



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CAMILA PINTO GADELHA

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE DA DESTINAÇÃO DE VAGAS
DE TRABALHO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SETOR
PRIVADO

SOUSA - PB
2008

CAMILA PINTO GADELHA

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE DA DESTINAÇÃO DE VAGAS
DE TRABALHO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SETOR
PRIVADO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2008

Camila Pinto Gadelha

**AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE DA DESTINAÇÃO DE VAGAS DE
TRABALHO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SETOR PRIVADO**

Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários
para a obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais

Aprovada em : 27 de novembro de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Jacyara Farias Souza – Doutoranda pela UMSA - UFCG
Professora Orientadora

Paulo Abrantes de Oliveira – UFCG
Professor

Vanina Ferreira de Sousa– UFCG
Professora

Ao meu avô Marçal – *in memoriam* - pelas
lembranças de um poeta que persigo.

À Tio Desi – *in memoriam*, meu maior
exemplo de força e vida.

Aos meus pais – meninas dos meus olhos
- César e Marneida, por todo amor e
incentivo na busca de meus sonhos.

À minha irmã Fernanda pela admiração e
eterno zelo.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela onipresença e pela força propulsora que me permitiu ter tudo que tenho hoje.

A minha avó materna, Eneida Pedrosa, de tão grande coração, pelos anos que me acolheu em sua casa e me permitiu crescer os horizontes.

A minha avó paterna, Mundica, que hoje, no olhar, me expressa a forma mais pura de amor e ternura.

César Nóbrega (pai), meu sonhador, de coração liberto, me consagrando dádivas diárias de sabedoria e força aos seus princípios.

Minha mãe Marneida, forte e vibrante, pelo apoio e doses de sorriso e descontração.

Minha única irmã Fernanda, pela grande amizade, histórias vividas e desejo de estarmos sempre unidas: dividindo sonhos de criança.

A Valécio, por todo carinho e amor, por acreditar e incentivar meus sonhos.

Minha orientadora e, como que irmã, Jacyara Farias: atenção, credibilidade e ajuda.

A todos meus tios (as) - grandes torcedores, que agradeço em nome de: Antônio Nóbrega, Paulo, Marçalves e Fátima.

Aos amigos de todas as horas e risos: Trajano, Isabelle, Mariana, Júnior, Luiza, Lourdinha, Aurélia, Patrícia Diógenes, Patrícia Drielly e Yvna.

Aos colegas da graduação por todos os anos divididos. E as mais leais amigas, agora bacharéis, com quem dividi muitos momentos e confissões: Talyta Roméria, Talita Teles, Alinne Galdino, Tarsila, Carla Constância.

A todos servidores da Justiça Federal da Subseção de Sousa-PB, que em minha condição de estagiária, contribuíram com ensinamentos jurídicos e demonstração de amizade e ética. Em (juizado) especial: Socorro, Admir, José Maria e Adeilton.

A todos que passaram em minha vida deixando sempre uma centelha do que me formo hoje. Obrigada!

"De repente vejo pousar uma nota de cinquenta cruzeiros no meu colo. Era uma velha que tinha jogado e saído rápido. A princípio não entendi, mas depois não agüentei e caí na gargalhada. Ela tinha me dado uma esmola. E como dissera meu amigo paraplégico Silvio: ser deficiente também tem suas vantagens."

(Marcelo Rubens Paiva – Feliz Ano Velho)

RESUMO

O Princípio da Igualdade, preconizado no art. 5º CF/88, no seu sentido material, consubstancia a adoção de um conjunto de medidas legais e de políticas públicas ou privadas, de caráter paliativo, como meio de eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais, chamadas de ações afirmativas ou discriminação positiva, a exemplo da Lei nº. 8.213/91 que em seu artigo 93 reserva vagas de trabalho para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados. Inserido nessa temática, o estudo tem por escopo identificar os princípios norteadores das ações afirmativas; bem como, caracterizar a atribuição da deficiência para os fins da lei, e definir seu conceito. Busca ainda investigar a destinação de vagas de trabalho como ações afirmativas constitucionalmente garantidas em um Estado Social. A pesquisa desenvolve-se mediante o emprego do método bibliográfico na formação do referencial teórico, o histórico-evolutivo, direcionado ao estudo sobre o Princípio da Igualdade e o resgate histórico da constituição social e jurídica do termo deficiência, o exegético-jurídico, na análise das proposições constitucionais e infraconstitucionais e o comparativo, traçando um paralelo entre institutos pátrio e estrangeiro. Intenta-se demonstrar que o Princípio da Igualdade é uma conquista histórica que influencia inegavelmente a realidade nacional, assim, é que o Estado, garantidor dos direitos fundamentais, propõe uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela formalizada perante a lei. Vários são os dispositivos constantes da Lei Maior que dão validade às discriminações positivas como normas constitucionais. Estas normas, por sua vez, são observadas no preâmbulo e objetivos fundamentais da Carta Constitucional de 1988. No cenário infraconstitucional, o art. 93 da Lei nº. 8.213/91, ao fixar, para empresas com cem ou mais empregados, o percentual de 2% a 5% de contratação obrigatória de pessoas com necessidades especiais habilitadas ou reabilitadas, configura discriminação positiva sob o manto da constitucionalidade. Caracterizam-se como deficiência os problemas físicos, psíquicos e sensoriais sob o amparo da Lei. Essas normas afirmativas devem obedecer a critérios, de forma a existir proporcionalidade entre o ônus decorrente do tratamento diferenciado em relação ao ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais. O fato, portanto, de a constituição disciplinar que todos são iguais perante a lei não é excludente da medida afirmativa de que se cuida no art. 93 da Lei nº. 8.213/91. Trata-se de materializar a igualdade real entre as pessoas a partir do pensamento de que a verdadeira igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Reserva de vagas. Pessoas com deficiência. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The beginning of the equality, praised in the article 5° CF/88, its material, consubstantial direction the adoption of a set of legal measures and public or private politics, palliative character, as half to eliminate the diverse forms and types of discrimination that chances of definitive social groups limit, called affirmative actions or positive discrimination, the example of the Law n°. 8.213/91 that in its article 93 it reserves vacant of work for people with deficiency in companies with one hundred or more used. Inserted in this thematic one, the study it has for target to identify to the principles directional of the affirmative actions; as well as, to characterize the attribution of the deficiency for the ends of the law, and to define its concept. Search still to investigate the work vacant destination as affirmative actions constitutionally guaranteed in a Social State. The research is developed by means of the job of the bibliographical method in the formation of the theoretical referential, the description evolution, directed to the study on the beginning of the Equality and the historical rescue of the social and legal constitution of the term deficiency, the exegetic legal one, in the analysis of the proposals constitutional, and the comparative degree, tracing native and foreign a parallel between Justinian codes. One intends to demonstrate that the beginning of the Equality it is a historical conquest that influences the national reality undeniably, thus, is that the State, guarantor of the basic rights, considers a more real equality before the goods of the life, diverse of that one legalized before the law. Several are the constant devices of the Law Biggest that give to validity to the positive discriminations as constitutional rules. These norms, in turn, are observed in the preamble and basic objectives of the Constitution of 1988. The article 93 of the Law n°. 8.213/91, when fixing, for companies with one hundred or more employees, the special percentage of 2% 5% of obligator act of contract of people with qualified or rehabilitated necessities, configures positive discrimination under the mantle of the constitutionality. The physical, psychic and sensorial problems are characterized as deficiency under the support of the Law. These affirmative norms must obey the criterion; of form to exist proportionality enter the decurrent responsibility of the differentiated treatment in relation to the responsibility to be supported for the other social groups. The fact, therefore, of the constitution to discipline that all are equal before the law is not exculpatory of the affirmative measure of that if it takes care of in article 93. It is treated to materialize the real equality enters the people from the thought of that the true equality consists of if differently treating equally equal and the different ones, in the measure where if they unequalize.

Keywords: Affirmative actions. Reserve of vacant. People with deficiency. Constitutionality.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 FOMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	12
1.1 Princípio da Igualdade	13
1.2 Definição das Ações Afirmativas	18
1.3 Regulamentação Constitucional das Ações Afirmativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro	21
1.3.1 A Construção do Princípio da Igualdade nas Constituições Brasileiras	21
1.3.2 Alocação da Igualdade e das Ações Afirmativas na Constituição de 1988	24
1.4 Delineamento das Ações Afirmativas no Cenário Infraconstitucional	27
CAPÍTULO 2 CARACTERIZAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO DE DEFICIÊNCIA E A LEI DE COTAS	30
2.1 Análise da Evolução Histórica das Pessoas com Deficiência	31
2.2 Definição de Deficiência	35
2.3 Caracterização da Deficiência	38
2.4 A Lei de Cotas e suas especificidades	41
CAPÍTULO 3 ANÁLISE DA DESTINAÇÃO DE VAGAS DE TRABALHO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ..	47
3.1 Democracia Econômica e Social e o Estado Garantidor	47
3.2 Análise do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Esteio do Estado Social	52
3.3 Constitucionalidade das Ações Afirmativas em Face do art. 93 da Lei nº. 8.213/91	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	66
ANEXO	69

INTRODUÇÃO

As conquistas alcançadas a partir da Revolução Francesa de 1789 possibilitaram a consolidação da concepção de cidadania de maneira mais efetiva. Porém, não foram o bastante, pois se constatou que a mera declaração formal das liberdades nos documentos e nas legislações desfazia-se frente à implacável exclusão econômica da maioria da população.

Tratou-se então no século XIX de se buscar os direitos sociais com ações estatais que compensassem aquelas desigualdades, municiando os que se encontravam em uma situação jurídica desfavorável com direitos implantados e construídos de forma coletiva, em prol da saúde, educação, moradia e trabalho.

Apenas depois da Segunda Guerra Mundial é que a afirmação da cidadania se completou, percebendo-se a necessidade de valorizar a vontade da maioria, respeitando-se a premente salvaguarda em favor de todas as minorias através de políticas afirmativas.

Nesse cenário emergiu a definição das ações afirmativas como um conjunto de medidas legais e de políticas públicas ou privadas, de caráter temporário, que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais, sejam negros, mulheres, dentre outros, visando equipará-los, igualá-los a grupos que servem de padrão de referência.

Outro elemento corrente na temática são as pessoas com deficiência que se constituem em um grupo sob flagrante exclusão. A pressão organizada desse grupo evidenciou injustiças e impulsionou políticas públicas compensatórias de acesso à educação e ao mercado de trabalho.

Nas décadas de 1960 e 1970, diante da constatação da inoperância das normas de mera instigação, adotaram-se cotas rígidas, obrigatórias, que vieram a compor no mercado de trabalho e em outros setores da vida social, um quadro mais representativo dos direitos dessas pessoas.

Sob essas evidências traz-se a baila a problemática deste trabalho relacionada à análise do art. 93 da Lei nº. 8.213/91, regulamentação posta no ordenamento jurídico brasileiro, que reserva vagas de trabalho no setor privado às

peças com necessidades especiais, quanto ações afirmativas constitucionalmente previstas.

Nesse esteio configuram-se como hipóteses desse estudo os alicerces contidos nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição Federal Brasileira. Asseguram tais normas os princípios da dignidade e cidadania, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, e o da igualdade de todos perante a lei.

Dessa forma, o art. 93 da Lei nº. 8.213/91 ao fixar, para empresas com 100 (cem) ou mais empregados, o percentual de 2% a 5% de contratação obrigatória de pessoas com deficiência habilitadas, ou reabilitadas, está a exercer ação afirmativa decorrente de lei, e cuja implementação depende das empresas. Trata-se de prover uma iniciativa de combinação de esforços entre Estado e sociedade civil, buscando a compensação social em favor dos hipossuficientes.

O trabalho aqui desenvolvido tem por escopo identificar os princípios norteadores das ações afirmativas, especialmente no âmbito da Constituição Federal Brasileira de 1988; caracterizar a atribuição da deficiência e sua conceituação sob os ditames da Lei de Cotas – Lei nº. 8.213/91 e investigar a destinação de vagas obrigatórias como ações afirmativas constitucionalmente garantidas aos portadores de deficiência em um Estado Social garantidor.

No primeiro capítulo será analisado o Princípio da Igualdade, arguindo sobre seu aspecto formal e, principalmente, sobre sua feição material que dá guarita as ações afirmativas. Essas, por sua vez, serão fomentadas segundo a Constituição Federal Brasileira e a regulamentação dada pelo cenário infraconstitucional.

O segundo capítulo assinalará a deficiência por intermédio de um resgate histórico da luta das pessoas com deficiência no cenário mundial e nacional, com a definição e atribuição das patologias caracterizadoras da deficiência para as cotas instituídas na Lei nº. 8.213/91, que serão, por outro prisma, analisadas em todas suas especificidades, como os destinatários da reserva de vagas de trabalho e a competência para atestar a deficiência, além de outras características.

Por fim, no último capítulo, será analisado o panorama da democracia econômica e social e do Estado Garantidor enquanto projeção de uma justiça legal material, ou seja, efetiva, ao assumir a responsabilidade de que os cidadãos contêm um mínimo vital a partir do qual podem exercer a sua liberdade. Atribui-se-á ainda critérios para aferição da constitucionalidade das ações afirmativas e da Lei sob estudo, em especial, sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade.

A pesquisa se desenvolverá mediante o emprego do método bibliográfico para a formação do referencial teórico, utilizado na construção de todo o trabalho; o histórico-evolutivo, direcionado, principalmente, à pesquisa feita na construção do Princípio da Igualdade nas Constituições Brasileiras e no resgate histórico das pessoas com deficiência. O método de estudo comparativo será ainda utilizado com o fim de traçar um paralelo entre os institutos a serem estudados e os seus similares no ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro; e o exegético-jurídico, para análise das proposições constitucionais e infraconstitucionais relativas ao tema.

