014.

[276] *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 15-16

zona limítrofe pouco clara sobre o que é deficiência e o que é necessidade especial.

Não pretendemos responder de forma absoluta esta questão aqui, mas como já salientamos, pretendemos que esse trabalho sirva de norte para que se possam encontrar critérios capazes de apontar um caminho seguro, através do aprimoramento do diálogo e dos argumentos.

Na mesma linha, Raiol trabalha com o conceito de pessoas com necessidades especiais como um grupo amplo, englobando não só as pessoas com deficiência, como também as que apresentem mobilidade reduzida e outras indivíduos vulnerabilizados, como os idosos, as mulheres grávidas, as pessoas com obesidade patológica ou mórbida, pessoas com a síndrome da talidomida, com o vírus da AIDS, ou com diversos tipos de fobias (como a síndrome do pânico)[277].

Novamente, a advertência necessária de que, a nosso ver, dentro do grupo mais amplo trabalhado pelo autor, algumas pessoas devem ser consideradas como pessoas com deficiência, especialmente se considerarmos a grande dificuldade que possuem, diante dos vários fatores que ocasionam a exclusão social, para adquirir um emprego ou terem acesso a outros bens e direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, das pessoas com o vírus HIV, ou com a síndrome da talidomida, que apresentam restrições de ordem física e orgânicas, impedindo-os de acessar o mercado de trabalho.

O ponto de convergência entre as diversas abordagens sobre o tema reside não em cima de casos específicos, mas sim sobre o fato de que as pessoas com deficiência são parte de um grupo vulnerável mais amplo, o das pessoas com necessidades especiais, o qual acomoda grupos sociais que não se confundem com aquele primeiro, como as pessoas idosas, as mulheres gestantes e as pessoas com obesidade[278] e, portanto, não podem todos ser

---

[277] *Os Direitos Humanos de Acessibilidade e Locomoção das Pessoas com Necessidades Especiais*: a realidade paraense, com ênfase em Belém – PA. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2008. p. 33-34.

[278] Nesse sentido, esclarece Araújo que: "Já houve quem mencionasse a expressão 'pessoas com necessidades especiais'. Nesse grupo de necessidades especiais, haveria a inclusão de tantos outros grupos vulneráveis que precisam de apoio e suporte por políticas públicas. Desta forma, a expressão não nos parece adequada". (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Em busca de um conceito de pessoa com deficiência*. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007. p. 14.)

considerados igualmente detentores do direito às vagas reservadas que até aqui viemos tratando, não só pela restrição legal (que só garante esse direito às pessoas com deficiência), mas também porque esses grupos particulares podem necessitar de outras políticas públicas de inclusão social no trabalho, que não correspondem ao sistema de cotas[279].

De toda forma, como não há consenso na doutrina e nem na legislação, e diante da dificuldade de se conhecer com exatidão as linhas que contornam as questão nas zonas limítrofes, o tema fica sempre aberto ao debate. Assim, a fim de conhecer melhor essas similitudes e diferenças, passaremos à análise do conceito de pessoa com deficiência, onde será possível ver com mais clareza os requisitos para o enquadramento da pessoa nesse último grupo.

4.4 A questão conceitual

Como já destacamos anteriormente, a legislação que criou e regulamentou o sistema de cotas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho (a Constituição Federal de 1988 e as Leis nº 8.112/90 e 8.213/91), não cuidou de definir com mais precisão quem eram os membros pertencentes desse grupo. Esta tarefa foi desempenhada por outros instrumentos normativos, tanto nacionais, quanto internacionais. Veremos aqui como essa legislação evoluiu ao longo dos anos, e veremos como a questão conceitual se demonstrou instável e vacilante, dificultando o consenso sobre o tema.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o primeiro instrumento normativo que cuidou de definir quem são as pessoas com deficiência foi a já mencionada Convenção 159 da OIT, ratificada por meio do Decreto nº 129, de 18 de maio de 1991. Segundo o texto do artigo 1º, item 1 da referida Convenção:

> (...) entende-se por pessoa deficiente todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de

[279] Como o exemplo das mulheres gestantes, por exemplo, que encontram proteção legal contra a dispensa no emprego, por meio tanto da estabilidade provisória (artigo 391-A da CLT), quanto do benefício previdenciário denominado de salário-maternidade (artigo 71 da Lei nº 8.213/91). Esse tipo de norma visa evitar a exclusão das mulheres do mercado de trabalho.

> progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas por deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada[280].

Este conceito é até hoje referenciado pela OIT, e representou um grande avanço sobre a temática, especialmente quando focada a questão do trabalho para as pessoas com deficiência. Trata-se de um conceito que reflete o ideal do modelo social da deficiência, pois se concentra justamente nas situações de discriminação que a pessoa com essas características apresenta, como a dificuldade de conseguir, permanecer e ascender num posto de trabalho.

Devemos lembrar, contudo, que a referida Convenção da OIT dispõe exclusivamente sobre o direito à habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência, com vista ao acesso ao mercado de trabalho. Portanto, este documento se restringiu a tratar da questão conceitual unicamente sob o viés do direito ao trabalho. Embora seja um conceito ainda em uso pela OIT e bastante incisivo sobre os problemas que as pessoas com deficiência encontram ao relacionarem-se com o mercado de trabalho, ele é restrito à esta temática, e não pode ser considerado como plenamente hábil a solucionar a questão conceitual.

O ideal é que este conceito seja utilizado como um vetor de interpretação, em apoio a um outro conceito que trate da questão de maneira mais ampla. É o que defenderemos mais adiante. De toda forma, é preciso advertir ainda que a Convenção da OIT restringe também o conceito de pessoa com deficiência àquelas de caráter físico ou mental, omitindo não só as classificações menos usuais de deficiência, como também silencia quanto às deficiências sensoriais.

Poderíamos, é verdade, compreender que as deficiências sensoriais encontram-se abrangidas pelas deficiências físicas. Esta aglutinação não é tão rara entre os textos e especialistas que abordam a temática, e a considerar pela época em que a Convenção 159 foi elaborada, 1983, podemos presumir que a OIT não pretendia excluir de sua proteção os trabalhadores com deficiência visual, por exemplo. O fato é que hoje, convencionou-se que deficiência sensorial e física são deficiências de diferentes tipos.

---

[280] Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=112495. Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

De toda sorte, este conceito foi, e ainda é bem pouco (re)conhecido ou lembrado pelos operadores do direito, e isto se deve, entre outros fatores[281], também pelo fato de que, pouco mais de dois anos após a sua ratificação, a Presidência da República resolveu adotar outro conceito, estabelecido no extinto Decreto nº 914/93, que primeiramente instituía a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Este último previa em seu artigo 3º que:

> Artigo 3º - Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano[282].

Este conceito buscou enfatizar o modelo médico da deficiência, se apoiando em parte nas definições da CIDID (1980)[283] – a qual veremos com detalhes mais à frente –, mas acabou restringindo ainda mais o conceito anterior, e caindo em contradição com a própria Classificação da OMS. Primeiro, porque o texto da CIDID, que serviu de inspiração para o presente artigo, não definiu a pessoa com deficiência, mas sim o que seria "impedimento"[284] (termo que será apresentado mais adiante). Como veremos, com o advento do conceito da Convenção da ONU, se estabelece uma relação distinta entre *o que pode ser* caracterizado como impedimento e *quem pode ser* definido como pessoa com deficiência. Em segundo lugar, porque a CIDID não restringiu a deficiência àquelas de caráter temporário, como fez o Decreto nº 914/93. Ao contrário, conforme exporemos, referia-se expressamente às deficiências temporárias.

Nesse sentido, o conceito acima referido considera a pessoa com deficiência somente aquela que apresenta perdas ou anormalidades clínicas que gerem incapacidade, mas sem nada mencionar a respeito do meio social no qual a pessoa está inserida.

---

[281] Tais como o desconhecimento e o pouco estudo sobre as normas de direito internacional, ainda que, e especialmente quando, ratificadas e internalizadas no direito pátrio.
[282] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0914.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2014.
[283] A redação do artigo 3º do Decreto nº 914/93 é bastante semelhante à definição de impedimento (*impairment*) encontrada na CIDID. A confusão foi ocasionada pela tradução portuguesa da CIDID, que traduziu o termo inglês *impairment* como deficiência. Sobre essa imprecisão linguística vide as páginas XX
[284] Tradução da expressão em inglês *impairment*.

Poder-se-ia defender que o fato de relacionar as perdas e anormalidades "psicológica, fisiológica ou anatômica" com a "incapacidade a para o desempenho de atividade, já revelaria a adoção do modelo social da deficiência. Mas tal hipótese não pode ser admitida, pois não é possível afirmar categoricamente que a referência feita à incapacidade para a realização de atividades devesse ser estabelecida com base em uma perícia social ou multiprofissional.

Na realidade, o que se nota, novamente é a preferência pelo modelo médico da deficiência, ao se referir ao "padrão de normalidade" do ser humano. Nesse ponto, o referido Decreto apropriou-se, sem o devido cuidado, de um conceito médico que ao ser utilizado em outros campos provoca um desconcertante preconceito para com as diferenças e a diversidade humana. Este critério comparativo para reconhecer a deficiência em um indivíduo encontrava-se presente na CIDID (1980) e também na CIF (2001)[285]. Trata-se de um critério médico comumente utilizado no ato do diagnóstico de uma patologia ou deficiência. De forma simplista, o padrão de normalidade é aferido com base na média estatística das condições de saúde do restante da população, e com base nisso os médicos podem diagnosticar eventuais desvios, perdas ou anormalidades.

O termo possui um significado próprio para a ciência médica, e não pode simplesmente ser transportado para outros campos, especialmente para as ciências sociais, pois está arraigado de um simbolismo perverso e preconceituoso. Dizer que existe um padrão de normalidade corresponde a afirmar que as pessoas com deficiência não são normais (são anormais) por conta de sua característica, e isso é totalmente inaceitável do ponto de vista social e jurídico, conforme vimos no 1º Capítulo[286]. Até mesmo a própria ciência médica frequentemente lida com as críticas internas a respeito do uso e do estabelecimento de um padrão de normalidade. Não nos ocuparemos sobre

---

[285] Encontra-se na CIF a seguinte advertência quanto ao emprego do termo "anormalidade": "Na CIF, o termo anormalidade refere-se estritamente a uma variação significativa das normas estatisticamente estabelecidas (i.e. como um desvio de uma média na população obtida usando normas padronizadas de medida) e deve ser utilizado apenas neste sentido". (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde*. Tradução e revisão de Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004. p. 187).

[286] Páginas 29-36 desta obra.

essas críticas, mais o tema é amplamente debatido pelos pesquisadores da saúde[287].

O Decreto nº 914/93 foi revogado e substituído pelo já referido Decreto nº 3.298/99, o qual passou a regulamentar a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e que apresentou um novo conceito bastante descritivo sobre a pessoa com deficiência em seu artigo 4º. Em 2004, o referido Decreto teve sua redação original alterada pelo Decreto nº 5.296/04[288], passando a contar com o seguinte texto final:

> Artigo 4º - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
> I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

---

[287] Para maior compreensão sobre o tema, sugerimos a leitura das seguintes fontes: CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. (tradução de Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas e Luiz Octavio Ferreira Barreto Leite) – 4a. Ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995; e MORATO, Edwiges Maria. *As afasias entre o normal e o patológico*: da questão (neuro)linguística à questão social. In: SILVA Fábio Lopes; e MOURA, Heronides M. de Melo (Orgs.). *O direito à fala*: a questão do preconceito linguístico. 2a.ed. rev. Florianópolis: Insular, 2002.

[288] Antes do Decreto nº 5.296/04, o conceito disposto no Decreto nº 3.298 tinha a seguinte redação:
"Artigo 4º - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: **I - deficiência física** – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; **II - deficiência auditiva** – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte: a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve; b) de 41 a 55 db – surdez moderada; c) de 56 a 70 db – surdez acentuada; d) de 71 a 90 db – surdez severa; e) acima de 91 db – surdez profunda; e f) anacusia; **III - deficiência visual** – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações; **IV - deficiência mental** – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; **V - deficiência múltipla** – associação de duas ou mais deficiências. (...)". As principais alterações consistiram: na inclusão da ostomia e do nanismo no rol de deficiências físicas; a alteração da gradação da deficiência auditiva, pois constatou-se que as empresas acabam contratando somente pessoas com deficiência auditiva de grau leve, para fins de cumprimento da lei de cotas, bem como a inclusão da exigência de ser a deficiência auditiva bilateral; a ampliação da definição de deficiência visual; e a alteração do termo "utilização da comunidade" nas áreas de habilidades adaptativas relacionadas à deficiência mental (inciso IV, alínea "d").

> II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;
> III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
> IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
> a) comunicação;
> b) cuidado pessoal;
> c) habilidades sociais;
> d) utilização dos recursos da comunidade
> e) saúde e segurança;
> f) habilidades acadêmicas;
> g) lazer; e
> h) trabalho;
> V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências[289].

Trata-se de um rol bastante detalhado sobre os casos nos quais o indivíduo será considerado como pessoa com deficiência. Este conceito foi muito bem assimilado pelos operadores do direito e pelas pessoas que precisavam lidar com a questão de implementar o sistema de cotas, por ser de simples compreensão e aplicação. Bastava uma rápida consulta ao artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 e caso a pessoa se enquadrasse em uma daquelas deficiências ali descritas, teria direito às vagas reservadas, caso contrário, concorreria sem qualquer distinção com os demais candidatos.

Contudo, por ter sido interpretado como um rol fechado, exaustivo sobre a questão, este conceito foi, e ainda é, alvo de diversas críticas dos movimentos sociais representativos das pessoas com deficiência, especialmente por aqueles que foram excluídos da proteção normativa.

Primeiro por violar uma questão formal de legislatura. É que um Decreto regulamentar deve estar vinculado sempre à uma lei (nesse caso a Lei no 7.853/89), a fim de torna-la executável (artigo 84, inciso IV, da CF de 1988). Não pode um Decreto, sob pena de violação da Constituição e da separação dos poderes, criar autonomamente direitos e deveres que não estejam amparados por uma lei. Nesse sentido, manifestam-se Segalla e Araújo, ao dizer que “(...) o

[289] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

Decreto Regulamentar não teria condições de criar direitos e obrigações, em homenagem ao princípio da reserva legal, consagrado constitucionalmente”[290].

Assim, o Decreto nº 3.298/99 não poderia conceituar a pessoa com deficiência de forma exaustiva, pois estaria criando direitos e obrigações ao definir quem, se enquadrando dentro da redação do artigo 4º, teria ou não direito ao sistema de cotas. Poderia tão somente indicar, como um rol exemplificativo, situações de fácil identificação da pessoa com deficiência, mas sem excluir aqueles que não se encontrassem descritos no decreto regulamentar. Mas ao contrário disso, a interpretação majoritária, e incorreta, foi a de que tratava-se de um rol fechado, o que motivou o Poder Público e a iniciativa privada a restringir o acesso de algumas pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

Em decorrência dessa interpretação equivocada e contrária à constituição e às leis (8.213/91 e 8.112/90), surge a segunda crítica à conceituação do Decreto nº 3.298/99. Com base nesse instrumento normativo, não teriam direito ao sistema de cotas pessoas: com deficiência visual em um dos olhos (a denominada deficiência visual monocular) ou com daltonismo (denominada também de discromatopsia); com surdez em apenas um ouvido (anacusia unilateral); com deficiência mental adquirida após os 18 anos de idade e que apresentem limitações associadas à apenas uma das “áreas de habilidades adaptativas”; com deficiências estéticas e que não acarretem comprometimento no desempenho de funções físicas. Pessoas que apresentem estas deficiências estão automaticamente excluídas do direito à concorrerem às vagas reservadas tanto em concursos públicos como em seleções em empresas privadas.

A pessoa com deficiência visual monocular também é vítima de discriminação, e só o é por conta de sua deficiência. Talvez não encontre as mesmas dificuldades para ingressar e se manter no mercado de trabalho como uma pessoa com deficiência visual binocular. Mas certamente as encontrará de forma suficientemente lesiva ao seu direito à igualdade e dignidade. Da mesma forma a anacusia unilateral.

---

[290] SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência*: uma advertência necessária. Direitos fundamentais e justiça, Porto Alegre, ano 6, n. 19, p. 145-159, abr./jun. 2012. p. 149.

As pessoas que sofrem com deficiências mentais adquiridas após os 18 anos encontram as mesmas dificuldades, e às vezes até piores, que as pessoas que adquiriam essa característica antes dos 18 anos. Não há qualquer razão para acreditar ou supor uma diferença entre essas pessoas. Ambas sofrem a discriminação e encontram-se excluídas do mercado de trabalho.

Mas o Decreto também não faz referência e, portanto, segundo a interpretação dominante, excluía as pessoas com deficiências orgânicas (ou metabólicas), como a fenilcetonúria, a talassemia, diabetes, insuficiência renal, cardiopatias, entre outras. Não considerava deficiência aquelas advindas de doenças crônicas ou incuráveis, como a AIDS e a Hanseníase. Excluía as pessoas com Síndrome de Down, quando estas não apresentassem sinais de deficiência mental, nos moldes do inciso IV, ou quando essa característica cromossômica não importasse em comprometimento das funções físicas, nos moldes do inciso I. Deixou de proteger as pessoas com superdotação[291], mesmo sendo fato notório que estas possuem grandes dificuldades de inclusão social por conta desta característica, especialmente quando não receberam uma educação inclusiva e os estímulos adequados enquanto crianças.

Deixou de considerar estas e outras deficiências pois trata-se de um conceito estritamente baseado no modelo médico da deficiência, onde se externou somente a preocupação na capacidade do indivíduo em realizar tarefas ou funções comuns à média da população. Buscou também listar as deficiências mais comuns e com alto grau de incidência, assim como baseou-se nas patologias já catalogadas na Classificação Internacional de Doenças – CID, conforme prevê a exigência de atestado médico disciplinado no Decreto em seu artigo 39, inciso IV. Mas, ao mesmo tempo, olvidou as dificuldades de relacionamento social entre as pessoas que apresentem essas deficiências e o restante da sociedade, com a imposição de todas as suas barreiras. Essa lógica não contemplava a questão sob a ótica do modelo social da deficiência.

Dessa forma, desconsiderou o fato de que, ainda que não apresente dificuldades do tipo física ou mental, o que pode ocorrer em alguns casos, as pessoas com Síndrome de Down são vítimas do preconceito somente por conta

[291] Uma vez que o texto do Decreto se refere somente à deficiências mentais que provoquem um "funcionamento intelectual significativamente inferior à média".

de sua aparência diferenciada, o que por si só já limita as suas oportunidades de conseguir um emprego.

Da mesmas forma, ocorre com as pessoas com AIDS, que pelo simples diagnóstico da doença já são estigmatizadas pela sociedade e acabam sendo discriminadas no trabalho, inclusive em concursos públicos, sob a alegação de que trata-se de doença incapacitante fisicamente e que o candidato estaria propenso à aposentar-se (ou instituto semelhante) precocemente em ato continuo ao da posse no cargo. Embora haja a Portaria Interministerial nº 869, que proíbe a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida no âmbito do Serviço Público Federal, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde, não raro é possível encontrar editais com a previsão expressa da incompatibilidade entre as pessoas que possuem essa doença e o cargo oferecido, ou mesmo a eliminação do candidato com HIV pela perícia médica, mesmo sem previsão editalícia. O judiciário vem se manifestando contrariamente à esta discriminação[292].