Desta maneira, serão fornecidos elementos necessários ao entendimento da Lei nº. 8.213/91 como ação afirmativa constitucionalmente prevista, devendo obedecer, sobretudo, a certos critérios, de forma a existir proporcionalidade entre o ônus decorrente do tratamento diferenciado em relação ao ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais, pois, desarrazoado, sem dúvida, é onerar o todo social ou muitos grupos, para beneficiar um deles.

CAPÍTULO 1 FOMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A discussão sobre o Princípio da Igualdade tem sido bastante reiterada, perpassando diversos momentos históricos, uma vez que a construção desse direito decorre da essência da existência humana, da vida em sociedade.

O desenvolvimento social fez-se inevitável para que os homens sentissem a necessidade de transmudarem suas idéias e conceitos sobre a igualdade e lutassem por ela como um direito fundamental, já que confrontava com a desigualdade real.

Assim, como forma de atribuir efetividade ao Princípio da Igualdade, surgiram as ações afirmativas, com seus elementos fomentadores. Tal termo tem denominação norte-americana, significando políticas paliativas que podem ser públicas ou privadas, podendo ter existência própria, independente de uma fonte legal, baseada em uma noção militante da igualdade e com o desiderato de erradicar, ou ao menos mitigar, as desigualdades concretas. É, em suma, um mecanismo criado para compensar dívidas histórico-sociais com as minorias marginalizadas.

O Postulado da Igualdade está calcado no ordenamento jurídico brasileiro desde sua carta Imperial. Entretanto, passou a conceber essa vertente dinâmica – como orientação da Igualdade em seu aspecto material – no Texto Constitucional de 1988, propondo uma ação ativa do Estado à concretização da Igualdade.

A Constituição de 1988 abriga inúmeros dispositivos que possibilitam a efetivação de ações afirmativas, a partir da consagração expressa no art. 5º, inciso I, do Princípio da Igualdade. Contudo, já consta de seu Preâmbulo a busca de um Estado Democrático de Direito, com vistas ao amplo exercício dos direitos sociais e individuais, além da promoção da Igualdade e da justiça. Tal desiderato *per se*, pressupõe a existência de desigualdades a serem corrigidas e o dever do Estado de aniquilá-las.

Alicerçada na busca do Estado Democrático de Direito, as leis infraconstitucionais já têm recorrido à efetivação do direito das minorias frente às majorias, como se pode observar das Leis, para citar as mais recentes: a Lei nº. 8.112/90, artigo 5º, §2º, que estabelece quotas de 20% para portadores de deficiência física no serviço público da União; Lei nº. 8.213/91, artigo 93, que

estabelece quotas para portadores de deficiência física no setor privado; Lei nº. 8.666/93, artigo 24, XX, que autoriza a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência; Lei nº. 9.504/97, artigo 10, §2º, estabelecendo quotas para mulheres nos pleitos eleitorais.

1.1 Princípio da Igualdade

O termo Princípio deriva do latim *principium*, que denota origem, começo, que em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. No sentido Jurídico, em sua forma plural, são idéias matizes instituídas como base do ordenamento jurídico. Contudo, ainda revelam o conjunto de preceitos que se fixou para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, pois, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica, como verdadeiros axiomas.

A regra, assim como o princípio tangenciam do mesmo gênero, a norma, sendo aquela analisada na ótica da aplicação total ou não aplicação, editada para ser direcionada a uma situação jurídica determinada, ou seja, a regra deve ser cumprida na conformidade exata do seu texto. O Princípio, ao contrário, pode ser cumprido em diferentes graus e a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão das jurídicas. Tratando-se, pois, de uma norma abstrata. Ávila (2004, p. 39-40), em outro sentido, conclui:

[...] nessa direção, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. Somente neste momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois elas precisam para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e por vezes, longo e complexo como o dos princípios – da interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas.

Nessa ótica epistemológica encontra-se o Princípio da Igualdade. Caracterizado como direito fundamental de primeira grandeza, a Igualdade não foi concebida de uma só vez, nem de uma vez por todas (PIOVESAN, 1998), transmutou-se com o tempo e com a história de cada povo, motivo pelo qual, na prática, esse direito é visualizado de forma diversa em cada país, a cada época em que foi construído seu ordenamento jurídico, pois se insere no conceito de Igualdade a cultura de cada povo, seus valores e objetivos.

O vocábulo isonomia vem do grego *isos* (igual) e *nomos* (forma), e apresenta-se como a igualdade de todos na lei e perante a lei.

Longe de ter um conceito acabado, sua discussão remonta aos pensadores da Grécia, à diferença conceitual de Igualdade entre Platão e Aristóteles citada por Faria (*apud* ATCHABAHIAN, 2006, p. 6):

[...] Platão defendeu o conceito que denominaríamos de absoluto da igualdade. Em *A República* preconiza a existência de um estado onde não haveria pobreza nem riqueza, Estado cujo objetivo seria o de conceder maior felicidade ao todo e não a qualquer classe em separado. Diversamente, Aristóteles defendeu o conceito de igualdade proporcional ou de natureza, condenando, mesmo, de modo frontal, as posições igualitárias de seu mestre. O erro do mestre, escreveu o Estagirita, deve ser atribuído à falsa noção de unidade de que ele parte. Por isso, afiançava que na maioria dos Estados, os cidadãos dirigem e são dirigidos em virtude do ideal de que um Estado democrático implica na assertiva de que os cidadãos são iguais em natureza.

À concepção da Igualdade numérica ou absoluta, preconizada por Platão, com distribuição de ônus e benefícios para todos, contraditava a concepção proporcional da Igualdade de Aristóteles (1999, p. 95 - 96), sintetizada na expressão "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais". Complementando-o

séculos depois, Barbosa¹ (1980, p. 25) com a expressão “na medida que se desigualam” apontada na famosa Oração aos moços:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada a desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Todavia, é na Revolução Francesa que a igualdade tem sua formalização, introduzida no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no qual se afirma que “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

O dito ideal, como direito de primeira geração, só teve sua emergência como princípio jurídico nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de Igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo o qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais.

A Igualdade no aspecto filosófico tem estreita relação com a liberdade. Afiguram-se como dois lados de uma mesma moeda, sendo, portanto, difícil conceber Igualdade sem liberdade. Da mesma forma, carece a liberdade sem a Igualdade. A melhor assertiva parte de Bobbio (2000, p. 07) explicitando que na “[...] liberdade não exige comparação. Ninguém é mais ou menos livre em relação a outrem. Por sua vez, a igualdade exige sempre a comparação, ou seja, na igualdade impõe-se saber em relação a quem se é mais ou menos desigual”.

¹ Ruy Barbosa de Oliveira (1849-1923) destacou-se pela defesa das eleições diretas e da abolição da escravatura. Político relevante na República Velha, ganhou projeção internacional durante a Conferência da Paz em Haia (1907), defendendo com brilho a teoria brasileira de igualdade entre as nações. Eleito deputado provincial, atuou na elaboração da reforma eleitoral, na reforma do ensino, emancipação dos escravos, no apoio ao federalismo e na nova Constituição.

A Igualdade foi tida por muito tempo como a garantia da concretização da liberdade, chegando os pensadores da escola liberal a acreditarem que a simples inclusão da Igualdade no rol dos direitos fundamentais seria o bastante para assegurar a sua efetividade.

Igualar os seres humanos em absolutamente tudo é impossível. Assim é que Montesquieu (*apud* ATCHABAHIAN, 2006, p. 09) já dispunha:

O verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o céu e a terra. O espírito de igualdade não consiste em fazer que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado, consiste em mandar e obedecer a seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão através das leis.

O postulado da Igualdade opera-se sobre três planos distintos, frente a três destinatários. *A priori*, tem-se o legislador no momento da edição normativa que não poderá afastar-se do Princípio da Igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, pois normas que criem distinções arbitrárias sem qualquer finalidade lícita serão incompatíveis com a Constituição Federal. O intérprete e a autoridade pública devem vislumbrá-la quando da aplicação das leis e atos normativos aos casos concretos de forma a não criar ou aumentar as desigualdades. Em especial, o Poder Judiciário, no exercício de sua função, utilizará os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Finalmente, o particular, que não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilização civil e penal, segundo legislação em vigor.

Como forma de limitação do poder, a Igualdade formal dirigiu-se inicialmente enquanto comando ao juiz (aplicador do direito), significando o dever de julgar todos imparcialmente, de modo igual. *A posteriori*, foi compreendida como um comando frente ao legislador. O socialismo, em seqüência, avaliou a Igualdade sob o prisma da propriedade privada, da distribuição de riquezas, e o constitucionalismo alemão – com a Constituição de Weimar de 1919 – afirmando a Igualdade como questão entre

o Estado e o cidadão, de forma a se efetivar como atribuição de oportunidades e capaz de oferecer condições de vida, construiu a concepção da Igualdade material.

Emerge, nessa perspectiva, a necessidade de evidenciar de forma pormenorizada a distinção desses dois aspectos temáticos da evolução do Princípio da Igualdade, a Igualdade Formal e a Igualdade Material.

Pode-se compreender, de início, o tratamento discriminatório como o diferenciado, tendo-se a discriminação negativa como aquela calcada no desrespeito à Igualdade, ao passo que a discriminação positiva está fundada em manter ou tornar viável a igualdade.

A Igualdade Formal está consubstanciada, desse modo, no tratamento jurídico propriamente dito, explicitado na igualdade de todos perante a lei, impondo ao Estado o dever de agir igualitariamente com os administrados. Além de representar a necessidade inicial de limitação do poder. A que se chama de Igualdade de Tratamento.

Já a Igualdade Material implica em oportunidade; acesso aos meios de produção por intermédio de políticas públicas; ações reais de inserção de todos na sociedade, o que induz à justiça social. É a efetividade da realização da Igualdade ou a redução de práticas desiguais.

Sobre esse aspecto coaduna Atchabahian (2006, p. 84):

O entendimento atual é no sentido de fazer valer, efetivamente, a igualdade entre todos. Significa dizer que a efetividade está na igualdade alcançada de forma real e não somente na letra da lei. Eis aqui a igualdade material.

No sentido formal da igualdade, os seres humanos são iguais em direitos e obrigações, porém no sentido material tem-se um longo caminhar (ALMEIDA, 2005). Este é o desafio para o presente e para as futuras gerações que tem como dever imperioso retirar do papel a igualdade material e pô-la em prática.

1.2 Definição das Ações Afirmativas

As ações afirmativas têm sua origem na década de 60 nos Estados Unidos no governo de Lyndon B. Johnson. Resultou de um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidade a todos.

Na época, começavam a ser eliminadas as leis segregacionais vigentes no país, e o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com liderança de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos que se uniram numa ampla defesa de direitos. Destarte, são concebidas com o intuito de assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.

Essa concepção prática da Igualdade foi disseminada por vários países como Índia, Malásia, Austrália, Canadá e alguns países europeus, sendo conhecida nesse continente sob a denominação de Discriminação Positiva (*discrimination positive*) e também ação positiva.

A política da não-discriminação encontra guarida, como já declinado, no campo do sentido material do Princípio da Igualdade, impondo-se ao Estado e à sociedade conduta orientada a evitar as discriminações, ou dar maior eficácia ao princípio vertente, através de políticas públicas eficazes que insiram os prejudicados de maneira plena na sociedade.

A idéia posta é inserir o conceito de Igualdade na sociedade, para que ele atue dinamicamente e que a concepção igualitária exista de fato, favorecendo uns em detrimento de outros, na medida de suas desigualdades.

Define-as bem Gomes (*apud* ATCHABAHIAN, 2006, p. 161):

Ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo estado e sociedade.

Pautado nessa conduta, o Estado passa a atuar de forma ativa perseguindo o desiderato da Igualdade proclamado na Constituição Federal. Na sua consecução utiliza-se da discriminação, não aquela arbitrária e aleatória, mas a que dentre os fatores reais viabiliza a Igualdade, justificando-a.

Trata-se de uma desigualdade artificial, aquela provocada para se atingir uma igualdade real, posto que esta discriminação visa a correção de uma desigualdade sócio-cultural pretérita de acesso aos bens da vida, sejam elas econômicas ou não.

Nesse cenário de discussão Canotilho (1999, p. 385) vem a demonstrar a importância da discriminação positiva ou não-discriminação:

[...] uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina, sobretudo a doutrina norte-americana, é a que se pode chamar de função de não-discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.

Assinala-se que a alteração feita no conteúdo do postulado da Igualdade, desde o momento da concepção das denominadas ações afirmativas causou a fixação de planos e programas governamentais e particulares, de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, através dos quais as chamadas minorias sociais começavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos nas entidades públicas e privadas.

As minorias sociais devem ser compreendidas não em um sentido quantitativo, senão em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade. São minorias os grupos contemplados ou aceitos com um conjunto menor de direitos, havidos como associações humanas discriminados socialmente, estando à margem do poder.

As ações afirmativas são bastante atreladas ao polêmico sistema de cotas², garantindo a participação de um número mínimo de pessoas em determinados segmentos, principalmente de negros nas Universidades Federais. Porém, longe estão de representar apenas essa modalidade específica, já que se trata de uma cadeia de ações, concebida sempre em sentido plural, como as atividades voluntárias; os incentivos fiscais, os implementos promocionais, títulos em licitações, entre outras.

Nesse aspecto Nascimento (2006, p. 376) pondera:

Por se tratar de ações, o seu plano é o sociológico e não o normativo, embora possam neste ser previstas. Mesmo que não o sejam, podem ter existência própria, independente de uma fonte legal, uma vez que por serem ações se configuram com realizações. Podem assim caracterizar-se tanto como ações públicas como privadas.