Isso se sucede também com as pessoas que possuem certos tipos de deficiências estéticas aparentes (como queimaduras na face ou vitiligo), e que por conta de uma "chaga" encontram dificuldades de conseguir empregos,

---

[292] A exemplo, vide o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:
"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇO MILITAR VOLUNTÁRIO - SMV. PROFISSIONAL NA ÁREA DE SAÚDE. EXAME COMPLR OBRIGATÓRIO. TESTE ANTI-HIV (MÉTODO ELISA). SOROPOSITIVIDADE. ELIMINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. GARANTIA DE ACESSO AO CARGO. IMPOSSIBILIDADE DE PEDIDO DE REFORMA ATO CONTÍNUO.
(...) III - A Constituição Federal aliada aos ditames da Declaração Universal de Direitos Humanos repudiam o preconceito e a discriminação no que se refere ao direito de acesso a um trabalho digno. IV - A simples exigência de realização do teste anti-HIV nos concursos públicos não fere o princípio da igualdade nem representa qualquer discriminação indevida. No entanto, o resultado positivo não pode ser utilizado como fundamento para a desclassificação do candidato. Não existe razoabilidade no ato que eventualmente venha a recusar um candidato portador do vírus, sendo certo que o mesmo é plenamente capaz de desempenhar suas atividades profissionais sem colocar em risco aos demais militares. Contudo, a permissão do ingresso das Forças Armadas do soropositivo não implica em respaldo para, ato contínuo, ser requerida a Reforma militar, lastreada na condição de portador do vírus anti-HIV. V - Não constam dos autos provas que lastreiem a afirmação de que a comunicação/revelação da soropositividade ao autor/apelado tenha ocorrido sem nenhum cuidado, inclusive com acesso da informação para outras pessoas, nem indícios capazes de elidir suficientemente a afirmação feita por parte da Administração de que a comunicação foi exercida com sigilo, de forma individual através da equipe médica ligada à Instituição Militar. Inocorrência de dano moral. VII - Remessa Oficial e Apelação parcialmente providas, apenas para afastar a condenação no pagamento de indenização a título de danos morais.
(TRF-5 - APELREEX: 7941 PE 0007215-65.2009.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), Data de Julgamento: 16/03/2010, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 25/03/2010 - Página: 510 - Ano: 2010)"

especialmente aqueles nos quais há interação com o público. É como ressalta Araújo ao dizer que:

> Muitas pessoas, após sofrerem acidentes, trazem consigo marcas indeléveis, que a acompanham por toda a vida. São cicatrizes, manchas na pele, paralisias que, apesar de não produzirem qualquer dificuldade motora ou sensorial, impedem a perfeita inclusão do indivíduo[293].

A dificuldade de se relacionarem com o público, assim como o preconceito e a discriminação que existem em face da pessoa que possui essas características, acabam reduzindo consideravelmente não só as oportunidades de trabalho, como também o direito à livre escolha de um emprego.

Ademais, não podemos desconsiderar o fato de que pessoas com hemofilia, talassemia, ou renais crônicos muitas vezes necessitam de transfusão de sangue, ou filtragens do sangue por meio de dialise ou hemodiálise, periodicamente, o que prejudica não só a possibilidade de conseguir um trabalho, como também a adaptação no emprego que possuem, pois algumas vezes podem necessitar de flexibilização da jornada de trabalho e demais condições diferenciadas de tratamento no ambiente de trabalho.

O mesmo acontece com pessoas com diabetes do tipo *mellitus*, por exemplo, que necessitam constantemente da aplicação de doses de insulina para controlar os níveis de glicose no corpo, além de estarem mais propensas à outras complicações clínicas e ainda possuírem alto índice de amputações de membros superiores e inferiores em decorrência da diminuição da capacidade de cicatrização.

Essas pessoas, por conta de uma deficiência congênita ou adquirida, das mais diversas etiologias, encontram muitas dificuldades em um mercado de trabalho cada vez mais restrito às condições de saúde do trabalhador, e no qual se cultua um padrão anatômico e fisiológico do corpo humano que esteja em "prefeitas condições" de trabalho, e que, portanto, busca eliminar a diversidade no ambiente laboral, seja sob a justificativa de que estas pessoas não possuem a capacidade laboral plena, seja porque acredita-se que sua contratação

---

[293] A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

acarretará custos elevados com adaptações ou diminuição dos lucros e da produtividade.

Como vemos, este foi um conceito extremamente fechado, protegendo um número restrito de pessoas com deficiência, deixando o restante das pessoas com deficiência à mercê de um mercado de trabalho altamente competitivo e excludente, provocando um novo desnível, agora interno, onde somente parte do grupo vulnerável contava com uma política pública de inclusão social. Adiante abordaremos uma consequência decorrente desta interpretação restrita do Decreto nº 3.298/99. É que, por conta dessa interpretação pouco inlcusiva, este conceito gerou diversos casos de litigância no judiciário.

No mesmo ano em que o Decreto nº 3.298/99 entrou em vigor, foi elaborada a Convenção Interamericana, já mencionada anteriormente. E dois anos após a sua adoção pela OEA, em 2001, este tratado foi ratificado e promulgada no Brasil, com status de lei ordinária supralegal, nos termos da jurisprudência do STF[294], devendo portanto, por sua hierarquia e generalidade, prevalecer e ser imediatamente aplicado.

Segundo a Convenção Interamericana, no item 1 do artigo 1º, entende-se por deficiência:

> (...) uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social[295].

Veja que o conceito da Convenção da OEA é completamente diverso daquele adotado no Decreto nº 3.298/99. Trata-se de um conceito que reformulou a forma como a deficiência até então vinha sendo vista pela legislação brasileira. Pela primeira vez, adota-se no Brasil um conceito em conformidade com o modelo social da deficiência, ao referir que a deficiência é causada, ou agravada, pelo ambiente social e econômico que cerca a pessoa com essa característica.

---

[294] Entendimento consubstanciado no Recurso Extraordinário nº 466343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.

[295] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.

A partir deste conceito a deficiência deixa de ser representada por um rol de manifestações clinicas das funções ou estruturas do corpo, que se manifestam e se encerram em si próprias como características da pessoa que a possui. Passa a ser considerada como uma característica que deve ser reconhecida como motivo de especial proteção, não por serem elas próprias as razões de um amparo legal diferenciado, mas porque o ambiente em que essas pessoas estão inseridas é o causador da discriminação e da exclusão, motivo pelo qual a legislação deve cuidar de protegê-las contra esse sistema anti-igualitário.

Pode ser considerado também um conceito realmente inclusivo, pois não traz um rol exaustivo das manifestações das deficiências, fazendo apenas referência de forma genérica à classificação tradicional e ampla da deficiência (física, mental e sensorial). Ademais, abre espaço, mesmo sem especificar, para o reconhecimento das deficiências transitórias, que eventualmente podem provocar situações de discriminação e exclusão social. Sob o prisma desse conceito, seria capaz de se fazer uma interpretação inclusiva apta a conceder o direito à reversa de vagas a pessoas com deficiências menos comuns, como as mencionadas anteriormente.

É possível, ainda assim, elaborar uma reflexão com relação ao conceito da Convenção Interamericana e sua fundamentação no modelo social da deficiência. Poderíamos compreender que o conceito contido na Convenção da OEA, ao referir-se unicamente como causas da deficiência as questões ambientais de natureza econômica e social, acabou abolindo por completo as questões médicas que cercam a deficiência. Essa não seria a interpretação mais correta, a nosso ver, pois o fato de não mencionar como causas da deficiência as questões de saúde, não exclui a sua possibilidade. Nesse caso, a omissão não significa negação.

De toda forma, melhor seria que o conceito tivesse uma redação mais clara nesse sentido, e que não dessem margem à interpretações restritivas do modelo de tratamento da deficiência (social ou médico). Como salientamos logo no 1º Capítulo desta obra, o paradigma da inclusão social está assentado nem tão somente no modelo médico da deficiência, nem somente no modelo social, mas na conjugação dos dois, que originam o modelo biopsicossocial da deficiência.

Outra crítica que poderíamos elaborar a este conceito refere-se ao fato de que, de fato, não se buscou conceituar a pessoa com deficiência, mas sim a deficiência. Nesse ponto, a Convenção da ONU, que veremos a seguir, foi mais progressista e elucidou com clareza essa distinção[296]. De toda sorte, o conceito da Convenção Interamericana representou um significativo progresso para os direitos desse grupo, especialmente se considerarmos o conceito que estava em vigeu anteriormente.

Contudo, em que pese a avaliação positiva na mudança do paradigma conceitual, bem como os aspectos formais da Convenção ao ingressar no sistema jurídico interno, conforme afirmamos alhures, em 2004 o conceito do Decreto nº 3.298/99 foi renovado com uma nova redação provocada pelo Decreto nº 5.296/04. Aliado ao fato do pouco conhecimento dos tratados internacionais e da facilidade de aplicação do Decreto anterior, a Convenção Interamericana não produziu a eficácia que se desejava e que formalmente deveria reivindicar.

Outra consequência desastrosa da conceituação do Decreto nº 5.296/04, e da falta de eficácia da conceituação da Convenção Interamericana, foi a pulverização de diversos conceitos dispostos em decretos regulamentares que tratavam de leis sobre direitos específicos, como a Lei nº 10.048/00, que dá prioridade de atendimento às pessoas com deficiência e outras, e a Lei nº 10.098/00, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A pluralidade de conceitos para fins diversos e incertos ocasionou uma enorme dúvida sobre quem era a pessoa com deficiência e quais direitos

---

[296] Sobre esse aspecto, a *International Disability Caucus* (organização conhecida no brasil como Liga Internacional da Deficiência, e que reúne cerca de 70 ONG´s que tem como foco a defesa dos direitos das pessoas com deficiência), ao apresentar suas propostas para a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, considerou que seria mais significativo conceituar "pessoas com deficiência" em vez de "deficiência", conforme se verifica no seguinte relato: "*The IDC proposes not to have a definition on 'disability'. IDC does not find a definition of different kinds of disabilities meaningful. However, IDC find it meaningful to define who have the right to be protected by this Convention but not define what is a disability as such. The reason is that we need to clearly define who has the right to be covered by this Convention".* (CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina (Coord.*). Derechos Humanos de Las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional de Las Naciones Unidas*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2007. p. 31).

elas tinham. Nesse sentido, a Convenção Interamericana tinha o condão de unificar a conceituação, mas também não teve sucesso nesse objetivo.

Em 2006, a Convenção da ONU traz um novo conceito, também alinhado com os direitos humanos e o paradigma da inclusão social, sob a perspectiva do modelo biopsicossocial da deficiência.

Conforme já descrevemos anteriormente, esta Convenção foi ratificada e aprovada, em 2009, no Congresso Nacional nos moldes do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, o que lhe conferiu o status de Emenda Constitucional. Trata-se, portanto, de um conceito hierarquicamente superior à todos os demais, devendo ser adotado imediatamente para todos os fins, fincando os demais ou revogados, ou vinculados à uma interpretação conforme, o que acreditamos ser mais conveniente e adequado.

Segundo o artigo 1º da Convenção da ONU:

> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas[297]

A exemplo da Convenção Interamericana, a Convenção da ONU teve como consequência formal a unificação dos variados conceitos. Vem tentando lograr êxito nesse aspecto ainda, mas já vem demonstrando melhores resultados em comparação com a Convenção da OEA. Após a sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro, o conceito normativo da Convenção da ONU foi repetido na íntegra: pelo artigo 2º do Decreto nº 7.612/11 (que institui o Plano Viver sem Limites); pelas Leis nº 12.435/11 e 12.470/11 que alteraram o § 1º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93 (que dispõe sobre a organização da Assistência Social e versa sobre o Benefício de Prestação Continuada); pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 142/2013 (que altera as regras de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição para pessoas com deficiência)[298]; bem como pela Lei nº . Ainda assim, a Convenção da ONU continua a ser ignorada, tanto pelo Poder Público,

---

[297] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 21 de janeiro de 2014.

[298] Da mesma forma, foi incluída (pelo Decreto nº 8.145/13) o artigo 70-D, § 3º, ao Decreto nº 3.048/99 (que versa sobre o Regulamento da Previdência Social), que adota *ipsis litteris* a mesma conceituação presente na Convenção da ONU.

quanto pela iniciativa privada, que ainda utilizam erroneamente a interpretação restritiva do conceito disposto no Decreto nº 3.298/99.

O conceito da Convenção da ONU é considerado inovador[299] e amoldado ao modelo biopsicossocial, pois relaciona dois aspectos fundamentais para a caracterização da pessoa com deficiência, quais sejam: (*i*) os impedimentos; e (*ii*) as barreiras. O primeiro deles possui relação com questões de saúde que influenciam as funções e estruturas do corpo, enquanto que o segundo está relacionado aos aspectos ambientais e sociais que contribuem e causam em situações de discriminação e exclusão social. Veremos mais sobre essa relação e no que consistem esses termos nas próximas seções.

Por enquanto é importante salientar que este é um conceito aberto à interpretações, assim como o conceito da Convenção da Guatemala. Não lista as deficiências e nem cria um rol fechado sobre as pessoas que são destinatárias dos direitos nela previstos. Se limita a apontar quais são as naturezas dos impedimentos e que, quando eles se relacionam com determinadas barreiras, então teremos caracterizada a pessoa com deficiência.

Em conformidade com o ideal inclusivo, o conceito revela a noção de que a deficiência não se encerra em si, e nem se restringi ao indivíduo que a possui, mas ela é reflexo também das barreiras sociais, que são produtos da comunidade em que vivemos. É o que constata Fonseca, ao afirmar que:

> O que se nota culturalmente é a prevalência da ideia de que toda pessoa surda, cega, paraplégica, amputada ou com qualquer desses impedimentos foge dos padrões universais e por isso tem um 'problema' que não diz respeito à coletividade. É com tal paradigma que se quer romper[300].

Assim, podemos afirmar que, segundo o Conceito da ONU, a pessoa com deficiência não é simplesmente aquela que nasce ou adquire uma deficiência, mas sim aquela que, por possuir um impedimento de natureza físico, sensorial, mental ou intelectual, ao se deparar com as barreiras impostas pela

---

[299] Nesse sentido são as palavras de Fonseca, ao dizer que: "Tem sido opinião generalizada, da qual compartilho, que o cerne da Convenção constitucionalmente abraçada pelo Brasil reside justamente na 'virada' conceitual acerca da pessoa com deficiência". (FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência:* um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et. al. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20.).
[300] *Ibidem*. p. 24.

sociedade passa a ser excluído do acesso à direitos e bens tidos como fundamentais.

Isso significa dizer que devemos observar não só a deficiência em si, aquela que pode ser aferida por critérios clínicos e padrões científicos, mas também observar como as pessoas com essas características se relacionam na sociedade, e se ela é vítima da exclusão social. O conceito da Convenção da ONU revela essa mudança de foco entre os fatores isolados das características fisiológicas e a chamada "deficiência social". Nesse sentido manifesta-se Araújo ao afirmar que:

> O que define a pessoa com deficiência não é [simplesmente] a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é [principalmente] a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá quem é ou não pessoa com deficiência[301].

A ideia contida nessa afirmação é a de que a pessoa com deficiência só deve ser alvo de políticas públicas de inclusão social, como as ações afirmativas e o sistema de cotas, caso se verifique que existe uma situação real de exclusão social, causada ou agravada pelas barreiras impostas pela sociedade, em situações de discriminação por conta de uma deficiência (impedimento). A construção do conceito de pessoa com deficiência é, portanto, antes de tudo um processo social, devendo levar em conta a evolução e o progresso da sociedade em questão.

É como encontramos registrado no preâmbulo da própria Convenção da ONU, ao reconhecer que:

> (...) a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com [impedimentos][302] e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva

---

[301] A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.

[302] Por uma questão de coerência com os textos originais em inglês e espanhol, empregamos aqui o termo "impedimento", no lugar de "deficiência". Isso porque, conforme se encontra traduzido o artigo 1º da Convenção da ONU, sempre que se encontrarem as palavras *impairment* e *deficiencia*, seria coerente empregar o termo impedimento. Já quando se encontrarem os termos *disability* e *discapacidad*, deve-se traduzir como "deficiência". Mais adiante veremos os motivos da confusão entre os dois termos.

> participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas[303].

Essa prescrição no preâmbulo da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU segue a tendência de interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos como "instrumentos vivos". É como observa Magnus Killander, ao sentenciar que "[p]ela abordagem do instrumento vivo, admite-se que o significado de muitos termos não é estático e, portanto, é sujeito a mudanças ao longo do tempo"[304]. Dessa forma, devemos concluir que, se este é um conceito em evolução, portanto ele é dinâmico e acompanha o progresso das novas tecnologias e as relações sociais entre as pessoas de uma comunidade.

Os impedimentos podem até não possuir um grau tão grande de dinamismo, visto que são referências amplas que praticamente esgotam as principais funções fisiológicas humanas (física, sensorial, mental e intelectual). Mas as barreiras não. Estas apresentam um auto grau de dinamismo. As barreiras de hoje não serão as barreiras de amanhã, quer porque a sociedade conseguirá romper algumas delas através da mudança de atitude (o que também se espera como consequência das ações afirmativas, a longo prazo), quer porque sempre surgirão novas tecnologias e ferramentas que auxiliem na acessibilidade, eliminando ou reduzindo consideravelmente os fatores que conduzem à exclusão social.

Assim, o conceito da ONU pode ser descrito como um conceito em evolução e relacional, uma vez que possibilita a interpretação jurídica em torno de uma gama de variáveis que se relacionam mutuamente, tais como o tempo do impedimento[305], o grau do impedimento e o meio social no qual encontra-se inserida a pessoa, ocasionando, por fim, a exclusão social. É como assinala Araújo ao se referir à essa relativização do conceito de pessoa com deficiência decorrente do binômio "grau do impedimento x meio social", as quais merecem ser referidas na integralidade. Diz o autor, com relação ao grau da deficiência que:

---

[303] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 21 de janeiro de 2014.

[304] KILLANDER, Magnus. *Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos*. Revista internacional dos direitos humanos (Sur). São Paulo, v. 7, n.13, p. 149-175, dez. 2010. p. 168.

[305] Mais adiante veremos a questão temporal e os possíveis significados do termo "longo prazo".

> O grupo de pessoas com deficiência, objeto deste estudo, não se caracteriza por qualquer grau de [impedimento]. Há que se atentar para o grau, que envolve essa dificuldade de inclusão social. A proteção descrita nesse trabalho se restringe, apenas, às pessoas que apresentam um grau acentuado de dificuldade. Tal verificação só poderá ser feita diante de um caso concreto. Os casos-limites, no entanto, sem nenhum esforço, podem ser desde já excluídos: o bibliotecário que perde um dedo, por exemplo, poderá continuar trabalhando sem qualquer restrição. A perda do dedo não fará com que ele se torne uma pessoa com deficiência. Continua perfeitamente integrado socialmente, dentro de sua família, dentro de seu trabalho, com o seu relacionamento habitual[306].

Pode-se afirmar que o grau da deficiência já era consagrado como um critério de conceituação da pessoa com deficiência no Decreto nº 3.298/99, mas o fazia de forma já predeterminada, sem dá margens para que o intérprete da norma fosse além de seu texto[307]. O Decreto em apreço determinava estritamente quais eram as medidas de audição e de visão que presumidamente acarretavam o comprometimento das funções relacionadas. Da mesma forma, especificava um rol de deficiências físicas que, presumidamente, ocasionavam o comprometimento das funções físicas. Quanto a deficiência mental, embora o Decreto a trate de forma mais ampla que o restante das deficiências, ao utilizar o termo “significativamente inferior à média”, o que daria margens para o operador da norma aplicá-la de forma mais justa ao caso concreto, ainda assim acaba fixando um novo rol de “habilidades adaptativas”, o qual limita o número de pessoas abrigadas pela política inclusiva.

Já no conceito da ONU, o grau da deficiência não é avaliado aprioristicamente, de forma isolada e presumida. Esta avaliação passa a depender da análise do contexto social no qual a pessoa está inserida e no qual as barreiras irão emergir. Ao passo que Araújo complementa a sua ideia ao referir-se acerca da importância da análise do meio social:

> A essa altura, podemos concluir que o meio social do indivíduo é fator determinante de seu enquadramento ou não, em nosso estudo, O meio social complexo, especialmente em relação ao portador de deficiência mental, será mais rigoroso com o indivíduo, exigindo-se mais na adaptação social. Por outro lado, a vida em sociedades mais simples, como nas pequenas comunidades agrícolas, o indivíduo poderá se integrar com maior facilidade. Por sua vez, o portador de deficiência renal crônica só se poderá adaptar em uma sociedade complexa, na

---

[306] A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.

[307]

> qual se encontrem meios para seu tratamento, a exemplo da hemodiálise periódica[308].

Ao que o autor conclui nos seguintes termos:

> Como se vê pelo texto da Convenção, que hoje é norma interna no sistema brasileiro, não basta que haja o impedimento. Mas que haja impedimento com dificuldade (ou barreira, como afirma o instrumento internacional internalizado)[309].

Este conceito, portanto, possui a capacidade de ampliar o número de pessoas protegidas pelas políticas afirmativas, ao tornar exigível a verificação real da dificuldade de inclusão social. Mas, ao mesmo tempo, é capaz de restringir o acesso diferenciado por meio das ações afirmativas de pessoas que, mesmo tendo um impedimento, não possuem nenhuma dificuldade de inclusão social. Ademais, como nos posicionamos anteriormente, este conceito possibilita a identificação das barreiras que impedem o acesso das pessoas com deficiência aos mais variados recursos e direitos, possibilitando que algumas delas tenham direito ao sistema de cotas, mas não ao atendimento prioritário em instituições bancárias, por exemplo.

Exige-se, por conseguinte, uma análise específica de cada caso concreto, para saber quando o indivíduo insere-se ou não no conceito de pessoa com deficiência e passa a ser titular do direito às cotas. Este não é um exercício tão simples e demanda grande esforço interpretativo em alguns casos, fato que contribui para a ainda baixa eficácia do conceito normativo da ONU. Mas sem sombra de dúvidas é um exercício possível de se realizar, na medida em passamos a conhecer melhor os meandros deste conceito, conforme defenderemos neste trabalho.