As ações afirmativas podem ter como sujeitos não só as pessoas físicas, ou as pessoas jurídicas, mas também pequenas empresas, empresas de propriedade de grupos minoritários étnicos que estão discriminados de maneira geral. Entretanto, seu público-alvo varia de acordo com as situações existentes.

Segundo o glossário do Ministério do Trabalho e Emprego (*apud* NASCIMENTO, 2006, p. 377) estabelece-se:

A ação afirmativa é uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.

² Critica-se o sistema de cotas para as Universidades Federais quanto à identificação dos candidatos às vagas reservadas. Até o momento, as universidades adotaram como critério a auto-declaração. A solução gerou controvérsias, depois que alguns candidatos brancos classificaram-se como negros para obter o benefício das cotas. Afirma ainda que as cotas são uma medida paliativa, que mascara a realidade das escolas brasileiras, que não preparariam devidamente o aluno que termina o ensino médio para entrar na faculdade, conseqüentemente, criariam alunos universitários com menor conhecimento acadêmico e muitas dificuldades no ensino superior.

A idéia é que, para se atingir a Igualdade prevista pela Constituição, grupos desiguais devem ser tratados desigualmente visando o equilíbrio. Isto significa que grupos minoritários excluídos devem ser tratados excepcionalmente para diminuir essa exclusão real.

1.3 Regulamentação Constitucional das Ações Afirmativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O direito tem uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de qualquer postulado sem que se tenha uma noção do seu desenvolvimento dinâmico no transcurso dos tempos, fazendo-se uma exposição, para bem compreender, segundo a égide de cada constituição.

1.3.1 A Construção do Princípio da Igualdade nas Constituições Brasileiras

As Constituições Brasileiras trouxeram desde o Império o Princípio da Igualdade em seu bojo constitucional, estabelecido no sentido de tratar a todos igualmente, sem privilegiar qualquer grupo.

Assim preceituava a Constituição de 1824, no art. 179, inciso XIII "A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".

Depreende-se na norma a inexistência de ressalva a qualquer tratamento específico à grupos ou pessoas determinadas. Contudo, com o fim da Monarquia e a promulgação da primeira Constituição Republicana (1891), os direitos e garantias fundamentais passaram a ser mais destacados, reconhecendo-se direitos não existentes na Constituição anterior.

A partir de 1891 foi implantada de maneira definitiva tanto a Federação como a forma de governo Republicana. O direito à Igualdade consubstancia a proibição aos privilégios decorrentes de nascimento; desconhece e extingue os foros de nobreza, os títulos nobiliários, assim como as prerrogativas e regalias.

A terceira Constituição brasileira de 1934 instituiu o chamado constitucionalismo social, sob o paradigma da Constituição de Weimar de 1919 e, em certa medida, alguns aspectos da Constituição Mexicana de Querétaro³ de 1917.

Quanto à declaração de direitos constante no Título III ampliou como jamais fizera nenhuma outra constituição brasileira.

Essa Constituição, a segunda da república, consagrou os direitos clássicos civis e políticos correspondentes à primeira geração de direitos humanos, como também incorporou os de natureza sócio-econômica e cultural e os programáticos, já que a economia passou a ser matéria imprescindível nas Constituições em decorrência do aprofundamento das relações de trabalho. Quanto ao direito à Igualdade, ampliou-se o postulado ao estabelecer a proteção de brasileiros e estrangeiros residentes no país em relação à inviolabilidade de direitos concernentes à liberdade; à subsistência; à segurança individual e à propriedade, fazendo-se ressalva à Igualdade Formal ao proibir privilégios e distinções.

Dessa forma expressava o art. 113 da Constituição Brasileira de 1934:

Art. 113 [...] *omissis*

I - Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

Nesta Constituição houveram incursões no sentido de promover o tratamento desigual justificado para lograr a Igualdade. O seu artigo 138 determinou à União, aos Estados e aos Municípios que assegurassem o amparo aos desvalidos, criando serviços especializados; protegessem a maternidade e a infância; socorressem as famílias de prole numerosa e amparassem a juventude contra toda exploração.

³ Querétaro ou Santiago de Querétaro é a capital do estado de Querétaro de Arteaga, no México.

Com o golpe de Estado de Getúlio Vargas instituiu-se o Estado Novo e foi outorgada a Constituição de 1937. Referido texto constitucional tinha regime autoritário restringindo inúmeros direitos conquistados nas Cartas precedentes.

Destaque-se que a Carta Constitucional de 1937 conservou em seu texto os fundamentos básicos da Democracia, deixando intacta a declaração de direitos individuais e garantias fundamentais e, por conseqüência, tudo relacionado ao Princípio da Igualdade. Vivia-se, contudo, em uma pseudo-democracia, onde os direitos e garantias individuais foram, na prática, sepultados pela Ditadura.

Com o processo de redemocratização tencionado nos ordenamentos jurídicos mundiais em conseqüência da derrocada dos ideais nazi-facistas, o Brasil promulga a Constituição de 1946, prestigiando os direitos coletivos.

Com relação à Igualdade, consubstanciou-a no sentido de lograr seu caráter material, consagrando nos artigos 146 e 148 a intervenção do Estado no domínio econômico, tendo como base o interesse público e limites os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A proteção ao tratamento desigual justificado também foi lembrada no seu bojo (CF/46), ainda que de maneira tímida, tal como na Constituição de 1934, quando amparou de maneira diferenciada os menores, os incapacitados, mulheres gestantes e desempregados.

Desde a Carta de 1934 o direito de voto tinha sido estendido às pessoas do sexo feminino, excluindo, entretanto, como eleitores quem não soubesse ler ou escrever, bem como, os mendigos.

A partir de 1961 várias Atos Institucionais incidiram na ordem social vigente institucionalizando o regime militar em 1964. Os primeiros pontos distintivos desta Carta devem-se a monopolização de uma série de competências no âmbito federal que reforçaram os poderes do Presidente da República, que foram sendo alargados por intermédio de emendas à Constituição, chegando, inclusive, a ter faculdades de suspensão de direitos políticos e de dissolução do Congresso.

Esse Texto Constitucional ainda reproduziu todos os princípios democráticos e o elenco de direitos e garantias reconhecidos nas Constituições anteriores, a exemplo da Igualdade que manteve seus traços formais, não sendo, contudo, observados na realidade, suprimido a letra morta.

A Carta Constitucional de 1988 inaugurou uma nova fase na história brasileira. Essa Constituição recuperou vários direitos esculpidos no texto de 1934 e outras consagradas na Carta de 1946, além de outras inovações advindas do

processo de globalização. Ampliou-se a partir de 1988 os direitos sociais e as atribuições do poder público. Instituiu-se uma ordem econômica tendo por base a função social da propriedade e a liberdade de iniciativa, limitada pelo intervencionismo estatal; e leis de proteção ambiental.

Percebe-se dessa breve retrospectiva histórica através das Constituições Brasileiras que o Brasil oscilou muito entre a conquista de direitos e o cerceamento deles, sendo exemplarmente absorvidos e valorados os direitos individuais fundamentais na Constituição de 1988.

1.3.2 Alocação da Igualdade e das Ações Afirmativas na Constituição de 1988

O novo ordenamento jurídico é pautado atualmente por uma Carta Constitucional cidadã promulgada em 05/10/1988, que consagra no seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, fruto dessa evolução histórica já retratada simplifadamente, nascida de um processo de democratização e dos princípios globalizadores, que entre os direitos básicos consagra a Igualdade, assim dispondo no seu art. 5º:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em um Estado Democrático de Direito, o Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, propõe uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Diversas são as hipóteses que a própria Constituição se encarrega de aprofundar a regra da isonomia material, como visto, por exemplo, nas normas constantes do art. 4º, VIII; art. 5º I, XLI, XLII, que dispõem:

Art. 4º [...] *omissis*

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo,

Art. 5º [...] *omissis*

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição,

[...] *omissis*

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais,

XLII - a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Em outros dispositivos da Carta Constitucional de 1988, o próprio constituinte estabeleceu as desigualdades com base nas peculiaridades das situações, como se depreende em relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, destacando as seguintes diferenciações: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” conforme dispõe o art. 5º, L; “licença a gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”, “licença-paternidade, nos termos fixados em lei” conforme art. 7º, incisos XVIII e XIX, dentre outros.

Esse Texto Constitucional norteia por uma redemocratização, que tendo em foco o Princípio da Igualdade, é de fundamental importância o entendimento do dispositivo vigente, que não deve ser restrito, devendo o aplicador do direito (o Legislador, o Executivo e o órgão Julgador) interpretá-lo no sentido de realizar as demandas sociais.

Assim, a Lei Maior de 1988, não só não veda a adoção das ações afirmativas, mas, antes, favorece. Com efeito, já no seu Preâmbulo estabelece como objetivo da Assembléia Nacional Constituinte a instituição de “[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Segundo Moraes (2005, p. 15), tal dispositivo mesmo não constituindo norma constitucional, é definido “como documento de intenções do diploma”, que

deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.

Percebe-se de tal dicção teleológica que o legislador constituinte não afirmou que, por ocasião da promulgação do Estatuto Magno, tal Estado já existia. Na realidade, ele está posto como perspectiva, como objetivo a ser alcançado pela aplicação da Constituição.

Por outro lado, o art. 1º da Lei Maior estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Outrossim, o art. 3º estatui ainda que a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais:

Art. 3º [...] *omissis*

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...] *omissis*

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste ponto, faz-se necessário recordar que os verbos utilizados pelo legislador constituinte para definir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são verbos que evocam ação, tais como construir, erradicar, reduzir, promover. (ROCHA, 1996).

Desse modo, para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil sejam alcançados, reclamam comportamentos ativos ou, dizendo de outro modo, pedem ações afirmativas.

Os direitos e garantias expressos na Constituição, ademais, não excluem os Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte conforme dicção do art. 5º, § 2º da CF/88. Portanto, os Tratados e Convenções Internacionais da Organização das Nações Unidas – ONU, Organização Mundial da Saúde – OMS, Organização Internacional do Trabalho – OIT, Organização dos Estados Americanos – OEA e outros, definitivamente aprovados pelo Congresso Nacional na forma de decreto legislativo, com ratificação presidencial por meio de

decreto, integram o sistema jurídico legal com eficácia plena. (GADELHA *et al*, 2006).

A recente alteração produzida pela Emenda Constitucional nº. 45, de 4 de dezembro de 2004, que acrescentou o § 3º, ao artigo 5º CF/88, destaca o novo valor dos Tratados e Convenções Internacionais que tratam de direitos humanos, ao equipará-los às emendas constitucionais, desde que aprovados, seguindo o rito de proposta destas, conforme dicção do art. 60, § 2º CF/88, votados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

As Convenções e Tratados Internacionais têm a importante função de propor aos Estados Membros medidas para se promover a informação e a educação. Esses mecanismos servem de elemento fomentador para uma compreensão ampla do Princípio da Igualdade de tratamento e de oportunidade, assim como de influenciar a opinião internacional, com o intuito de implementar políticas públicas e conduzir a sociedade à superação de seus problemas.

1.4 Delineamento das Ações Afirmativas no Cenário Infraconstitucional

Apesar da Constituição datar de 1988 e favorecer desde então a aplicação das ações afirmativas, somente agora, vinte anos depois, são notados seus primeiros passos. Gomes (2001, p. 11) esclarece:

[...] este tipo de comportamento estatal não é estranho ao Direito brasileiro pós-Constituição de 1988. Ao contrário, a imprescindibilidade de medidas corretivas e redistributivas visando a mitigar a agudeza da nossa 'questão social' já foi reconhecida em sede normativa, através de leis vocacionadas a combater os efeitos nefastos de certas formas de discriminação. Nesse sentido, é importante frisar, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa. Não obstante tratar-se de experiências ainda tímidas quanto ao seu alcance e amplitude, o importante a ser destacado é o fato da acolhida desse instituto jurídico em nosso Direito.

No âmbito infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro os exemplos remontam a esparsas normas. Tem-se o Decreto Lei nº. 5.452 de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) prevendo cotas de dois terços de brasileiros a serem empregados em empresas individuais ou coletivas e estabelecendo a adoção de políticas destinadas a corrigir distorções relativas à desigualdade de direitos entre homens e mulheres; a Lei nº. 8.112/90, onde no seu artigo 5º, § 2º, estabelece quotas de até 20% para os portadores de deficiência física no serviço público da União. Ainda vêem-se tais disposições na Lei nº. 8.213 de 1991, no seu art. 93, que estabelece quotas para portadores de deficiência física no setor privado; como também na Lei nº. 8.666/93, que autoriza a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência, e na Lei nº. 9.504/97, estabelecendo quotas para mulheres nos pleitos eleitorais.

Como visto na enumeração acima, os maiores exemplos de ações afirmativas dão-se por meio da adoção de quotas, que embora tenham uma natureza polêmica, constituem-se na modalidade afirmativa mais impositiva e utilizada na prática.

Destaque-se que essa modalidade positiva também vem sendo adotada pela legislação que visa proteger os direitos das pessoas com deficiência.

Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 7º, XXXI, prevê expressamente a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Neste último caso, trata-se de previsão meramente proibitiva, que se singulariza por oferecer às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e intervenção *ex post facto*.

Dá a iniciativa do legislador ordinário materializada no artigo 93 da Lei nº. 8.213/91 e na Lei nº. 7.853/89 regulamentadas pelo Decreto nº. 3.298/99. Segundo aquela legislação, empresas que possuam de 100 a 200 empregados devem garantir 2% de vagas para pessoas portadoras de deficiência; de 201 a 500 empregados, 3% de vagas; de 501 a 1000 empregados, 4% de vagas; a partir de 1001 empregados, 5% de vagas.