Mais adiante veremos mais sobre o aspecto aberto, inclusivo e relacional do conceito da ONU, ocasião na qual exploraremos os termos e significados empregados e nele contidos.

---

[308] Idem.
[309] Idem.

4.4.1 Conceito aberto *vs* conceito fechado

Restringiremos nesta seção a análise de dois grupos de conceitos normativos e discutiremos quais as vantagens e desvantagens de cada um deles. São eles:

(*i*) O conceito fechado, como aquele disposto no Decreto nº 3.298/99 (ou no Decreto nº 5.296/04), e que restringem não só a interpretação do operador da norma, como também o número de pessoas abrangidas pela ação afirmativa em questão, porém são de aplicação mais fácil.

(*ii*) E o conceito do tipo aberto, como o Conceito da OEA e da ONU, que permitem que o intérprete da norma possa encontrar um sentido mais justo para a aplicação da regra ao caso concreto, como também possibilita que a norma possa alcançar um maior número de pessoas que possuam uma deficiência, mas demanda um maior esforço por parte dos operadores do Direito[310].

Na realidade, é fundamental que se ressalte o seguinte aspecto. No enquadramento acima exposto, que divide os conceitos em fechado ou aberto, não estamos simplesmente afirmando que o Decreto nº 3.298/99 apresenta um conceito do primeiro tipo. Mas sim afirmando que é possível constatar que ele assim foi interpretado e vem sendo aplicado na nossa tradição jurídica, conforme já abordamos anteriormente. Ou seja, o conceito normativo disposto no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 foi interpretado como uma norma do tipo fechada, como um rol exaustivo das deficiências que a pessoa as possuindo, teria então direito à reserva de vagas.

A distinção entre esses dois tipos de normas, que expressam um conceito aberto ou fechado, consiste especialmente em dois fatores: facilidade (dificuldade) de aplicação, e (in)capacidade de incluir. Trata-se de discutir, portanto, qual desses dois conceitos é mais facilmente assimilado e qual é mais inclusivo. Nesta ponderação, busca-se ao fim, avaliar qual desses conceitos é o

---

[310] Esta discussão foi tema de artigo já referenciado anteriormente, de Luiz Alberto David Araujo, intitulado: *Em busca de um conceito de pessoa com deficiência*. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007. p. 11-23.

mais justo, cumprindo com o ideal de justiça distributiva e os objetivos previstos na Constituição Federal brasileira.

Importante observar que não estamos diante de uma simples escolha entre dois instrumentos normativos, uma vez que tratam-se de duas normas com posições hierárquicas diferentes e, portanto, o possível conflito formal entre essas regras seria de fácil resolução. Mas o que se discute é qual dos possíveis modelos de conceituação normativa da deficiência (fechado ou aberto) é aquele que devemos eleger como a melhor opção legislativa.

O primeiro tipo de conceito (fechado), tal como o do Decreto 3.298/99 tem como principal vantagem a facilidade de aplicação, pois traz um rol de proposições bem específicas e claras sobre a deficiência. Esmiúça as hipóteses de deficiência física de forma bastante descritiva. Adota uma fórmula quase matemática para definir as deficiências visual e auditiva. E apresenta um roteiro bem definido das dificuldades que devem ser identificadas para a conceituação da pessoa com deficiência mental. Sobre a interpretação que predominou na prática jurídica, este conceito foi aplicado através da simples subsunção entre a constatação do fato real e a previsão tipificada na regra.

Não havia nenhum outro aspecto a se considerar ou dificuldade extra na aplicação da norma. Bastava que a pessoa possuísse uma daquelas deficiência previstas no inciso I do artigo 4º, ou que sua deficiência visual ou auditiva se enquadrasse dentro dos cálculos estabelecidos pelo inciso II e III, ou ainda que sua deficiência mental lhe acarretasse dificuldades em duas ou mais "habilidades adaptativas", as quais também já vinham previamente catalogadas, para então definir quem tinha ou não tinha direito ao sistema de cotas.

Esse tipo de norma é inegavelmente mais simples de se assimilar e de se aplicar. Considerando ainda que os intérpretes desta norma, aqueles que precisam lidar com a implementação do sistema de cotas, nem sempre são operadores do direito ou familiarizados com os cânones da interpretação jurídica, não é difícil entendermos por quê esse conceito difundiu-se com tanta facilidade. É como se expressa Araújo, ao constatar que:

> [É] inegável que a Administração Pública sentir-se-ia muito mais confortável com a aplicação de um modelo fechado, com cláusulas determinadas e, se possível, bem arrematadas de maneira a não se poder acrescentar. (...) teríamos a certeza de que – presente hipótese de subsunção –, a pessoa com deficiência estaria facilmente

> contemplada. Num sistema de muita insegurança jurídica como o nosso, [esse modelo] poderia fornecer, para um país continental, roteiro seguro de aplicação da norma. Não são todos os Estados brasileiros que estão bem aparelhados para a aplicação dos conteúdos, sendo que são milhares de pessoas de direito público que fazem seus concursos públicos e, para tanto, devem ter clara a ideia de quem é a pessoa com deficiência para efeito de vaga reservada, por exemplo[311].

Isso explica o fato de que, quase cinco anos após a promulgação do Decreto nº 6.949/2009, que introduziu a Convenção da ONU no sistema jurídico brasileiro, a administração pública continua a se guiar e vincular em editais de concursos públicos o conceito anterior, do Decreto nº 3.298/99, visto que este é de mais fácil aplicação.

Nesse sentido, apenas para citar alguns dos concursos públicos mais concorridos no Brasil, organizados pelas principais instituições existentes no país, observamos que o conceito do Decreto nº 3.298/99 foi utilizado para eleger as pessoas com direito ao sistema de cotas nos certames dos seguintes órgãos públicos:

- **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, organizado pela Fundação Carlos Chagas (FCC), de 10 de dezembro de 2013, onde há previsão editalícia de que: "3. Consideram-se pessoas com deficiência aquelas que se enquadram nas categorias referidas no artigo 4º do Decreto Federal nº 3.298/99 e suas alterações (...)"[312];

- **Caixa Econômica Federal,** organizado pelo CESPE/UnB, onde o edital nº 1, de 22 de janeiro de 2014, dispõe que: "5.1.2 Somente serão consideradas pessoas com deficiência aquelas que se enquadrem nas categorias discriminadas no artigo 4º do Decreto nº 3.298/1999 (...)"[313];

- **Ministério da Fazenda**, organizado pela Escola de Administração Fazendária (ESAF), no qual o edital nº 05, de 28 de janeiro de 2014, prevê que: "7.12 - Caso o candidato não tenha sido qualificado pela Equipe Multiprofissional como pessoa com deficiência, nos termos do art. 4º do Decreto nº 3.298, de 20/12/1999, alterado pelo Decreto n. 5.296, de 02/12/2004 (...)"[314]

---

[311] Ibidem. p. 21.
[312] Disponível em: http://www.concursosfcc.com.br/concursos/trt2r213/edital_final.pdf. Acesso em: 23 de janeiro de 2014.
[313] Disponível em: http://www.cespe.unb.br/concursos/caixa_14_nm/. Acesso em: 23 de janeiro de 2014.
[314] Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/concursos_publicos/em-andamento-1/assistente-tecnico-administrativo-ata. Acesso em: 23 de janeiro de 2014.

Os editais acima mencionados também consideram pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas aquelas mencionadas nas Súmula 377 do STJ, a qual abordaremos na próxima seção.

Ademais, como forma de orientar a atividade privada, o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE disponibiliza em seu site um pequeno guia com 16 itens para auxiliar os interessados no cumprimento da lei de cotas[315]. Logo no item 2, do referido material, há uma explanação detalhada sobre o "Conceito de Pessoa com Deficiência para Lei de Cotas", onde se orienta a adoção do conceito prescrito no Decreto nº 3.298/99, mais especificamente no item 2.6 e subitens. O material também faz referência ao conceito da Convenção nº 158 da OIT e da Convenção Interamericana, porém conclui em favor do Decreto nº 3.298/99, sustentando que:

> (...) há que ser atendida a norma regulamentar, sob pena de o trabalhador não ser computado para fim de cota. Assim, pessoas com visão monocular, surdez em um ouvido, com deficiência mental leve, ou deficiência física que não implique impossibilidade de execução normal das atividades do corpo, não são consideradas hábeis ao fim de que se trata[316].

Nota-se, portanto, que o conceito estabelecido pelo artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 encontra-se arraigado na tradição jurídica brasileira, e que ainda é o mais utilizado.

Contudo, como já mencionamos anteriormente, o simples fato de ser este um conceito de mais fácil aplicação, que resume-se à uma hipótese de subsunção da norma abstrata ao caso específico, não corresponde o fato de que a adoção deste conceito é a melhor opção para o nosso sistema jurídico. Isso porque, ao optar por esse modelo, estaríamos deixando de contemplar diversas outras pessoas que deveriam estar amparadas pela lei de cotas destinadas às pessoas com deficiência, conforme abordamos na seção anterior, o que poderia colocar em risco o cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, os quais se buscam garantir por meio das ações afirmativas em estudo.

Nesse ponto, evitar com que os países pudessem excluir outros grupos de pessoas com deficiência, e possibilitar a ampliação a proteção

---

[315] Disponível em: http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/lei_cotas_2.asp. Acesso em 23 de janeiro de 2014.
[316] Idem.

normativa para outros grupos com deficiência menos comuns, foi justamente um dos ganhos alcançados com a elaboração do conceito presente na Convenção da ONU, conforme relatam Miguel Ángel C. de Luna, Francisco Bariffi e Agustina Palacios, ao julgarem que:

> *(...) se trata de una definición basada en el modelo social de discapacidad, y asimismo es una definición amplia, que salva el riesgo de exclusión de personas con discapacidad, que algunas otras definiciones conllevan*[317]*.*

Os autores relatam ainda que esta preocupação foi expressada pela *International Disability Caucus (IDC)*, que ao participar da elaboração do texto da Convenção da ONU ressaltou a importância em se adotar um conceito includente de pessoas com deficiência, sob pena de os Estados adotarem conceitos próprios e restringirem os direitos previstos na Convenção. Nesse sentido, assim se posicionou o *IDC*: "*If we do not have such a definition, States may define what they find best and may exclude disability groups which should be covered and protected by this Convention*[318]*.*"

Dessa forma, um conceito aberto acaba possibilitando a inclusão de forma mais ampla, não restringindo os direitos assegurados no texto internacional somente a alguns grupos específicos, conforme destacam os mesmos autores, ao observarem que:

> *(...) la definición nos es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados*[319]*.*

Este aspecto inclusivo do conceito aberto da Convenção da ONU torna-se mais evidente ainda ao observamos os textos da Convenção nos idiomas inglês e espanhol, por trazerem as expressões "*include*" e "*incluyen*", respectivamente, conforme podemos observar:

> **[Inglês] -** *Persons with disabilities* ***include*** *those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.*

---

[317] CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina (Coord.*). Derechos Humanos de Las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional de Las Naciones Unidas*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2007. p. 44.
[318] Ibidem. p. 31
[319] Ibidem. p. 65

> **[Espanhol]** - *Las personas con discapacidad **incluyen** a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

Ao contrário da redação em inglês e espanhol, o texto oficial traduzido para o português omitiu o termo "incluem" (nossa tradução), o qual foi curiosamente substituído pela palavra "são", ficando com a redação: "Pessoas com deficiência **são** aquelas que têm impedimentos (...)"; quando deveria possuir a seguinte o texto: "Pessoas com deficiência **incluem** aquelas que têm impedimentos. Acreditamos que dessa última forma, com essa redação mais compatível com os textos originais da Convenção em inglês e espanhol, ficaria mais explícito ainda a intenção em não excluir outras possibilidades de reconhecimento das pessoas com deficiência. Contudo, não obstante essa alteração gramatical na redação do texto em português, é inegável que o conceito da Convenção da ONU também representa para o Brasil a possibilidade de ampliar a sua proteção para outros grupos de pessoas com deficiência que antes eram excluídos.

A desvantagem desse tipo de conceito é a dificuldade em se conhecer quais são os demais grupos que podem ser incluídos no conceito de pessoa com deficiência. Há o risco da imprecisão e do possível relativismo no termo "incluem", o que pode trazer uma profunda insegurança jurídica. De toda forma, o risco na adoção de um conceito aberto não pode ser compensado pela adoção de um conceito fechado, pelos motivos já apontados. É preciso que haja um esforço interpretativo para que não se caia no relativismo ou subjetivismo do intérprete da norma.

Trata-se de um problema há muito já retratado na Filosofia do Direito. O de que há uma impossibilidade material de se prever, no ato da criação da norma abstrata, todas as hipóteses e casos concretos específicos de sua aplicação. Isso se deve obviamente por conta dos limites de alcance da linguagem, meio através do qual se exprime o direito. Essa advertência pode ser encontrada na obra de H. L. A. Hart, "O Conceito de Direito"[320], onde se encontra uma das teorias filosóficas mais fortes da tradição positivista.

---

[320] HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. (Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara) São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Ao discutir o *que é o direito*, Hart traz um exemplo bastante intrigante sobre os limites da linguagem no campo normativo. O autor descreve o célebre caso de uma placa que contém um mandamento que proíbe genérica e abstratamente a entrada de veículos em um parque. Em seguida problematiza a questão supondo que o aplicador da norma, provavelmente um guarda, encontraria dificuldades de estabelecer os limites conceituais sobre o que poderia ser considerado um veículo[321].

Alguns casos se apresentariam de forma bastante clara, como um carro, um ônibus, ou uma motocicleta, os quais certamente devem ser considerados veículos para a finalidade da lei (que é a de proteger os pedestres do parque). Mas outros casos mais complexos podem suscitar questões bastante difíceis de se responder, como se devem ser proibidas a entrada de bicicletas, patinetes ou patins nos parques[322]. Logo, as normas são caracterizadas por possuírem, de um lado, um núcleo de certeza, e de outro lado uma zona de penumbra que paira sobre os casos limítrofes. A esta imprecisão, Hart denomina de "textura aberta" da norma[323].

O autor vai além, e sentencia que, não obstante a constatação da textura aberta da norma:

> (...) não devemos acalentar, nem mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sempre sido respondida antecipadamente, sem nunca envolver, no momento de sua aplicação real, uma nova escolha entre alternativas abertas[324].

Hart se opõe a essa visão de normas estritamente fechadas, aplicadas sempre com esquemas mecânicos de subsunção, devido a observação de que há limitações humanas que nos impossibilitam prever todos os fatos e todas as hipóteses do mundo real[325]. Nesse sentido, concordamos

---

[321] Ibidem. p. 164.
[322] Idem.
[323] Diz Hart que: "Todas as normas envolvem o reconhecimento ou classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, no que diz respeito a tudo que dispomos chamar de norma, é possível, distinguir casos claros, nucleares, aos quais certamente se aplica, de outros, onde há razões tanto para se afirmar quanto para negar que a mesma seja aplicável. Nada pode eliminar essa dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito das normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou 'textura aberta' (...)". (Ibidem. p. 158)
[324] Ibidem. p. 166.
[325] Nesse sentido, diz Hart: "Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades.

com Hart ao concluir que, assim como não seria possível criar um rol de veículos proibidos de entrar no parque que esgote as hipóteses do mundo fático, também não será possível criar um rol estrito de pessoas com deficiência.

Além das limitações humanas, devemos destacar que concorrem para essa impossibilidade (de estabelecer um rol atemporal e estático de pessoas com deficiência) a heterogeneidade de deficiências, que se expressam através de uma gama bastante ampla de hipóteses possíveis, bem como o fato observado anteriormente e destacado no Preâmbulo da Convenção da ONU, de que a deficiência é um conceito em evolução, assim como o é a humanidade.

Contudo, a solução proposta por Hart, ao admitir a textura aberta das normas, não nos parece a mais satisfatória. O autor não é precisamente claro sob a saída para esses casos, mas parece defender uma interpretação discricionária por parte dos intérpretes oficiais do direito (autoridades e juízes especialmente). É o que depreendemos da seguinte passagem de sua obra:

> Indagada se a norma que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a algum conjunto de circunstâncias no qual tal aplicação perecer incerta, a pessoa encarregada de responder não tem outra alternativa senão a de examinar (como quando se utiliza um precedente) se o caso presente se assemelha 'suficientemente' ao caso simples sob os aspectos 'pertinentes'. Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha[326].

Nesse ponto, discordamos do autor e preferimos a solução apontada por Dworkin, que ao criticar as diversas teorias do direito anteriores, entre elas especialmente o positivismo de Hart, sugere uma interpretação construtivista do direito para solucionar casos difíceis, denominada de "direito como integridade", onde o intérprete deve sempre buscar a melhor interpretação da norma jurídica à luz da tradição institucional e da moralidade pública[327].

Nesse sentido, diz Dwokin que:

Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência 'mecânica'. Esse não é, evidentemente, o nosso mundo (...)" (Ibidem. p. 166-167).

[326] Ibidem. p. 165.

[327] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. (Tradução de Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271-331.

> Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade[328].

Note-se que a saída interpretativa de Dworkin, a integridade no direito, envolve e depende diretamente de dois aspectos, os quais Hart não considerava parte da sua teoria do direito, ou melhor dizendo *o que o direito é*. Trata-se da famosa estrutura das normas jurídicas em regras e princípios, sendo que estes últimos abrem espaço para que o direito seja permeado pela moral.

Na célebre formulação de Dworkin, as regras seriam aplicadas no esquema tudo ou nada. Duas regras com mandamentos diametralmente opostas não podem ser igualmente válidas. Se aplicarmos uma, automaticamente a outra regra deve ser considerada revogada, conforme os critérios já estabelecidos para esses casos, tais como hierarquia, temporariedade ou especificidade.

Já os princípios se aplicam de modo diverso. Os princípios jurídicos são aplicados, quando conflitantes, sopesando-se aquele que possui mais apelo moral e na justiça. Os princípios, dessa forma, são o ponto de contato entre o direito e a moral. A escolha ou prevalência de um princípio para um determinado caso específico não implica na revogação automática do outro princípio aparentemente conflitante. Pode ser que em outro caso, sob outras circunstâncias, os intérpretes da norma optem pelo princípio anteriormente preterido, caso ele ofereça a melhor resposta possível, do ponto de vista da moral, da justiça e da equidade.

Ao contrário de Hart, que é acusado por Dworkin de descrever o Direito como um conjunto de regras primárias e secundárias, olvidando o papel dos princípios e separando o direito da moral, o segundo autor considera que, nos casos difíceis, onde as regras aparentemente não oferecem nenhuma resposta segura sobre o direito de um cidadão, os princípios jurídicos podem auxiliar o intérprete da norma a encontrar o seu melhor significado à luz da justiça e da equidade.

Dessa forma, o intérprete deve observar se sua decisão mantém a adequação e o ajuste institucional com a tradição jurídica daquela comunidade, ou seja, como casos semelhantes aqueles foram anteriormente decididos, não

---

[328] *Ibidem*. p. 305.

só pelos juízes, mas também por outros órgãos oficiais. Nesse aspecto, os precedentes judiciais são de suma importância. Da mesma forma, o intérprete deve oferecer uma resposta que também seja adequada aos valores morais compartilhados por aquela comunidade, considerando para isso os objetivos e os princípios da justiça liberal (ou liberalismo igualitário)[329].

É como sentencia Dworkin, ao dizer que o intérprete:

> (...) deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista moral da política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo[330].

Não pretendemos esgotar esse tema, nem nos aprofundarmos sobre as diversas teorias do direito e suas propostas interpretativas. Isso demandaria um esforço colossal e a abordagem de incontáveis teorias que surgiram após o debate *Hart vs Dworkin*. Também não é nosso objetivo, nesta obra, apontar e desenvolver como a interpretação da normas jurídicas deve solucionar problemas como o nosso. Mas apenas salientar que, não obstante os limites da linguagem e a textura aberta de certas normas, é possível resistir à tese de que, nesses casos, imperaria um desconcertante relativismo, ou ainda a de que qualquer resposta que encontrássemos sobre quem tem direito à reserva da vagas para pessoas com deficiência estaria sempre certa, visto que tratam-se somente de pontos de vistas diferentes.

Ao contrário, queremos propor que, ao nos submetermos a este tipo de questão, devamos fazer um esforço interpretativo, onde levemos em consideração não só o histórico institucional sobre o tema, o que requer a observância dos precedentes judiciais e das outras decisões "não-judiciais" (legislativas, regulamentares, administrativas, etc.), mas também quais princípios jurídicos podem nos fornecer uma justificativa plausível sobre os objetivos da reserva de vagas e, portanto, como definimos quem é o destinatário desta norma.

É como constata Araújo, ao afirmar que:

---

[329] Importante destacar esse ponto, pois Dworkin busca apresentar uma teoria liberal do direito, ou seja, uma teoria do direito que seja compatível com os ideais do liberalismo igualitário por ele defendido.

[330] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. (Tradução de Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 306.

> O modelo aberto exigiria uma cultura da Administração Pública mais permeável, com possibilidade de o administrador público decidir caso a caso, a partir de determinados parâmetros. Haveria necessidade de uma construção jurisprudencial mais forte. E, a partir da abertura normativa, o Poder Judiciário e a Administração poderiam cumprir seu papel de efetivar os comandos constitucionais. [331]

Nesse sentido, embora não haja uma vasta jurisprudência sobre o tema, o que espera-se construir a partir de agora com a imposição de um conceito mais aberto e permeável à interpretações, ainda sobre a égide do conceito prescrito no Decreto nº 3.298/99, o judiciário precisou solucionar casos nos quais pessoas, com alegadas deficiências que não se enquadravam nos moldes do artigo 4º do decreto regulamentar referido, pleiteavam o direito a concorrer às vagas reservadas. É o que veremos na seção a seguir.

4.4.2 A visão do judiciário e outros precedentes institucionais

Como mencionamos acima, embora o conceito disposto no Decreto nº 3.298/99 tenha sido interpretado como um conceito fechado, constituindo um rol exaustivo das pessoas detentoras do direito à concorrer à reserva de vagas no mercado de trabalho, o judiciário se viu obrigado, em algumas ocasiões, a solucionar os pedidos de diversas outras pessoas que, alegando possuírem uma deficiência, tiveram seu direito à vaga reservada negado.

Entre essas ações, alguns aspectos são importantes de se observar. A maioria delas foram ajuizadas anteriormente ao Decreto nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como o seu Protocolo Facultativo. Contudo, algumas das decisões pesquisadas foram proferidas após a entrada em vigência da Convenção da ONU, porém esta sequer foi mencionada nos casos estudados. Ademais, grande parte dos casos estudados tramitaram durante o período de vigência do Decreto nº 3.956/01, que promulgou a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência. Ainda assim, a maior parte dos casos estudados foi

---

[331] ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Em busca de um conceito de pessoa com deficiência*. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007. p. 22.

julgada com base no Decreto nº 3.298/99, o que nos leva a análise do aspecto seguinte.

O outro aspecto a se considerar é que a jurisprudência tem se dividido em duas posições, basicamente. Se, por um lado, é possível encontrar diversas decisões judiciais negando o direito à determinadas pessoas com certos tipos de deficiência a concorrerem às vagas reservadas por não estarem contempladas dentro do conceito do artigo 4º do Decreto nº 3.298/99. Por outro lado, verificamos alguns casos, de deficiências específicas, que foram interpretadas pelo judiciário como exceções à regra disposta no artigo 4º, reconhecendo o direito de concorrer às vagas reservadas para pessoas que embora não tenham uma das deficiências descritas no rol do dispositivo anterior, poderiam ser consideradas pessoas com deficiência com base no artigo 3º do mesmo diploma legal.

Os principais casos referem-se à pessoas que se inscreveram às vagas reservadas para pessoas com deficiência em concursos públicos, e que tiveram suas inscrições indeferidas posteriormente, com base na avaliação médica ou da equipe multiprofissional, nos termos do artigo 43 do referido decreto regulamentar[332].

É o caso paradigmático, por exemplo, das pessoas com deficiência visual monocular, que durante anos brigaram no judiciário para poderem ter acesso ao mercado de trabalho por meio do sistema de cotas. Em 2009, após diversos precedentes concedendo o direito à estes candidatos de concorrerem às vagas reservadas em concursos públicos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula nº 377, uniformizando o entendimento de que: “O portador

[332] Mas há também centenas de casos de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho – MPT, exigindo o cumprimento da lei de cotas por parte de empresas privadas, mas com base no conceito do Decreto nº 3.298/99. Além de restringir significativamente o rol de pessoas que poderiam contar para fins de cumprimento da ação afirmativa, o que reduz a capacidade da empresa em cumprir a lei, ao adotar o conceito fechado o MPT deixa de exigir e garantir a inclusão social de diversos indivíduos vulnerabilizados por conta de sua deficiência. Para uma análise mais detalhada desses casos, vide o texto já referenciado anteriormente (nota 281): SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência: uma advertência necessária. Direitos fundamentais e justiça, Porto Alegre, ano 6, n. 19, p. 145-159, abr./jun. 2012. p. 145-159.

de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes[333]".

Entre as referências legais para a edição da Súmula foram utilizados o seguintes diplomas legais: o artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal; o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Lei 8.112/90; e os artigos 3º, 4º, inciso IV, e 37 do Decreto nº 3.298/99.

Note-se, portanto, que o STJ não baseou sua decisão com fulcro na Convenção Interamericana (Decreto nº 3.956/01), muito embora esta já estivesse vigendo há oito anos no sistema jurídico brasileiro. Os precedentes[334] que foram utilizados para a unificação da jurisprudência por meio da Súmula também olvidaram a presença da Convenção Interamericana em nosso sistema jurídico. Isso apenas reforça aquilo que mencionamos anteriormente: o fato de que os operadores do direito no Brasil carecem de maior conhecimento a respeito dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados e integrados ao direito brasileiro.

Em vez de buscar o amparo legal da Convenção Interamericana, ou na Convenção da ONU, que de certa forma já havia sido aprovada pelo Congresso Nacional em 2008, por meio Decreto Legislativo nº 186/08, o Judiciário resolveu o direito das pessoas com deficiência visual monocular com base no próprio preceito do inciso I, artigo 3º, do Decreto nº 3.298/99, o qual possui a seguinte redação:

> Artigo 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
> I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade

---

[333] Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=%40num%3D%27377%27&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1. Acesso em: 24 de janeiro de 2014.

[334] A Súmula 377 foi editada com base nos seguintes precedentes daquela Corte:
- AgRg no RMS 20190 DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008, DJe 15/09/2008.
- AgRg no RMS 26105 PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 30/06/2008.
- MS 13311 DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 01/10/2008.
- RMS 19257 DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2006, DJ 30/10/2006. p. 333.
- RMS 19291 PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 03/04/2006. p. 372.
- RMS 22489 DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 18/12/2006. p. 414.

> para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

Note-se que o referido artigo não dispõe quem é a pessoa com deficiência, mas sim o que significa deficiência. Assim como o conceito do Decreto nº 914/93, visto anteriormente, o texto do artigo aqui citado trata-se de uma redação aproximada do conceito de "impedimento" disposto na CIDID da OMS. Conforme já esclarecemos (nota 283), essa classificação da OMS foi traduzida do inglês para o português de forma imprecisa, confundido as expressões "impedimento" e "deficiência" o que foi corrigido pela Convenção da ONU. Veremos a distinção entre as traduções na próxima seção.

O fato é que a definição de deficiência encontrada no inciso I, do artigo 3º, acima transcrito, acabou acirrando a crença de que, para ser considerado pessoa com deficiência basta possuir uma deficiência (melhor seria, um impedimento). Conforme já abordamos, há uma diferença importante entre essas duas definições, diferença que foi ressaltada pela Convenção da ONU, onde restou claro que a pessoa com deficiência é aquela que possui impedimentos que, em interação com diversas barreiras, possui dificuldades de inclusão social.

De toda forma, o artigo em questão serve como escape do Judiciário para corrigir a interpretação fechada que prevalece no âmbito da Administração Pública.

Com base neste dispositivo normativo, o STJ consolidou o entendimento de que: "O art. 4º, III, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência visual, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal (...)"[335], e que "a visão monocular constitui motivo suficiente para se reconhecer ao impetrante o seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo público pretendido, dentre as vagas reservadas a portadores de deficiência física"[336].

Da mesa forma também se posicionou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso de um candidato com deficiência visual monocular excluído das

---

[335] RMS 19257 DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2006, DJ 30/10/2006. p. 333.
[336] MS 13311 DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 01/10/2008.

vagas reservadas ao concurso público de técnico judiciário no Tribunal Superior do Trabalho:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS Nº 3.298/99 E 5.296/2004.
> 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor".
> 2. A visão univalente - comprometedora das noções de profundidade e distância - implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos.
> 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.
> 4. Recurso ordinário provido.
> (RMS 26071/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 01/02/2008).

Em que pese ter sido adotada outra estratégia para a inclusão do candidato com deficiência visual monocular, que não a exegese do artigo 3º do Decreto nº 3.298/99, novamente não há referência ao conceito da Convenção Interamericana.

Não obstante a diferença apontada na decisão do STF, da mesma forma como para a inclusão da pessoa com deficiência visual monocular ao direito de concorrerem as vagas reservadas, a exegese do artigo 3º, combinada com o artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 foi utilizada para a inclusão de outras pessoas com deficiências que haviam tido seus direitos à medida de ação afirmativa negados pelos órgãos responsáveis pelos concursos e pelos tribunais ou juízes de origem.

É o caso, por exemplo, das pessoas com insuficiência renal crônica, que vêm tendo seu direito à reserva de vagas garantido pelo Judiciário, conforme o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TST. DIREITO A PROSSEGUIR NO CERTAME. INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA. RECONHECIMENTO DA DEFICIÊNCIA. (...) II - De acordo com o art. 3º, § 4º, III, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção, "deficiência física é alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia,

> monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções". III - Há que se estabelecer distinção entre a pessoa plenamente capaz, o deficiente e o inválido. O deficiente é a pessoa que, não sendo totalmente capaz, não é, todavia, inválida. (Precedente Colendo STJ, RMS 22.459/DF, TRF - 1ª Região AMS n. 1998.01.00.061913-2) **IV - Ao candidato, acometido de insuficiência renal em fase de hemodiálise, enfermidade que enseja deficiência física, deve ser resguardado o direito à reserva de vaga na lista para pessoa portadora de deficiência, com fundamento no princípio da isonomia que rege a Administração Pública (Precedente desta 6ª Turma Apelação/REO 0016425-44.2008.4.01.3400)**. V - A adaptação do candidato à sua limitação física não é idônea a afastar a deficiência, uma vez que, precisando fazer hemodiálise três vezes por semana, não lhe retira a dificuldade de conviver em sociedade quando comparado com um cidadão que não necessita de cuidados diários. VI - Apelação e remessa oficial tida por interposta não providas. Ressalvada posterior avaliação de compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência física (Lei n. 8.112/90 art. 20, Decreto n. 3.298/99 art. 43 § 2º).
> (TRF-1 - AC: 190591320084013400 DF 0019059-13.2008.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 04/11/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.352 de 19/11/2013)
> **(grifo nosso)**

Da mesma forma, flexibilizando o conceito descrito no Decreto nº 3.298/99, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu o direito de uma candidata com deficiência física a concorrer às vagas reservadas, após esta ser excluída da lista reservada sob a alegação de que sua deficiência (pé torto congênito) não se enquadrava no conceito do decreto regulamentar por não acarretar o comprometimento de sua função física. Diante do caso, o TRF da 1ª Região julgou:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TJDFT. PÉ TORTO CONGÊNITO BILATERAL. RECONHECIMENTO DA DEFICIÊNCIA. I - De acordo com o art. 3º, 4º, III, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção, "deficiência física é alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções". II - Há que se estabelecer distinção entre a pessoa plenamente capaz, o deficiente e o inválido. O deficiente é a pessoa que, não sendo totalmente capaz, não é, todavia, inválida. (Precedente Colendo STJ, RMS 22.459/DF, TRF - 1ª Região AMS n.

> 1998.01.00.061913-2) **III - Ao candidato, acometido de pé-torto congênito bilateral, enfermidade que enseja deficiência física, deve ser resguardado o direito à reserva de vaga na lista para pessoa portadora de deficiência, com fundamento no princípio da isonomia que rege a Administração Pública (Precedente desta 6ª Turma Apelação/REO 0016425-44.2008.4.01.3400)**. IV - A adaptação do candidato à sua limitação física não é idônea a afastar a deficiência, uma vez que, precisando fazer hemodiálise três vezes por semana, não lhe retira a dificuldade de conviver em sociedade quando comparado com um cidadão que não necessita de cuidados diários. V - Autor portador de cartão Especial Fácil, para uso de transporte gratuito de ônibus urbano, com direito a acompanhante e aprovado em outro concurso, Companhia Metrô-DF, na categoria de deficiente físico, não pode ter sua situação, em concurso posterior, desqualificada. VI - Apelação e remessa oficial tida por interposta não providas.
> (TRF-1 - AC: 298498520104013400 DF 0029849-85.2010.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 11/11/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.652 de 22/11/2013)
> **(grifo nosso)**

Em ambos os casos, embora julgados em 2013, ou seja, quatro anos após a entrada em vigência da Convenção da ONU, não há nenhuma menção a este instrumento normativo, ou a qualquer outro instrumento internacional que garantisse o embasamento formal da decisão. Mas ainda assim é de ressaltar a importância desses julgados, especialmente pelo aspecto inclusivo e protetivo, rompendo com o modelo conceitual fechado e restritivo.

Em outro caso, de 2008, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu o direito a uma candidata com deficiência física no pescoço, a qual afetava as suas funções neurológicas, bem como a mobilidade da candidata. Após ter sido declarada como pessoa sem deficiência pela junta médica do concurso, recorreu ao judiciário, o qual decidiu que:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIÊNCIA FÍSICA. CARACTERIZAÇÃO. ART. 37, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, PARÁGRAFO 2º, DA LEI 8112/90. ARTS. 3º E 4º DO DECRETO Nº 3298/99. COMPATIBILIDADE DA DEFICIÊNCIA COM AS FUNÇÕES DO CARGO. - Na hipótese sub judice, tem-se a situação da autora que, após se inscrever em concurso público para o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte, em vaga reservada para deficiente físico, e lograr aprovação no certame, foi impedida de tomar posse em razão da junta médica oficial haver concluído não ser ela portadora de deficiência física. - Os peritos oficiais concluíram que a anormalidade encontrada no pescoço da autora é permanente e irreversível e se enquadra como uma deformação adquirida, confirmando, portanto, os laudos fornecidos por médicos particulares que acompanharam o desenvolvimento da doença da promovente. Também foi dito pelos senhores peritos que tal anormalidade gera limitação de mobilidade e neurológicas, devido à compressão causada na medula durante a fratura-luxação da coluna cervical, gerando para a autora limitação parcial definitiva da amplitude

> de movimento do pescoço. - **Todos os elementos de prova carreados ao processo levam a uma só conclusão: ser a autora portadora de deficiência que compromete as suas funções física e neurológica, gerando para ela limitação parcial e definitiva da amplitude de movimento do ombro e do pescoço, por ter atingido diretamente a coluna cervical. Tal anormalidade se caracteriza como deformidade adquirida. Portanto, sua deficiência se enquadra perfeitamente na hipótese legalmente prevista (arts. 3º e 4º do Decreto nº 3298/99)**. (...)
> (TRF-5 - AC: 434599 RN 2006.84.00.004768-9, Relator: Desembargador Federal Cesar Carvalho (Substituto), Data de Julgamento: 21/02/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/03/2008 - Página: 1239 - Nº: 0 - Ano: 2008) **(grifo nosso)**

Já em 2009, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao analisar o caso de uma candidata com fibromialgia, causada pelos efeitos da hanseníase, reconheceu o direito dessas pessoas em concorrem às vagas reservadas em concurso público:

> MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - HANSENÍASE - REAÇÕES HANSENIANAS - FIBROMIALGIA - VAGA DESTINADA AO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - ORDEM CONCEDIDA. 1. Ao candidato que apresente reações hansenianas, como a fibromialgia, será garantido o direito de concorrer em concurso público à vaga de portador de necessidades especiais (Decreto n.º 3.298/99, artigo 3º, inciso I). 3. Ordem concedida. Maioria. (TJ-DF - MS: 62458020088070000 DF 0006245-80.2008.807.0000, Relator: WALDIR LEÔNCIO C. LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/11/2008, Conselho Especial, Data de Publicação: 19/01/2009, DJ-e Pág. 34)

Devemos destacar, neste particular, que a decisão acima referida é muito bem embasada e traz uma rica argumentação, especialmente teórica. É de se lamentar apenas, novamente, o não reconhecimento dos tratados internacionais de direito humanos ratificados pelo Brasil e incorporados no nosso sistema jurídico interno.

Em outra ocasião, um candidato com deficiência física, ocasionada pela doença conhecida como “Mal de Parkinson”, com a qual convivia há mais de 10 anos, foi desclassificado da lista reservada à pessoas com deficiência, por não se enquadrar no conceito descrito no artigo 4º, do Decreto nº 3.298/99, conforme parecer elaborado pela equipe multiprofissional. Recorreu ao Judiciário e teve seu direito reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 2º Região:

> REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO - VAGAS DESTINADAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA - MAL DE PARKINSON COMPROVADO - APTIDÃO PARA O EXERCÍCIO

> DO CARGO - AVALIAÇÃO DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO - PREVISÃO EDITALÍCIA - PARCIAL PROVIMENTO 1. Trata-se de remessa necessária e apelação interposta contra a sentença que julgou procedente em parte o pleito autoral, condenando a União à proceder a inclusão do autor na lista de candidatos aprovados que concorreram às vagas destinadas aos portadores de deficiência, respeitada a sua classificação. 2. A inclusão do nome do autor na lista dos candidatos portadores de deficiência aprovados no concurso não afeta a esfera jurídica dos demais candidatos, não sendo o caso de litisconsórcio passivo necessário. 3. Os documentos trazidos aos autos e a perícia médica determinada pelo Juízo a quo, confirmam que o autor é portador do mal de Parkinson, há aproximadamente 10 anos, podendo, nestas condições, concorrer a uma das vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência física, em razão da "incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano" (art. 3º, do Decreto 3.298/99). 4. O edital do concurso estabelece que "o candidato reprovado na perícia médica por não ter sido considerado portador de deficiência, caso aprovado no concurso, figurará na lista de classificação geral por cargo/área/UF de vaga", ao passo que "o candidato reprovado na perícia médica no decorrer do estágio probatório em virtude de incompatibilidade da deficiência com as atribuições cargo/área será exonerado" 5. In casu, a avaliação médica realizada no autor como candidato foi contrária à realidade dos fatos eis que há farta prova documental, além de pericial, que confirma a condição de deficiente do autor e dá conta das limitações motoras as quais o apelante está acometido, mas que, a princípio, não são incompatíveis com as atribuições do cargo. 6. Desse modo, deve ser mantida a essência da sentença, que reconheceu a condição de deficiente do autor, ressalvando a possibilidade de exoneração do candidato se, nomeado para o cargo e durante o estágio probatório, restar verificada a incompatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo. 7. Remessa e apelação conhecidas e parcialmente providas.
> (TRF-2 - APELREEX: 201050010032126 RJ 2010.50.01.003212-6, Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Data de Julgamento: 23/07/2012, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data:14/08/2012 - Página:300)

Novamente, assim como as anteriores, a decisão colacionada acima não faz qualquer referência à Convenção da ONU, mesmo tendo sido julgada em 2012. A decisão foi dada com base na interpretação do artigo 3º, do Decreto nº 3.298/99, que conforme já vimos não define a pessoa com deficiência, mas tal somente o que se entende por deficiência.

Quanto aos critérios fixados para a conceituação da pessoa com deficiência mental, segundo o artigo 4º, IV do Decreto nº 3.298/99, recentemente o do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reconheceu o direito de um candidato com "retardo mental leve" (CID 10 F70) a concorrer às vagas reservadas para o cargo de técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. No caso, o parecer emitido pela equipe multiprofissional considerou que o problema clínico apresentado pelo candidato não se enquadrava no inciso IV do Decreto nº 3298/99, por não ser

“significativamente inferior à média”. Contrariando o parecer da equipe multiprofissional, o órgão especial do TJDF, em decisão colegiada tomada por maioria do votos, considerou que, em que pese a literalidade do referido dispositivo regulamentar, a norma deve ser interpretada levando em consideração a sua finalidade, qual seja a de garantir o exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência[337].

Recentemente, o caso que mais se discute diz respeito aos candidatos com a denominada anacusia unilateral, ou seja, deficiência auditiva em apenas um ouvido. Os tribunais têm esboçado alguma resistência em garantir o direito à vaga reservada para essas pessoas, por considerar que o Decreto nº 5.296/04 excluiu propositalmente este grupo, ao alterar a redação do Decreto nº 3.298/99 (ver nota 288).