Todas essas políticas públicas visam atingir a Igualdade atuando nas diversas áreas. Importante é lembrar que tais políticas devem apontar para ações

governamentais realizadas de forma integrada e coordenada em todos os níveis federativos.

CAPÍTULO 2 CARACTERIZAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO DE DEFICIÊNCIA E A LEI DE COTAS

Somente apenas após a Segunda Guerra Mundial constatou-se o fato de que os direitos sociais de 2ª geração implementaram a definição de cidadania, uma vez que as práticas do Estado se voltaram à necessidade de valorizar a vontade da maioria, respeitando-se, sobretudo, as minorias com suas necessidades e peculiaridades. Essa característica é típica dos Estados sociais que adotaram o regime democrático, como o Brasil.

Com relação às pessoas com deficiência, houve uma superação da roupagem assistencialista e caridosamente excludente para possibilitá-las a inclusão efetiva. Deixaram de ser meros objetos das políticas de assistência social para serem sujeitos do próprio destino.

O direito de ir e vir, de trabalhar e de estudar passaram a ser reconhecidas como a mola-mestra da inclusão de qualquer cidadão na sociedade. Contudo, para que se concretizasse em face das pessoas com deficiência, houve a necessidade de se exigir do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, consubstanciadas como objetivos fundamentais nos preceitos do art. 3º da Constituição Federal, por meio da implantação de políticas públicas compensatórias e eficazes.

Nessa relação inclusiva, o dever não se esgota no Estado brasileiro. Todos os cidadãos são igualmente responsáveis pela efetiva compensação do *discrímen* dos deficientes. Assim, nas relações de trabalho, as empresas, por sua vez, devem primar pelo respeito ao princípio constitucional do valor social do trabalho e da livre iniciativa, para que se implementem a cidadania plena e a dignidade do trabalhador com ou sem deficiência. Tudo sob os ditames do art. 1º da atual Constituição, que traz a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, e do art. 170 da CF/88 que prega "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]".

O Brasil conta atualmente com cerca de 24 milhões de pessoas com deficiência, como consta no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE (BRASIL, 2008). Essas pessoas, porém, não circulam nas ruas, nas escolas

comuns, nos locais de lazer instituídos e muito menos têm acesso ao trabalho. Vê-se assim, que as políticas a serem implementadas com essas pessoas não devem tratar de assistencialismo, mas de oportunidades que visem a inserção da pessoa com deficiência como qualquer outro cidadão, enquanto um trabalhador do qual se espera profissionalismo, dedicação e assiduidade.

2.1 Análise da Evolução Histórica das Pessoas com Deficiência

Na antiguidade, o destino dado às pessoas com deficiência era incerto e dependia muito do grupo em que viviam. Em Esparta, na Grécia, elas eram eliminadas por serem consideradas inúteis para a sociedade. Assim se observa em Cretella Júnior (1993, p. 49):

Em Roma, para ter personalidade completa, para ser pessoa, é preciso preencher duas condições, uma natural – o nascimento perfeito; e outra civil – “o *status*”.

Nascimento perfeito é o nascimento idôneo para gerar consequências jurídicas, devendo para isso reunir 3 requisitos: nascimento com vida, revestir **forma humana** e apresentar viabilidade fetal, isto é, perfeição orgânica suficiente para continuar vivendo.[...] [grifos nossos]

Da mesma forma, na Idade Média, crianças que nasciam com alguma deficiência física tinham poucas chances de sobrevivência. A partir do século XIX, é que foi fortalecido o espírito religioso de compaixão e piedade e também as ações de assistência em relação às pessoas com deficiência, incitando a concepção de que elas eram dignas de pena e totalmente dependentes de outras para viver. Nessa época, as pessoas deficientes eram consideradas como objeto de proteção divina ao invés sujeitos dos próprios direitos, sendo, portanto, tratadas como se não fossem capazes de decidirem por si mesmas sobre suas necessidades.

Já no século XX, formaram-se organizações para pessoas com deficiência por suas famílias e defensores, com o escopo de garantir melhores condições de vida. (VIDA BRASIL, 2007).

Devido ao grande contingente de pessoas com mutilações após a Segunda Guerra Mundial, começou a ser introduzido, no âmbito das relações sociais, o conceito de integração, constituindo-se como reflexo da conscientização sobre as capacidades das pessoas com deficiência. Visava-se também a inserção destas em todos os setores da sociedade (político, econômico, social e cultural), além de estar calcada no Princípio da Igualdade e na construção da cidadania.

A sociedade passou então a adotar um modelo de reabilitação no qual aquelas consideradas inválidas, mutiladas da guerra e acidentadas no trabalho eram alvo de reparação, adaptação e reinserção por organizações formadas após a Segunda Guerra. Estas eram em sua maioria de cunho assistencialista e, de algum modo, reproduziam e reforçavam a imagem da pessoa com deficiência como dependente. Como bem analisa Ribas (1993, p. 18):

Existe um mecanismo social muito bem feito que pende para a exclusão e ao mesmo tempo pende para a integração. O diferente é segregado, não obstante exista na sociedade uma ideologia de integração, que consiste em apregoar que todos os cidadãos são iguais e que por isso ninguém deve ser excluído do convívio social. Por isso dizer que são iguais é esconder uma realidade diversa. No fundo, este mecanismo social é altamente discriminador.

Observa-se, pois, que o conceito de deficiência baseava-se em um modelo biomédico, no qual havia uma causa, uma doença e um tratamento. Restringia-se anteriormente a questão a uma abordagem médica relacionada apenas à saúde, sem acolher que também o meio envolvente (físico e social) impunha limitações. Dessa forma, esse modelo se revelou insuficiente, e passou-se, então, a ser desenvolvido outro, de reabilitação, centrado em limitações funcionais e não mais em doença, visando a integração social.

A integração social, em substância, representou a fase em que as instituições de reabilitação se propunham a adaptar as pessoas com deficiências à sociedade, de modo que ela pudesse se integrar ao grande grupo social.

A partir dos anos 70 é que os direitos das pessoas com deficiência começaram a ser reconhecidos na legislação e surgiu no âmbito internacional a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência da ONU, em 1975.

No Brasil, a legislação começou, do mesmo modo, a desenvolver-se nesse sentido, e já surgiam leis que proibiam a discriminação, apesar de, à época, se buscar ainda o reconhecimento de muitos outros direitos.

A partir de 1980, que se constituiu na década mundial das pessoas com deficiência, pretendeu-se, de início, assumir o controle das vidas dos deficientes e buscar alternativas nas instituições assistencialistas. O surgimento de tal movimento, em âmbito nacional e internacional, propiciou o início da superação do modelo biomédico da deficiência⁴ e a emergência do modelo social ou sociopolítico, que considera as barreiras físicas e socioeconômicas como criadoras de obstáculos para a participação social e o exercício da cidadania pelas pessoas com necessidades especiais.

Assim, no Brasil, uma das principais bandeiras do movimento de São Paulo foi a programação do Ano Internacional das Pessoas com deficiência em 1981. Nesse movimento buscou-se a implementação de legislação específica, a eliminação de barreiras arquitetônicas, a discussão do papel da mídia e a penetração de iniciativas inclusivas em todos os setores da sociedade.

Outras articulações nacionais surgiram nessa época, como a organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos (Onedef), a Federação Brasileira de Entidades de Cegos (Febec) e os Centros de Vida Independente (CVI). Com essas reivindicações foi realizado o 1º Encontro Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes, culminando na instituição do Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência em 21 de setembro.

A programação Brasileira mencionada foi relatada por Ribas (1993, p. 95) da forma que segue:

⁴O modelo biomédico está ligado à lógica da causalidade proposta pela OMS – Organização Mundial de Saúde, onde as lesões são a principal causa das desvantagens. Nesse modelo, todo o estudo da deficiência volta-se para a análise de que um corpo com lesões experimentaria restrições de habilidades, o que levaria a pessoa a situações de desvantagem social, por isso a importância de conhecer, curar ou reabilitar os corpos anormais.

[...] O Ano Internacional das Pessoas Deficientes (1981) em muito pouco contribuiu para que os deficientes deixassem de ser marginalizados. Ao meu ver, a contribuição do AIPD foi de fazer acordar a sociedade para o fato de que no conjunto de suas relações sociais existe mais uma contradição: existem 10% da sua população que, por serem deficientes, ou por serem consideradas como tais, sofrem "problemas" sociais.

Por outro lado, até por seu caráter paternalista, o AIPD trouxe falhas que terminaram por reiterar alguns preconceitos e discriminações. As comissões Nacional e Estadual (São Paulo) tiveram em muito pouco ou quase nada realizadas as suas propostas. As pessoas deficientes continuam discriminadas no mercado de trabalho, nas escolas e no processo sociocultural. As pessoas deficientes continuam estigmatizadas pela população que não perdeu o seu preconceito. A ignorância dos habitantes não foi substituída por informações corretas. As pessoas deficientes, ricas ou pobres, por se acreditar que são todas carentes, continuam recebendo indevida e equivocadamente esmolas nas ruas. A imagem das pessoas deficientes, enfim, continua fragmentada.

Em projeção internacional, as organizações brasileiras se filiaram à *Disabile People International* (DPI), organização mundial que reunia todos os tipos de deficiência. Em 1984 houve o Congresso Mundial da DPI, no qual, pela primeira vez, as mulheres com deficiência, por terem um sentimento de exclusão dentro do próprio movimento, manifestam-se como grupo.

Assim foi que a partir da emergência da perspectiva social pode-se analisar a situação de violação de direitos das pessoas com deficiência, onde diversos fatores deveriam ser considerados, desde sociais e políticos a econômicos e institucionais.

Mais do que ser uma pessoa com deficiência, o fato de que o indivíduo se encontra em uma situação de deficiência não depende somente das características pessoais dele, mas também, e principalmente, do modelo social da deficiência, que orienta parte dos movimentos da área, isso com o escopo de alcançar a inclusão dessas pessoas com necessidades especiais. Tem-se assim a necessidade de transformar a sociedade e vencer suas barreiras das mais diversas ordens, tornando o contexto social facilitador e não um obstáculo.

Grande parte do movimento das pessoas com deficiência vem até os dias atuais lutando pelo reconhecimento e implementação de seus direitos, por sua autonomia e independência agora não mais pautadas na integração. Atualmente,

trabalha-se com a perspectiva da inclusão, reconhecendo que as diferenças são inerentes à sociedade e que esta também deve se adaptar para oferecer a todas as pessoas as mesmas oportunidades.

Dessa forma, vê-se na inclusão um paradigma que estabelece que as políticas, programas, serviços sociais e a própria sociedade devem permitir à pessoa com deficiência acesso igualitário aos recursos disponíveis na comunidade, atendidas as suas peculiaridades, permitindo-lhes exercer o direito de participar da edificação social.

Com isso, garante-se a possibilidade de as pessoas com deficiência terem participação mais expressiva, o que diminui a invisibilidade desse grupo social que representa grande parcela da população (14,5% no Brasil e 10% no mundo), mas que acaba por ficar invisível quando não é garantido seu acesso a direitos fundamentais.

2.2 Definição de Deficiência

Deficiência é o termo usado para definir a ausência ou a disfunção de uma estrutura psíquica, fisiológica ou anatômica. Diz respeito à biologia da pessoa. Porém, conceituar a deficiência é bem mais complexo. Um dos problemas reside no fato de que qualquer noção implica uma imagem que pode estigmatizar o deficiente, tais como inválidos, incapazes, excepcionais e pessoas deficientes.

Não obstante, há que se observar que em contextos legais a expressão deficiência é utilizada de uma forma mais restrita e refere-se a pessoas que estão sob o amparo de uma determinada legislação.

Com o intuito de precisar o termo alguns órgãos da Organização das Nações Unidas se manifestaram em favor de lançar mundialmente o termo Pessoas Deficientes.

A expressão surgiu com a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, expressa na Resolução XXX / 3447, de 9 de dezembro de 1975, que proclama em seu artigo I:

Artigo I. O termo pessoas deficientes refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as pessoas necessitadas de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Nesse cenário, a Organização Mundial de Saúde em 1980 publicou a *Classification of Functioning, Disability and Health*, traduzida no Brasil como Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, distinguindo impedimento, deficiência e incapacidade.

O impedimento diz respeito a uma alteração (dano ou lesão) psicológica, anatômica ou fisiológica em um órgão ou estrutura do corpo humano. A deficiência está ligada a possíveis seqüelas que restringiriam a execução de uma atividade. Já a incapacidade refere-se aos obstáculos encontrados pelos deficientes em sua interação com a sociedade, levando-se em conta fatores como a idade, sexo, vetores sociais e culturais. É, pois, caracterizada como qualquer restrição ou falta (em consequência de uma deficiência) de capacidade de exercer uma atividade da maneira considerada como normal, ou como tal classificada, para um ser humano.

No âmbito internacional há duas normas, devidamente ratificadas pelo Brasil, o que lhes dão *status* de leis nacionais, que são a Convenção nº. 159/83 da OIT – Organização Internacional do Trabalho - e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção de Guatemala). Tais normas, promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001, bem conceituam a deficiência para os fins da proteção legal, como uma limitação física, mental, sensorial ou múltipla, que incapacite a pessoa para o exercício de atividades normais da vida e que, em razão dessa incapacitação, a pessoa tenha dificuldade de inserção social. (BRASIL, 2007).

O princípio basilar da Convenção de 159/83 esteia-se na garantia de um emprego adequado e na possibilidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência na sociedade. Assim, todo o Estado que o ratifique fica obrigado a formular e aplicar uma política nacional a respeito da readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência, e garantir que as medidas, efetivamente, beneficiem todos os que se encontrem nessa condição.

Foi assim que a partir da Constituição Brasileira de 1988, por influência do Movimento Internacional de Pessoas com Deficiência, se incorporou no ordenamento jurídico pátrio a expressão pessoa portadora de deficiência. Passou-se a adotar também, ao longo dos anos, as expressões pessoas com necessidades especiais ou pessoa especial. Tais expressões têm em comum o escopo de nominar a característica peculiar da pessoa, sem estigmatizá-la.

Insta trazer a baila o esclarecimento quanto aos termos tratados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 2007, p. 22):

A expressão 'pessoa com necessidades especiais' é um gênero que contém as pessoas com deficiência, mas também acolhe os idosos, as gestantes, enfim, qualquer situação que implique tratamento diferenciado. Igualmente se abandona a expressão "pessoa portadora de deficiência" com uma concordância em nível internacional, visto que as deficiências não se portam, estão com a pessoa ou na pessoa, o que tem sido motivo para que se use, mais recentemente, conforme se fez ao longo do texto, a forma 'pessoa com deficiência'. Esta é a denominação internacionalmente mais freqüente [...].

O Decreto nº. 914 de 6 de setembro de 1993, que institui a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, define em seu artigo 3º a Pessoa com Deficiência da maneira que segue:

Art. 3º - 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.

Excluem-se desta consideração pessoas com pequenas limitações físicas ou sensoriais, como por exemplo, a falta de um dedo, pequenas dificuldades ortopédicas, e a necessidade do uso de lentes corretivas.

Cabe ainda o conhecimento normativo do Decreto nº. 3.298 de dezembro de 1999, que trata também da diferença entre deficiência e incapacidade, proclamando:

Art. 3º [...] *omissis*

I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

[...] *omissis*

III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Entende-se, contudo, por pessoas reabilitadas aquelas que se submeteram a programas oficiais de recuperação da atividade laboral, perdida em decorrência de infortúnio. Há, porém, a necessidade precedente de se atestar tal condição por documentos públicos oficiais, expedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social ou órgãos que exerçam função por ele delegada.

Na reabilitação profissional valoriza-se a liberdade e autonomia das pessoas com deficiência, tornando-as gestores de seu próprio processo e responsáveis de maneira significativa pelos seus próprios êxitos. Orientam-se ainda as instituições de reabilitação profissional sobre como exercer seu papel de facilitadores dos processos de reabilitação, devendo levar em conta as potencialidades da pessoa com deficiência, identificadas com base em relatório de equipe multiprofissional, considerando-se a educação escolar recebida e por receber, expectativas de promoção social, possibilidades de empregos existente em cada caso, motivações, atitudes e preferências profissionais e necessidade de mercado de trabalho.

2.3 Caracterização da Deficiência.

A rigor, os tipos de deficiência podem ser referidos como físicos, mentais ou orgânicos e sensoriais. As deficiências físicas, ou seja, as de origem motora, são as

alterações completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, correspondente a amputações, malformações ou seqüelas de vários tipos, excluídas desse grupo as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho das funções.

A deficiência mental, por sua vez, é conceituada segundo o Decreto nº. 3.298/99 como o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos 18 anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas. Podem ser de vários graus, de origem pré e pós-natal.

As deficiências sensoriais dividem-se em deficiência auditiva - surdez total ou parcial - e visuais - cegueira também total ou parcial. A auditiva é a perda de 41 decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz. Já a deficiência visual é conceituada pela cegueira - na acuidade visual igual ou menor que 0,05 no melhor olho; baixa visão - acuidade entre 0,3 e 0,05 e casos onde a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°.

Quanto às origens das deficiências em pré e pós-natal, tem-se que quanto à primeira, onde se incluem as congênitas, após a concepção, o embrião leva três meses para se formar definitivamente. É nessa época de formação que podem ocorrer as malformações, onde se encontram duas causas, as doenças da mãe ou do feto e os distúrbios genéticos.

No caso da genitora contrair alguma doença infecciosa como a rubéola, toxoplasmose, sífilis, ou alguma doença metabólica tal qual tireopatia, nos três primeiros meses da gravidez, o feto pode ser acometido de uma malformação. Ressaltando-se que é neste primeiro trimestre de gestação que o feto se forma por inteiro: cabeça, braços e pernas. Assim, a doença infecciosa ou metabólica da mãe pode acabar sendo transmitida para o filho já em seu ventre, acarretando efeitos teratogênicos. Há casos ainda em que a mãe já está acometida por alguma das patologias mencionadas, e o filho será infectado.

Por outro lado, a ingestão de drogas é responsável em potencial por malformações. Por isso que se orienta a toda gestante não tomar qualquer tipo de medicação sem prescrição médica. A exemplo disto, na década de 50, calmantes considerados muito fracos contendo talidomida foram responsáveis por um contingente de crianças deficientes. Hoje existe uma associação, decorrente desse acontecido, chamada de Associação das Vítimas da Talidomida. (RIBAS, 1993).

Existem ainda os efeitos da radiação. O Raio-X é outro exemplo de feito que pode decorrer em malformação seja no espermatozóide do pai, no óvulo da mãe, seja no embrião, podendo ocasionar o nascimento de um filho deficiente. É por isso que as mulheres gestantes não devem tirar radiografias.

Dentro das malformações de origem pré-natal, encontram-se também as causas congênitas. Estas dizem respeito à carga genética transmitida hereditariamente ao feto. Genes alterados de antepassados podem ocasionar malformações. O feto pode adquirir um gene degenerado de parte da família do pai ou da família da mãe, o que vai interferir na sua constituição.

As malformações ocorridas nos três primeiros meses de gravidez podem trazer qualquer dos três tipos de deficiência, a deficiência física, a sensorial e a mental, e até mesmo a combinação de algumas deficiências, as múltiplas.

As deficiências múltiplas podem ser geradas por doenças da mãe ou do feto, por disfunção causada por radiação ou por transmissão hereditária de genes alterados. Podem nascer crianças portadoras da Síndrome de Down, distrofia muscular progressiva, mielomeningocele, surdez, entre tantas. (REZENDE, 2005).

Quanto às deficiências de origem peri ou pós natal, tidas como deficiências adquiridas, podem decorrer de acidentes ou doenças. As doenças infecciosas que atacam crianças ou adultos podem ser responsáveis por seqüelas, entre as mais comuns está a varíola, a meningite, a encefalite, sarampo, tracoma, poliomielite, hanseníase, citando algumas. Estas doenças, se não são tratadas no início e com presteza, podem trazer qualquer dos três tipos de deficiência elencadas.

Também, as crianças prematuras, por possuírem menor defesa contra agentes agressores, podem vir a ser acometidas por doenças que acarretam deficiências.

Há, de outro lado, as doenças não-infecciosas que acometem mais os adultos. Estas são, na maioria, a hipertensão, que pode ocasionar o derrame e conseqüentemente a hemiplegia e as doenças das artérias, que levam à amputações.

As deficiências adquiridas podem ainda ter origem nos acidentes de parto, de trabalho, de trânsito, dentre outras causas. Em geral, a paralisia cerebral e a epilepsia são exemplos de deficiências decorrentes de acidente no momento do parto.

Um acidente de automóvel, por sua vez, pode fazer deslocar a medula espinhal, resultando em paraplegia ou até mesmo tetraplegia. Um acidente de trabalho, o qual no Brasil é muito freqüente, pode ocasionar uma amputação ou uma doença grave que traga algum tipo de lesão anatômica ou funcional permanente. (RIBAS, 1993).

O estigma da deficiência acaba por fazer que a população acredite que todos os deficientes sejam iguais. Porém tem que se ter em vista que toda deficiência deve ser considerada *per si* com todas as suas necessidades particulares.

A própria legislação infraconstitucional por meio dos Decretos de nº. 3.298/99 com as alterações dadas pelo Decreto nº. 5.296/04, conforme ANEXO, faz a mister divisão e conceituação das deficiências física, sensorial e orgânica, como visto, definindo as diversas patologias que se agregam a cada tipo de deficiência, graduando-as e especificando-as. Cabe, pois, correlacionar cada pessoa com alguma patologia à conceituação da deficiência legalmente estabelecida para se assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, principalmente aos fins da reserva de cargos a que se propõe a Lei nº. 8.213/91 – Lei de Cotas.

2.4 A Lei de Cotas e suas Especificidades

A Lei nº. 8.213/91, conhecida como Lei de Cotas, estabelece a obrigatoriedade das empresas com 100 (cem) ou mais empregados preencherem uma parcela de suas vagas de trabalho na forma que dispõe o art. 93:

Art. 93 – A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois por cento a 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%

A comprovação da deficiência para os fins da reserva de cargos dá-se por intermédio de Laudo Médico emitido por médico do trabalho da empresa, ou mesmo outro médico, atestando o enquadramento legal do empregado para integrar a cota, de acordo com as definições estabelecidas na Convenção nº. 159 da OIT, Parte I, art. 1 e Decreto nº. 3.298/99⁵, art. 3º e 4º, com as alterações dadas pelo art. 70 do Decreto nº. 5.296/04. (ANEXO).

O laudo médico deverá especificar o tipo de deficiência e ter autorização expressa do empregado para utilização do mesmo pela empresa, tornando pública a sua condição. Também pode ser comprovada através de Certificado de Reabilitação Profissional emitido pelo INSS - Instituto Nacional de Seguro Social.

Nessa sistemática têm-se as pessoas reabilitadas como aquelas que se submeteram à programas oficiais de recuperação da atividade laboral, permitida em decorrência de infortúnio, comprovadas também pelo INSS ou por órgãos que exerçam função delegada pela Instituição.

Há que ser atendida, portanto, a norma regulamentar sob pena de o trabalhador não ser computado para fim de cota. Assim, têm-se os casos trazidos pelo MTE (BRASIL, 2007, p. 21), como as "pessoas com visão monocular, surdez em um só ouvido, com deficiência mental leve, ou deficiência física", que não implicam impossibilidade de execução normal das atividades do corpo, não sendo consideradas hábeis aos fins de que trata a Lei em comento.

A obrigação estipulada na Lei nº. 8.213/91 está voltada a todas as pessoas jurídicas de direito privado como as sociedades empresariais, associações, sociedades e fundações que admitam trabalhadores como empregados, como dista o art. 2º, §1º, da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, equiparando também à empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, ou outras instituições sem fins lucrativos. Há de se observar que em relação aos empregados de empresa terceirizada, a reserva de cargos somente conta para esta, não para a tomadora.

No cálculo da cota de empregados com deficiência, bem como, do percentual de cargos a serem preenchidos, é utilizado o número de empregados da

⁵ Essas leis conceituam a deficiência para fins de proteção legal, que incapacite a pessoa para o exercício de atividades normais da vida e que, em razão dessa incapacidade, a pessoa tenha dificuldades de inserção social.

totalidade de estabelecimentos da empresa no Brasil. Dentre outros dispositivos, o Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 2008), por força da Instrução Normativa nº. 20 de 2001, estabelece:

Art. 10 O AFT⁶ verificará, mediante fiscalização direta ou indireta, se a empresa com cem ou mais empregados preenche o percentual de 2 a 5 por cento de seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

[...]omissis

§ 1º Para efeito de aferição dos percentuais dispostos neste artigo, será considerado o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa.

§ 2º Os trabalhadores a que se refere o *caput* poderão estar distribuídos nos diversos estabelecimentos da empresa ou centralizados em um deles.

§ 3º Cabe ao AFT verificar se a dispensa de empregado, na condição estabelecida neste artigo, foi suprida mediante a contratação de outra pessoa portadora de deficiência, nos termos do art. 36, - 1º do Decreto nº 3.298, de 1999.

§ 3º Cabe ao AFT verificar se a dispensa de empregado, na condição estabelecida neste artigo, foi suprida mediante a contratação de outra pessoa portadora de deficiência, nos termos do art. 36, § 1º do Decreto nº 3.298, de 1999.

§ 4º As frações de unidade, no cálculo de que trata o *caput*, darão lugar à contratação de um trabalhador.

§5º O Auditor-Fiscal do Trabalho deverá consignar no auto de infração o número de trabalhadores que deixou de ser contratado, tendo em vista a aplicação do percentual referido no *caput*".(NR)

(§§ 4º e 5º acrescidos pela Instrução Normativa n.º 36, de 05 de maio de 2003.)

Na contratação da pessoa com deficiência, a empresa selecionadora desse segmento deve estar preparada para viabilizar o seu trabalho. Precisa-se, ainda por cima, se ter claro que as exigências a serem feitas devem estar adequadas às peculiaridades que caracterizam as pessoas com deficiência, como já referendado. Se isso não ocorrer, vai ser exigido um perfil de candidato sem qualquer tipo de restrição, o que acaba por inviabilizar a contratação dessas pessoas. Como tal, pode-se configurar uma espécie de fraude contra a Lei de Cotas, que deve estar calcada sempre na abertura de um mercado de trabalho para o segmento hipossuficiente.

⁶ AFT – Auditor Fiscal do Trabalho.

Bem como, constitui-se uma prática discriminatória a práxi da empresa de concentrar-se em um único tipo de deficiência ou buscar apenas pessoas com deficiências leves, pois a legislação garante o acesso ao trabalho a todas as categorias de deficiência, sejam quais forem a sua natureza e severidade, através de norma Constitucional que assegura no art. 7º, XXXI “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Como a Lei objetiva a inserção dos portadores de necessidades especiais no âmbito do Trabalho, exigir experiência profissional destas pessoas, seria também fragrantemente discriminatório, visto que, antes de ser instituída a obrigatoriedade, quase nenhuma empresa as empregavam. Assim, de uma forma geral, delas não se deve exigir experiência.