O STJ chegou a decidir pelo reconhecimento do direito desses candidatos a concorrerem às vagas reservadas em mais de uma oportunidade[338]:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE DE DEFICIENTE AUDITIVO UNILATERAL. POSSIBILIDADE.
> 1. Hipótese em que o Tribunal de origem, embora reconheça a surdez unilateral, julgou improcedente o mandamus, considerando que a impetrante não se enquadra no conceito de deficiente físico preconizado pelo art. 4º do Decreto 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto 5.296/2004 (vigente ao tempo do edital).
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, no concurso público, é assegurada a reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais acometidos de perda auditiva, seja ela unilateral ou bilateral.
> 3. Reexaminando os documentos anexos à exordial, depreende-se que, segundo o laudo médico emitido, a candidata tem malformação congênita (deficiência física) na orelha e perda auditiva no ouvido direito, o que caracteriza a certeza e a liquidez do direito ora vindicado, na espécie.
> 4. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no RMS 34.436/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 22/5/2012)

No mesmo sentido, o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho – TST, em julgado de 2012, considerou que é pessoa com deficiência

---

[337] TJ-DF - MS: 101188820088070000 DF 0010118-88.2008.807.0000, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Data de Julgamento: 17/02/2009, Conselho Especial, Data de Publicação: 13/03/2009, DJ-e Pág. 21

[338] Vide também o seguinte precedente: AgRg no AREsp 22.688/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/5/2012;

e também possui direito ao sistema de cotas o candidato com surdez unilateral. O caso era de uma candidata ao cargo de analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (RN), sendo eliminada após o parecer da equipe multiprofissional desqualifica-la como pessoa deficiência nos termos do Decreto nº 3.298/99. O ministro relator Brito Pereira entendeu que o objetivo do decreto é o de: "dar efetividade às políticas públicas de apoio, promoção e integração dos portadores de necessidades especiais, mediante as denominadas ações afirmativas, consistentes em medidas que visam reduzir ou eliminar as desigualdades por meio de medidas compensatórias das desvantagens resultantes dos fatores de fragilização", devendo ser interpretado conjuntamente ao artigo 3º do mesmo diploma normativo, de forma a possibilitar o cumprimento desse objetivo[339].

A essa altura, pode imaginar o leitor que, ao contrário do que afirmamos antes, o conceito do Decreto nº 3.298/99 não foi compreendido pelos operadores do direito como um conceito fechado. Na realidade, basta atentarmos para o fato de que, em todos esses casos, a primeira decisão, tomada pelas bancas examinadoras dos concursos públicos, acabou eliminando e não reconhecendo os direitos dos candidatos com certas deficiências a concorrerem às vagas reservadas. Até o momento da decisão judicial, os candidatos foram alvo da interpretação restritiva do Decreto nº 3.298/99. Além do mais, vale ressaltar que existem diversas outras decisões judiciais de denegaram o direito de candidatos com deficiências não abrangidas pelo conceito do decreto.

De toda forma, é possível observarmos que há um esforço constante do judiciário em ampliar e interpretar o conceito de pessoa com deficiência, previsto no Decreto nº 3.298/99, de forma extensiva a outros grupos de pessoas com deficiências menos comuns. Lamenta-se somente o fato de que, para isso, não busque aplicar o conceito da Convenção da ONU, que atualmente tem força constitucional e, portanto, hierarquicamente superior ao Decreto Regulamentar.

Já no âmbito legislativo, onde as conquistas são mais lentas, ressalta-se que em 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 12.764 que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro

[339] Disponível em: http://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100112878/tst-determina-contratacao-de-candidata-com-surdez-unilateral. Acesso em: 30 de janeiro de 2014.

Autista, garantiu a esse grupo todos os direitos destinados às demais pessoas com deficiência, inclusive o direito ao sistema de cotas. É como expressa o § 2º do artigo 1º do referido diploma legal:

> § 2º - A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais

Esse reconhecimento legal tem fundamental relevância também para outros grupos, pois é um indício claro e evidente sobre a pluralidade da deficiência, não podendo esta ficar restrita apenas às hipóteses do Decreto nº 3.298/99.

Assim como a lei acima referida, há que se ressaltar o Projeto de Lei do Senado Federal PLS nº 112 de 2006, de autoria do Senador José Sarney, que, propõe a extensão da reserva de vagas no mercado de trabalho às pessoas com Síndrome de Down. Outro projeto de lei tramitando no Congresso Nacional é o PL nº 6014/2009, do Deputado Talmir Rodrigues que prevê a alteração do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, "para incluir os portadores do vírus HIV entre os beneficiários da reserva de vaga para reabilitados e pessoas com deficiência habilitadas"[340]. Há também o Projeto de Lei nº 1.178/2011, de autoria do Deputado Jesus Rodrigues, onde se propõe a o reconhecimento das pessoas com doenças renais crônicas como pessoas com deficiência para todos os fins de direito.

Importante observar que, caso essas leis forem aprovadas, terão apenas o condão de afirmar com exatidão que tais grupos de pessoas tem direito às vagas reservadas, sem excluir o reconhecimento deste direito para outros grupos. O que importa em dizer que, o conceito da Convenção da ONU continuará a ser utilizado sempre para os casos nos quais não houver lei específica. O conceito previsto na Convenção da ONU passa a ser o paradigma para todas as demais leis vigentes e vindouras, inclusive para o Projeto de Lei nº 7.699/2006, conhecido como Estatuto da Pessoa com Deficiência, de autoria do Senador Paulo Paim.

---

[340] Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Dep_Detalhe_Inativo.asp?id=529019. Acesso em: 31 de janeiro de 2013.

4.5 Conhecendo as chaves do conceito da Convenção da ONU

Como vimos na seção anterior, os operadores do direito buscaram corrigir as injustiças do Decreto nº 3.298/99, ampliando seu rol de destinatários. Porém, ao tentar cumprir esse objetivo, deixam de observar os novos paradigmas inclusivos, como a Convenção da ONU e a Classificação Interacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), que juntos se complementam e reforçam a afirmação do modelo biopsicossocial da deficiência.

Esse fato é ocasionado também, dentre outros que já citamos, pela dificuldade de compreensão de termos pouco difundidos no mundo jurídico. A falta de familiaridade com os termos da Convenção da ONU e da CIF explica em parte a baixa eficácia do novo conceito normativo de pessoa com deficiência.

Assim, a presente seção buscará apresentar ao leitor os termos chave que consideramos mais importantes para a compreensão da deficiência segundo a visão da Convenção da ONU: (*i*) impedimento; (*ii*) longo prazo; (*iii*) e as barreiras. Verificada a ocorrência dessas três variáveis agindo sobre um indivíduo, teremos configurada a pessoa com deficiência.

Nesse sentido, retomamos a noção que afirmamos algumas páginas atrás, para ratificar que a conceituação da pessoa com deficiência depende de um processo relacional, que envolve a identificação das variáveis aqui apresentadas, as quais ocasionam a exclusão social deste grupo.

Abordaremos aqui o significado do termo “impedimento”, e como este termo traz um novo sentido para a compreensão do conceito normativo de pessoa com deficiência. Para isso se fará necessária uma breve incursão sobre as Classificações da Organização Mundial da Saúde, tais como a CIDID, a CID-10 e a CIF. Nesse ponto, diante da proximidade dos temas, o que é consequência também do modelo biopsicossocial da deficiência, analisaremos a relação entre deficiência e doença.

Adiante, abordaremos a questão temporal dos impedidos, dos quais se exigem a ocorrência por um longo prazo. Adiantamos que a exigência temporal é fundamental para que a deficiência não se confunda com outras hipóteses anteriormente analisadas, como a mobilidade reduzida as chamadas necessidades especiais.

Por fim, veremos quais são as principais barreiras que obstruem o pleno acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho e à inclusão social. Tais barreiras são obras da própria sociedade que, longe de ser inclusiva, acaba excluindo esse grupo vulnerável por diversos motivos que se revelam através da discriminação.

4.5.1 O significado do termo “impedimento” e as Classificações da OMS.

O termo impedimento é um termo relativamente novo no cenário brasileiro. Muitas pessoas tiveram acesso ao termo somente após a edição da Convenção da ONU. Mas, ao contrário do que parece, este termo não representa nenhum novo paradigma ou aspecto da deficiência. Trata-se, na verdade, de uma nova denominação para definir um conceito há bastante tempo já empregado.

Referimo-nos ao conceito de “deficiência”, tal qual estampado na tradução para o português da CIDID. Para explicar melhor o que buscamos dizer, necessitaremos recorrer ao texto em inglês da referida classificação, para ao fim estabelecermos como o termo se disseminou com um significado diverso daquele adotado em outros idiomas (inglês e espanhol).

Esta Classificação foi especialmente relevante por trazer a lume três importantes conceitos que ajudam a explicar a causa, a manifestação e a consequência da deficiência em uma pessoa. Esses conceitos se apresentam na forma de cadeia, onde a causa precede a manifestação, as quais acarretam uma consequência. A vantagem dos conceitos da CIDID foi o fato de possibilitar que os profissionais de diversas áreas, e não só os da área da saúde, possam dialogar sobre essas interações da deficiência. Os três conceitos são, na ordem: deficiência, incapacidade e desvantagem.

Deficiência pode ser conceituada como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica; **Incapacidade** como toda restrição ou falta – devida a uma deficiência – da capacidade de realizar uma atividade na forma ou na medida que se considera normal para um ser humano; e **Desvantagem** como uma situação prejudicial para um determinado indivíduo em consequência de uma deficiência ou uma

incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função da idade, do sexo e dos fatores sociais e culturais)[341].

Esses conceitos se apresentam como um roteiro, onde a deficiência é a causa de uma incapacidade, as quais ocasionam uma desvantagem. Assim a CIDID buscou contemplar os aspectos clínicos e sociais, nos termos do modelo social de deficiência. Porém verificou-se que a sistemática da CIDID era pouco complexa diante da realidade da deficiência. Segundo o roteiro dessa Classificação, a desvantagem, que representaria a dificuldade de inclusão no meio social, sempre é a consequência de uma incapacidade ou deficiência, as quais residem no indivíduo, e nunca na sociedade. Tal hipótese acaba por romper com o modelo social da deficiência, e revelar a predominância do modelo médico da deficiência, conforme vimos no início desta obra.

Conforme já citamos anteriormente, a CIDID foi publicada pela OMS em 1980, somente sendo traduzida para o português em 1989. Ocorre que a CIDID não foi traduzida para o português do Brasil, e sim para o português de Portugal, onde alguns termos possuem sentidos diferentes.

Assim, o termo deficiência foi a tradução do termo inglês *impairment*; incapacidade foi a tradução do termo inglês *disability*; e desvantagem foi a tradução do termo inglês *handcap*.

Vejamos o texto da CIDID (ou *ICIDH*) em inglês:

> *An **impairment** is any loss or abnormality of psychological, physiological, or anatomical structure or function; a **disability** is any restriction or lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in the manner or within the range considered normal for a human being; and a **handicap** is a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevenmts the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual.*[342]

Já na versão em espanhol, os conceitos da CIDID foram traduzidos como: *deficiencias* (*impairments*), *discapacidades* (*disability*) e *minusvalías* (*handcap*). Sendo que:

> *(...) las **deficiencias** hacen referencia a las anormalidades de la estructura corporal y de la apariencia y a la función de un órgano o sistema, cualquiera que sea su causa; es decir, representan trastornos*

[341] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. p. 8.
[342] Disponível em: http://www.empowermentzone.com/icidh.txt. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

> *a nivel de órgano. Las **discapacidades** reflejan las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimento funcional y de la actividad del individuo; por lo tanto, representan trastornos a nível de la persona. Las **minusvalías** hacen referencia a las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiências y discapacidades; es decir, reflejanla adaptación del individuo al entorno.*[343]

Logo, nota-se uma equivalência de significado entre os seguintes termos nos idiomas português, espanhol e inglês:

Português	**Espanhol**	**Inglês**
Deficiência	*Deficiencia*	*Impairment*
Incapacidade	Discapacidad	*Disability*
Desvantagem	*Minusvalia*	*Handcap*

Ocorre que os termos em inglês e espanhol para denominar as pessoas com deficiência são, respectivamente: *person with disability* e *persona con discapacidad*, pois são pessoas que, segundo a CIDID, apresentam uma "restrição ou falta – devido a uma deficiência – da capacidade de realizar uma atividade na forma ou na medida que se considera normal para um ser humano" (conceito de incapacidade – *discapacidad – disability*), e não uma simples "perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica" (conceito de deficiência – *deficiencia – impairment*).

Ressalta-se que no português de Portugal, adota-se a denominação Pessoa com deficiência ou incapacidade, razão pela qual a tradução feita naquele país faz sentido para seu uso linguístico local.

Mas no Brasil, jamais se utilizou a expressão pessoa com incapacidade. Como vimos, a expressão correta é pessoa com deficiência, sendo que o conceito da CIDID sugeriria a falsa noção de que o indivíduo com essa característica é aquele apresente qualquer "perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica", conforme vem reiteradamente decidindo o Judiciário brasileiro com base no artigo 3º do Decreto nº 3.298/99, que assim também define deficiência.

---

[343] BUÑUALES, Mª Tereza Jiménez; DIEGO, Paulino González; MORENO, José Mª Martin. *La Clasificación Internacional del Funcionamento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) 2001*. Rev Esp Salud Publica. Madrid, v. 76, n. 4, p. 271-279, Julio-Agosto 2002. p. 273.

Dessa forma, para evitar essa confusão terminológica, Sassaki sugere que o termo *impairment* seja traduzido como "impedimento", ao passo que o termo "*disability*" seja traduzido como deficiência. Assim, manteríamos o uso tradicional e o sentido da expressão pessoa com deficiência em nosso idioma[344].

Lamentavelmente, o documento que sucedeu a CIDID, a CIF manteve a tradução vacilante acima indicada. Isso se deve também ao fato de que a CIF somente foi traduzida para o português de Portugal, e sem seguida adotada no Brasil. Assim, como bem adverte Sassaki:

> Infelizmente, a publicação oficial, em língua portuguesa deste importante documento traduziu o termo "*disability*" (deficiência) como "incapacidade", o que contribui para confundir o leitor brasileiro. Começando pelo título (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde), a tradução se estende pelo corpo do texto, onde as expressões "*persons with disabilities*" e "*sign language*", foram traduzidas como "pessoas incapacitadas" e "linguagem de sinais, respectivamente[345].

Logo, ao manusear a CIF, o leitor brasileiro deve compreender que, quando encontrar escrito o termo "incapacidade" naquele documento, na realidade deve-se ler "deficiência". E ao se ler o termo "deficiência", deve-se trocá-lo por "impedimento", a fim de que se possa adequar os termos da CIF, aos termos da Convenção[346].

Feitos esses esclarecimentos, cumpre agora examinar o que a CIF compreende como "impedimento" (deficiência)[347]. Segundo a CIF, impedimentos (deficiências) "são problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda"[348]. Nesse sentido, em consonância com a Convenção da ONU, os impedimentos são problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como um desvio importante ou uma perda de natureza física, sensorial, mental, intelectual ou outras abrangidas e contempladas na descrição da CIF.

---

[344] Romeu Kazumi Sassaki procedeu essas alterações ao traduzir a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na qualidade de tradutor oficial, habilitado pelo Governo Federal do Brasil.

[345] *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 48.

[346] Neste sentido, a tradução correta do título dessa Classificação para o Brasil seria "Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde".

[347] Passaremos a adotar essa substituição de agora em diante, mas manteremos sempre entre parêntese a expressão original utilizada na CIF

[348] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde*. Tradução e revisão de Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004. p. 13.

Ao passo que deficiência (incapacidade) é um “termo genérico (‘chapéu’) para deficiências, limitações da actividade e restrições na participação. Ele indica os aspectos negativos da interacção entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus factores contextuais (ambientais e pessoais)”[349].

Além desses dois termos, a CIF define funcionalidade como um “termo genérico (‘chapéu’) para as funções do corpo, estruturas do corpo, actividades e participação. Ele indica os aspectos positivos da interacção entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e os seus factores contextuais (ambientais e pessoais)”[350].

Aconselha-se o uso da CIF em complementação ao conceito da Convenção da ONU, não somente para conhecer o significado do termo “impedimento”, mas também porque o referido documento é um manual completo sobre a deficiência, demonstrando atenção com o enfoque biopsicossocial. De um lado é um documento que demonstra a preocupação com os *domínios da saúde*, que consistem em funções como ver, ouvir, falar, andar, etc. E por outro lado, trata-se de um documento que também foca nos *domínios relacionados com a saúde*, os quais podem ser ilustrados por áreas de funcionamento, como a educação, saúde, transporte, trabalho, interação social, etc.

Acompanhando esse binômio, a CIF apresenta-se dividida em duas partes:

1 – Funcionalidade e Deficiência (Incapacidade) – que se dividem em dois componentes: (a) corpo; e (b) atividades e participação;

2 – Fatores Contextuais – divididos em dois componentes: (c) fatores ambientais; e (d) fatores pessoais.

O componente (a) corpo divide-se em funções do corpo (funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, incluindo as funções psicológicas) e estruturas do corpo (são as partes anatómicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes). O componente (b) atividade e participação

[349] *Ibidem*. p. 186.
[350] *Idem.*

“cobre a faixa completa de domínios que indicam os aspectos da funcionalidade, tanto na perspectiva individual como social”[351].

Já o componente (c) fatores ambientais constitui o ambiente físico, social e atitudinal em que as pessoas vivem e conduzem sua vida. Esse componente interage com todos os componentes da funcionalidade e da incapacidade. Por fim, a CIF não leva em consideração, embora reconheça a existência, dos (d) fatores pessoais. Como estes possuem enorme grau de variação entre cada indivíduo, é impossível relacioná-lo com os demais componentes.

Assim, a CIF define que a funcionalidade constitui os aspectos positivos, das funções e estruturas do corpo, representadas pela integridade funcional e estrutural, bem como das atividades e participação. Ao passo que a deficiência (incapacidade) consiste nos aspectos negativos das funções e estruturas do corpo, representadas através de um impedimento (deficiência), bem como da limitação da atividade e restrição da participação.

Quanto aos aspectos positivos dos fatores ambientais, estes são classificados como facilitadores. De outro lado, os aspectos negativos dos fatores ambientais são classificados como barreiras. Mais adiante veremos o que a CIF entende por barreiras.

Portanto, a CIF apresenta os principais termos da Convenção da ONU: impedimento (deficiência) e barreiras, sem criar, contudo, uma relação de causalidade entre eles, como fazia a Classificação antecessora (CIDID). Ao contrário, a CIF reconhece que a etiologia da deficiência é uma questão complexa e plural, devendo ser analisada caso a caso, utilizando-se outros métodos científicos.

Embora os operadores do direito não devam fazer uso direto da CIF, que destina-se aos peritos sociais e profissionais da saúde, os quais deverão compor uma equipe multiprofissional responsável por uma análise multidisciplinar da deficiência, devemos estimular que aqueles primeiros pelo menos conheçam os termos e os domínios trabalhados pela Classificação em conjunto com a Convenção da ONU.

---

[351] *Ibidem.* p. 11

4.5.2 Distinção entre deficiência e doença.

Conforme alertamos anteriormente, deficiência e doença são coisas distintas e que, embora possam estar relacionadas em alguns casos específicos, não apresentam qualquer relação de dependência.

A CIF, ao trabalhar com os domínios da saúde acaba invariavelmente adentrado no campo das patologias, mas não adota nenhuma classificação sobre as doenças, preferindo orientar os seus utilizadores a recorrerem à CID-10. Nesse sentido, encontramos a seguinte advertência no texto da CIF:

> Nas classificações internacionais da OMS, os estados de saúde (doenças, perturbações, lesões, etc.) são classificados principalmente na CID-10 (abreviatura da Classificação Internacional de Doenças, Décima Revisão), que fornece uma estrutura de base etiológica. A funcionalidade e a incapacidade associados aos estados de saúde são classificados na CIF. Portanto, a CID-10 e a CIF são complementares, e os utilizadores são estimulados a usar em conjunto esses dois membros da família de classificações internacionais da OMS. A CID-10 proporciona um "diagnóstico" de doenças, perturbações ou outras condições de saúde, que é complementado pelas informações adicionais fornecidas pela CIF sobre funcionalidade. Em conjunto, as informações sobre o diagnóstico e sobre a funcionalidade, dão uma imagem mais ampla e mais significativa da saúde das pessoas ou da população, que pode ser utilizada em tomadas de decisão[352].

Note-se que a orientação é para que a CID-10, que trata sobre os diagnósticos e sintomas da deficiência seja complementada pela CIF. Isso porque é comum que uma deficiência acarrete impedimentos que prejudiquem a funcionalidade de uma pessoa. Esse fato revela um aspecto importante sobre a relação entre deficiência e doença, qual seja o de que muitas vezes uma doença pode ser a causa de uma deficiência.

Como é o caso, por exemplo, da poliomielite, que é uma doença infecciosa e que pode ocasionar paralisia dos membros[353]. Contudo, como bem adverte Ribas, passada a fase da doença, o indivíduo pode ou não permanecer com a deficiência, mas gozar de plena saúde[354].

---

[352] *Ibidem*. p. 8.
[353] RIBAS. João Baptista Cintra. *Op. cit*. p. 31
[354] *Ibidem*. p. 32

Outro caso relacionado, por exemplo, é das pessoas com diabetes tipo *mellitus*, que por conta da redução da capacidade de cicatrização, eventualmente necessitam ter os membros do corpo amputados. Nesse caso, o sintoma da doença ocasionou uma deficiência física. Ambas as situações convivem mutuamente. Além do mais, o paciente com diabetes, ainda que tenha a doença sob controle, possui uma restrição alimentar severa, o que lhe traz sérios prejuízos para se socializar[355].

Contudo, não se pode imaginar que uma pessoa que teve um membro amputado, por conta de acidente de carro, seja considerado doente. Isso demonstra que, embora a doença possa influenciar a deficiência, essas condições são distintas, visto que não há subordinação necessária entre elas.

Devemos considerar também o fato de que, ao contrário das doenças, que podem ser suscetíveis de cura, as deficiências jamais serão suscetíveis à "cura". As deficiências pode ser tratadas, para que seus impactos sejam amenizados ou revertidos, mas não há que se falar em cura uma vez que não há restrição da saúde. Nesse sentido, o Dicionário Ilustrado de Saúde define genericamente doença como "qualquer afastamento do quadro normal de saúde"[356].

Além do mais, a deficiência, conforme vimos no preâmbulo da Convenção da ONU, nasce da interação entre uma pessoa com impedimentos e as barreiras da sociedade. Logo, ao contrário da doença que requer, muitas vezes, a intervenção somente no paciente, a deficiência é sempre uma questão também social.

---

[355] É como explica o Anexo 4 da CIF, denominado de "Exemplos de Casos", ao descrever os casos em que o impedimento não acarreta problemas de capacidade (execução de tarefas em um ambiente padronizado - ideal), mas sim de desempenho (execução de tarefas em um ambiente habitual - real): "Uma criança diabética tem uma deficiência de função: o pâncreas não funciona adequadamente para produzir insulina. A diabetes pode ser controlada com medicação, denominada insulina. Quando as funções do corpo (níveis de insulina) estão sob controlo, não há limitações de capacidade associadas à deficiência. No entanto, a criança com diabetes tende a ter um problema de desempenho na sua vida social com amigos ou colegas, quando o acto de comer está em causa, já que ela deve limitar a ingestão de açúcar. A falta de comida apropriada poderá criar um barreira. Por isso, apesar de não ter nenhuma limitação de capacidade, a criança poderá ter uma dificuldade de integração nesse meio ambiente, excepto se forem tomadas medidas para garantir o fornecimento de alimentação adequada". (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde*. Tradução e revisão de Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004. p. 211)

[356] SILVA, Carlos Roberto Lyra da; SILVA, Roberto Carlos Lyra da; VIANA, Dirce Laplaca. *Compacto Dicionário Ilustrado de Saúde*. São Paulo: 2006. p. 246.

Existe ainda o caso das pessoas com Síndrome de Down, as quais por muitos anos foram, e ainda são, reconhecidas como doentes mentais. Na realidade, a Síndrome de Down pode estar relacionada a algumas doenças e problemas de saúde, entre eles o déficit cognitivo, a apneia do sono, cardiopatia e cataratas. Mas, essas pessoas podem também gozar de plena saúde. Os movimentos sociais desse grupo lutam constantemente para que lhes retirem a adjetivação de doentes mentais.

Contudo, o fato das pessoas com Síndrome de Down gozarem de plena saúde não lhes retira o direito de concorrerem às vagas reservadas em concursos públicos, pois mesmo que não haja qualquer comprometimento de suas funções dos sistemas do corpo, ainda assim o estigma da aparência permanece presente, não no indivíduo, mas na sociedade que não aceita o diferente.

Outro exemplo é o das pessoas com HIV, que hospedam um vírus que lhes afeta a capacidade de imunidade, o que pode inclusive ocasionar uma série de outras doenças fatais. Essas pessoas podem, por conta da doença, apresentar diversas deficiências físicas, muitas vezes necessitando inclusive do auxílio de cadeiras de rodas. Mas, em outras ocasiões, podem controlar e conviver com a doença sem que ela afete a sua funcionalidade. De toda forma, o estigma permanecerá.

Nesse sentido, manifestou-se a "*Persons with Disabilities Australia*" (*PWDA*), que ao participar das reuniões que elaboraram o texto da Convenção da ONU defendeu uma definição ampla de pessoa com deficiência, de modo a garantir que os direitos previstos naquele tratado se estendessem para a proteção de pessoas com impedimentos ocasionados por doenças ou pessoas com dores constantes, como é a fibromialgia. É como relata Marianne Schulze:

> *PDWA had argued for a broad definition to ensure that persons who sustain impairments due to illness – such as HIV/AIDS – be protected by the Convention. Note also that persons in continuous pain are safeguarded by the CRPD.*[357]

Note-se, portanto, que doença e deficiência, embora sejam coisas distintas, muitas vezes possuem o mesmo contexto social de exclusão, razão

[357] *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*: *a handbook on the human rights of persons with disabilities*. Nova York: *Handcap International*, 2010. p. 38

pela qual algumas delas, entre as quais as apontadas aqui, merecem a proteção legal contra a discriminação no trabalho.

Isso serve para demonstrar que, grande parte da discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência, recai sob a chaga de serem adjetivadas como doentes, ao passo que, da mesma forma, as pessoas que possuem certos tipos de doenças (especialmente doenças mentais, crônicas, degenerativas ou infecciosas) sofrem com os mesmo tipos de estigmas e estenótipos que as pessoas com deficiência.

Por essa razão, é importante que se destaque a diferença entre esses dois aspectos (doença e deficiência), especialmente para evitar o acirramento de preconceitos, mas também relacioná-los de forma a possibilitar que se verifique as similitudes decorrentes das diversas barreiras que se impõem aos dois grupos. Nesse sentido, vemos novamente sobressaltar o modelo biopsicossocial da deficiência, através do reconhecimento de que, tanto os aspectos clínicos, mas principalmente os aspectos sociais, são fundamentais de serem considerados para o tratamento igualitário.

Dessa forma, é importante observamos, para definir os destinatários da reserva de vagas, aquelas pessoas com doenças que são ao mesmo tempo potencialmente discriminadas e com baixa probabilidade de cura (ou incuráveis) a curto prazo (como o HIV, a Hanseníase, a Hepatite C, doenças de pele, etc).

4.5.3 O significado da expressão “longo prazo”.

Um dos aspectos mais controversos do conceito de pessoa com deficiência constante na Convenção da ONU diz respeito à questão temporal do impedimento. O texto da convenção traz a exigência de que o impedimento seja de longo prazo, não fazendo maiores dilações sobre o que se entenderia por esse termo.

Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro inovou a respeito do tema, por meio da já referida Lei nº 12.435/11 que alterou o § 1º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e versa sobre o Benefício de Prestação Continuada. Segundo o inciso II, § 2º, do Artigo 20 desta lei: “(...) impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a

pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos".

Nesse particular, embora acreditemos que o prazo de 2 anos seja lapso temporal suficiente para a configuração de um impedimento que acarrete prejuízos consideráveis na vida de um indivíduo, julgamos que o estabelecimento de um prazo legalmente pré-determinado para regular esse aspecto poderia acarretar os mesmo prejuízos já observados quando da análise do conceito fechado de deficiência previsto no Decreto nº 3.298/99.

Melhor seria que o aspecto temporal, assim como o restante do conceito, se mantivessem abertos para análise caso a caso. Obviamente que não estariam sujeitos à discricionariedade de quem coubesse a decisão. Ao contrário, podemos encontrar outras normas capazes de nos auxiliar nessa tarefa.

É o caso por exemplo da Convenção Interamericana, que adotou como marco temporal para a deficiência aquelas que se apresentem em caráter permanente ou transitório. A convenção da ONU não revoga a Convenção interamericana. Dessa forma, podemos interpretar que o termo longo prazo engloba tanto as deficiências permanentes, como também as deficiências transitórias. Ademais, o inciso II do artigo 3º do Decreto nº 3.298/99 também define o que se entende por deficiência permanente, trazendo mais um argumento para a interpretação da Convenção da ONU, de forma a evitar que se caia no relativismo.

Assim, tendo definido que o termo longo prazo engloba tanto as deficiências permanentes, as quais já encontram-se reguladas, como as deficiências transitórias, resta apenas definir como identificar estas últimas.

Importante destacar aqui, que o termo "transitório" não é antônimo de "longo prazo", como pode parecer à primeira vista. O termo "transitório" refere-se somente ao aspecto passageiro do impedimento, podendo esta ser de longo ou curto prazo. Uma impedimento físico decorrente de um Acidente Vascular Cerebral (AVC) pode ser transitório, visto que reversível muitas vezes mediante sessões de fisioterapia, mas pelo tempo de espera pela recuperação dos órgãos afetados esse impedimento pode ser considerado de longo prazo.

Assim, o que se opõe ao termo longo prazo é a expressão curto prazo.

A definição de impedimento transitório de curto prazo é fundamental para conhecermos quais pessoas terão direito às vagas reservadas. Isso porque, caso o impedimento não se estenda por um lapso de tempo suficientemente acentuado, de modo a não trazer prejuízos para a vida da pessoa, não se deveria garantir à ela o benefício do sistema de cotas. Caso o impedimento seja ligeiramente transitório, ou seja, de curto prazo, bastaria que a pessoa aguardasse a reversibilidade do impedimento para que pudesse então buscar um emprego em condições de igualdade. Entendemos que o impedimento de curto prazo é aquele que se estende por apenas alguns poucos meses ou semanas.

Vale lembrar que as pessoas nessas condições já contam com o apoio da previdência social para não ficarem desamparadas durante o período em que se recuperam do impedimento. É o caso de uma pessoa que fraturou alguma estrutura do corpo durante um acidente de trabalho, por exemplo, e que encontra dificuldades de locomoção e para trabalhar. Essa pessoa, por não apresentar um impedimento de longo prazo não poderá ser reconhecida como pessoa com deficiência, mas tão somente como pessoa com mobilidade reduzida para alguns fins (como atendimento prioritário em agências bancárias, por exemplo).

De outro lado, há impedimentos que, embora transitórios, tornam-se fatores prejudiciais e de discriminação no trabalho. É o caso, por exemplo, de pessoas com esclerose múltipla, depressão profunda, síndrome do pânico, cardiopatia, deficiência renal, transtorno bipolar, entre outras doenças ou deficiências que, se tratadas, são reversíveis. Nesses casos, as deficiências podem ser temporárias, mas ainda assim imprevisíveis quanto ao tempo para sua reversibilidade.

Nesse sentido, é importante termos em mente que, ainda que o impedimento da pessoa seja transitório, e que ainda não tenha alcançado os dois anos previstos na lei, não seria justo que a pessoa aguardasse o cumprimento desse lapso temporal sendo excluído de ingressa no mercado de trabalho por falta de uma política inclusiva. Os indivíduos possuem necessidades básicas imediatas, as quais não podem aguardar o decurso do tempo sob pena de violação a sua dignidade. Dessa forma, caso o candidato apresente um

impedimento transitório, mas de provável longo prazo, deve ele concorrer às vagas reservadas.

Não obstante os impedimentos de curto prazo, que são previsíveis de recuperação em poucos meses ou semanas, a aferição da condição de pessoa com deficiência deve ser feita com base no momento presente e na projeção a longo prazo, levando-se em conta que, no ato da tentativa de acesso ao mercado de trabalho, a existência de impedimento em comunhão com algumas barreiras provavelmente obstará o ingresso do candidato no posto de trabalho pretendido.

4.5.4 Descobrindo as barreiras no trabalho.

As barreiras são o segundo elemento que, ao interagirem com os impedimentos de longo prazo, ocasionam a exclusão social e permitem que possamos reconhecer as pessoas com deficiência. Elas podem ser descritas, de maneira ampla, como todo e qualquer obstáculo ambiental e social que impede as pessoas com deficiência de acessarem os bens disponíveis à todas as demais pessoas em condições de igualdade.

Nesse sentido, a CIF define que as barreiras são:

> (...) fatores ambientais que, através da sua ausência ou presença, limitam a funcionalidade e provocam deficiência (incapacidade). Estes fatores incluem aspectos como um ambiente físico inacessível, falta de tecnologia de assistência apropriada, atitudes negativas das pessoas em relação à incapacidade, bem como serviços, sistemas e políticas inexistentes ou que dificultam o envolvimento de todas as pessoas com uma condição de saúde em todas as áreas da vida.[358]

Para a CIF, as barreiras são os aspectos negativos, os entraves para o pleno acesso das pessoas com deficiência aos recursos fundamentais. Note-se que essas limitações ambientais e sociais se apresentam sob uma gama de formas distintas. Dessa forma, podemos identificar concretamente a existência de uma série de barreiras específicas que, de uma forma ou de outra, podem ser consideradas como barreiras ambientais e sociais.

---

[358] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde*. Tradução e revisão de Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004. p. 188.

Conforme já mencionamos anteriormente, não existe um rol exaustivo das barreiras sociais e ambientais, devendo os operadores da norma identificarem, caso a caso, quais são as barreiras que estão impossibilitando ou dificultando o acesso da pessoa com deficiência à um determinado recurso fundamental. A seguir veremos algumas barreiras comuns no acesso ao mercado de trabalho, mas que não excluem a existência de outras. Assim, acreditamos ser possível identificar especificamente as barreiras que impedem as pessoas com deficiência de acessarem o mercado de trabalho. Essas barreiras no mercado de trabalho podem ser iguais, semelhantes ou diferentes às barreiras encontradas no acesso a outros recursos fundamentais.

Se as barreiras são obstáculos para o acesso aos recursos fundamentais, o que se opõe a elas são as medidas de acessibilidade[359]. Nesse sentido, Sassaki identifica a existência de seis dimensões de acessibilidade, para as quais se opõem seis dimensões de barreiras distintas. Dessa forma, podemos apontar as seguintes barreiras: atitudinais, arquitetônicas, comunicacionais, metodológicas, instrumentais e programáticas[360].

Nessa esteira, Sassaki descreve que o ambiente de trabalho inclusivo deve identificar e eliminar as barreiras:

Arquitetônicas, que constituem barreiras ambientais físicas, no interior e no entorno de escritórios e fábricas e nos meios de transporte coletivo utilizados pelas empresas para seus funcionários". **Comunicacionais**, que são barreiras "na comunicação interpessoal (face a face, línguas de sinais, linguagem corporal, linguagem gestual, etc.), na comunicação escrita (...textos em braile, textos com letras ampliadas para quem tem baixa visão...) e na comunicação virtual (acessibilidade digital)". **Metodológicas**, que são barreiras "nos métodos e nas técnicas de trabalho (treinamento e desenvolvimento de

---

[359] Nesse sentido, a ONU ressalta a importância do princípio da acessibilidade disposto na alínea "f", do artigo 3º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao afirmar que: *"The principle of accessibility aims to dismantle the barriers that hinder the enjoyment of rights by persons with disabilities. The issue concerns not just physical access to places, but also access to information, technologies, such as the Internet, communication, and economic and social life. The provision of ramps, sufficiently large and unblocked corridors and doors, the placement of door handles, the availability of information in Braille and easy-to-read formats, the use of sign interpretation/interpreters, and the availability of assistance and support can ensure that a person with a disability has access to a workplace, a place of entertainment, a voting booth, transport, a court of law, etc."* (*From Exclusion to Equality: realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parlamentarians,* n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007. p. 17.

[360] *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010. p. 67-68.

recursos humanos, execução de tarefas, ergonomia, novo conceito de fluxograma, empoderamento, etc.)". **Instrumentais**, caracterizadas como barreiras "nos instrumentos e utensílios de trabalho (ferramentas, máquinas, equipamentos, lápis, caneta, teclado de computador, etc.)". **Programáticas**, que constituem "barreiras invisíveis embutidas em políticas (leis, decretos, portarias, resoluções, ordens de serviço, regulamentos, etc.)"[361].

Sem prejuízo dessas e de outras barreiras, daremos especial importância às barreiras atitudinais, por entender que elas são fontes de outras barreiras.

As **barreiras atitudinais** constituem-se em atitudes negativas traduzidas por meio de práticas discriminatórias, que têm origem em fenômenos como o preconceito[362], o estigma e o estereótipo.

O preconceito é definido por Egídia Maria de Almeida Aiexe como "o primeiro ingrediente na fórmula da discriminação"[363], sentenciado que:

> Tem sido entendido como um sentimento ou uma emoção negativos de um ou mais indivíduos, algo ou alguém *a priori*, ou seja, antes de conhecer. Mas o preconceito vai além de uma simples questão de emoções e sentimentos: ele é fruto dos valores e crenças que uma pessoa adquire, no seu processo de formação, e pode carregar ao longo da vida. (...) O preconceito expressa um olhar de condenação, de censura ou de rejeição por algo que componha o ser, as características intrínsecas ou extrínsecas, ou uma conduta de outrem. Pressupõe julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação.[364]

Nesse sentido, o preconceito existente em face das pessoas com deficiência se deve ao fato desse grupo possuir características que são negativamente avaliadas pelo restante da sociedade (como a falta de visão, aparência diferenciada, ou ausência de um membro do corpo), e com base em adjetivações que generalizam um comportamento ou resumem o indivíduo a um aspecto que não é necessariamente verdadeiro (como o fato de acreditar que são pessoas incapazes, invalidas, que necessitam de assistência e cuidados constantes, etc.).

---

[361] *Idem*.

[362] Brito Filho, citando os ensinamentos de Aroldo Rodrigues, esclarece que o preconceito é um tema estudado pela Psicologia, em especial pela Psicologia Social, como um fenômeno da categoria denominada de "percepção de pessoa". (*Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 37).

[363] *Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação*. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.) et. al. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 184.

[364] *Idem*.

Esses dois elementos constituintes do preconceito, a avaliação negativa de uma caraterística pessoal e a generalização de comportamentos que nem sempre correspondem à realidade de todo o grupo, são denominados de estigma e estereótipo, respectivamente.

É como compreendem Hastorf, Schneider e Polefka, citados por Brito Filho, ao definirem que o estigma em face das pessoas com deficiência se deve pela existência de uma "característica negativamente avaliada por grande número de pessoas", podendo ser ela um "defeito físico, incapacidade ou doença mental"[365].

Logo, o estigma é uma construção cultural de uma determinada sociedade, embora seja imputada como uma marca própria do grupo estigmatizado. A estigmatização de um grupo específico, que possui características pessoais peculiares, como são as pessoas com deficiência, importa na sua segregação, e na divisão da sociedade em dois extremos. Criam-se assim dois grupos distintos: de um lado os diferentes ou anormais, que possuem atributos que fogem à regra ou ao padrão de normalidade, e do outro lado os indivíduos comuns ou normais, que possuem características "iguais" ao padrão homogeneizante do restante da sociedade. A esse respeito, Ribas sentencia que:

> Isto é o estigma. Toda pessoa considerada fora das normas e das regras estabelecidas é uma pessoa estigmatizada. Na realidade, é importante perceber que o estigma não está na pessoa ou, neste caso, na deficiência que ela possa apresentar. Em sentido inverso, são os valores culturais estabelecidos que permitem identificar quais são as pessoas estigmatizadas. Uma pessoa traz em si o estigma social da deficiência. Contudo, é estigmatizada porque se estabeleceu que ela possui no corpo uma marca que a distingue pejorativamente das outras pessoas. Porque a nossa sociedade divide-se estruturalmente em classes sociais, aqueles considerados "iguais" colocam-se num polo da sociedade e aqueles considerados "diferentes" colocam-se no outro polo.[366]

Nesse mesmo sentido, Erving Goffman, ao apontar entre outros dois fatores de estigmatização, destaca a que se dá especificamente em face das chamadas "abominações do corpo", como as "várias deformidades físicas"[367].

---

[365] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 38-39.

[366] *O que são pessoas deficientes*. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 16-17.

[367] O autor aponta ainda outras duas formas de estigma, quais sejam: (i) as "culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade" que podem ser ilustradas por situações de "distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento

Para o autor, com base na divisão social entre “normais” e “anormais”, é possível identificar o comportamento do grupo dominante que estigmatiza os demais, o qual passa a adotar e difundir termos e expressões que reforçam o sentido do estigma e justificam a noção de que o indivíduo estigmatizado não é um ser humano completo. Diz Goffman que:

> As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construímos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu significado original.[368]

A adoção desses termos ou expressões com a intenção de generalizar um comportamento ou característica, seja ela verdadeira ou não, mas que buscam no fundo justificar o estigma e a condição de sub-humano do indivíduo estigmatizado, pode ser descrita como um estereótipo. No meio ambiente do trabalho o estereótipo é identificado quando a pessoa com deficiência, sem prévio conhecimento sobre suas capacidades, é julgada como incapaz, inábil, inválida, improdutiva, entre outros adjetivos.

O estigma e o estereótipo são elementos geralmente presentes na formação de um preconceito. Importante esclarecer que, conforme lição de Brito Filho, a discriminação pode ser descrita como a exteriorização do preconceito, sendo somente aquela primeira juridicamente vedada. Explica o autor que: “(...) o preconceito, embora condenável, não atenta contra direitos subjetivos, salvo quando se exterioriza, em forma de discriminação – e aqui em qualquer forma ou grau”[369].

---

político radical”; (*ii*) e os “estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família”. (*Estigmas*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª ed. Tradução de Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988. p. 14.)

[368] *Ibidem*. p. 15

[369] *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 40.

Em que pese as barreiras atitudinais sejam uma das formas mais graves de discriminação, uma vez que nem sempre são facilmente percebidas, podendo se manifestar de forma velada, todas as demais barreiras que exporemos a seguir constituem em si uma forma de discriminação. É dizer que a existência de um barreira atitudinal, calcada no preconceito, no estigma e em estereótipos, implica no acirramento de outras barreiras, que representam também formas de discriminação. É como observa Raiol, ao relacionar o estigma, presente nas barreiras atitudinais, às barreiras arquitetônicas:

> Consequentemente esses estigmas são expressos por meio de posturas que fazem com que, por exemplo, o calçamento seja desnivelado e obrigue um cadeirante a disputar, arriscadamente, o leito carroçável com veículos automotores, e os elevadores e os ônibus não lhes ofereçam acesso, bem como as escadas sejam íngremes e sem corrimãos.[370]

Complementando a ideia do autor, podemos afirmar que as barreiras atitudinais geralmente são a causa de uma outra barreira. É por culpa do preconceito que os empregadores acreditam que adequar o ambiente de trabalho para receber as pessoas com deficiência constituem gastos que não compensam sob a ótica do lucro. É por conta do preconceito que os empregadores acreditam que não devem investir recursos financeiros e adquirir ferramentas de trabalho acessíveis às pessoas com deficiência. Também é por preconceito que não se estimula a comunicação entre pessoas com deficiência e os colegas de trabalho, conscientizando-os de que a deficiência não implica em incapacidade produtiva.

Nesse sentido, além das Convenções da OIT já referidas anteriormente (nº 111 e 159), e a Convenção da Guatemala, devemos trazer a lume também a definição de discriminação por motivo de deficiência prevista no artigo 2º da Convenção da ONU:

> 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

[370] *Os Direitos Humanos de Acessibilidade e Locomoção das Pessoas com Necessidades Especiais: a realidade paraense, com ênfase em Belém – PA*. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2008. p. 49.

> todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Dessa forma, com atenção naquilo que a Convenção da ONU define como discriminação, reforçamos a ideia que sustentamos linhas atrás. Ou seja, a ideia de que qualquer barreira imposta contra o pleno acesso das pessoas com deficiência aos bens disponíveis na sociedade constitui uma forma de discriminação.

Isso reforça também a ideia de que a deficiência é um produto das discriminação e das barreiras ambientais e sociais, uma vez que, eliminando-se essas e outras barreiras, os impedimentos não constituirão, sozinhos, a razões da exclusão social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a histórica e atual situação de discriminação que estão sujeitas as pessoas com deficiência, o surgimento dos direitos humanos representou um importante avanço político e jurídico para a realização das condições de vida digna desse grupo vulnerável. Com o advento das primeiras declarações positivadas de direitos humanos (Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos Internacionais de 1966), todos os seres humanos, inclusive aqueles com deficiência, passaram a ter reconhecidas a sua dignidade, e os direitos a serem livres e tratados de forma igual.

Esta igualdade exigiu por parte dos Estados Soberanos e das principais organizações internacionais a adoção de tratados e declarações dos direitos humanos específicos das pessoas com deficiência, reconhecendo-as não só como detentoras dos direitos universais anteriormente conferidos, mas também como detentoras de direitos específicos que pudessem atender suas demandas particulares. Nessa esteira, três Convenções internacionais assumem grande relevância para a afirmação e promoção dos direitos humanos desse grupo: a Convenção nº 159 da OIT (1983), a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) da OEA, e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2006).

Essas três convenções constituem a base para a promoção do direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Esses documentos internacionais preveem e registram o compromisso dos Estados signatários em promover a inclusão social das pessoas com deficiência por meio do ingresso no mercado de trabalho. Consideramos que esse compromisso, uma vez assumido pelo Brasil, é politicamente vinculante, devendo o Estado direcionar seus esforços para a concretização desse objetivo.

Ademais, o Estado brasileiro não só assume esse dever através de sua anuência e ratificação em tratados internacionais de direitos humanos, mas também o faz ao prever expressamente em sua Constituição política e normativa o dever de cumprir certas metas compatíveis com os ideais de justiça distributiva. De qualquer lado que se analise a questão, a promoção da igualdade e da

inclusão social não se colocam para o Estado como faculdades, mas sim como uma obrigações, das quais não pode se escusar.

Nesse sentido, as ações afirmativas são instrumentos valiosos na busca da igualdade real e no combate à discriminação. Por meio dessas medidas, como o sistema de cotas, podemos acelerar e estimular o processo de inclusão social por meio do acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho. Essas políticas públicas devem ser implementadas de modo a cumprir com seus objetivos, respeitando os critérios de validade: justiça, compatibilidade e eficiência[371]. Para que esses critérios de validade, especialmente a justiça e a eficiência, sejam cumpridos, garantindo o sucesso e uma avaliação social positiva dessas políticas, é necessário que se tenha ideia de quem são os destinatários dessa política pública.

Diferentemente do que ocorre com outros sujeitos destinatários de ações afirmativas, que podem se autodeterminar como pertencentes ao grupo vulnerável protegido, como é o caso das cotas étnicas e raciais, para as pessoas com deficiência optou-se em estabelecer um conceito normativo, disposto pela legislação. Nesse sentido, analisamos os principais conceitos normativos que fazem ou fizeram parte do nosso sistema jurídico, apresentando as suas vantagens e desvantagens. Esse fato torna ainda mais relevante a necessidade de identificar os indivíduos beneficiados pela política pública em questão.

Dentro desse contexto, para fins comparativos, destacamos dois conceitos em especial: o conceito disposto no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99; e o moderno conceito desenvolvido pela Convenção da ONU. O primeiro deles é considerado como um conceito restrito e fechado, na medida em que foi interpretado como prescrevendo um rol exaustivo dos beneficiários do sistema de cotas. Já o segundo é considerado um conceito aberto e abrangente, considerando-se o fato de que não detalha exaustivamente as hipóteses da deficiência, mas ao contrário apenas utiliza termos abstratos e gerais.

Não obstante as bases legais já existentes, notamos que determinar a pessoa com deficiência que deve ser destinatária do direito à reserva de vagas é uma tarefa bastante complexa, e que enseja o conhecimento e a reflexão sobre dois pontos fundamentais, sendo eles:

---

[371] BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 68-76

(*i*) Os princípios morais e exigências de justiça distributiva, os objetivos das ações afirmativas, e os princípios jurídicos que reivindicam a adoção dessas medidas;

(*ii*) Os paradigmas que norteiam os direitos das pessoas com deficiência, quais sejam: o modelo médico, o modelo social, e o modelo biopsicossocial da deficiência; e o sistemas de integração e inclusão social.

Com base nesses pontos acima descritos, que foram explorados ao longo da pesquisa, é possível desenvolver algumas reflexões e conclusões sobre as questões e as hipóteses levantadas ao início deste estudo.

Ao determinarmos quem serão as pessoas com deficiência incluídas no mercado de trabalho por meio do sistema de cotas, é imprescindível primeiro que tenhamos em mente a fundamentação moral dessas políticas públicas, com base em argumentos de justiça distributiva. Nesse sentido, devemos levar em consideração que, ao contrário da visão meritocrática de justiça distributiva, que advoga em favor da tese de que a distribuição dos benefícios e encargos advindos da cooperação social deve levar em consideração o mérito em alguma medida, a moderna noção de justiça distributiva considera que todos os indivíduos são igualmente dignos e merecedores dos bens disponíveis, e que qualquer distribuição que se disponha a ser justa deve levar em conta as necessidades básicas de cada pessoa.

Dessa forma, qualquer conceituação de pessoa com deficiência que busque corresponder ao sentido moderno de justiça distributiva, deve sempre levar em consideração que as pessoas, embora naturalmente diferentes, são necessariamente possuidoras dos mesmos direitos, não no sentido formal da igualdade, mas sim no sentido material. Com base nisso, o ideal de justiça distributiva liberal deve levar em consideração as necessidades específicas de todas as pessoas com deficiência, de modo que elas, sem distinções, devam ter suas necessidades mais essenciais supridas com alguma parcela dos bens disponíveis.

A necessidade, nesse sentido, não deve ser medida com base no bem estar, mas sim nos recursos fundamentais para a preservação de sua dignidade, como é o trabalho. Assim, as ações afirmativas buscam corrigir de alguma forma as desigualdades entre os indivíduos quando da conversão de seus recursos em bem estar. Sabendo que alguns desses indivíduos, como as pessoas com

deficiência, possuem uma relevante desvantagem nessa conversão, é importante que a elas sejam garantidos mecanismos de redistribuição dos recursos, sendo esse o caso das ações afirmativas.

Ao analisar os conceitos selecionados, podemos observar que o conceito disposto no Decreto nº 3.298/99 não cumpre com o ideal de justiça distributiva, visto que exclui do benefício uma série de outras pessoas com deficiências que possuem necessidades decorrentes da desvantagem na conversão de seus recursos iniciais em bem estar. Assim, o conceito de pessoa com deficiência para fins de distribuição dos recursos fundamentais deve levar em conta a desvantagem nessa conversão, ocasionada por uma deficiência.

Ao contrário, o conceito da Convenção da ONU é mais abrangente e inclusivo, não restringindo a distribuição dos recursos fundamentais somente à algumas deficiências. Nota-se que esse conceito, na realidade, focaliza especialmente nas necessidades das diversas pessoas com deficiência que, por conta de seus impedimentos (físicos, sensoriais, mentais ou intelectuais), em interação com as barreiras sociais (que podem ser interpretadas como obstáculos na conversão dos recursos em bem estar), acabam sendo excluídas socialmente.

Essa leitura mais abrangente das exigências de justiça distributiva revela a finalidade das ações afirmativas, enquanto mecanismo de redistribuição dos recursos fundamentais. Busca-se, por meio dessas medidas, a inclusão social de grupos vulneráveis. Logo, a vulnerabilidade é um dos elementos fundamentais para definir quem são as pessoas com deficiência que devem ser abrangidas pelo sistema de cotas.

O conceito normativo previsto no Decreto nº 3.298/99 falha também nesse aspecto, uma vez que restringe o número de pessoa com deficiência que possuem uma vulnerabilidade, além do fato de determinar essa vulnerabilidade com base exclusivamente nas capacidades funcionais individuais, sem levar em consideração as vulnerabilidade sociais que decorrem das barreias ambientais e sociais.

Acerca desse aspecto, o conceito da Convenção da ONU é mais sensível as vulnerabilidades das pessoas com deficiência, ao reconhecer que elas tem origem não só com a simples existência de um impedimento de

natureza física, sensorial, mental ou intelectual, mas que também surgem pela interação dessas com as barreiras existentes na sociedade.

Com base nessas impressões sobre a restrição do Decreto nº 3.298/99 e as pessoas abarcadas pelo sistema de cotas nele referidas, podemos questionar se esse conceito não se revela de matiz utilitarista. Na medida em que busca distribuir os bens apenas para parte do grupo de pessoas com deficiência, é possível imaginarmos que almeja alcançar a maior soma possível de satisfação desse grupo, olvidando a proteção fundada na justiça universal. Dúvida semelhante é a suscitada por Araújo, ao questionar se o caráter restritivo do Decreto em questão não estaria relacionado à previsão do benefício do salário mínimo previsto no inciso V, do artigo 203 da Constituição Federal, o que diminuiria os custos da assistência social[372], e alcançando a soma máxima de satisfação sem levar em conta as necessidades de todos os indivíduos com essa característica.

Não se pode admitir jamais que o Estado opte por beneficiar somente uma parte de um grupo vulnerável, deixando o restante dele à mercê da própria sorte. O ideal abstrato da igualdade, conforme enunciado por Dworkin, qual seja o direito do cidadão de ser tratado com igual respeito e consideração, requer que todo indivíduo, independente dos cálculos do bem estar médio da comunidade, tenham suas demandas básicas respeitadas. Nesse ponto, a Convenção da ONU se amolda ao ideal igualitário defendido pelos autores do liberalismo político referidos nesta obra, na medida em que permite uma leitura universal do conceito descrito em seu artigo 1º.

O fato de o Decreto nº 3.298/99 trazer um conceito restritivo também nos remete à outro aspecto da igualdade que mitiga o reconhecimento da proteção universal. Trata-se do sistema de integração social, o qual confere o tratamento igualitário pleno somente às pessoas com deficiência que poderem se relacionar segundo uma avaliação discriminatória. Como vimos, o sistema de integração social não reconhece que todas as pessoas com deficiência possuem o direito a gozar do pleno convívio social e, por conseguinte, dos demais direitos.

---

[372] *A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para a efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003*. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando Direitos*: 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 418.

Essa inserção fica restrita somente àquelas pessoas com deficiência que, por encontrarem-se habilitadas, reabilitadas ou de alguma forma conseguirem superar sozinhas as barreias da sociedade, terão acesso a uma “vida normal”.

Podemos considerar a possibilidade de o artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 trazer apenas o rol de pessoas com deficiências que, *a priori*, estão aptas para o convívio social, excluindo por exemplo outras formas de deficiência que deveriam ser primeiro alvo de tratamento clínico, para após serem inseridas na vida em comunidade. Ao contrário disso, o conceito da Convenção da ONU é mais inclusivo, respeitando o paradigma da inclusão social na medida em que possibilita que todas as pessoas com alguma deficiência sejam protegidas pelas políticas do Estado. É importante que o operador da norma reconheça a diferença entre esses dois paradigmas da interação social e possa relaciona-los com as diversas normas e políticas de inclusão das pessoa com deficiência.

Outra distinção importante, e que possui conexão com os sistemas de integração e inclusão social, diz respeito aos modelos de tratamento da deficiência. Com base nesses diferentes modelos é possível lançar algumas reflexões sobre quem deve ser considerado pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas no mercado de trabalho.

O modelo médico da deficiência, que representou a base de tratamento da deficiência durante longas décadas, justifica a adoção de um conceito de deficiência que esteja baseado única e exclusivamente nas condições clinicas e nos prejuízos à funcionalidade do indivíduo, ou seja, os prejuízos que a deficiência acarreta para o funcionamento dos sistemas orgânicos, das estruturas do corpo, e aquilo que o indivíduo deixa de realizar por conta dessas limitações. Com base nesse modelo é possível determinar a pessoa com deficiência de forma particular, isolando-se o paciente do ambiente, e determinando quais são os sintomas e os prejuízos que a deficiência gera para aquele corpo.

Esta é a lógica do conceito trazido pelo Decreto nº 3.298/99, que ignora o fato de que pouco importa para as políticas públicas de inclusão social as condições e manifestações clínicas da deficiência no corpo humano, se essas não sofrerem qualquer forma de discriminação por parte da sociedade, quer através da imposição ou inércia na remoção de barreiras físicas, quer na perpetuação das barreiras atitudinais, por exemplo.

Ao contrário do modelo médico, o modelo social foca especialmente na consequência da deficiência. Não a consequência da deficiência para o corpo biológico, mas na consequência para o ser social. Em outras palavras, para o modelo social da deficiência é possível identificar as pessoas com deficiência observando se elas são excluídas socialmente.

Já o modelo biopsicossocial representa a conjugação desses dois modelos anteriores, reconhecendo a importância da análise da deficiência sob o viés biológico, ao mesmo tempo em que relaciona a questão médica às barreiras encontradas na sociedade, tais como a falta de acessibilidade física, de ferramentas e tecnologias assistivas, a existência do preconceito, entre outros entraves, que representam situações de discriminação. O resultado dessa interação é a exclusão social.

Este modelo é observado no conceito da Convenção da ONU, ao subordinar o reconhecimento da pessoa com deficiência a existência de dois elementos: impedimentos de natureza física, sensorial mental ou intelectual e das barreiras ambientais e sociais; os quais gerem como efeito a exclusão social.

Feitas essas considerações, é possível apontar para a seguinte conclusão: na análise de quem possui direito as vagas reservadas às pessoas com deficiência é imperioso que se observe tanto a natureza e a gravidade do impedimento, bem como o contexto social no qual a pessoa com essa característica está inserida. Não é possível que se estabeleça a pessoa detentora do direito a inclusão social, sem que antes se constate que ela sofre com o sistema inverso, a exclusão social.

É dito, contudo, que o conceito do Decreto nº 3.298/99, embora seja restrito e, portanto, injusto e pouco eficiente, é melhor assimilado pelos seus operadores e de mais fácil interpretação. Ao passo que o conceito da Convenção da ONU, não obstante seja um conceito inclusivo e justo, padece de falta de clareza, ou melhor dizendo, apresenta vagueza na linguagem empregada, o que contribui para sua ineficiência e propicia a insegurança jurídica.

Não é possível, sob nenhum aspecto, admitir que por um compromisso com a objetividade deixemos de promover os fins sociais das ações afirmativas. Deve-se preferir sempre a norma que seja mais justa e a que possui maior potencial inclusivo e de cumprir com o objetivo precípuo das ações afirmativas, qual seja a inclusão social de pessoas vulnerabilizadas.

Ainda assim, defendemos a tese de que é possível encontrar o sentido da norma disposta no artigo 1º da Convenção da ONU sob à luz de alguns critérios: primeiramente observando-se os argumentos até aqui apresentados ("o que requer a moderna concepção de justiça distributiva?" e "no que consistem os paradigmas dos direitos das pessoas com deficiência?"), que poderiam ser compreendidos como argumentos morais a favor da inclusão social de outras pessoas com deficiências menos comuns, e em seguida observando o histórico institucional e os princípios jurídicos consagrados em nosso sistema jurídico. Podemos observar que, esses dois aspectos a serem consideramos fazem parte de um mesmo ideal de justiça, o qual retratamos linhas atrás.

Como princípios normativos expressamente consagrados no direito vigente, e que corroboram a tese de que um conceito de pessoa com deficiência amplo poderia ser interpretado à luz da concepção de justiça distributiva liberal, podemos citar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º de nossa constituição, especialmente os incisos I, III e IV. Ademais, é importante destacar que esses objetivos, juntamente com os princípios da igualdade, dignidade humana e cidadania, demandam a o reconhecimento de que todas as pessoas com deficiência, e não somente aquelas descritas no Decreto nº 3.298/99 são igualmente detentoras do direito às vagas reservadas no mercado de trabalho.

Afinal, como promover o bem de todos, se é incluído somente parte de um grupo notadamente vulnerável, olvidando outros? Como erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais se, ao implementar uma política pública com esse fulcro, acabam sendo criadas novas desigualdades, agora intergrupo, e se continua a permitir a marginalização de pessoas com deficiência que estão alheias à proteção do Estado? Simplesmente não é possível alcançar esses objetivos, sem que se opte em promover uma proteção ampla, inclusiva de todas as pessoas com alguma deficiência.

Assim também como o compromisso de construir uma sociedade livre, justa e solidária só é realizável quando identificamos os indivíduos que possuem seus direitos violados por conta de uma deficiência. A necessidade de se preservar a dignidade humana, como razão última dos direitos fundamentais, e também o reconhecimento da cidadania de todos os indivíduos protegidos pela Carta Magna, repercutem diretamente no reconhecimento de todos os direitos

que, sendo materializados, podem instrumentalizar aqueles primeiros. Assim, o trabalho, a saúde, a educação, o lazer, as liberdades individuais de forma ampla, e outros direitos fundamentais garantem o status de dignidade e cidadania de todas as pessoas com deficiência.

Não obstante esses princípios expressamente consagrados, é possível ainda observar outros decorrentes do direito à igualdade material. Entre eles, devem ser observadas especialmente no caso das pessoas com deficiência o dever do Estado de combater a discriminação negativa, promovendo a discriminação positiva por meio das ações afirmativas, valorizando o direito à diferença e à diversidade humana, bem como o dever de inclusão social.

Novamente, o direito à inclusão social, que pode ser reconhecido como um direito vigente em nosso ordenamento jurídico, requer a garantia de outros direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social, como trabalho, previdência social, saúde, educação, moradia, etc. Esse direito, se observamos o paradigma da inclusão social no Brasil e no Mundo, veremos que requer a inclusão plena e efetiva de todos as pessoas com deficiência, e não somente parte delas, ou aquelas que se encontrem hábeis à participar da vida comunitária.

Da mesma forma, invocamos os princípios consagrados no artigo 3º da Convenção da ONU, visto que, conforme afirmamos alhures, eles compõem o nosso ordenamento jurídico interno com status formal e material de emenda constitucional. Portanto, esses princípios são dotados de força vinculante e hierárquica no sistema jurídico nacional. Dentre esses princípios, destacamos aquele disposto na alínea “d”, que pugna pelo “respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade”[373].

Ao falarmos em diversidade humana, é imperativo reconhecermos que a deficiência também é uma característica heterogênea, possuindo uma infinidade de manifestações que não se resumem somente àquelas previstas no Decreto nº 3.298/99.

[373] RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* – Versão Comentada – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 165-166.

Com base nesses argumentos, e em outros já apresentados, como o dever de proteger pessoas pertencentes a grupos vulneráveis e de redistribuir os recursos fundamentais de acordo com essa vulnerabilidade, podemos não só justificar racionalmente a ampliação do rol de pessoas com deficiência, mas alicerçar a decisão em argumentos fortes e sólidos. Não há qualquer motivo racional para distinguir entre pessoas com deficiências diferentes que tenham a sua participação na sociedade e demais direitos negados por conta dessa característica.

Ademais, se observarmos a tradição jurídica de nosso país, veremos que tanto a legislação, quanto a jurisprudência dos tribunais judiciais, assim como decisões administrativas do Poder Público, reconhecem o fato de que a deficiência e os beneficiados pela proteção estatal não se restringem às hipóteses do Decreto nº 3.298/99. Embora no caso das decisões judiciais a argumentação ainda seja incipiente para o que poderia e deveria realmente ser, já observamos a reparação de uma discriminação histórica, qual seja a de que as pessoas com deficiência visual monocular não eram detentoras do direito às vagas reservadas.

Em mais de uma vez os tribunais, especialmente o STJ, reafirmaram o entendimento de que, não obstante o fato de não estarem descritas no rol do artigo 4º do Decreto Regulamentar, essas pessoas possuem uma vulnerabilidade significante, que as colocam em situação de desvantagem nos momentos da admissão, manutenção ou promoção no trabalho. Embora o fundamento jurídico tenha sido o artigo 3º do mesmo Decreto, o argumento de fundo para essa e outras decisões baseou-se no reconhecimento da vulnerabilidade social desses indivíduos, que devem ser protegidos para o cumprimento dos princípios e objetivos assumidos como compromissos pelo Brasil.

A legislação, embora de maneira mais lenta, vem ampliando o rol de pessoas com deficiência, sendo possível observar, hoje, uma série de Projetos de Lei que vêm tramitando no Congresso Nacional buscando garantir a outros grupos de pessoas com deficiência, os mesmos benefícios destinados às pessoas com deficiência descritas no Decreto nº 3.298/99.

Dessa forma, respondendo às perguntas elaboradas na introdução desta pesquisa, afirmamos que os destinatários das vagas reservadas para

pessoa com deficiência ao mercado de trabalho são todas aquelas que possuam deficiências que acarretem vulnerabilidades biológicas e/ou sociais, impedindo a sua participação na sociedade em condições de igualdade. Logo, não são somente aquelas pessoas previstas no Decreto Regulamentar que possuem esse direito. É possível e justo que esse benefício seja destinado para outros grupos de pessoas com deficiência, os quais também sofrem com a discriminação no trabalho.

Avaliando as hipóteses anteriormente levantadas, verificamos que a primeira dela não se confirma, na medida em que não é possível e nem desejável a elaboração de um conceito fechado de pessoa com deficiência. Não é possível, pois os limites da previsibilidade humana sempre farão com que a norma abstrata tenha um descompasso com o mundo dos fatos. Não é desejável, pelo simples fato de que essa restrição exclui injustificadamente pessoas que necessitam do amparo das ações afirmativas para acessarem os recursos fundamentais que antes lhes eram negados. Nesse sentido, confirmamos a segunda hipótese.

A terceira hipótese também se mostrou verídica, visto que o conceito aberto é mais justo e eficiente, podendo distribuir os recursos fundamentais disponíveis à todos conforme as necessidades mais básicas do ser humano, além de possibilitar que a medida alcance um maior contingente de pessoas hipossuficientes em decorrência de possuírem uma deficiência. A simples dificuldade de interpretação não justifica o abandono desse modelo conceitual, mas, ao contrário, desafia o operador da norma a reunir esforços com outros campos do saber e buscar uma interpretação nos parâmetros acima delineados.

Logo, por consequência lógica, a quarta hipótese não se demonstra factível, uma vez que podemos concluir pelo interesse e pela possibilidade de empregar e difundir um conceito aberto.

A quinta hipótese também mostrou-se confirmada pela pesquisa, muito embora o ajuste institucional, hoje incipiente, tenda a se desenvolver a partir da opção por uma norma que desafia o intérprete, em vez de lhe sugerir uma aplicação automática, com é a subsunção.

Por fim, gostaríamos de reforçar essas conclusões propondo algumas medidas que facilitem a utilização do conceito previsto na Convenção da ONU e ampliem o campo de visão do jurista quanto às pessoas com deficiência. Dessa

forma, propomos a adoção das seguintes medidas: (*i*) a adoção do perspectiva interdisciplinar; (*ii*) a utilização conjunta da Convenção da ONU e da CIF; (*iii*) a difusão das informações e noções constantes na CIF e na Convenção da ONU; (*iv*) a utilização conjunta de um conceito aberto de pessoa com deficiência, como uma norma de caráter geral e hierárquica, e um conceito descritivo com um rol exemplificativo das deficiências que podem ser prontamente identificadas e presumidamente consideradas vulnerabilizadas.

Justifica-se a primeira proposição na medida em que se verifica que a deficiência é um fenômeno da diversidade humana que influência vários domínios da vida. Nesse sentido, a deficiência pode implicar em restrições de saúde, restrições relacionadas à saúde, restrições de participação e convívio social, restrições de capacidade para a realização de tarefas, restrições de direitos entre outras situações que caracterizam uma exclusão social. Somente a análise da questão sob o enfoque multidisciplinar pode dar conta da questão, exigindo-se o conhecimento das ciências médicas e sociais. Por conta disso, se sugere que a equipe multiprofissional, que auxilia as bancas de concursos públicos à tratarem de forma justa e igualitária os candidatos com deficiência, devam ser composta por diversos outros profissionais, como terapeutas ocupacionais, psicólogos, assistentes sociais, e também advogados.

A segunda proposta é defendida com base na noção da interdisciplinaridade, uma vez que a CIF incorpora e se destina ao uso de diversos profissionais de diferentes saberes. Além do mais, para que o jurista possa compreender os termos chaves da Convenção da ONU, especialmente aqueles inscritos no conceito do artigo 1º, é necessário que recorra à CIF, como um manual de consulta sobre os dois aspectos relacionados naquele tratado internacional, quais sejam os aspectos biológicos do impedimento e as barreiras ambientais e sociais que promovem a exclusão das pessoas com deficiência.

Essas duas primeiras propostas foram acolhidas pelo Grupo de Trabalho para análise de Projetos de Lei que tratam da criação do Estatuto das Pessoas com Deficiência, criado por convite da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Segundo as proposições do grupo, o conceito de pessoa com deficiência que deve ser adotado no vindouro Estatuto deve apresentar a seguinte redação:

> Art. 2º. Consideram-se pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
> Art. 3º. Para o reconhecimento dos direitos de que trata esta Lei, serão consideradas as deficiências que acarretem impedimentos nas funções ou na estrutura do corpo, referentes às capacidades comunicativas, mentais, intelectuais, sensoriais ou motoras.
> § 1º As funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, incluindo as funções psicológicas.
> § 2º As estruturas do corpo são as suas partes anatômicas, tais como órgãos, membros e seus componentes.
> Art. 4º. A avaliação da deficiência será médica e social.
> § 1º A avaliação médica da deficiência e do respectivo grau considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo.
> § 2º A avaliação social considerará os fatores ambientais e pessoais.
> § 3º As avaliações médicas e sociais considerarão a limitação do desempenho de atividades, segundo suas especificidades.
> § 4º As avaliações de que tratam os parágrafos 2º e 3º serão realizadas pelo Poder Público, por meio de instrumento desenvolvido para este fim.
> § 5º As categorias e suas definições expressas neste artigo não excluem outras decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas, ouvido o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade)[374].

A terceira proposta contempla a preocupação desta pesquisa com as limitações dos juristas em conhecer tanto os meandros e paradigmas da deficiência, que podem ser em parte conhecidos pela CIF, como também o pouco conhecimento sobre os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A última proposta segue como um modelo hibrido entre o conceito fechado e o conceito aberto. A diferença é que o conceito fechado não será mais restritivo de direitos, mas somente exemplificativos, facilitando que os operadores do direito ou do programa em questão que não estão ainda familiarizados com os paradigmas da deficiência possam aplicar a norma em casos fáceis e menos complexos. Ademais, consideramos que os conceitos previstos na Convenção Interamericana e na Convenção nº 159 da OIT são fundamentais para a complementação do conceito previsto na Convenção da ONU. Isso porque o primeiro deles traz uma noção mais específica do que podemos considerar impedimento de longo prazo, conforme vimos linhas atrás. Já o segundo conceito, o da Convenção da OIT, traz a noção específica de que devemos considerar pessoa com deficiência, para fins de inclusão no mercado

[374] Disponível em: http://maragabrilli.com.br/estatuto/uploads/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-congresso-nacional.pdf. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

de trabalho, toda aquela que encontre dificuldade para ter acesso a esse bem fundamental.

REFERENCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência.* 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011.

_____. *Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. (Coord). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Em busca de um conceito de pessoa com deficiência*. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiete. *Pessoa deficiente: direitos e garantias*. São Paulo: EDIPRO, 1992.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de. (Org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: http://www.culturabrasil.org/aosmocos.htm. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação.* 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Comissão Nacional: relatório de atividades do Brasil no Ano Internacional das Pessoas Deficientes da ONU*. Brasília: 1981. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002911.pdf. Acesso em: 12 de fevereiro de 2013.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 11 de maio de 2013.

_____. *Decreto nº 60.501*, de 14 de março de 1967. Aprova nova redação do Regulamento Geral da Previdência Social (Decreto nº 48.599-A de 19 de setembro de 1960), e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 28 mar. 1967, p. 3585 Disponível em: http://www010.dataprev.gov.br/SISLEX/PAGINAS/23/1967/60501.htm. Acesso em: 11 de maio de 2013.

_____. *Decreto n. 3.298*, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 21 dez. 1999, p. 10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 11 de maior de 2013.

_____. *Decreto n. 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial, Brasília, DF, 26 out. 2011. Seção 1, p. 3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 15 de maio de 2013.

_____. *Decreto n. 7.612*, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. Diário Oficial, Brasília, DF, 8 dez. 2011. Seção 1, p. 12. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2013.

_____. *Emenda Constitucional nº 01*, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2013.

_____. *Emenda Constitucional nº 12*, de 15 de agosto de 1996. Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre

movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc12.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2013.

_____. *Lei n. 7.853*, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 25 out. 1989, p. 19209. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

_____. *Lei n. 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial, Brasília, DF, 12 dez. 1990. Seção 1, p. 23935. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

_____. *Decreto Nº 8.145*, de 3 de dezembro de 2013 .Altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. Diário Oficial, Brasília, DF, 3 dez. 2013, Seção 1 - Edição Extra, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm. Acesso em: 12 de maio de 2013.

_____. *Lei n. 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 25 jul. 1991, Seção 1, p. 14809. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 12 de maio de 2013

_____. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial, Brasília, DF, 23 dez. 1996, Seção 1, p. 27833. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 20 de novembro de 2013

_____. *Lei nº 10.690*, de 16 de junho de 2003. Dispõe sobre a reabertura do prazo para que os Municípios que refinanciaram suas dívidas junto à União possam contratar empréstimos ou financiamentos, dá nova redação à Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 17 jun. 2003, Seção 1, p. 1. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.690.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 7.699*. Brasília, DF. Disponível em: http://maragabrilli.com.br/estatuto/uploads/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-congresso-nacional.pdf. Acesso em: 28 de março de 2013.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria do MS/SAS nº 502*, de 28 de dezembro de 2009. Instrui na forma do Anexo desta Portaria, o Atestado de Equipe Multiprofissional do Sistema Único de Saúde - SUS, a ser utilizado para a identificação das pessoas portadoras de deficiência e revoga a Portaria nº 275 SAS-MS, de 31/05/2005. Disponível em: http://www.transportes.gov.br/index/conteudo/id/75210. Acesso em: 28 de março de 2013.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_pessoa_com_deficiencia.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2013.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Trabalho Decente*: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho, nova edição, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. *Igualdade e Liberdade*. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 4ª ed. São Paulo: Ediouro, 2000).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana; AGUIRRE ROMÁN, Javier. *As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos*. Sur, vol. 6, nº 11, p. 41-63, dez. 2009.

BUÑUALES, Mª Tereza Jiménez; DIEGO, Paulino González; MORENO, José Mª Martin*. La Clasificación Internacional del Funcionamento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) 2001*. Rev Esp Salud Publica 2002; vol. 76, nº 4.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Augustina (Coordenadores*). Derechos Humanos de Las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional de Las Naciones Unidas*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2007.

CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. (tradução de Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas e Luiz Octavio Ferreira Barreto Leite) – 4a. Ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.* [e-Book] 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDURÚ, Marise Teles, PEREIRA, José Almir Rodrigues. *Elaboração de trabalhos acadêmicos: normas, critérios e procedimentos.* 4ª ed. Belém: Ed. da UFPA, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 13 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. (Tradução de Jussara Simões). São Paulo: Martins fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. (Tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. (Tradução de Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. (Tradução de Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de direitos do bom povo de Virgínia,* de 12 de junho de 1776. In: Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *O Direito das Pessoas com Deficiência de Acesso à Educação*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Carolina Valença (et. al.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª edição revista ampliada, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. (Tradução de Álvaro de Vita). São Paulo: Martins fontes, 2006.

FIGUEIRA, Emílio. *Caminhando em Silêncio: Uma introdução à Trajetória das Pessoas com Deficiência na História do Brasil*. São Paulo: Giz Editora, 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência:* um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et. al. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos direitos humanos*: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Os direitos Humanos e a pessoa com deficiência no mercado de trabalho. In: Inclusão: Revista da Educação Especial. Brasília: Secretaria da Educação Especial/MEC, v. 1, n. 1, outubro 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho.* Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

_____. *et. al.* (Org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

_____. *A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade*. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/75212384/A-pessoa-com-deficiencia-e-sua-relacao-com-a-historia-da-humanidade-1. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.

_____. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiânia, 2006

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GÓMEZ, Patricia Cuenca. *Los Derechos Fundamentales de las Personas con Discapacidad: un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, n. 7. Madrid: Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. (Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara) São Paulo: Martins Fontes, 2009.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012.

KILLANDER, Magnus. *Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos*. Revista internacional dos direitos humanos (Sur). São Paulo, v. 7, n.13, p. 149-175, dez. 2010.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRYNSKI, Stanislau. *Deficiência Mental*. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu S.A, 1969

LANNA JÚNIOR, Mário Cleber Martins. *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil.* Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

MELO, Sandro Nahmias. *O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência - o princípio constitucional da igualdade – ação afirmativa.* São Paulo: LTr, 2004.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Relação Anual de Informações Sociais 2012*. Brasília: MTE, 2012. Disponível em: http://www.rais.gov.br/. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORATO, Edwiges Maria. *As afasias entre o normal e o patológico*: da questão (neuro) linguística à questão social. In: SILVA Fábio Lopes; e MOURA, Heronides M. de Melo (Orgs.). *O direito à fala*: a questão do preconceito linguístico. 2a.ed. rev. Florianópolis: Insular, 2002.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* ONU, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 07 de fevereiro de 2013.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 07 de fevereiro de 2013.

_____. *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm. Acesso em: 08 de fevereiro de 2013.

_____. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais*. ONU, 1971. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIIPAG3_7_5.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

_____. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes*. ONU, 1975. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

_____. *Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social da ONU*. ONU, 1969. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_1.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

_____. *Resolução 45/91*. ONU, 1990. Disponível em: http://saci.org.br/?modulo=akemi&parametro=11601. Acesso em: 12 de fevereiro de 2013.

_____. *Resolução n. 48/96*. ONU, 1993. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#normas1. Acesso em: 03 de junho de 2013.

_____. *Declaração de Salamanca*. ONU, 1994. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/educar/salamanc.htm. Acesso em 02 de fevereiro de 2013.

_____. Consejo Económico y Social. *Informe del Grupo de Washington sobre estadísticas de la discapacidad.* ONU, 2011. Disponível em: http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc12/2012-21-WashingtonGroup-S.pdf. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração de Sundberg*. UNESCO, 1981. Disponível em: http://saci.org.br/?modulo=akemi&parametro=13312. Acesso em: 24 de agosto de 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 111*, de 15 de junho de 1960. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/472. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

_____. *Convenção n. 159*, de 20 de junho de 1985. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/505. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

_____. *Convenção n. 169*, de 07 de junho de 1989. Disponível em: http://www.cpisp.org.br/htm/leis/instrum01.htm. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)*. OMS, 2001. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/SPP_Arquivos/PessoascomDeficiencia/ClassificacaoInternacionaldeFuncionalidades.pdf. Acesso em: 12 de agosto de 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório Mundial sobre a Deficiência* / World Health Organization, The World Bank; tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*. OEA, 1999. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

PESSOTTI, Isaias. *Deficiência Mental*: da superstição à ciência. São Paulo: Queiroz/EDUSP, 1984.

PIOVESAN, Flavia. *Ações Afirmativas e Direitos Humanos*. Revista USP, São Paulo, n.69, p. 36-43, março/maio 2006.

_____. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et. al. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAIOL, Raimundo Wilson Gama. *Os Direitos humanos de acessibilidade e locomoção das pessoas com necessidades especiais: a realidade paraense, com ênfase em Belém/PA.* 2008. 383 f.; Tese (doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* – Versão Comentada – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

RIBAS, João Batista Cintra. *O que são pessoas deficientes.* São Paulo: Brasiliense, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.* São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Trabalho do Deficiente. In:* Boletim informativo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP, v.18, nº 189, jun./jul., 2004, p. 58-71.

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

SANCHEZ, Carolina Moreira; COSTA, Gabriela Rodrigues Veloso. *Ajudas Técnicas: independência e autonomia como estratégia de inclusão.* In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.* Curitiba: Obra Jurídica, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Deficiência mental ou deficiência intelectual.* s.l., dez. 2004. Disponível em: http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

_____. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos.* Rio de Janeiro: WVA, 1997.

_____. Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003.

SCHULZE, Marianne. *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*: a handbook on the human rights of persons with disabilities. Nova York: Handcap International, 2010.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência*: uma advertência necessária. Direitos fundamentais e justiça, Porto Alegre, ano 6, n. 19, p. 145-159, abr./jun. 2012.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada.* Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 2 ed. Rio De Janeiro. São Paulo: Editora Record. 2008.

_____. *A ideia de justiça.* Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade* (Tradução de Laura Teixeira Mota). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Carlos Silva. *Desigualdade e exclusão social: de breve revisitação a uma síntese Proteórica.* Configurações: 5/6, 2009.

SILVA, Edna Lúcia; e MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3ª ed. rev. atual. – Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Otto Marques da. A Epopeia Ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1987.

SOUSA JUNIOR, Ariolino Neres. *O sistema de cotas de acesso ao mercado de trabalho para as pessoas com deficiência.* 1ª ed. Brasília: Ed. Consulex, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Discurso na IV Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Brasília de 13 a 14 de maio de 1999. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/relatorios/Relatorio%20da%20IV%20Conferencia%20Nacional%20de%20Direitos%20Humanos.pdf. Acesso em: 02 de fevereiro de 2013.

UNITED NATIONS. *Implementation of the World Programme of Action Concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons.* UN, 1991. Disponível em: http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1990/165.pdf. Acesso em: 02 de março de 2013.

_____. *From Exclusion to Equality*: realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parlamentarians, n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007.

WUCHER, Gabi. *Proteção Internacional em Prol da Democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

_____. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VITAL, Flavia Maria de Paiva *et. al.* (org.) *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada***.** Brasília: CORDE, 2008.