Quando a experiência for efetivamente necessária ao desempenho da função, a própria empresa deve oportunizar que as pessoas adquiram internamente as habilidades, a postura de trabalho e os conhecimentos exigidos para o exercício de certos cargos. Tudo se tendo por base o art. 36, alínea c, da Recomendação nº. 168 da OIT, c/c item 4 do Repertório de Recomendações Práticas da OIT: Gestão de questões relativas à deficiência no local do trabalho. (BRASIL, 2004).

Nesse contexto de contratação, o Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 2007, p. 33) ainda recomenda:

Às pessoas com deficiência também não foram dadas iguais oportunidades de acesso à escolarização. Entretanto, muitas vezes, apesar de não terem a certificação, tiveram acesso ao conhecimento por meio do apoio da família ou da comunidade local. De outro lado, muitas vezes é exigido, de forma generalizada, um patamar de escolaridade que não é compatível com as exigências de fato necessárias para o exercício das funções. Assim sendo, ao candidato deve ser dada a oportunidade de fazer um teste para revelar suas reais condições de realizar o trabalho.

O modelo neoliberal de organização do trabalho impõe um perfil de trabalhador polivalente que desempenha inúmeras funções. Dependendo das limitações impostas pela deficiência muitas vezes a pessoa não consegue desenvolver o conjunto das funções inseridas num mesmo cargo. Porém, pode

realizar parte delas. A empresa então, sempre que possível, deve verificar a possibilidade de desmembrar as funções de forma a adequar o cargo às peculiaridades dos candidatos.

A maior dificuldade das empresas reside no seu desconhecimento a respeito da questão da deficiência, reconhecendo suas possibilidades e limitações. Essa situação gera medo, insegurança e preconceito e pode inviabilizar o processo de inclusão.

Para superar essa limitação na inserção do deficiente, a empresa buscará apoio junto às entidades e escolas de pessoas com deficiência que detêm acúmulo de conhecimento a respeito da matéria e podem se constituir em importantes parceiras desse processo. Assim, as entidades beneficentes de assistência social, na forma da lei, poderão intermediar a inserção laboral nas modalidades de colocação seletiva e promoção do trabalho por conta própria - art. 35 do Decreto nº. 3.298/99. (ANEXO).

Os candidatos a emprego com deficiência podem ser encontrados nos postos do Sistema Nacional de Empregos (SINE) que mantêm um cadastro de candidatos com deficiência para inserção no mercado de trabalho. Os reabilitados podem ser encontrados, por outro lado, nos Centros e Unidades Técnicas de Reabilitação Profissional do INSS. As escolas e entidades representativas das pessoas com deficiência ainda dispõem de cadastros de seus associados.

Quanto ao contrato de trabalho não há regras especiais para assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, muito menos, à formalização do contrato de trabalho com uma pessoa com deficiência. Aplicam-se as normas gerais da Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante, fazem *jus* a um horário de trabalho flexível e reduzido, com proporcionalidade de salário, quando necessário em razão do seu grau de deficiência. Nesse desiderato, tem-se o art. 35, §2º do Decreto nº. 3.298/99:

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

A *contrario sensu*, se a deficiência prescinde dessa jornada especial – por questões de locomoção ou mesmo tratamento médico – nada proíbe a execução do trabalho em uma jornada semanal de 40 (quarenta) horas, inclusive com hora extra. Tudo em conformidade com as Leis trabalhistas.

Tanto na contratação como na dispensa não existem, em regra, forma especial a ser seguida. Quanto ao último, no entanto, para garantir a reserva de cargos para a pessoa portadora de deficiência, a dispensa de empregado com deficiência ou reabilitado, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a 90 dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes. Isto é, a demissão de uma pessoa com deficiência ensejará a contratação de outra pessoa com deficiência, não sendo necessário trabalhador com mesma deficiência do substituído. A regra deve ser observada enquanto a empresa não tiver atingido o percentual mínimo legal.

Essa política analisada neste capítulo deve estar associada à política de responsabilidade social da empresa na promoção de local de trabalho seguro e saudável, incluindo medidas de segurança e saúde no trabalho, de análise de risco relativa a qualquer adaptação, ajustamento ou acomodação, pronta intervenção e encaminhamento de trabalhadores a serviços de tratamento e reabilitação, no caso de deficiência adquirida durante a vida ativa.

A inserção da pessoa com deficiência no trabalho deverá ser, sobretudo, individual, social e profissional, apoiada por equipe multidisciplinar, a fim de se conseguir a verdadeira inclusão dessas pessoas.

Compete, portanto, ao empregador garantir a elaboração e efetiva implementação desses instrumentos, sem ônus para o empregado, bem como zelar pela sua eficácia.

CAPÍTULO 3 ANÁLISE DA DESTINAÇÃO DE VAGAS DE TRABALHO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Com a consagração e universalização do Direito do Trabalho, o Princípio da Igualdade teve fortes reflexos nas relações trabalhistas com o objetivo de impedir a discriminação decorrente de uma variedade de fatores, seja no tocante a salários, seja nos critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

Entretanto, a previsão constitucional de não discriminação do artigo 7º da CF/88, de forma isolada, não tem o condão de atingir a Igualdade almejada. A mais nova vertente que atinge e impede ainda mais o sucesso da Igualdade é o desequilíbrio causado na sociedade brasileira advinda do fenômeno da globalização.

Nesse escopo, novas bases foram e são criadas para o direito do trabalho visando retomar o equilíbrio frente ao desequilíbrio existente, provocando, conseqüentemente, a flexibilização das relações trabalhistas.

A reserva de vagas de trabalho às pessoas com necessidades especiais constante do art. 93 da Lei nº. 8.213/91 advêm, assim, dessa necessidade de se concretizar a Igualdade na sociedade, não só no texto da lei.

Há previsão para essas ações afirmativas inserida em todo o Texto Constitucional de 1988, contidas principalmente em normas programáticas, cabendo, aqui, uma análise do Estado Social Garantidor e dos critérios de aferição de constitucionalidade das normas, dentre eles a Proporcionalidade e a Razoabilidade.

3.1 Democracia Econômica e Social e o Estado Garantidor

O Estado social representa o resultado de uma longa transformação das disfunções sociais e econômicas por que passou o antigo Estado Liberal clássico dos burgueses, e a conseqüente adaptação da sociedade industrial e pré-industrial a uma nova realidade trazida ao fim da segunda guerra. É parte do histórico Estado de

Direito, quando incorpora os direitos sociais para além dos direitos civis. Ou seja, o Estado social é o produto da simbiose entre o estado e a Sociedade.

Nesse contexto histórico, Bonavides (1993, p. 181) lembra a transformação da postura adotada pelo Estado:

De fato, na medida em que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, termina por enfraquecer este, passando ele a ser, como pretendia Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, ou mitigador de conflitos sociais e, ao mesmo tempo, pacificador indispensável entre o trabalho e o capital. Foi nesse momento, em que se buscou superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social – que ocorre, sob distintos regimes políticos – que aconteceu uma importante transformação: nasce aí a noção contemporânea do Estado social.

Pode-se asseverar que esse modelo Social de Estado se fundamenta na luta pela colocação em marcha de direitos que garantam ou viabilizem uma participação política igualitária, e, por conseqüência, uma participação concreta da classe trabalhadora na configuração de uma nova geração de direitos fundamentais, assegurando-se a igualdade e a solidariedade.

Assim, a participação da classe operária no Parlamento contribuiu para a formulação de novos direitos, quais sejam, econômicos, sociais e culturais, impulsionando o Estado para um modelo positivo de atuação e o direito para uma função promocional.

O Princípio da Democracia econômica e social tem essa conotação de imposição dirigida aos órgãos de direção política, como o legislativo e executivo, no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social voltada para a conformidade das estruturas vigentes, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática.

Trata-se também de cristalizar em um Estado Social o Princípio da Igualdade real. Neste aspecto preleciona Bonavides (2002, p. 343):

A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; 'igualdade niveladora', volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.

Canotilho (1999, p. 344), nesse ensejo, ainda retrata:

[...] quanto à concretização do princípio da democracia económica e social deduz-se que entre este princípio da igualdade há uma conexão bastante estreita.

[...] A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia económica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia económica e social não é um simples instrumento, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma função conformadora tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa justiça de oportunidade.

Dessa forma, o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional devem adotar medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma justiça constitucional, nas vestes de uma justiça social.

Após a Segunda Guerra, os ordenamentos jurídicos se voltaram para a constitucionalização dos direitos sociais. Para atingir esse modelo o Estado teve que assumir a função de orientação do processo económico, tornando-se o garantidor de um mínimo de bem-estar social, redistribuindo os recursos económicos, sociais e culturais, voltado para as necessidades individuais e coletivas dos cidadãos.

As políticas do modelo de Estado de Direito Social e Democrático nas possibilidades reais se denomina Estado de Bem-estar ou Estado Social que, no Ocidente, tem como princípio a adesão à ordem capitalista.

O Estado Social foi constitucionalizado pela primeira vez na história mundial em 1949 pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, onde em seu art. 20 preleciona "um Estado federal, democrático e social" e no art. 28 define-se como "um Estado democrático e social de Direito".

Após a Constituição alemã, e mais modernamente, vários países terminaram por consagrar em suas Constituições o modelo Social de Estado, aos moldes do que se tem hoje na atual Constituição Brasileira de 1988, que em seu preâmbulo, reitera-se, institui:

[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o 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 [...]

A Constituição Brasileira ainda traz em seu bojo o “Título VIII – Da Ordem Social” tendo por “base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, e o capítulo II - “Direitos Sociais”, do Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, caracterizado no art. 6º da forma que segue:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

Quanto às atribuições do Estado Social clássico e a nova feição adquirida pela inserção dos direitos sociais, Tavares (2003, p. 62 e 63) elucida:

O Estado Social é aquele voltado à determinada parcela de políticas públicas, que se ofertam à sociedade com finalidades bastante precisas: promoção do bem comum com a prestação assistencial geral e econômica, assumindo a função de dirigir, controlar e supervisionar a vida sócio-econômica. O Estado, assim, passou a assumir responsabilidades sociais crescentes, como a previdência, a habitação, a assistência social, incluindo a saúde, saneamento, educação, ampliando o seu leque de atuação como prestador de serviços públicos essenciais.

Para alcançar tais desideratos necessita-se de um amplo sistema de comunicação tendente à igualação das condições de vida, a centralização e a uniformidade.

Garante-se, dessa forma, a consubstanciação de políticas públicas no setor econômico e social para a manutenção dos direitos sociais e dos chamados direitos de “terceira geração” que passaram a ser responsabilidade do Estado, assegurando-se um mínimo vital ao cidadão na seara trabalhista, educacional, da saúde, assistência e previdência social, meio ambiente, patrimônio cultural, dentre outras.

O Estado do nosso tempo, denominado de Estado contemporâneo, é, fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas. Entende-se, de outro lado, por Políticas Públicas, nos dizeres de Guareschi, Comunello, Nardini e Hoenisch, (2004, p. 180), como:

O conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas. Expressa a transformação daquilo que é do âmbito privado em ações coletivas no espaço público.

A efetivação dos direitos humanos fundamentais, inclusive os sociais, não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem como fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, à educação, à saúde, entre outros. Por conseguinte, o Estado deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vista a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos. Da aplicação progressiva dos direitos humanos sociais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social tratado por Canotilho (1999, p. 332):

A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural e do núcleo essencial de existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Pode-se formular, dessa forma, que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve ser considerado como constitucionalmente garantido, sendo consideradas inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desses direitos mínimos.

3.2 Análise do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Esteio do Estado Social

Os planos e programas que objetivam as ações afirmativas estão dotados de uma precisa medida, a qual se pretende salientar num âmbito de razoabilidade, procurando materializar o mandamento constitucional.

Já a solução para se evitar uma discriminação inversa deve ser encontrada na análise do caso concreto, à luz do Princípio Constitucional da Proporcionalidade dos efeitos da medida restritiva da Igualdade Formal que se pretende operacionalizar.

Neste diapasão, é mister o estudo do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade como postulados distintos, embora sejam em muitas áreas do direito utilizadas como sinónimos, e até mesmo em outros ordenamentos jurídicos.

Em alguns países, como a Itália, o Princípio da Proporcionalidade é denominado de Razoabilidade. Portugal, entretanto, admite-o constitucionalmente em seu artigo 18º, item 2 de 1976, ao afirmar:

Artigo 18º. [...] *omissis*

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

No Brasil, alguns doutrinadores afirmam que o Princípio da Proporcionalidade na Constituição Federal de 1988 teria previsão implícita no art. 5º, §2º:

Art. 5º. [...] *omissis*

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que no exercício de seus direitos e liberdade, todo homem está sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade democrática.

A proclamação supra mencionada traz à baila o Princípio da Proporcionalidade, eis que da forma como foi estabelecido acima, a adequada proporção torna-se condição de legalidade.

Cabe, porém, *a priori*, a sutil diferenciação entre Proporcionalidade e Razoabilidade trazida por Ávila (2004, p. 111):

Com efeito, o postulado da **proporcionalidade** pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da **razoabilidade** como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre

uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela. [grifos nossos]

O postulado da proporcionalidade dizia respeito primitivamente ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Nesse sentido, é que a teoria do Estado o considera, no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. A maioria da doutrina vê seu fundamento constitucional intimamente ligado aos direitos fundamentais.

Este princípio também é conhecido doutrinariamente como Princípio da Vedação de Arbítrio, Princípio de Avaliação de Bens Jurídicos, Princípio de Avaliação de Interesses, Princípio da Vedação de Excesso ou Mandado de Ponderação (ALEXY, 2002).

Tem por fim estabelecer limitações à liberdade individual, dirigindo a ação do indivíduo na sociedade, evitando que se firmem as liberdades proclamadas pelo espírito democrático, e, segundo Sarmento (2003, p. 77) “aferindo a conformidade das leis e dos atos administrativos aos ditames da razão e da justiça”.

Quando a medida é excessiva ou injustificável, ela sai da proporcionalidade, significando uma violação à própria ordem constitucional. Querendo se incluir certo grupo social, no caso da modalidade de cotas das ações afirmativas, não se deve excluir outros.

Com a discriminação positiva se requer uma introdução e absorção, na estrutura político-social, daqueles que de forma diversa se considerariam marginalizados, aplicando um tratamento diferenciado.

Por força da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, esse preceito requer dos poderes públicos, a observância conjunta dos três subprincípios ou “máximas parciais” na realização de seus fins, quais sejam, a adequação ou pertinência, a necessidade e a proporcionalidade em seu sentido estrito - ponderação.

Um meio adequado é o que se presta a promover o fim. Examina-se a possibilidade de a medida levar à realização da finalidade. É necessário o meio, entre todos os meios adequados à promoção do fim, aquele que menos restrinja

direitos fundamentais. (ÁVILA, 2004). Não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.

Por último, Ávila (2004, p.110) denomina que "[...] um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca". A escolha recai sobre o meio que, no caso concreto, levar mais em conta o conjunto de interesses em jogo, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, Ávila (2004, p.110) ainda revela:

Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados.

Sobeja claro, dessa forma, que qualquer limitação legal, no âmbito dos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

Canotilho (1999, p. 266) postula, em uma aplicação do Princípio da Proporcionalidade à isonomia, que deve-se abordar as seguintes questões: "(i) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário, (ii) a adequação e necessidade deste tratamento para a persecução do fim e (iii) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos".

A Razoabilidade, por outro lado, dá-se pela harmonização da norma geral com o caso externo, ou requerendo um suporte empírico existente para adotar uma medida, ou postulando congruência entre o critério eleito de diferenciação e a medida adotada.

Os princípios de hierarquia superior impõem verticalmente certa interpretação, de modo que não há entrelaçamento de princípios de mesma hierarquia, nem nexos causais entre meio e fim.

Enquanto postulado, possui, também, três acepções, no ensinamento de Ávila (2004, p. 103):

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como uma diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Na primeira acepção, o postulado da Razoabilidade atua como meio para determinar que as circunstâncias do caso concreto presumem-se dentro da normalidade, e que tal postulado atua na interpretação dos fatos descritos na norma jurídica. Exige-se ainda a consideração das peculiaridades do contexto social, quando o hipossuficiente, por exemplo, é menosprezado pela generalização e abstração da lei.

Aqui a Razoabilidade é utilizada para demonstrar que a incidência da norma, embora condição necessária, não é suficiente para que o postulado seja aplicado. Acresce-se que para a efetiva aplicação normativa, a não incidência de razão motivadora prevista na própria regra, e a existência de Princípio de hierarquia superior que institua uma razão contrária, no caso do princípio da justiça, serão necessárias para viabilizar uma relação congruente entre a norma e o caso concreto.

Nessa acepção, com Ávila (2004, p. 106) tem-se que “[...] a razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça”, prevista no preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal.

Na diretriz da vinculação da norma com o mundo, requer-se a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, quer exigindo um suporte empírico existente, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação eleito e a medida adotada.

Na última acepção, a Razoabilidade é tida como o postulado da equivalência, onde se exige uma relação de equivalência entre duas grandezas. De modo similar ao dever de congruência, requer-se uma equiparação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, e não entre meio e fim, como ocorre com o Princípio da Proporcionalidade.

No âmbito em que se propõe a estudar neste trabalho, o Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade, sejam como sinônimos, sejam como postulados distintos, leva-se a crer que a Igualdade só pode ser excepcionada na estrita medida em que isso seja necessário para salvaguardarem direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de natureza individual ou coletiva.

Por isso é que o Estado deve fazer a valoração, o juízo entre o direito à norma afirmativa, o fator de *discrímen* e os seus efeitos socialmente havidos.

Assim, através de *standards* jurisprudenciais, como o é o da Proporcionalidade e Razoabilidade, é possível hoje recolocar a administração, de maneira geral, os poderes estatais, em um plano menos proeminente e incontestado relativamente ao cidadão. Trata-se de um controle de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionais competentes para a prática de atos autoritários e a certeza do direito, contribui para a integração do momento de justiça no palco da conflitualidade social.

3.3 Constitucionalidade das Ações Afirmativas em Face do art. 93 da Lei nº. 8.213/91

Há que se ter em vista, quanto às ações afirmativas, que nem todas essas políticas públicas ou privadas devem ser consideradas constitucionais pelo simples fato de terem respaldo na Carta Maior, mas, sim, buscar sempre analisá-las junto aos parâmetros legais e aos princípios que norteiam o Estado Social Garantidor.

As diferenças reais existentes entre situações e pessoas impulsionam tratamentos desiguais, sendo necessário refletir sobre os critérios discriminadores que devem ser aplicados a cada situação, para que não ocorra agressão aos objetivos representados no Princípio Constitucional da Igualdade.

Em tese, são constitucionais medidas de ações afirmativas que visem proporcionar igualdade a minorias, desde que constituídas em consonância com alguns critérios, levando-se em conta a proporcionalidade dos seus efeitos.

Nesse ínterim, é que se reporta a aplicação das denominadas discriminações positivas, ou *affirmatives actions*. Sobre o assunto, Araújo e Nunes Jr. (*apud* LENZA 2005, p. 456), elucidam:

[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

A razão serve de matiz orientadora para cada caso concreto, identificando se a discriminação é realizada legítima ou ilegitimamente, clarificando assim o conteúdo efetivo de Igualdade. Um grande questionamento que se faz é mensurar até que ponto a lei pode discriminar. A regra é que as pessoas devem ser tratadas com Igualdade. Excepcionalmente, havendo fundadas razões, admite-se o tratamento desequilibrado ou muitas vezes diferenciado, sem ofensa ao princípio isonômico.

O que se relaciona como fator objetivo de possível discriminação, não pode ser escolhido aleatoriamente. No que se refere ao binômio elemento discriminatório e finalidade, Mello (1993, p. 81-83) bem traduz:

Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for 'justificável', por existir uma

'correlação lógica' entre o 'fator de *discrímen*' tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

[...] sempre que a correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico. Será fácil, pois, reconhecer-lhe a presença em lei que, '*exempli gratia*', isente do pagamento de imposto de importação automóvel hidramático para uso de paraplégico.

Não se pode assim ter as ações afirmativas como atitudes de mero encorajamento ou louvor moral, como campanhas e apelos à consciência social por parte da coletividade, das empresas ou de grupos econômicos. É necessário a vinculação com o atingimento de metas ou resultados reparatórios, enquanto mecanismo de inclusão e reparação de discriminação historicamente estabelecida.

Nesse arcabouço, a doutrina elenca alguns critérios para se auferir constitucionalidade às discriminações positivas, dentre eles tem-se: (i) a identificação do grupo desfavorecido e seu âmbito (regra da objetividade) – negros, mulheres, pessoas com deficiência, entre outros; (ii) se a medida do avantajamento decorrente das regras é proporcional à desigualdade a ser corrigida; (iii) as normas de avantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento a corrigir (regra de adequação ou razoabilidade); (iv) deve ter por fim único, igualar corrigindo tratamentos discriminatórios negativos globalmente vigorantes na sociedade; (v) as medidas, como aponta a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação pregam que as ações afirmativas devem ser temporárias, isto é, ações meramente paliativas. (FERREIRA FILHO, 2004).

Cabe ainda a prudência ao se analisar tais situações. O fator de *discrímen* não deve ser oneroso à sociedade. Não se pode, entretanto, desconsiderar que um mecanismo de inclusão de minorias represente, ao mesmo tempo, a exclusão de indivíduos que provenham de grupos não minoritários, representando, em tese, uma aparente violação ao princípio da Igualdade Formal e gerando uma discriminação inversa, mas consubstanciadora da verdadeira Igualdade.

Silva (*apud* ATCHABAHIAN, 2006, p. 178-179) estabelece um outro critério, o da discriminação pretérita, como segue:

[...] se o critério não se basear em uma discriminação pretérita, de um grupo definido, e que surta efeitos no presente, será então inconstitucional. A utilidade dessa regra é imensa, pois poderá, com margem razoável de certeza, excluir a possibilidade de adoção de quotas com parâmetros visivelmente arbitrários. Além disso, [...] pode servir como valioso instrumento de controle da política afirmativa implementada ao longo do tempo, pois, malgrado, originalmente tenha a medida sido constitucional, tornar-se-á inconstitucional a partir do momento em que, por dados empíricos como a estatística e os costumes, seja possível constatar a implementação da igualdade material e mostrar que a discriminação pretérita foi sanada.

Esses elementos discriminatórios formadores de desequiparações jurídicas são determinados pelo momento histórico, não correspondendo a correlações lógicas absolutas e fixas, o que atribui ao Princípio da Igualdade certa flexibilidade. O que em certa época, em algumas relações sociais, pode ser ofensa a Igualdade, pode, em outra situação ou período, ser compatível com o Princípio Igualitário. (ATCHABAHIAN, 2006).

O Brasil ao contar com um contingente de 24 milhões de pessoas com deficiência segundo IBGE (BRASIL, 2008), que tem atravessado uma história de exclusão, tornou-se um grupo bem destacado sob tratamentos discriminatórios negativos globalmente vigorantes na sociedade.

Inserir esse grupo no contexto das relações de trabalho é uma atitude salutar visto ser a prática do trabalho decente o meio mais eficaz de romper com o ciclo de marginalização, pobreza e exclusão social, principalmente com o estigma que permeia o imaginário social de que a pessoa com necessidade especiais é improdutiva. Estas pessoas necessitam de ações afirmativas para sua adequada inclusão e manutenção no mercado de trabalho, contribuindo de forma significativa para a economia nacional e reduzindo o nível geral de pobreza.

A meta normativa referente ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil é a inclusão social. Implica, dessa maneira, a idéia irrefutável de que há um débito social secular a ser resgatado em face das pessoas com deficiência; que a remoção de barreiras arquitetônicas e atitudinais acarretam a percepção de que os obstáculos

culturais e físicos são postos pela sociedade, e excluem essa minoria do acesso a direitos fundamentais básicos.

Esclareça-se que, por ainda se tratar de novidade no mundo jurídico nacional, o sistema de quotas tem sofrido suas críticas, as quais, no mais das vezes, repousam sob o fundamento de que o indivíduo que for beneficiado irá auferir vantagens independentemente de méritos, qualidades individuais ou necessidades reais.

Sobre a questão do mérito Atchabahian (2006, p. 181) retoma:

[...] depois de recebido o benefício da quota, é matéria que deverá comportar amplo debate e não poderá ser ignorado. Significa dizer que todo aquele que for brindado pelo sistema de quotas deverá mostrar mérito para sua manutenção ou, no mínimo, grande esforço capaz de mantê-lo sob estado de benefício. Do contrário, a oportunidade deverá ser estendida a outrem. A razão do elemento mérito não requer maiores explicações ao seu entendimento. Não pode o Estado em ato de tratamento desigual justificado, beneficiar aquele que não corresponde ao verdadeiro intuito do sistema de quotas, qual seja, atingir a igualdade de oportunidades. Sustentar no sistema de quotas aqueles que não demonstra mérito seria, sem dúvida, prejudicar as ações afirmativas.

Embora no decreto nº. 3.298/99, que regulamenta a Lei nº.7.853/89 e o art. 93 da Lei nº. 8.213/91 disponha sobre cotas mínimas de trabalho para as pessoas com deficiência, só recentemente vêm sendo constituídas ações para implementá-las. Segundo a legislação, empresas que possuem de 100 a 200 empregados devem garantir 2% de vagas para pessoas com deficiência; de 201 a 500 empregados, 3% de vagas; de 501 a 1.000 empregados, 4% de vagas; a partir de 1.001 empregados, 5% de vagas. Há, porém, questionamentos sobre se essas referências ainda correspondem ao contexto relativo ao mercado de trabalho e à realidade das pessoas com deficiência.

Assim é que desde 2000, algumas Delegacias Regionais do Trabalho passaram a convocar as empresas para cumprirem a referida legislação. Hoje, muitas empresas vêm sendo fiscalizadas pelo Ministério Público do Trabalho, que tem preferido orientar e incentivar o empresariado a se adequar à legislação.

Importante observar que, mesmo quando as discriminações positivas não se constituam por intervenções governamentais, ou não se verifique sua eficácia imediata, ou suficientemente potente para sanar desigualdades latentes, é certo que desempenham papel de suma importância para corrigi-las, concorrendo seguramente para o que alguns doutrinadores chamam de uma democracia de resultados. Nesse enfoque, Piovesan (2000, p. 184-185) adverte:

[...] se o combate a discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que aceleram a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

O Princípio da Igualdade assim como não deve ser analisado de forma absoluta, as ações afirmativas também não podem. Não se deve, porém, corromper de todo o debate imaginando que tais programas são injustos mesmo quando, por vezes, funcionam. Precisa-se, sim, segundo Dworkin (1999, p. 451) “ter o cuidado, de não usar a cláusula de igual proteção para fraudar a igualdade”.

O sofrimento por que passa a nação brasileira deriva da péssima distribuição do que se produz, e não tem outra razão senão o fracasso do atingimento da efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades, que tem como consequência a pior de suas realidades, como desemprego, fome e violência sem limites nesse país.

Vale, portanto, observar que as ações afirmativas, conquanto ainda não se constituam intervenções governamentais dotadas de força e efetividade suficiente para eliminar as desigualdades históricas tão sedimentadas, podem assumir um papel bastante significativo de corrigi-las na atualidade, buscando sempre a promoção de mecanismos que ofereçam igualdade de oportunidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito a Igualdade é aquele que mais tem ganhado destaque no Direito Constitucional brasileiro, configurando-se como direito chave, guardião do Estado Social, devendo ser considerado não como Igualdade absoluta, mas sim como Igualdade proporcional vez que varia de acordo com as exigências do ser humano. Perfaz-se como um mecanismo proporcional, pois longe de ser algo inalterável, relativo aos homens, deve levar em conta as peculiaridades destes.

A simples técnica de estabelecer, em Constituições e leis a limitação do poder, embora importante, não assegura, por si só o direito a Igualdade.

Sob o paradigma do Estado Social Garantidor, fez-se necessária a intervenção do Poder Público no sentido de outorgar às pessoas, como as com necessidades especiais, a possibilidade de acesso à denominada ordem jurídica.

Deu-se origem assim à Igualdade niveladora, que passou a ser denominada pela doutrina como igualdade material, real ou substancial, em contraposição à Igualdade perante a lei, que corresponde a um tratamento análogo de todos, desprezando suas diferenças.

A ação afirmativa, com fundamento no Princípio da Igualdade material, exige do Estado e da sociedade a construção de um ordenamento jurídico que mostre os fins sociais, a proteção dos valores da justiça social e do bem comum, de forma a implementar os comandos programáticos constitucionais que se encontram, entre outros, elencados no artigo 3º da CF/88: "erradicar e reduzir as desigualdades sociais", "promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação"; como também disposto no artigo 170, VII, "redução das desigualdades regionais e sociais".

O processo de exclusão, historicamente imposto à pessoa com deficiência, deve ser mitigado por intermédio de políticas afirmativas e pela conscientização da sociedade acerca das potencialidades desses indivíduos como o faz a Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991, especificadamente em seu artigo 93.

Pelo citado dispositivo, ultrapassa-se uma visão assistencialista e caridosamente excludente para possibilitar a inclusão efetiva desse grupo através de cotas rígidas de trabalho no setor privado para empresas com 100 (cem) ou mais

trabalhadores nas porcentagens de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento) estabelecidas na lei.

A deficiência enquanto termo jurídico é compreendida de uma forma mais restrita, referindo-se às pessoas que estão sob amparo de uma determinada legislação. Assim é que a lei sob estudo a contempla enquanto aspecto clínico concernente à limitação física, intelectual ou sensorial, devendo-se incluir também a questão social, estabelecida na maior ou menor possibilidade de participação dessas pessoas na sociedade.

Reafirma ainda a Lei nº. 8.213/91, no que concerne ao trabalho, a idéia de inclusão de todas as pessoas com deficiência, de forma digna e integral. Revela-se, dessa forma, que a inclusão e a integração no trabalho das pessoas com deficiência repercutem na qualidade de vida e de saúde da empresa e da comunidade em geral, possibilitando a utilização por todos dos bens e serviços, viabilizando uma sociedade mais flexível e aberta às diferenças entre as pessoas, concretizando-se o Princípio da Igualdade.

Para aferição da constitucionalidade dessa norma vislumbra-se analisar certos critérios estabelecidos pela doutrina, desde suas metas, no caso em estudo, a de que o mercado de trabalho absorva cada vez mais pessoas com deficiência, até mesmo a prudência, para que sob o parâmetro das ações afirmativas não se desnivele ainda mais a sociedade.

Além disso, as normas de avantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento, que se refere ao Princípio da Razoabilidade, e a Proporcionalidade entre o avantajamento e a desigualdade a ser corrigida, enquanto postulados máximos da constitucionalidade. Daí que estes princípios levam a crer que a Igualdade só pode ser excepcionada na estrita medida em que isso seja necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de natureza individual ou coletiva.

O fato, portanto, da Constituição Federal de 1988 disciplinar que todos são iguais perante a lei, conforme dispõe o art. 5º, não é excludente da medida afirmativa de que se cuida no art. 93 da Lei nº. 8213/91 ao reservar vagas de trabalho para pessoas com deficiência. Trata-se de materializar a Igualdade real entre as pessoas a partir do pensamento de que a verdadeira Igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A regra adotada, em

suma, é a de que as pessoas devem ser tratadas com igualdade, excepcionalmente, havendo fundadas razões, admite-se o tratamento desequiparado.

Tratar igualmente desiguais, ou desigualmente iguais, importaria em injustiça e violação da própria igualdade. Dar ao menor o tratamento dado ao maior, e vice-versa, seria flagrante injustiça e desigualação, na conseqüência.

Não se pode, pois, confundir distinção com discriminação injustificada, pois na diferenciação existe uma compensação à igualdade, objetivando uma igualização, buscando ajustar proporcionalmente situações desiguais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Ações afirmativas e política de cotas são expressões sinônimas?* Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6238>>. Acesso em: 07 jul. 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3 ed. Brasília: UnB, 1999.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Rui. *Orações aos Moços*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2 ed. Brasília: MTE, SIT, 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

_____. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. Organização e realização Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. *Mapa do Mercado de Trabalho no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/mapa_mercado_trabalho/mapa_mercado_trabalho.pdf>. Acesso em: 21 out. 2008.

_____. *Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Instrução Normativa N.º 20, de 26 de Janeiro de 2001*. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/instrucoes_normativas/2001/in_20010126_20.asp>. Acesso em: 21 out. 2008.

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

CRETELA JUNIOR, José. *Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. (Trad). Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GADELHA, Camila Pinto; SOUZA, Jacyara Farias.VIEIRA, Maria Marques Moreira. O Princípio da Igualdade e a Constitucionalidade da Discriminação Positiva. In: *Academia Revista de divulgação em Ciências Jurídicas e Contábeis*, v. 02, p.36-48, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUARESCHI, N. M. F. et al. Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: STREY, Marlene Neves; AZAMBUJA, Mariana P. Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires (Org.). *Violência, Gênero e Políticas Públicas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 8 ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. V I, p. 81, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 21 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

REZENDE. *Obstetrícia*. 10 ed. Rio de Janeiro: Koogan, 2005.

RIBAS, João B. Cintra. *O que são pessoas deficientes*. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista trimestral de direito público*. V. 15, p. 86, 1996.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

VIDA BRASIL. Monitoramento de Direitos Humanos no Brasil. In: RECH, Daniel (Coord.). *Direitos Humanos no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. Rio de Janeiro: CERIS/Manuad, 2007.

ANEXO

DECRETO Nº 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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989,

DECRETA:

CAPÍTULO I Das Disposições Gerais

Art. 1º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 2º Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

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

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as

deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

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

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

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

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

CAPÍTULO II Dos Princípios

Art. 5º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios;

I - desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto sócio-econômico e cultural;

II - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bem-estar pessoal, social e econômico; e

III - respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

CAPÍTULO III Das Diretrizes

Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I - estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa portadora de deficiência;

II - adotar estratégias de articulação com órgãos e entidades públicos e privados, bem assim com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política;

III - incluir a pessoa portadora de deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à

edificação pública, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à habitação, à cultura, ao esporte e ao lazer;

IV - viabilizar a participação da pessoa portadora de deficiência em todas as fases de implementação dessa Política, por intermédio de suas entidades representativas;

V - ampliar as alternativas de inserção econômica da pessoa portadora de deficiência, proporcionando a ela qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho; e

VI - garantir o efetivo atendimento das necessidades da pessoa portadora de deficiência, sem o cunho assistencialista.

CAPÍTULO IV Dos Objetivos

Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I - o acesso, o ingresso e a permanência da pessoa portadora de deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade;

II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;

III - desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento das necessidades especiais da pessoa portadora de deficiência;

IV - formação de recursos humanos para atendimento da pessoa portadora de deficiência; e

V - garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social.

CAPÍTULO V Dos Instrumentos

Art. 8º São instrumentos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I - a articulação entre entidades governamentais e não-governamentais que tenham responsabilidades quanto ao atendimento da pessoa portadora de deficiência, em nível federal, estadual, do Distrito Federal e municipal;

II - o fomento à formação de recursos humanos para adequado e eficiente atendimento da pessoa portadora de deficiência;

III - a aplicação da legislação específica que disciplina a reserva de mercado de trabalho, em favor da pessoa portadora de deficiência, nos órgãos e nas entidades públicos e privados;

IV - o fomento da tecnologia de bioengenharia voltada para a pessoa portadora de deficiência, bem como a facilitação da importação de equipamentos; e

V - a fiscalização do cumprimento da legislação pertinente à pessoa portadora de deficiência.

Seção III Da Habilitação e da Reabilitação Profissional

Art. 30. A pessoa portadora de deficiência, beneficiária ou não do Regime Geral de Previdência Social, tem direito às prestações de habilitação e reabilitação profissional para capacitar-se a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente.

Art. 31. Entende-se por habilitação e reabilitação profissional o processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária.

Art. 32. Os serviços de habilitação e reabilitação profissional deverão estar dotados dos recursos necessários para atender toda pessoa portadora de deficiência, independentemente da origem de sua deficiência, desde que possa ser preparada para trabalho que lhe seja adequado e tenha perspectivas de obter, conservar e nele progredir.

Art. 33. A orientação profissional será prestada pelos correspondentes serviços de habilitação e reabilitação profissional, tendo em conta as potencialidades da pessoa portadora de deficiência, identificadas com base em relatório de equipe multiprofissional, que deverá considerar:

- I - educação escolar efetivamente recebida e por receber;
- II - expectativas de promoção social;
- III - possibilidades de emprego existentes em cada caso;
- IV - motivações, atitudes e preferências profissionais; e
- V - necessidades do mercado de trabalho.

Seção IV Do Acesso ao Trabalho

Art. 34. É finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido.

Parágrafo único. Nos casos de deficiência grave ou severa, o cumprimento do disposto no **caput** deste artigo poderá ser efetivado mediante a contratação das cooperativas sociais de que trata a Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999.

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

I - colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais;

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

III - promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

§ 1º As entidades beneficentes de assistência social, na forma da lei, poderão intermediar a modalidade de inserção laboral de que tratam os incisos II e III, nos seguintes casos:

I - na contratação para prestação de serviços, por entidade pública ou privada, da pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial: e

II - na comercialização de bens e serviços decorrentes de programas de habilitação profissional de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida de produção ou terapêutica.

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

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

§ 4º Considera-se oficina protegida de produção a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa.

§ 5º Considera-se oficina protegida terapêutica a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção.

§ 6º O período de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida terapêutica não caracteriza vínculo empregatício e está condicionado a processo de avaliação individual que considere o desenvolvimento biopsicosocial da pessoa.

§ 7º A prestação de serviços será feita mediante celebração de convênio ou contrato formal, entre a entidade beneficente de assistência social e o tomador de serviços, no qual constará a relação nominal dos trabalhadores portadores de deficiência colocados à disposição do tomador.

§ 8º A entidade que se utilizar do processo de colocação seletiva deverá promover, em parceria com o tomador de serviços, programas de prevenção de doenças profissionais e de redução da capacidade laboral, bem assim programas de reabilitação caso ocorram patologias ou se manifestem outras incapacidades.

Art. 36. A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

- I - até duzentos empregados, dois por cento;
- II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento;
- III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou
- IV - mais de mil empregados, cinco por cento.

§ 1º A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes.

§ 2º Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior,

com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

§ 3º Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

§ 4º A pessoa portadora de deficiência habilitada nos termos dos §§ 2º e 3º deste artigo poderá recorrer à intermediação de órgão integrante do sistema público de emprego, para fins de inclusão laboral na forma deste artigo.

§ 5º Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no caput deste artigo.

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.

Art. 38. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

- I - cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração; e
- II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter:

I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;

II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;

III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e

IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença - CID, bem como a provável causa da deficiência.

Art. 40. É vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.

§ 1º No ato da inscrição, o candidato portador de deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso deverá requerê-lo, no prazo determinado em edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas.

§ 2º O candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso.

Art. 41. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

- I - ao conteúdo das provas;
- II - à avaliação e aos critérios de aprovação;
- III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e
- IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

Art. 43. 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.

§ 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Art. 44. A análise dos aspectos relativos ao potencial de trabalho do candidato portador de deficiência obedecerá ao disposto no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 45. Serão implementados programas de formação e qualificação profissional voltados para a pessoa portadora de deficiência no âmbito do Plano Nacional de Formação Profissional - PLANFOR.

Parágrafo único. Os programas de formação e qualificação profissional para pessoa portadora de deficiência terão como objetivos:

- I - criar condições que garantam a toda pessoa portadora de deficiência o direito a receber uma formação profissional adequada;
- II - organizar os meios de formação necessários para qualificar a pessoa portadora de deficiência para a inserção competitiva no mercado laboral; e
- III - ampliar a formação e qualificação profissional sob a base de educação geral para fomentar o desenvolvimento harmônico da pessoa portadora de deficiência, assim como

para satisfazer as exigências derivadas do progresso técnico, dos novos métodos de produção e da evolução social e econômica.

Art. 59. Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação,

Art. 60. Ficam revogados os Decretos nºs 93.481, de 29 de outubro de 1986, 914, de 6 de setembro de 1993, 1.680, de 18 de outubro de 1995,

Brasília, 20 de dezembro de 1999; 178^º da Independência e 111^º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias