

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

DIEGO NASSIF DA SILVA

**INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO  
MERCADO DE TRABALHO: O CONCEITO DE PESSOA  
COM DEFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO JURÍDICA.**

JACAREZINHO

2012

DIEGO NASSIF DA SILVA

**INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO  
MERCADO DE TRABALHO: O CONCEITO DE PESSOA  
COM DEFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO JURÍDICA.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Dr. Vladimir Brega Filho e co-orientação do Dr. Luiz Alberto David Araujo.

JACAREZINHO

2012

# TERMO DE APROVAÇÃO

DIEGO NASSIF DA SILVA

INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: O  
CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO JURÍDICA.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, defendida por Diego Nassif da Silva, e aprovada em 27 de outubro de 2012, por banca examinadora constituída pelos doutores:

## COMISSÃO EXAMINADORA

---

Dr. Vladimir Brega Filho - UENP

---

Dr. Maurício Gonçalves Saliba - UENP

---

Dra. Eliana Franco Neme - USP

Jacarezinho, 27 de outubro de 2012.

*Com amor, a minha esposa e a minha família.*

A Deus, pela desarrazoada beleza da vida.

A minha esposa e a minha família, pelo amor e apoio dedicados e pelo tempo que os privei da  
minha melhor atenção.

A meu orientador, pela serenidade e sabedoria com que desde cedo tem me guiado pelas veredas da ciência jurídica, marcando minha formação como ser humano, cidadão e cientista.

A meu co-orientador, que com a propriedade e distinção de profundo conhecedor, mais do que o exemplo, me permitiu horizontes sem os quais esta travessia sequer imaginada seria.

Ao professor Giacóia, por não me deixar esquecer de levar o brinquedo na caixa de ferramentas. À professora Hildegard por me dizer da responsabilidade com que se deve conduzir. Ao professor Antônio Carlos, por dar concretude e asas à filosofia. Ao professor Gelson, por dar exemplo da tenacidade e destreza com que se deve usar o instrumento sem perder de foco seu objetivo. Ao professor Saliba, por me colocar diante do mundo real, injusto e globalizado. Ao professor Santin, por ensinar que uma vez diante dos fatos impõe-se contemplar as alternativas. Ao professor Cambi, por me apontar as pontes entre a democracia e a justiça. À professora Bárbara, por demonstrar que as distâncias não são obstáculo a quem tem um propósito. Ao professor Alarcón, por ensinar que o caminho se faz ao caminhar. Ao professor Reinéro, por ensinar que alguns caminhos um dia chegam ao fim.

A meus colegas de jornada, Andreza, Flávia, Florestan, Ivan, Lucas, Luciano, Luis, Marcos, Marina, Mário, Rodrigo, Rogério, Tadeu, Vinicius, William e Winnicius, com cuja amizade pude contar, compartilhando mais do que livros, opiniões e teses, emoções e sentimentos que tornaram esta uma experiência inesquecível.

À Natalina, tutora de todas essas mentes rebeldes a quem não há quem, uma vez por aqui tendo passado, não rende seus melhores e mais sinceros agradecimentos.

Ao ex-professor e ex-colega Jaime, pela acolhida e por ter despertado o desejo desta jornada. Aos amigos da Justiça Federal de Assis e de Jacarezinho, em especial ao Dr. Bruno Lorencini.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pelo curto, porém importante, período em que gozei de bolsa de estudos.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram com este objetivo conquistado.

*“Muitas pessoas têm uma ideia errada sobre o que constitui a verdadeira felicidade. Ela não é alcançada por meio de gratificação pessoal, mas através da fidelidade a um objetivo que valha a pena.”*

**Hellen Keller**

SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica*. Jacarezinho, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

## RESUMO

Investiga o conceito de pessoa com deficiência no Brasil e sua aplicação teórico-jurídica para fins de efetivação do direito ao trabalho dessa minoria tendo por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas e a cidadania como vetor de análise. Inicialmente, aborda a cidadania a partir do princípio da solidariedade, destacando a importância da inclusão social para a democracia participativa. Evidencia a distinção entre minorias e grupos vulneráveis a partir das noções de estigma e de direito à diferença. Esclarece a origem das ações afirmativas, fundamentando as medidas estatais de discriminação positiva inclusive à luz da colisão entre os princípios da democracia e da justiça. Apresenta, sob a perspectiva histórica, o processo de inclusão da minoria das pessoas com deficiência, destacando as responsabilidades assumidas pelos Estados na efetivação de seus direitos, em especial seu direito ao trabalho e à inclusão. Investiga a noção de trabalho e o direito ao trabalho na história do pensamento ocidental, observando-o enquanto direito humano e fundamental, bem como valor social e individual com relevância à dignidade e à cidadania. Expõe a evolução histórica das medidas de efetivação dos direitos fundamentais à inclusão e ao trabalho da pessoa com deficiência, dando destaque à atual política de reserva de vagas de trabalho no Brasil. Discorre sobre a evolução terminológica e respectiva repercussão legal no Brasil das referências feitas às pessoas com deficiência, ressaltando a questão ideológica, a partir do movimento politicamente correto, sob o enfoque da filosofia da linguagem. Destaca a transdisciplinaridade científica do conceito de pessoa com deficiência e a inauguração do paradigma biopsicossocial tendo por base a Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde, da Organização Mundial da Saúde, e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas. Analisa o conceito de pessoa com deficiência no Direito brasileiro a partir da legislação em vigor e problematizando-o em face de conceitos correlatos, como impedimento, estigma e incapacidade. Conclui que o conceito de pessoa com deficiência, ainda em desenvolvimento, só ganha densidade em face do caso concreto, tendo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, como norte axioteleológico; que sua adequada compreensão é de fundamental importância, sobretudo como critério de *discrímen*, a conferir a máxima efetividade dos direitos fundamentais dessa minoria, legitimando inclusive instrumentos políticos e jurídicos de discriminação positiva, a otimizar as interações recíprocas entre justiça e democracia; processo este que inclui o direito ao trabalho enquanto condição *sine qua non* à conquista da plena cidadania pela pessoa com deficiência, assim entendida também sob a perspectiva de apropriação psicológica desse *status*, desse poder de participar plena e efetivamente do mundo e compartilhá-lo em espírito de fraternidade, ou seja, como um de nós, um dos nossos, todos membros da família humana.

Palavras-chave: pessoa com deficiência. conceito. inclusão. trabalho.

SILVA, Diego Nassif da. *Inclusion of persons with disabilities in the labor market: the concept of person with disability and its legal applying*. Jacarezinho, 2012. Dissertation (Masters in Law) – Center of Applied Social Sciences of State University of Northern Paraná – UENP.

## ABSTRACT

Investigates the concept of person with disability in Brazil and its legal-theoretical application for purposes of ensuring the right to work of this minority based on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of the United Nations and citizenship as vector of analysis. Initially, discusses citizenship from the principle of solidarity, emphasizing the importance of social inclusion for participatory democracy. Highlights the distinction between minorities and vulnerable groups from the notions of stigma and the right to difference. Clarifies the origin of affirmative action, stating the reasons for state measures of positive discrimination also in the light of the collision between the principles of democracy and justice. Presents a historical perspective on the inclusion process of the minority of people with disabilities, highlighting the responsibilities assumed by the states in the realization of their rights, especially their right to work and inclusion. Investigates the notion of work and the right to work in the history of western thought, watching it as a human and fundamental right as well as a social and individual value with relevance to the dignity and citizenship. Exposes the historical evolution of the measures of enforcement of fundamental rights at work and the inclusion of disabled people, highlighting the current policy of reservation of jobs in Brazil. Discusses the evolution of terminology and its legal repercussions in Brazil on the reference of persons with disabilities, emphasizing the ideological issue from the politically correctness movement in the perspective of philosophy of language. Emphasizes the scientific transdisciplinarity of the concept of person with disability and the inauguration of the biopsychosocial paradigm based on the International Classification of Functioning, Disability and Health of the World Health Organization and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of the United Nations. Analyses the concept of person with disability in Brazilian law from legislation and questioning him in the face of related concepts such as impairment, stigma and incapacity. It concludes that the concept of person with disability, still in development, only gains density in the face of the case, having the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of the United Nations as axioteleological north; that its appropriate comprehension is of paramount importance especially as a criterion for *discrímen* to give maximum effectiveness of fundamental rights of this minority, including legitimizing political and legal measures of positive discrimination to optimize the reciprocal interactions between justice and democracy; a process which includes the right to work as a condition *sine qua non* to the achievement of full citizenship by the person with disability, which is also understood from the perspective of psychological ownership status, this power to participate fully and effectively in the world and share it on spirit of brotherhood, that is, while one of us, one of our all members of the human family.

Key-words: person with disability. concept. inclusion. labor/work.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
AACD	- Associação de Assistência à Criança Deficiente
APAE	- Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
BPC	- Benefício assistencial de prestação continuada
CC	- Código Civil
CDPcD	- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
Cf.	- Conforme
CID	- Classificação Internacional de Doenças
CIDID	- Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens
CIF	- Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
CONADE	- Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência
CORDE	- Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
CP	- Código Penal
CR/88	- Constituição da República de 1988
EC	- Emenda constitucional
EUA	- Estados Unidos da América
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICF	- International Classification of Functioning, Disability and Health
ICIDH	- International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps
LBPS	- Lei de Benefícios da Previdência Social
LOAS	- Lei Orgânica de Assistência Social
MTE	- Ministério do Trabalho e Emprego
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
OMS	- Organização Mundial da Saúde
ONU	- Organização das Nações Unidas
PcD	- Pessoa com deficiência
PNE	- Pessoa com necessidades especiais
PPD	- Pessoa portadora de deficiência
RGPS	- Regime Geral da Previdência Social
TNU	- Turma Nacional de Uniformização
TSE	- Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 CIDADANIA E INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA .....	14
1.1 Cidadania e inclusão social na Era dos Direitos: pela democracia .....	14
1.2 Minorias, grupos vulneráveis e o direito à diferença .....	24
1.3 Ações afirmativas: uma questão de justiça .....	34
1.4 Legitimidade vs. efetividade: os direitos na colisão entre democracia e justiça .....	46
1.5 Direitos da pessoa com deficiência e responsabilidade estatal .....	55
2 O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA .....	67
2.1 O trabalho na história do pensamento ocidental.....	67
2.2 Direito ao trabalho: direito humano e fundamental .....	79
2.3 Valores individual e social do trabalho: identidade, dignidade e cidadania .....	86
2.4 Direito de inclusão e direito ao trabalho: ordem jurídica e políticas públicas .....	100
3 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E APLICAÇÃO JURÍDICA.....	117
3.1 Apontamentos históricos e terminológicos: a evolução legislativa no Brasil .....	117
3.2 Pessoas com deficiência: a construção de um novo paradigma .....	124
3.3 A (in)coerência ético-normativa do sistema de políticas públicas .....	140
3.3.1 A natureza do mundo jurídico .....	140
3.3.2 Direito tributário .....	141
3.3.3 Direito eleitoral .....	142
3.3.4 Direito penal .....	143
3.3.5 Direito civil .....	144
3.3.6 Direito da seguridade social .....	147
3.3.7 Políticas públicas de inclusão da pessoa com deficiência: o direito ao trabalho .....	156
3.4 Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: um norte axioteloógico.	163
3.5 Conceito de pessoa com deficiência e a efetivação do direito ao trabalho .....	175
CONCLUSÃO .....	185
REFERÊNCIAS .....	191

## INTRODUÇÃO.

Ninguém está isento de se tornar uma pessoa com deficiência (PcD).

A Organização das Nações Unidas (ONU) estima que existam no mundo cerca de 650 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência<sup>1</sup>, enquanto que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2011, afirmou que mais de um bilhão de pessoas vivem com alguma forma de deficiência, dentre as quais 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis<sup>2</sup>. Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou que em 2010, 23,9% da população, cerca de 38,5 milhões de brasileiros, tinham pelo menos uma deficiência<sup>3</sup>. Além disso, todos os anos, milhares de outras pessoas somam-se às estatísticas ao se envolverem em acidentes domésticos, de trabalho, de trânsito, ao sofrerem alguma violência ou, ainda, ao não receberem o devido tratamento médico ou ambulatorial. Portanto, inegavelmente, a realidade desse *outro* que existe na periferia da cotidiana normalidade encontra-se muito mais próxima de todos *nós* do que se imagina.

Embora esse argumento seja muito sensibilizador, o verdadeiro motivo para dar atenção a essa minoria composta pelas pessoas com deficiência não é a iminência de cada um ver-se um dia exilado da sua *normalidade*, mas a constatação de que, longe do homem médio ideal da modernidade, o indivíduo cobre-se de todas as cores da realidade plural e fragmentada da condição humana – e que o Direito de hoje se dispõe a conhecer.

De fato, as pessoas com deficiência sempre foram acompanhadas pelo Direito com distanciamento, refletindo a concepção cultural que as sociedades historicamente tinham, e, muitas das vezes, só com o intuito de sanar eventuais dificuldades que esta condição pudesse trazer às relações jurídicas (tutela, herança, contratos etc.). Só a partir do século XX, junto com vários outros movimentos em prol da inclusão de segmentos marginalizados das sociedades, é que a inclusão das pessoas com deficiência ganhou projeção

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Fact sheet on persons with disabilities*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>>. Acesso em 28 jul. 2011

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS; BANCO MUNDIAL. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SEDPcD, 2012. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020_por.pdf)>. Acesso em: 06 maio 2012.

<sup>3</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 73. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_Religiao\\_Deficiencia/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2012

política, convertendo-se em disposições normativas de ordem internacional e nacional, dando, assim, expressão jurídica a seus anseios de dignidade, igualdade e cidadania.

Nada obstante, ainda hoje estudos da ONU e do Banco Mundial estimam que cerca de 20% das pessoas mais pobres do mundo têm algum tipo de deficiência e que cerca de 80% destas pessoas vivem abaixo da linha da pobreza em países em desenvolvimento, apontando para uma estreita relação entre deficiência, privação de direitos, miséria e exclusão<sup>4</sup>. Quanto a isso, sabe-se que as dificuldades enfrentadas na relação entre pessoas com deficiência e sociedade são as mais diversas, muitas delas, aliás, só vindo a conhecimento da população brasileira em razão da recente exibição em mídias mais populares, como as telenovelas e propagandas institucionais. Decorrentes de uma negação do direito à diferença pela imposição da normalidade, essas barreiras influem decisivamente no acesso, exercício e gozo de bens, serviços e direitos, afetando mesmo a efetiva personalização do *status civitatis* por essa minoria, que, não conseguindo se fazer representar politicamente, reclama ações afirmativas para sanar as iniquidades do Estado e da sociedade.

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem contemplado uma ampla gama de direitos a esse grupo, sendo reconhecido por ter uma legislação avançada na questão. Contudo, o ponto está longe de ser matéria pacífica, havendo dentre as divergências dúvidas, mesmo quanto à adequada definição dessa minoria, existindo quem alegue que nem toda pessoa que tenha uma deficiência pode ser considerada parte dela. Outros anotam ser preciso também distinguir minorias e grupos vulneráveis em sede de ações afirmativas e políticas de inclusão. Ademais, a cada dia percebem-se equívocos, inconsistências e novas dificuldades na contemplação e principalmente na efetivação dessas políticas e direitos, sendo muitas delas constatadas naquela que pode ser tida como a última etapa na inclusão social do indivíduo nas contemporâneas sociedades ocidentais e ocidentalizadas: o mercado de trabalho.

De fato, é principalmente no mercado de trabalho que as pessoas – não só aquelas com deficiência – põem à prova sua interação social, formação escolar, acadêmica e profissional, sua saúde, independência, autoestima, enfim, todas as suas capacidades como indivíduo produtivo integrado à sociedade. Com isso, parece ser este o meio em que se pode observar com mais objetividade o relacionamento estabelecido entre sociedade, Estado e pessoas com deficiência, revelando com maior nitidez as barreiras a serem superadas na busca por inclusão, dignidade e plena cidadania.

---

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, op. cit., loc. cit.

A grande maioria dos estudos sobre o tema aborda a matéria sob o viés trabalhista, exigindo que o Estado obrigue as empresas ao cumprimento das disposições legais existentes – cotas, em especial. Outros estudos atentam para as dificuldades das empresas em encontrar candidatos aptos para suprir as vagas abertas por lei. Há os que destacam o desejo desse grupo de não ser tratado como dependente da boa-ação de pessoas caridosas que lhes deem emprego; ao passo que existem aqueles que pugnam pela maior assistência estatal. Vale dizer que a heterogeneidade dessa minoria, composta por pessoas que têm deficiências das mais diferentes naturezas, tipos e graus, também dificulta a formulação de políticas mais específicas ou o cumprimento satisfatório dos seus objetivos.

Com isso, ante as inconsistências, dificuldades e equívocos na formulação e implementação das políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência, inclusive no mercado de trabalho, bem como da não observação ou afronta de direitos envolvidos, tem recaído principalmente sobre o Judiciário a importantíssima tarefa de dar não só a resposta mais rápida, mas também a mais justa, sobre os cada vez mais frequentes conflitos de interesses dessa natureza surgidos no seio da sociedade.

Todavia, tanto para a prestação da tutela jurisdicional quanto para a correta formulação e implementação de políticas públicas, um inescusável desafio se impõe: antes de tudo é preciso saber quem são as pessoas com deficiência. De fato, mesmo aqueles que se sentem parte desta minoria talvez não se tenham questionado acerca da extensão ou da profundidade desse conceito, o qual, além de muito recente – estabelecido em 2008 por meio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD) da ONU –, pode, em função das diversas realidades culturais, históricas, regionais e até linguísticas, repercutir de maneiras diferentes, inclusive sobre a ordem jurídica de um país.

Diante deste quadro, o que se persegue neste estudo é justamente compreender o atual conceito de pessoa com deficiência trazido pela ONU com vistas à sua aplicação jurídica no Brasil para fins de efetivação do direito ao trabalho dessa minoria, exercício teórico este no qual se adota a cidadania como vetor de análise.

Com este intuito, uma vez estruturado como pesquisa científica acadêmica dissertativa de índole teórico-bibliográfica, o trabalho veicula-se através de pesquisa, leitura e análise crítica de textos especializados da doutrina, de julgados da jurisprudência pátria e estrangeira e de produções científicas nacionais e internacionais, além de dados obtidos da realidade concreta, incluindo estatísticos, oficiais e jornalísticos, podendo ainda vir a utilizar diferentes métodos argumentativos, de acordo com a melhor forma de organização e

exposição das ideias. Vale ressaltar que, por não se tratar de estudo hermético e exaustivo, poderão ser abordados, ainda que por mera referência, temáticas e adjacentes, motivo pelo qual, inclusive por seu caráter técnico-científico especializado, cabíveis esclarecimentos introdutórios e elucidações que se mostrem pertinentes.

A pesquisa científica fica dividida em três capítulos. No primeiro, dedica-se a elucidar a relação entre o direito à inclusão das pessoas com deficiência e a conquista de plena cidadania, inclusive como argumento a legitimar medidas de discriminação positiva atualmente assumidas, dentre outras responsabilidades, pelos Estados, perante tal minoria. Uma vez pautado à luz dos princípios elementares de democracia, justiça e solidariedade bem como pelo direito à cidadania e à diferença, com este exercício acredita-se ser possível não só dar contornos às pessoas com deficiência enquanto minoria, como também alçar um nível de fundamentação teórica hábil a iluminar o objeto de estudo, orientando a investigação.

No segundo capítulo, tendo em foco o direito humano e fundamental ao trabalho, dispõe-se a investigar a noção de trabalho na história do pensamento ocidental bem como sua atual posituação nacional, com vistas a evidenciar qual é a importância da inclusão no mercado de trabalho para a dignidade e cidadania da pessoa com deficiência, destacando-se algumas das formas como tal direito à inclusão no mercado de trabalho vem sendo tutelado no Brasil. Com as conclusões desse tópico em mente, será possível não só ter uma visão mais aprofundada do objeto de estudo, como também lhe dar contexto e dinâmica dentro das relações sociais e jurídicas, realçando o valor do trabalho para a pessoa com deficiência.

Para o terceiro capítulo, deve-se inicialmente problematizar a questão terminológica na luta pela dignidade e cidadania das pessoas com deficiência, avaliando o sentido deste novo conceito à luz da história e da legislação. Valioso também expor brevemente o tratamento jurídico dispensado a esta minoria no atual sistema normativo nacional, permitindo com isso também anotar a importância que os direitos à inclusão e ao trabalho alçam nessa esfera. Concluídas essas etapas, o conceito de pessoa com deficiência trazido pela ONU poderá ser analisado não só em seus próprios termos, mas também em sua relação com a legislação nacional dedicada à inclusão no mercado de trabalho.

Só assim, finalmente, observando o conceito de pessoa com deficiência frente a hipóteses práticas que retratam algumas das principais dificuldades conceituais envolvidas na inclusão no mercado de trabalho, acredita-se ser possível obter uma resposta ao estudo que ora se coloca com um único propósito: a de colaborar para uma sociedade mais livre, justa, solidária e, por isso, mais inclusiva.

## 1 CIDADANIA E INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

### 1.1 Cidadania e inclusão na Era dos Direitos: pela democracia.

O direito a ter direitos, na conceituação de cidadania que nos é trazida por Hannah Arendt<sup>5</sup>, nunca foi uma mera relação traçada exclusivamente entre o indivíduo e a norma. O *status civitatis* sempre dependeu, antes de tudo, da possibilidade de se adentrar pelos portões da *civitas* e de, aí então, ser reconhecido como um irmão. Nisso, percebe-se que a ideia precede, em muito, o conceito hoje fortemente atrelado à democracia.

De fato, embora relegada a círculos mais religiosos do que políticos<sup>6</sup>, deve-se considerar a fraternidade não só como o primeiro e mais fundamental valor da democracia, como também o elo primeiro a reunir seres humanos em sociedade. Isso porque não há de se negar que as famílias, clãs, tribos, castas, tabas e todas as formas originais de associação humana se deram em torno da família e, portanto, em razão de laços de consanguinidade, sejam eles reais, místicos ou míticos.

Na Atenas de Clístenes e Péricles, só era considerado cidadão ateniense, apto a participar com vez e voz nas deliberações da *demokratia*, o homem cujo pai fosse ateniense e cuja mãe fosse filha de pai ateniense. Um *ius sanguinis* que, adviria da literal fraternidade (isogonia) entre os helenos (filhos de Helen<sup>7</sup>) e que determinava, por isso, a aquisição de direitos e a igualdade legal (isonomia) entre os mesmos. Em certa passagem do *Menêxeno*, de Platão, Sócrates contrapõe à constituição ateniense as outras constituições, que ao pressuporem a desigualdade entre os homens, tornando uns servos e outros senhores, originaram tiranias e oligarquias:

[...]. Nós e os nossos, todos irmãos nascidos da mesma mãe, não nos consideramos nem escravos nem senhores uns dos outros, mas a igualdade de origem, estabelecida pela natureza, obriga-nos a buscar a igualdade de

<sup>5</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. Revista Estudos Avançados. v. 11, nº 30, p. 55-65. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, maio-ago, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, prefácio.

<sup>7</sup> Conforme a mitologia grega, Deucalião e Pirra – equivalentes a Noé e sua esposa na Bíblia cristã – teriam sido os responsáveis por repovoar a Terra após o grande dilúvio provocado pela ira de Zeus sobre a humanidade. Dentre seus filhos estaria Helen, considerado o pai de todos os gregos. Por esse motivo os gregos haveriam chamado sua terra de Hélade (terra de Helen) e a si próprios de helenos (filhos de Helen).

direitos políticos na lei e somente condescendermos entre nós em nome de uma única coisa, qual seja, a reputação de virtude e de sabedoria.<sup>8</sup>

Como se nota, a excepcional atribuição da qualidade de cidadão pela assembleia ateniense a quem não preenchesse os requisitos consanguíneos, não só é uma tradição cívica nos dias de hoje – *e.g.* quando a câmara municipal atribui o título de cidadão honorário a dada personalidade ou o prefeito entrega as chaves da cidade a um forasteiro – como também marca o progressivo descolamento entre as relações de poder familiar – típicas das sociedades pregressas – e as relações cívicas das nascentes sociedades ocidentais.

Contribuiu para o enraizamento desta concepção no pensamento político ocidental a crença cristã de que todos os homens são irmãos, filhos de um único Deus<sup>9</sup>. Colocação que acabou por marcar a crítica de J. J. Rousseau à Igreja e ao absolutismo:

Nada disse o rei Adão, nem o imperador Noé, pai dos três grandes monarcas que dividiram entre si o universo, [...]. Espero que apreciem minha moderação, pois, descendendo diretamente de um desses príncipes, e talvez do ramo mais velho, quem sabe se não chegaria, depois da verificação de títulos, à conclusão de ser eu o legítimo rei do gênero humano?<sup>10</sup>

Hoje, para traçar uma ligação entre a antiga ideia de isogonia/fraternidade e a atual noção de solidariedade, pode-se entender como fundamento desta e como forma análoga daquela um liame muito mais fundamental e nítido: a condição humana. Eis aí a razão última da solidariedade e forma mais atualizada de isogonia, enquanto fundamento de legitimidade e titularidade de direitos mínimos por todos os membros da família humana<sup>11</sup>. Direitos estes que, para além daqueles ditos formalmente humanos e fundamentais, se traduzem em um conceito muito mais fluído, abrangente e substancialmente aferível, denominado dignidade da pessoa humana.

E para que se tenham reconhecidos e assegurados estes direitos é que se faz necessário não só o reconhecimento da condição humana, de uma nacionalidade, do exercício

<sup>8</sup> PLATÃO. *Diálogos IV*. Edson Bini (Trad.). Bauru: Edipro, 2011, p. 253. Ver também: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Michelangelo Bovero (Org.); Daniela Beccaccia Versiani (Trad.). 5. tir. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 378.

<sup>9</sup> BOBBIO, *Ibid.*, loc. cit.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Rousseau: vida e obra*. Lourdes Santos Machado (Trad.). Paul Arbousse-Batiste e Lourival Gomes Machado (Intro. e notas). 3ª ed. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 25.

<sup>11</sup> Neste sentido, dentre outros, o preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da ONU: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...]”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Universal declaration of human rights – A/RES/217*. Paris: ONU, 1948, tradução nossa. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 28 ago. 2012). No original: “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world, [...]”.

e gozo de direitos políticos ativos e passivos, mas o reconhecimento do próprio direito a ter direitos. É nessa concepção, substancial, inaugurada por Arendt, que se deve conceber o conceito de cidadania utilizado aqui. Uma cidadania que vai além do mero vínculo jurídico-formal com a política estatal e que deve não só ser reconhecido, assegurado, respeitado, mas sobretudo subjetivado pelo indivíduo, tornando-se parte de si, de sua autoconsciência.

Esta cidadania e a própria noção de dignidade da pessoa humana, enquanto constructos culturais tipicamente ocidentais da contemporaneidade, não parecem sobreviver sem arranhões a um questionamento muito mais profundo, sobretudo em seus fundamentos de dignidade e de direito<sup>12</sup>. Todavia, como informa Bobbio, não é tanto sobre os fundamentos dos direitos, mas sobre sua efetivação que se deve debruçar nesta Era dos Direitos<sup>13</sup>.

Referindo-se ao momento, mais filosófico do que histórico, característico da formação do Estado moderno, no qual as primeiras declarações de direitos fizeram sobrepor à autoridade real a obediência das leis, Bobbio cunha a expressão Era dos Direitos<sup>14</sup>. Em que pese o governo das leis ter sobrepujado o governo dos homens em outros momentos da história, mesmo dentro desta Era, cabe destacar uma outra fase, mais recente, de revalorização e reencontro de Direito, Política e Ética – agora sob o valor da dignidade da pessoa humana e à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º diz que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”<sup>15</sup>. Sob o aspecto filosófico, Sartre, um dos maiores representantes da filosofia existencialista então vigorante, definia:

O primeiro esforço do existencialismo é o de por todo homem no domínio do que ele é e de lhe atribuir toda responsabilidade de sua existência. E quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que

---

<sup>12</sup> O que é dignidade? O homem é digno de quê ou, ainda, o que há de digno no homem? Diversos autores trabalham nestes novos limiares do Direito. Aliás, ponto no qual é de questionar: os direitos precedem as normas ou as normas precedem os direitos? Todas essas são questões profundas, que não oferecem solução fácil e que não hão de contribuir para o exercício do mister proposto neste singelo estudo científico. O que de fato se pode dizer é que só se pode falar em dignidade da pessoa humana quando superadas condições mínimas, pois onde a barbárie impera, não se permite vislumbrar o outro.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). 13ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>14</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Universal...*, op. cit. loc. cit., tradução nossa. No original: “*All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood*”.

o homem é responsável pela sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens.<sup>16</sup>

De fato, a retomada do paradigma do direito natural<sup>17</sup> revela não só a negação do Príncipe, mas a negação do próprio Estado de Direito enquanto Estado Legal bem como o retorno do conceito de lei e direito inerente a um conteúdo justo<sup>18</sup>. Fenômeno este que coincide, portanto, com uma nova onda de declarações de direitos e com um importante movimento para normatização e proteção (judicialização) internacional de direitos ditos humanos e liberdades tidas por fundamentais, agora sob o signo da solidariedade, da tolerância e da paz.

Descabidas aqui maiores explicações sobre as denominadas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, senão para observar que a busca pela positivação, proteção e implementação de direitos pressupõe uma negação ou ameaça a estas mesmas circunstâncias consideradas como direitos. Daí que os direitos de liberdade partiram de uma negação de liberdades públicas e individuais havida por ocasião de uma relação de máxima desigualdade (e paradoxalmente de máxima igualdade), na qual, o soberano, representado pelo monstro bíblico Leviatã na obra de Hobbes<sup>19</sup>, instaura a total e absoluta obediência de todos, seus súditos, a uma ordem por ele estabelecida – todos são iguais perante o Leviatã. Sua queda representaria a possibilidade de materialização da ilusão iluminista-contratualista do homem que, ciente e pleno de suas liberdades, dispõe livremente das mesmas num pacto pela paz, mantendo-se tão livre quanto antes, uma vez que só obedeceria às leis que a si mesmo determinou<sup>20</sup>.

A conquista da liberdade, porém, não se mostrou plena, posto que a instauração da república não significa a vitória da democracia – seja ela encarada em qualquer uma de suas várias facetas. Sabe-se hoje que a *demokratia* ateniense não era uma democracia total, radical, pura, plena, como quer que lhe atribua o significado a Filosofia, a Sociologia ou demais ciências. Afirma-se que Atenas chegou a ter 13% de uma população de 300.000<sup>21</sup>

<sup>16</sup> SARTRE, Jean Paul. Sartre: vida e obra. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, p. 12-13 apud AQUINO, Rubim Santos Leão de... [et al]. *História das sociedades: das Sociedades modernas às sociedades atuais*. 36. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1997. p. 317.

<sup>17</sup> LAFER, op. cit., passim.

<sup>18</sup> A *Rule of Law*, ou Estado de Direito, pressupunha um conteúdo intrinsecamente justo. Esse conteúdo não só se perdeu com na história com o dia a dia dos governos como teve sua separação certificada por Immanuel Kant ao distinguir Direito e Moral – ponto extensamente explorado pelos positivistas.

<sup>19</sup> HOBBS In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Reinaldo Guarany (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 114-116, passim.

<sup>20</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 37.

<sup>21</sup> Um censo foi estabelecido nos tempos de Sólon, por volta de 591 a.C. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

como cidadãos, excluindo – por sua condição de mulher, estrangeiro, menor, velho, incapaz, escravo – quase 90% da população. De fato, apesar de basear-se em um critério de isogonia, surgiram critérios conseguintes: a certo ponto, passou-se a exigir também que os cidadãos deliberantes tivessem se afastado de qualquer atividade econômica; uma medida tomada com o intuito de garantir a total disponibilidade e incolumidade de opinião dos deliberantes, mas que afastava a camada mais popular, que não podia se dar ao luxo de delegar seu sustento. Previa-se, então, não apenas uma igualdade formal-legal, mas também uma mínima igualdade material a fim de se garantir a idoneidade e, daí, a legitimidade das votações. Uma atitude realçada na observação feita, séculos depois, por Rousseau:

Quereis dar consciência ao Estado? – aproximai tanto quanto possível os graus extremos, não suportai nem os opulentos nem os mendigos. Estes dois estados, naturalmente inseparáveis, são igualmente funestos ao bem comum – de um saem os fautores da tirania e de outro os tiranos. É sempre entre eles que se faz o tráfico da liberdade pública; um a compra e o outro a vende<sup>22</sup>.

Como se nota, o genebrino via na relativa igualdade material entre os cidadãos um elemento fundamental ao bom governo, justamente para garantir a legitimidade do ordenamento jurídico resultante, colaborando com a índole e a integridade do próprio corpo político. Este seria o argumento pelo qual muitos democratas do Estado Liberal negavam a extensão do voto às mulheres, aos jovens, aos escravos e aos operários, já que, no mais das vezes, encontravam-se numa relação de dependência social, econômica e ideológica perante seus maridos, pais, senhores e patrões. O resultado foi a concentração dos bens políticos nas mãos de poucos privilegiados, tornando ainda mais excluídos os que assim já se encontravam política e socialmente, retirando-lhes a chance de fazer valer na prática as liberdades e igualdades que as liberais declarações de direitos haviam lhes reconhecido.

Dessa forma, quando o Estado Liberal estipulou o voto censitário, poder-se-ia até dizer que isso se deu no intento de observar a regra da moderação de riquezas. Todavia, tal argumentação só teria um fundo de verossimilhança se houvesse estipulado não só uma renda mínima, mas também uma máxima – o que não se deu. A exemplo, parcela ínfima da população da França do início do século XIX votava. Obviamente que tão retumbante desigualdade não se justificava, mesmo sob a alegação da utilidade comum<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 66.

<sup>23</sup> No art. 1º da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, de 1789, consta uma ressalva pouco lembrada: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. (DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 26 ago. 1789. São Paulo: USP – Biblioteca virtual de direitos humanos, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o>

Apesar de tudo, as liberdades civis ao menos eram respeitadas, dentre elas o de imprensa, sendo por via destas que Marx, Engels, Saint Simon, e outros deram início aos movimentos proletários, fazendo renascer o igualitarismo e a luta pelos direitos sociais e pela extensão dos direitos políticos. Neste ponto, quanto ao igualitarismo e o liberalismo, Bobbio observa que “a proposição normativa ‘a igualdade é um bem digno de ser perseguido’ não deriva sub-repticiamente, neste caso, do juízo de fato ‘os homens nasceram ou são por natureza iguais’, mas do juízo de valor ‘a desigualdade é um mal’”<sup>24</sup>.

De fato, tanto Hobbes quanto Rousseau partiram do estado de natureza embora tenham chegado a conclusões diferentes: Hobbes concebeu o *homo homini lupos*, Rousseau, o bom selvagem. Marx, em seu comunismo científico, não parte do estado de natureza, mas chega ao igualitarismo tal qual Rousseau através daquilo que seus olhos viam: a desigualdade social do século XIX – que certamente era um grande mal a ser combatido por um Estado que tomasse a justiça distributiva como instrumento.

Tornava-se evidente garantir uma certa igualdade material entre todos os homens além daquelas formalmente reconhecidas. Mas, em que grau? Se é verdade que nem mesmo os socialistas utópicos pregavam que todos os homens deviam ser iguais em tudo, também é verdade que os liberais não negavam um mínimo de igualdade dentre os mesmos homens. Dessa forma, se existe uma medida mínima de igualdade (aceita inclusive pelos mais liberais) e que pode e deve ser materializada, são as previstas nas declarações de direitos humanos, que são continuamente revistas à medida que novos critérios de justiça surgem.

Como defende Bobbio<sup>25</sup>, embora haja a diversidade de posicionamento entre liberalismo (individualista, conflitualista e pluralista) e igualitarismo (totalizante, harmônico e monista), a mesma não vem a constituir empecilho a uma proposta de síntese teórica e solução prática entre liberdade e igualdade, na medida em que esses valores fundamentais à democracia são, além de não-antinômicos necessariamente, parcialmente complementares, como se exige tanto na tese quanto na prática dos governos democráticos<sup>26</sup>.

---

da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 21 fev. 2012.).

<sup>24</sup> BOBBIO, *Igualdade...*, op. cit., p. 39.

<sup>25</sup> Ibid., p. 40-43, passim.

<sup>26</sup> Aliás, na pertinente crítica de BOBBIO: “O socialismo nunca repudiou, pelo menos em teoria, a democracia, mas sempre se apresentou como uma forma mais perfeita de democracia ou democracia não mais formal, porém substancial, não mais somente política, mas também econômica, não somente dos proprietários mas de todos os produtores, não representativa e delegada mas não delegada e, portanto, direta, não parlamentar mas os conselhos operários, e assim por diante.” (BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?:* discussão de uma alternativa. 4. ed. Iza de Salles Freaza (Trad.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 29). E completa: “Como, porém, Lênin

Diante disso, a questão que resta a resolver entre liberdade e igualdade é: se a desigualdade é um mal, até que ponto a igualdade é um bem? Como afirma Comparato<sup>27</sup>, “é o princípio da solidariedade que constitui o fecho da abóbada de todo o sistema de direitos humanos”, de forma que, hoje, se há um Estado que busca harmonizar liberdade e igualdade, este é o Estado Democrático de Direito, cuja gênese deu-se com a soma dos direitos de primeira dimensão (liberdades civis e públicas) e de segunda dimensão (direitos sociais) aos de terceira dimensão (direitos de solidariedade), visando estabelecer entre eles o equilíbrio ideal com base na dignidade inerente à condição humana.

Disto, segundo dispõe Bonavides, a democracia seria o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem, sendo ela mesma um direito fundamental da pessoa humana de quarta dimensão, de maneira que os direitos da primeira, segunda e terceira dimensão seriam, na verdade, suas infraestruturas, que formariam “a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”<sup>28</sup>. José Afonso, por sua vez, afirma que a democracia não seria por si um valor-fim, mas “meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos humanos”<sup>29</sup>.

Comparato, por fim, consigna que da Declaração Universal de 1948 é possível extrair a “afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos” (arts. 21 e 29, item 2), de modo que “o regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”<sup>30</sup>, acrescentando que, com base no artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, é possível afirmar que:

[...] as constituições nacionais que não reconhecem, hoje, as instituições da democracia direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular, orçamento participativo) são não apenas ilegítimas como na verdade contrárias à ordem internacional dos direitos humanos.<sup>31</sup>

Isso posto, neste diapasão, de destaque a lição de Eduardo Cambi:

---

(e não somente Lênin de resto) afirmou que a república democrática é ‘o melhor invólucro do capitalismo’, muitos continuam sentindo-se na obrigação de sustentar que a república democrática não pode ser o invólucro de um estado socialista. [...]. De imediato, me vem o desejo de perguntar: e qual seria o melhor invólucro para o socialismo? a ditadura? (lembro uma frase de Gobetti que não perdeu nada de seu vigor polêmico: ‘O regime representativo não tem mais o apoio popular? Mas o que vocês querem para substituí-lo? A teocracia?’)” (Ibid., p. 46).

<sup>27</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 333.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 525.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 129.

<sup>30</sup> COMPARATO, op. cit., p. 231

<sup>31</sup> Ibid., p. 317.

A *pessoa* não é apenas um agente da liberdade, mas o resultado de uma confluência de fatores, especialmente de condições materiais mínimas, necessárias para que possa atingir o seu *máximo potencial*. O discurso da efetivação dos direitos fundamentais e da busca de uma democracia realmente efetiva encontra no conceito de *mínimo existencial* um dos argumentos mais importantes para a promoção da dignidade da pessoa humana.<sup>32</sup>

O autor ainda destaca trecho de voto de um julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A vida humana não é apenas subsistência. Ela é uma existência que se dignifica em situações onde um indivíduo pode atingir seu máximo potencial. A plena realização dessa ideia é o objetivo de uma visão enriquecida dos direitos fundamentais, mas também de uma democracia realmente efetiva<sup>33</sup>.

Dessa forma, mais do que regime de garantia geral a democracia é princípio que parece constituir o próprio substrato social, político, jurídico e institucional sobre o qual se é unicamente possível conceber a realização plena dos direitos humanos e fundamentais<sup>34</sup>. Ora, nem a democracia é um fim em si nem os direitos o são: a maior finalidade da organização política (e jurídica que dele decorre) é o bem comum de seus membros – pessoas humanas –, e que o Papa João XXIII definiu como o “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana”<sup>35</sup>.

Com isso em mente e considerando as diversas realidades humanas e sociais, vale lembrar que Bobbio certa vez indagou se seria possível a sobrevivência de um

---

<sup>32</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 392.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>34</sup> Mais uma colocação parece importante: a distinção entre direito humano fundamental e direito fundamental. Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33) são direitos fundamentais aqueles “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto são tidos por direitos humanos “aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal” relacionadas a “documentos de direito internacional”. Ou seja, basicamente, segundo o autor a diferença entre direito fundamental e direito humano reside no fato de que aquele encontra-se positivado constitucionalmente em dada ordem jurídica nacional, enquanto que este apenas disposto em documentos internacionais. Entendimentos como este, que levam Vladimir Brega Filho a traçar, em resumo, a seguinte conclusão: “[...], embora em muitos pontos os direitos humanos possam ter o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais, o certo é que os primeiros são mais amplos e imprecisos, enquanto os direitos fundamentais possuem um conteúdo mais restrito e preciso, pois estão limitados aos direitos reconhecidos pelo direito positivo de determinado povo” (BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. 1 ed. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002). Portanto, o que essencialmente difere o direito fundamental do direito humano fundamental não é tanto sua substância, seu conteúdo, mas a precisão com que é descrito e se está nacionalmente ou internacionalmente reconhecido ou positivado.

<sup>35</sup> JOÃO XXIII. *Encíclica pacem in terris*, Roma: Vaticano, 11 abr. 1963, Item 58. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_11041963\\_pacem\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html)>. Acesso em 21 fev. 2012.

Estado democrático em uma sociedade não democrática<sup>36</sup>. De maneira genérica, isto leva a questionar se existem pressupostos à democracia.

Se tomada a democracia unicamente como democracia política, como parece fazer Ferreira Filho, há que se convir que “as circunstâncias e a conjuntura evidentemente condicionam o tipo e o grau de democracia que é possível a cada momento”<sup>37</sup>, não existindo um modelo imutável e universal de regime democrático. Ou seja, assim como qualquer outra forma de governo, a democracia possível em uma dada realidade depende de questões sociais, econômicas, culturais, institucionais, dentre outras, tornando-se, por isso, verdadeiros requisitos, pressupostos ou condições para o seu real implemento.

Os que se colocam opostos a esta opinião tomam a democracia em termos mais amplos, estando dentre eles José Afonso da Silva, que afirma:

Ora, em verdade a tese inverte o problema, transformando, em pressupostos da democracia, situações que se devem ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, desenvolvimento, que envolva a melhoria de vida, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo se amalgama com os direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não são pressupostos desta, mas objetivos. Só numa democracia pode o povo exigí-los e alcançá-los.

Finalmente, os que reclamam que a democracia nunca fora realizada em sua pureza em lugar algum concebem-na como um conceito estático, absoluto, como algo que há que instaurar-se de uma vez e assim perdurar para sempre. Não percebem que ela é um processo, e um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecendo novos valores. Como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois, como qualquer vetor que aponta valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos.<sup>38</sup>

Posta a divergência, ambas as posições parecem estar corretas ao mesmo tempo em que se colocam opostas; e a razão desta ambivalência parece simples: são doutrinas muito mais complementares do que divergentes. E isto fica claro quando Macpherson, em outro contexto, debruçou-se sobre a investigação de meios para impulsionar a democracia participativa, vindo ele a deparar-se com a seguinte verificação :

[...] não podemos conseguir mais participação democrática sem uma mudança prévia da desigualdade social e sua consciência, mas não podemos

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. Marco Aurélio Nogueira (Trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 68.

<sup>37</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 37. Ver também Id., *A democracia no limiar...*, op. cit. prefácio, XI.

<sup>38</sup> SILVA, J. op. cit., p. 130-133.

conseguir as mudanças da desigualdade social e na consciência sem um aumento antes da participação democrática.<sup>39</sup>

Macpherson, de certa forma, atingiu o mesmo paradoxo existente na oposição entre os discursos de Ferreira Filho e José Afonso: o primeiro verifica existirem condições materiais para a democracia e o segundo afirma serem improváveis tais pressupostos sem a prévia existência de uma verdadeira democracia (política e social). Segundo Macpherson, um círculo vicioso<sup>40</sup> no qual não se poderia esperar a mudança em um dos termos sem pressupor a mudança no outro, vindo a concluir :

Desse modo, devemos procurar saídas em outra parte do círculo, isto é, procurar mudanças já visíveis ou em perspectiva [...]. Se verificarmos mudanças que sejam não só já perceptíveis mas que sejam, atribuíveis a forças ou circunstâncias que tenham probabilidade de operar com efeito cumulativo, então podemos ter alguma esperança de uma ruptura. E se as mudanças forem de natureza a incentivar mudanças recíprocas nos demais fatores, tanto melhor.<sup>41</sup>

Os dois requisitos de ordem material apontados pelo canadense (maior igualdade social e consciência política) são, no fundo, uma colocação genérica daquilo que Ferreira Filho pôs como pressupostos da democracia; já o movimento recíproco a ser implementado entre estes pressupostos e a maior participação democrática tem clara correspondência com o processo dialético apontado por José Afonso.

Com isso, a relação entre condições socioeconômicas e consciência política como pressuposto para a participação político-democrática ressalta sobremaneira a interdependência entre a democracia social e a democracia política. Uma imagem que reforça a atual ideia de que a democracia envolve necessariamente a participação constante do povo em termos mais amplos do que a simples participação periódica no processo eleitoral.

Portanto, não há que se falar *necessariamente* em pressupostos para a democracia, pois constitui ela, sob seu aspecto histórico-evolutivo, um processo dialético contínuo e equilibrado entre a democracia social e a democracia política. A democracia só existe em movimento, que só é obtido com a contínua participação política do povo, tanto na

<sup>39</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 103.

<sup>40</sup> Aliás, nas palavras do próprio autor: “Ora, se essas duas mudanças na sociedade [...] são pré-requisitos da democracia participativa, parece termos caído num círculo vicioso. Porque é improvável que qualquer desses dois requisitos sejam satisfeitos sem uma participação democrática muito maior do que agora. [...]. Daí o círculo vicioso: não podemos conseguir mais participação democrática sem uma mudança prévia da desigualdade social e sua consciência, mas não podemos conseguir as mudanças da desigualdade social e na consciência sem um aumento antes da participação democrática.” (Ibid, p. 103.).

<sup>41</sup> Ibid., op. cit., p. 104.

esfera propriamente política quanto na esfera social, sendo certo que, de maneira ideal, ambos, democracia política e democracia social, devem evoluir conjuntamente, sem grandes disparidades, a fim de que se garanta a solidez e o equilíbrio de seu processo evolutivo.

Por todo o exposto neste tópico, pode-se asseverar que a inclusão social de parcelas marginalizadas da sociedade, excluídas do *status civitatis* e do mínimo existencial, assim compreendidos como condições existenciais mínimas necessárias para a realização e securitização da dignidade inerente à condição humana<sup>42</sup> por meio dos direitos humanos e fundamentais, ancora-se em princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, fazendo hoje parte do próprio conceito de democracia, sobretudo enquanto processo democrático, e das responsabilidades assumidas pelos Estados democráticos de direito.

## 1.2 Minorias, grupos vulneráveis e o direito à diferença.

Sempre que se fala em indivíduos marginalizados, excluídos ou de qualquer forma colocados em situação de vulnerabilidade face à sociedade, vem à mente a noção de grupo minoritário ou minoria. Em que pese hoje haver muita discussão acerca do conceito de minoria, nítida é a sua origem baseada na clássica distinção política entre o grupo politicamente representado, a maioria, e os grupos com pouca ou sem representação política, a minoria. É que, segundo o ideal democrático iluminista, a maior parte da população tenderia a levar à assembleia popular a maioria dos representantes eleitos, e, com isso, fazer valer nas votações o seu peso (ou numerário) político.

Todavia, como se sabe, distorções causadas por critérios eleitorais – tais como o etário, censitário, étnico, de gênero, dentre outros – inviabilizavam qualquer forma de veiculação política, e, conseqüente, defesa de direitos de grande parte da população. Disso, as manifestações populares e os movimentos igualitaristas das nascentes sociedades de massa marcaram não só a transformação do estado liberal kantiano (ideal e individual) para o modelo hegeliano<sup>43</sup> (histórico e social), como também a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.

---

<sup>42</sup> CAMBI, op. cit., p. 391 et seq.

<sup>43</sup> Como ensina Bonavides: “Até então as doutrinas estatais se haviam ocupado sempre com o Estado hipotético, normativo, o Estado como deveria ser e nunca o Estado como é, o estado histórico, concreto. [...]. O passo que Hegel dá à frente dos filósofos jusnaturalistas, sobretudo de Kant, é, conforme vimos, a sua compreensão mais vasta do Estado, não como instrumento da vontade particular, individual, singular, a vontade do racionalismo rousseano, mas como expressão unificada da vontade individual e da vontade social, encontrando a primeira na última, quando esta se transmuta em vontade estatal, o seu verdadeiro sentido e significação” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. 2. tir. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47-50).

É também nesse momento de comoções sociais internas e de conflito entre jovens nações que proliferam facções políticas, levando à adoção da teoria política da sucessão de elites, segundo a qual indivíduos profissional e hierarquicamente privilegiados de uma sociedade formam a elite (elite não-governante) da qual surgem os indivíduos de funções políticas ou socialmente dirigentes (elite governante). Essa guinada teórica marca o fim da expressão maioria – e conseqüentemente minoria – como uma referência política numérica e estática, típica do ideal democrático iluminista da modernidade, posto que o modelo teórico de sucessão das elites admitia a alternância do poder e, em tese, a alternância de ideologias, captando uma dinâmica antes inconcebível.

Em uma aceleração deste processo, a posterior extensão do direito de voto a mulheres, assalariados, jovens, negros etc. levou rapidamente à transformação da extensa massa governada em um grande mercado político a ser disputado por partidos políticos, refletindo a evolução do modelo de sucessão de elites para o modelo de concorrência de elites<sup>44</sup>, as quais, baseadas em diferentes grupos de interesses, formam o típico sistema elitista pluralista dos Estados Democráticos de Direito.

Nesse passo, não só o discurso político torna-se mais complexo e diversificado, tendendo a refletir melhor os diversos grupos populacionais, como os sistemas políticos democráticos se aperfeiçoam bastante. Como anota Bobbio:

Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes. [E conclui:] A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Segundo esta teoria, a democracia consistiria em um método pelo qual dois ou mais grupos políticos concorrem entre si pelo voto do eleitor, oferecendo cada um certos bens políticos. Operando como uma economia de mercado, este método seria o único capaz de compor uma assembleia apta a representar uma posição majoritária dentre as milhares de demandas políticas do eleitorado, formando a chamada maioria democrática. Obter-se-ia, assim, um governo estável fundado sobre a ideia de equilíbrio entre procura e oferta, que conferiria importância decisória fundamental ao cidadão-consumidor. Macpherson ressalta que nele “o papel dos cidadãos é simplesmente escolher conjuntos de políticos periodicamente em épocas eleitorais. [...] A democracia é tão-somente um mecanismo de mercado: os votantes são os consumidores; os políticos são os empresários” Como define o próprio Schumpeter: “o método democrático é aquela organização institucional para chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo” (MACPHERSON, op. cit., p. 81-84, passim)

<sup>45</sup> BOBBIO, *O futuro...*, op. cit., p. 35-36, passim.

A democracia, ao alcançar este grau de maturidade, permite a Norberto Bobbio, firme na existência da *Rule of Law* do Estado de Direito<sup>46</sup>, formular uma definição mínima de democracia e, assim, uma *Rule of Game* do Estado Democrático:

por ‘democracia’ se entende um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade. As regras são, de cima para baixo, as seguintes: a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com o voto a própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele; b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico isto é, deve valer por um; c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formando o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações e transformá-las em deliberações coletivas; d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre soluções diversas; e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possa estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; f) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria.<sup>47</sup>

Por fim esclarece que “a democracia como método está sim aberta a todos os possíveis conteúdos, mas é ao mesmo tempo muito exigente ao solicitar o respeito às instituições”<sup>48</sup>. Ou seja, tal como o Direito, enquanto ciência normativa em Kelsen, a democracia em Bobbio alcança o *status* de pura forma, a não ser por um particular: Bobbio prevê que nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos das minorias, em especial o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria.

Trata-se da única regra de índole substancial do conjunto elaborado por Bobbio voltada ao resultado das votações e não à sua forma ou circunstâncias. A razão está,

<sup>46</sup> A expressão Estado de Direito é de Welker, tendo aparecido pela primeira vez somente em 1813 (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2). Os ingleses chamaram de *Rule of Law* – ou supremacia do direito – o conjunto de três princípios que, após alcançar as doutrinas jurídicas continentais, converter-se-iam nos princípios do Estado de Direito: a) Legalidade – Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. No *De Legibus at Consuetudinibus Angliae*, Henri Bracton expressa a ideia do primado da lei: “*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege quia lex facit regem*” – não é o rei que faz a lei, mas a lei que faz o rei (Cf. BOBBIO, *O futuro...*, op. cit., p. 169-170); b) Isonomia – a igual sujeição de todos (inclusive autoridades) perante a lei e aos tribunais comuns, sendo, no fundo, a manifestação de dois elementos da noção material de lei: a generalidade e a impessoalidade; c) Devido Processo Legal (ou *Due Process of Law*) – que é a consagração pelo direito comum das liberdades do cidadão ante a sua sujeição ao controle de juízes e tribunais ordinários, independentes e imparciais. (BOBBIO, *O futuro...*, op. cit, loc.cit; FERREIRA FILHO, *Democracia no limiar...*, op. cit., p. 100-106, passim; Id., *Direitos humanos...*, op. cit., p. 12-13).

<sup>47</sup> BOBBIO, *Qual socialismo...*, op. cit., p. 55-56.

<sup>48</sup> BOBBIO, *O futuro...*, op.cit., p. 22-25 e 30-33.

obviamente, no fato de que a democracia não se confunde com a ditadura da maioria. E para que isso seja garantido há de se assegurar a pluralidade e a mobilidade política. Essa regra, embora possua um evidente sentido negativo típico do liberalismo (“nenhuma decisão”), tem, em contrapartida, um condicionamento material inescusável (“em condições de igualdade”).

Ora, viu-se que existem fatores de ordem substancial que estabelecem qual a democracia político-institucional possível em dada realidade, e que, no mais, os direitos sociais foram reconhecidos pelo advento dos Estados Sociais de Direito, que se viram obrigados inclusive a prestações positivas, como saúde, educação, segurança, etc. Caixas de assistência e previdência foram instituídas, leis trabalhistas e de regulação dos mercados foram sancionadas, dentre outras medidas, para garantir um estado de bem-estar social.

Mas teria sido o bastante? A resposta está presente tanto nas barbáries cometidas pelos regimes totalitários do início do século XX contra judeus, negros, ciganos, pessoas com deficiência<sup>49</sup> etc., quanto nas mobilizações sociais de meados do mesmo século, como as lutas pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos da América (EUA), a nova onda feminista, o ambientalismo, o pacifismo, dentre diversas manifestações da sociedade civil organizada em face daqueles que se diziam seus representantes políticos. Mais do que condições sociais econômicas mínimas, estava em debate nessa chamada revolução cultural algo mais profundo: a consciência política e, com ela, a percepção do direito à diferença.

De fato, as relações de igualdade elementares à democracia não são apenas de ordem socioeconômica, mas também de natureza sociocultural. Neste âmbito, tornar-se maioria não é apenas ter direitos políticos ou ter iguais condições socioeconômicas aos grupos politicamente representados, é também conseguir se fazer reconhecido em sociedade como um de nós, um dos nossos, um irmão, um igual, um cidadão. Para tanto, mais do que contrariar a ordem jurídica vigente, vai-se de encontro com as normas e práticas sociais estabelecidas. A normalidade aí constitui uma terceira barreira para quem se depara com os outros, com a indiferença, com a intolerância.

As agitações culturais ocorridas a partir de meados dos anos 1960, ancoradas nas declarações de direitos de solidariedade do pós-totalitarismos, revelam não só a superação de mais uma etapa do pluralismo – dos círculos políticos oficiais para a própria politização da sociedade, consoante as lições de Bobbio e Foucault<sup>50</sup> – como marcam a

---

<sup>49</sup> ARQUITETURA da destruição. Documentário de Peter Cohen. Alemanha: Universal, 1992, 1 DVD.

<sup>50</sup> Michel Foucault inverte a direção da análise do discurso sobre o poder, fazendo sobressair o fato da dominação e o Direito (entendido não só como lei, mas como conjunto de aparelhos e instituições que aplicam

retomada do indivíduo como instância elementar: não mais o indivíduo ideal, mas o indivíduo concreto, estabelecido. A fragmentariedade da modernidade líquida põe abaixo diversos paradigmas, problematizando o indivíduo situado, multifacetado. Neste momento, à luz da alteridade, da tolerância, da solidariedade e da dignidade humana, não basta ao indivíduo ser reconhecido como igual, ele há de ser reconhecido em sua diferença.

Neste aspecto, Erving Goffman, ao esclarecer o processo pelo qual as práticas sociais de convívio ganham normatividade e, assim, convertem-se em regras sociais, evidencia que a normalidade tende a suprimir a diferença:

A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada

---

o Direito) como seu instrumento, destacando que “Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre o outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício jurídico único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 164.). Por isso sentencia: “nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo e ao lado dos aparelhos do Estado a um nível muito mais elementar, cotidiano, não forem modificados” (Ibid., p.149-150). Bobbio, por sua vez, capta e expressa a magnitude desse novo posicionamento: “Hoje, se se deseja apontar um indicador do desenvolvimento democrático, este não pode ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de locais, diferentes locais políticos, nos quais se exerce o direito de voto; sintética mas eficazmente: para dar um juízo sobre o estado de democratização num país, o critério não deve ser mais o de ‘quem’ vota, mas o do ‘onde’ se vota (e fique bem claro que aqui entendo o ‘votar’ como o ato típico e mais comum de participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto)” (BOBBIO, *O futuro...*, op. cit., p. 68). E continua: “Deste ponto de vista, creio que se deve falar justamente de uma verdadeira reviravolta no desenvolvimento das instituições democráticas, reviravolta esta que pode ser sinteticamente resumida na fórmula seguinte: da democratização do Estado à democratização da sociedade.” (Ibid., p. 67). Ainda em sua análise: “A teoria democrática e a teoria pluralista têm em comum o fato de serem duas propostas diversas mas não incompatíveis (ao contrário, convergentes e complementares) contra o abuso de poder; representam dois remédios diversos mas não necessariamente alternativos contra o poder exorbitante. A teoria democrática toma em consideração o poder autocrático, isto é, o poder que parte do alto, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder só pode ser o poder que vem de baixo. A teoria pluralista toma em consideração o poder monocrático, isto é, o poder concentrado numa única mão, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder é o poder distribuído.” (Ibid., p. 71). No mesmo sentido: “O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses [coletivos lato sensu] puseram em relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal [...], mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotadas de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitada pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17-23 apud GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. al.] *Código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. rev. ampl. atual. Cf. novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004). Dessas constatações, pode-se afirmar que a influência da teoria pluralista sobre a teoria democrática contemporânea operou-se em dois momentos: inicialmente, ampliando a base da democracia política com a extensão dos direitos políticos substanciais, especialmente o de sufrágio (quem vota?), gerando o pluripartidarismo das atuais sociedades de massa; e, posteriormente, ampliando as bases da democracia com a extensão de estruturas e sistemas democráticos para fora do edifício jurídico-político estatal (onde vota?), reconhecendo o teor político naquilo que não é propriamente estatal, atribuindo relevância política à sociedade, seus aparelhos e instituições sociais (e.g., a família, a escola, a empresa, a comunidade, o mercado, os grupos de amigos, o clube, as associações, etc.) e configurando as atuais democracias participativas.

uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com ‘outras pessoas’ previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua ‘identidade social’ [...]. Baseando-nos nessa preconceções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso.<sup>51</sup>

Feita esta observação, anote-se que tanto nas regras jurídicas quanto nas regras sociais, as proposições normativas em geral surgem com uma estrutura binária, própria à subsunção do fato (ser) à norma (dever ser). Com isso, a questão se torna mais complexa quando os resultados desta operação subsuntiva não só se tornam evidentemente inválidos, como inaceitáveis à luz de princípios tais como o da dignidade da pessoa humana e da alteridade; ou seja, quando os fatos resultantes ficam à margem da norma, da normalidade, do normal, mas, segundo um (novo) senso de justiça, não deveriam mais.

Ocorre que, se esta problematização jurídica era quase impensável face o positivismo vigente antes do advento do Estado Democrático de Direito, foi com alguma dificuldade que a revolução cultural começou a influenciar efetivamente os costumes, os valores, o dia a dia da sociedade contemporânea. Mesmo com fenômenos sociais mais recentes como o multiculturalismo, a globalização, a popularização das tecnologias de informação e comunicação (*e.g.* internet), não obstante haja progressos, verifica-se que ainda hoje há grupos populacionais que sofrem profundo descrédito social em função da cor de pele, origem, gênero, crença ou religião, preferência sexual, entre outros atributos que os colocam à margem das expectativas criadas segundo um modelo ideal ou padrão de cidadão, estipulado pelas regras sociais e jurídicas.

O estigma, segundo ensina Goffman, vem sendo estudado com mais afinco desde a década de 1950, sendo tomado como “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”<sup>52</sup>, diferenciando-se, assim, tanto de sua origem grega (sinais corporais) quanto de suas metáforas cristã e médica. Contudo, divergindo deste entendimento, o autor propõe uma nova percepção acerca deste fenômeno social:

Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso, extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o

<sup>51</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes (Trad.). 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 12.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 7.

a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual [o caráter que imputamos ao indivíduo feita por um retrospecto em potencial<sup>53</sup>] e a identidade social real [a categoria e os atributos que ele, na realidade, prova possuir<sup>54</sup>]. Observe-se que há outros tipos de discrepância entre a identidade social real e a virtual como, por exemplo, a que nos leva a reclassificar um indivíduo antes situado numa categoria socialmente prevista, colocando-o numa categoria diferente mas igualmente prevista e que nos faz alterar positivamente a nossa avaliação. Observe-se, também, que nem todos os atributos indesejáveis estão em questão, mas somente os que são incongruentes com o estereótipo que criamos para um determinado tipo de indivíduo.

O termo estigma, portanto, será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo, mas o que é preciso, na realidade, é uma linguagem de relações e não de atributos. Um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem, portanto, ele não é em si mesmo, nem honroso nem desonroso. [...].<sup>55</sup>

[...]. Um estigma é, então, na realidade, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, embora eu proponha a modificação desse conceito, em parte porque há importantes atributos que em quase toda a nossa sociedade levam ao descrédito.<sup>56</sup>

[...] Em todos esses exemplos de estigma, [...], encontram-se as mesmas características sociológicas: um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto. Nós e os que não se afastam negativamente das expectativas particulares em questão serão por mim chamados de *normais*.<sup>57</sup>

O estigma, portanto, na proposta do sociólogo canadense – à qual ora se adere – figura como um aspecto das relações sociais estabelecidas por pessoas que possuem certo atributo, o qual é visto, nas relações sociais de uma dada sociedade em geral, como elemento distintivo o suficiente para que as tornem desacreditadas ou desacreditáveis, deslocando-as, assim, de diversas formas, dessa sociedade.

Disso, como se pode perceber, não se versa aqui apenas sobre direitos políticos nem só de minorias numéricas, como havia referência na democracia liberal clássica, muito menos de minorias na relação elite-massa – onde a minoria, em termos de representação política, é a massa. Neste sentido, enquanto grupo estigmatizado objeto de

<sup>53</sup> GOFFMAN. op. cit., p. 12.

<sup>54</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>55</sup> Ibid., p. 12-13.

<sup>56</sup> Ibid., p. 13.

<sup>57</sup> Ibid., p. 14.

descrédito social, uma primeira importante alusão a minorias é a definição obtida por Francesco Capotorti, e segundo o qual uma minoria seria:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua.<sup>58</sup>

A definição refletiu-se no artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, na Declaração Sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, de 1981, e na Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias, de 1992, na qual se resume a noção de pessoas pertencentes a minorias às minorias nacionais ou étnicas, religiosas e lingüísticas.

Resta evidente que a preocupação inicial da ONU repousava sobre questões predominantemente internacionais (*e.g.* apátridas judeus), de modo que, hoje, tendo-se em foco questões que atingem diversos países de todo o mundo, ou mesmo países em particular, críticas foram feitas e novas propostas formuladas, tratando-se de conceito em formação<sup>59</sup>. Nesse sentido, ponderando sobre a matéria, Élide Seguin argumenta que o que existe é uma mudança do conceito de minoria, de quantitativo (segundo a teoria democrática liberal clássica) para um qualitativo, regido pela intolerância. Daí afirmar que:

O tema fica ainda mais complicado quando lembramos que pessoas são atores sociais e, como tal, dependendo das circunstâncias, podem desempenhar papéis diferentes e integrar um contingente minoritário. Tradicionalmente quando se pensa em minorias vem logo à mente: criança, mulher, idoso, aidéticos, homossexuais, deficientes. A cada dia surgem novos grupos que são vitimizados por este ou aquele motivo, mas que na verdade são discriminados pela intolerância.<sup>60</sup>

Entretanto, a regra da maioria permanece vigente nos sistemas democráticos da atualidade e, embora com variações, continua sendo aplicada segundo critérios numéricos. Disso, não parece exato falar de uma mudança do conceito de minoria, mas em um

<sup>58</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, n. 568* apud: Id. *Minority rights: international standards and guidance for implementation*. Genebra/Suíça: ONU, 2010, p. 2, tradução nossa. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2012. No original: “A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.”.

<sup>59</sup> *Ibid.*, passim.

<sup>60</sup> SÉGUIN, Elida. Minorias. In: SÉGUIN, Elida (Coord.). *Direito das minorias – Sociedade Brasileira de Vitimologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19

aprofundamento conceitual, dado que, por minorias, hoje, não se entende apenas minorias numéricas e nem as sub-representadas politicamente, mas também os grupos populacionais estigmatizados, os quais se mostram socialmente vulneráveis (ou não-dominantes, segundo Capotorti) não necessariamente porque são numericamente inferiores ou não têm condições jurídicas ou socioeconômicas de formular e veicular suas pretensões políticas livremente, mas porque a imposição da normalidade e, no limite, a intolerância – enquanto negações do direito à diferença – os colocam muitas vezes à margem da possibilidade, quer jurídica, quer concreta, quer cultural ou psicológica, de exercer ou, antes disso, subjetivar a cidadania.

Note-se que a diferença está relacionada a um critério intrínseco à pessoa, de modo que a vulnerabilidade social não existe por uma iniquidade (dever-ser), mas pela diferença (ser). A diferença passa a gerar desigualdade a partir do momento em que não é respeitada – quer pela sociedade, quer pelo direito. Daí ser estreita a relação entre pobreza e diferença, pois a desatenção à diferença gera cada vez mais exclusão.

Mas se a realidade política e social pós-moderna não é baseada na distinção de grupos populacionais, mas na concretude do indivíduo, a expressão minoria, sob esta nova perspectiva, teria sua razão de ser? Dito de outra forma: seria válido ou mais útil hoje à discussão acerca do direito à diferença, do direito das minorias e do próprio conceito de minoria basear-se em um modelo de agrupamento social; ou seria melhor partir não dos indivíduos em conjunto, mas daquilo que os interliga: a diferença?

Neste ponto, Alves, tratando sobre a filosofia da diferença, na qual se ampara o proclamado direito à diferença, faz reflexões fundamentais:

O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas: pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que as minorias não são que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. Considerando que tudo foi negado às minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença (conceito que deve ser tomado em sua acepção filosófica).<sup>61</sup>

A diferença não é representável. Pensar a diferença é descaracterizá-la. Temos aqui um evidente limite epistemológico para a pesquisa. Como afirmar a existência de um eventual direito à diferença, se a diferença não pode ser traduzida, sem que se desnature?<sup>62</sup>

Pensar a diferença por si é pressuposto fundamental para se discutir as grandes questões da justiça e da igualdade. Considerar que o conceito de

<sup>61</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 21.

<sup>62</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 27.

diferença, como todos os outros conceitos e todas as ideias, não passa de virtualidade, de ficção, é imperioso concluir que o Homem não existe, muito menos a Humanidade como essência metafísica; o que existe são homens in concreto, são seres diferentes do ponto de vista biológico, social, econômico, antropológico etc. que convivem e partilham um mesmo macro-espaço. Reconhecer a alteridade é pressuposto ético para a construção/reconhecimento do direito à diferença.<sup>63</sup>

Não obstante essas considerações, o autor reconhece que a filosofia da diferença não despreza de todo a metafísica, nem a problemática ontológica, tendendo a reconhecer a multiplicidade e a fragmentação da realidade<sup>64</sup>. Desse modo, escapando-se a uma total pulverização da realidade, mas reconhecendo uma fragmentação e sobreposição de realidades, nada impede ou desabona a adoção de signos de identificação, de pontos de contato e similitudes (inclusive a própria diferença<sup>65</sup>) entre as pessoas.

Daí, em que pese uma nova dimensão para o termo minorias possa ser questionável em sua validade, pode-se perceber nele uma utilidade (auto)afirmativa, inclusive para promover solidariedade, pertencimento e inclusão – instâncias elementares, como parece indicar Capotorti, a quem, estando numa certa condição de não-dominância (ou vulnerabilidade), luta pela autopreservação de si e da sua identidade.

Está aí, ademais, o que parece ser o elemento distintivo entre as minorias e os grupos vulneráveis (vitimizados, não-dominantes ou hipossuficientes), posto que nestes não é possível extrair uma noção de identidade entre seus membros<sup>66</sup>. É que, embora nos grupos vulneráveis se possa constatar eventual estigma, um descrédito em função de um atributo comum não condizer com um comportamento ou o *status* que exercem ou almejam (atributo x estereótipo), tal condição implica efeitos em relações específicas e delimitadas de hipossuficiência em dado aspecto objetivo da vida social. Não se é, *e.g.*, idoso, criança, jovem, consumidor, empregado em tempo integral e por toda a vida e nem sempre isso é um fator relevante de *discrímen* na sociedade. Já o mesmo não se pode dizer de negros, mulheres, grupos étnicos e religiosos, *e.g.*, casos em que o estigma aferido a dado tempo e lugar em uma

---

<sup>63</sup> ALVES, op. cit., p. 33.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 29-30.

<sup>65</sup> Como revela o existencialismo sartreano, é somente na evidenciação das similitudes e diferenças entre o ser e o outro ocorrida no convívio que se permite àquele afirmar-se como essência. De outra forma, que não pelo outro, não parece possível distinguir o ser do não-ser enquanto instância fundamental à formação da identidade.

<sup>66</sup> Importante salientar que o processo de identificação não precisa ser feito pelo próprio indivíduo de modo autônomo e voluntário. Ou seja, a identidade pode ser feita de maneira externa ao indivíduo, sendo na verdade muitas vezes imposta a ele pelo meio social.

certa sociedade é sempre integral e generalizado, pois dizem respeito ao seu ser (e não a um estar<sup>67</sup>), levando a um círculo vicioso de exclusão, vulnerabilidade e violação de direitos.

É esse fator subjetivo, intrínseco a sua condição humana, que torna um grupo populacional, identificado pelo estigma criado pelas normas sociais em torno da sua diferença, em uma minoria. E é a consciência dessa diferença e da inexorabilidade em relação a sua existência que faz surgirem em minorias mais politizadas, ante sua latente vulnerabilidade social<sup>68</sup>, ações de autoafirmação, ditas ações afirmativas.

### 1.3 Ações afirmativas: uma questão de justiça.

As ações afirmativas, tais como hoje as conhecemos, apesar de historicamente recentes, não têm um marco inicial delimitado. O que se toma por certo, porém, é que surgiram no seio da sociedade estadunidense, em meio às mobilizações em prol dos direitos civis dos negros. Kaufmann, citando Skrenty, aliás, destaca que:

A expressão ação afirmativa foi usada pela primeira vez na Lei de Relações de Trabalho Nacionais, de 1935, por meio da qual se determinava que o empregador que estivesse promovendo a discriminação contra negros deveria parar de promovê-la, além de efetuar ações afirmativas para inserir as vítimas da segregação nos cargos que estariam ocupando se não tivessem sido discriminados. Apesar de a expressão ter conhecido exemplo na década de 30, apenas a partir de Kennedy o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta pelos direitos civis, inicialmente como uma medida de combate à discriminação e, posteriormente, objetivando a inclusão das minorias. [...].<sup>69</sup>

Para que seja melhor compreendida, porém, a questão deve levar em conta a Revolução Industrial, pois a pressão pela abolição da escravatura feita pela Inglaterra não só tinha o intuito de prejudicar a produção de commodities nas américas, especialmente o açúcar e o algodão, como ganhou paulatinamente o nítido interesse comercial de expansão do seu

---

<sup>67</sup> A distinção é tênue mas fundamental, pois entre o ser e o mero estar existe um *contínuum*. Uma dada condição outrora restrita a certas relações sociais pode vir a ser generalizada pela sociedade, tornando-se marca social indelével sobre dado grupo populacional, dominando seu convívio social a tal ponto que passe a integrar a consciência pessoal dos indivíduos que o integram (identidade), que a partir daí passam a *viver* esta condição.

<sup>68</sup> Nos termos propostos, todo grupo estigmatizado é uma minoria, pois o estigma, na proposta de Gofmann e adotada neste estudo, traz em si a marca do descrédito social. Em não sendo assim, torna-se possível falar em grupo estigmatizado que, por não apresentar-se em condição de vulnerabilidade social, não constitui minoria. Por exemplo: os judeus ortodoxos não obstante tragam consigo atributos estigmatizantes, não podem hoje ser considerados grupo vulnerável no Brasil. Disso, embora sejam um grupo estigmatizado, por não estarem em situação de vulnerabilidade, caracterizam-se como minoria somente sob a perspectiva numérica.

<sup>69</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

mercado consumidor – interesse esse compartilhado pelos próprios Estados do norte industrializado dos EUA e que levou ao movimento separatista dos Estados do sul.

Contudo, segundo Souza<sup>70</sup>, teria sido a Suprema Corte, com o julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857, ainda nos EUA escravocrata, que teria obrigado Abraham Lincoln, durante a Guerra de Secessão (1861-1865), a aprovar a 13ª emenda, em 1865, que abole a escravidão<sup>71</sup>. É que neste *case* o presidente da Suprema Corte, Roger B. Taney, sucessor de Marshall – inaugurador do controle difuso de constitucionalidade nos EUA –, entendeu que a lei federal que previsse a emancipação de escravos seria contrário à constituição por violação ao direito de propriedade nela previsto. A lei, no caso, era o Compromisso do Missouri, segundo o qual os novos territórios do Oeste só entrariam para a Federação como Estados-Membros em uma condição paritária, na qual a cada Estado abolicionista, deveria ser criado outro, escravagista. Disso, como o escravo *Dred Scott* viveu em um território tornado Estado abolicionista, entendeu ter se tornado livre. Contudo, como decidiu a corte, a destituição da situação de escravo não poderia vir por meio de lei.

Assim, à 13ª, seguiram-se a 14ª (1868) e a 15ª (1870) emendas, que por sua vez atribuíram direitos civis e políticos aos negros. É de se atentar, porém, que, apesar das emendas, muitas dificuldades foram sendo criadas para a aquisição da plena cidadania – inclusive legislativamente, através das chamadas *Jim Crow Law's*<sup>72</sup>. Dentre diversos

<sup>70</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 122-124.

<sup>71</sup> Sobre as intenções de Lincoln, uma vez perguntado sobre sua posição quanto a escravidão, ele esclarece em carta escrita a 22 de agosto de 1862: “[...]. Meu principal objetivo nesta luta é salvar a União, e não salvar, nem destruir a escravidão. Se eu pudesse salvar a União, sem libertar qualquer escravo, eu o faria; e se eu pudesse salvá-la libertando todos os escravos, eu o faria; e se pudesse salvá-la libertando alguns e deixando outros à própria sorte, também o faria. O que faço, quanto à escravidão e à raça negra, faço porque acredito que ajude a salvar a União; e no que me abstenho, abstenho-me porque não acredito que possa ajudar a salvar a União. Farei menos sempre que acreditar que o que estiver fazendo prejudique a causa, e farei mais sempre que acreditar que o que estiver fazendo concorrerá para o bom êxito da causa. Vou tentar corrigir os erros assim que assim se mostrarem, e vou adotar novos pontos de vista tão rápido quanto eles surgirem como verdadeiros.” (LITT, Marion Mills Miller. *Life and Works of Abraham Lincoln*. v. 9: Letters and telegrams. New York: Princenton, 1907, p. 44, tradução nossa. Disponível em: <[http://en.wikisource.org/wiki/Page%3ALife\\_and\\_Works\\_of\\_Abraham\\_Lincoln%2C\\_v9.djvu/56](http://en.wikisource.org/wiki/Page%3ALife_and_Works_of_Abraham_Lincoln%2C_v9.djvu/56)>. Acesso em: 31 jul. 2012). No original: “(...). My paramount object in this struggle is to save the Union, and is not either to save or to destroy slavery. If I could save the Union without freeing any slave, I would do it; and if I could save it by freeing all the slaves, I would do it; and if I could save it by freeing some and leaving others alone, I would also do that. What I do about slavery and the colored race, I do because I believe it helps to save the Union; and what I forbear, I forbear because I do not believe it would help to save the Union. I shall do less whenever I shall believe what I am doing hurts the cause, and I shall do more whenever I shall believe doing more will help the cause. I shall try to correct errors when shown to be errors, and I shall adopt new views so fast as they shall appear to be true views.”.

<sup>72</sup> Predominantemente sulistas, eram atos normativos em geral que por diversas maneiras dificultavam ou mesmo impediam o exercício e gozo de direitos civis e políticos pelos negros, sendo que, segundo Cruz (op. cit., p. 125), tinham por base o precedente *Roberts v. City of Boston 5 Crush*, 19 (1849), precursor da doutrina

precedentes gerados por conta do julgamento destas medidas de exclusão, destacam-se o *Civil Rights Cases*, o *case Plessy v. Ferguson* e o *case Brown v. Board of Education*.

O *Civil Rights Cases*, em 1883, são um conjunto de cinco julgados da Suprema Corte estadunidense, envolvendo o *Civil Rights Act* de 1875, lei que previa que todas as pessoas dentro da jurisdição dos Estados Unidos teriam direito ao gozo pleno e igual das acomodações, as vantagens, facilidades e privilégios em hospedagens, meios de transporte públicos por terra ou água, teatros e outros locais de diversão pública, sujeitos apenas às condições e limitações estabelecidas pela lei e aplicáveis aos cidadãos de todas as raças e cores, independentemente de qualquer condição prévia de servidão<sup>73</sup>. Ao decidir esses julgados, a Suprema Corte, entendeu que a 14ª emenda somente era oponível ao Estado e que a lei dos direitos civis de 1875 era inconstitucional, posto que se dirigia inclusive aos particulares, extrapolando os poderes da cláusula de *equal protection*<sup>74</sup> da 14ª emenda<sup>75</sup>.

Através do *case Plessy v. Ferguson*, em 1896, a Suprema Corte não só perpetuou a doutrina da *one-drop rule* (vigente na Louisiana), pela qual uma única gota de sangue negro nas veias de um indivíduo tornaria aquela pessoa negra, como também consagrou a doutrina do *separated, but equal* segundo a qual a igualdade de tratamento seria possível mesmo que os benefícios do governo fossem fornecidos de maneira segregada<sup>76</sup>.

A grande virada na jurisprudência estadunidense sobre a questão racial virá com o *case Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, em cujo julgamento houve especial destaque ao voto do recém-empossado *Chief Justice* Earl Warren:

[...]. Separá-las [as crianças negras] das outras crianças de idade e qualificações similares somente por causa da sua raça, gera um sentimento

---

'*separados, mas iguais*'. Quanto a Jim Crow, segundo Woodward, tratava-se de uma personagem negra caricata muito popular que cantava e dançava, criada pelo comediante Thomas Dartmouth em 1832. (WOODWARD, C. Vann. *The strange career of Jim Crow*. With a new afterwork by William S. McFeely. Commemorative edition. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, p. 7. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=u6Eirru04cgC&printsec=frontcover&dq=%22strange+career+of+jim+crow%22&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=u6Eirru04cgC&printsec=frontcover&dq=%22strange+career+of+jim+crow%22&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 31 jul. 2012).

<sup>73</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *Civil rights act*. 01 mar. 1875. Disponível em: <<http://chnm.gmu.edu/courses/122/recon/civilrightsact.html>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

<sup>74</sup> Reza a Seção I, da 14ª emenda, que nenhum Estado negará a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a igual proteção das leis. (Id., *14th amendment to U.S. constitution*, 9 jul. 1868. Washington D.C./EUA: Cornell University Law School, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>>. Acesso em: 31 jul. 2012).

<sup>75</sup> Id., Suprema Corte dos Estados Unidos. *Civil rights cases: United States v. Stanley; United States v. Ryan; United States v. Nichols; United States v. Singleton; Robinson et ux. v. Memphis & Charleston R.R. Co.* – 109 U.S. 3. Arguido em: [s.d.]. Decidido em: 16 out. 1883. Cornell University Law School, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0109\\_0003\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0109_0003_ZS.html)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

<sup>76</sup> Id., Suprema Corte dos Estados Unidos. *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537. Arguido em: 18. abr. 1896. Decidido em: 18 maio 1896. Cornell University Law School. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0163\\_0537\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0163_0537_ZS.html)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

de inferioridade em seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma maneira que jamais poderá ser desfeita. Os efeitos dessa separação nas oportunidades de educação foram bem demonstrados em um caso do Kansas por uma corte que, no entanto, sentiu-se compelida a decidir contra o pedido dos negros: ‘Segregação entre crianças brancas e de cor nas escolas públicas tem um efeito maligno sobre as crianças de cor. O impacto é maior quando se tem a sanção da lei, pois a política de separação das raças é comumente interpretada como denotante da inferioridade do grupo negro. O senso de inferioridade afeta a motivação da criança para aprender. A segregação com a sanção da lei, portanto, tende a [retardar] o desenvolvimento educacional e mental das crianças negras e a privá-las de alguns dos benefícios que receberiam em um sistema educacional racialmente integrado’. [...].<sup>77</sup>

Kaufmann, sobre este julgamento que conferiu novo sentido à clausula da igual proteção segundo as leis, observa que os votos que se seguiram ao de Warren apontaram estudos conclusivos sobre a irreparabilidade dos prejuízos sofridos por crianças segregadas<sup>78</sup>.

Disso, a ementa do julgado não poderia ser mais clara e enfática:

[...]. (d) A segregação das crianças nas escolas públicas apenas com base na raça priva as crianças do grupo minoritário de iguais oportunidades educacionais, ainda que as instalações físicas e outros fatores ‘tangíveis’ possam ser iguais. Pp. 493-494. (e) A doutrina do ‘separados, mas iguais’ adotada em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, não tem lugar no campo da educação pública. [...].<sup>79</sup>

A autora anota que outros setores da sociedade foram sendo objeto de julgamento pela Suprema Corte, mas as decisões praticamente envolveram apenas instalações

<sup>77</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Brown v. Board of Education of Topeka* – 347 U.S. 483. Arguido em: 09 dez. 1952. Decidido em: 17 maio 1954, tradução nossa. Cornell University Law School. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0347\\_0483\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html)>. Acesso em: 31 jul. 2012. No original: “[...]. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs: Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system. [...]”. Necessário observar que anteriormente a este case houve outros que, sem derrubar o precedente *Plessy v. Ferguson*, previram vitórias isoladas para os direitos civis dos negros, tais como *Ada Louis Sipuel v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948), o *Sweatt v. Painter* [339 U.S. 629 (1950)] – ambos citados por Cruz (op. cit., p. 127-128). Kaufmann (op. cit., p. 159) cita *Missouri ex. rel. Gaines v. Canada* 305 U.S. 337 (1938), *Sweatt v. Painter* 339 U.S. 629 (1950) e *Mc Laurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* 339 U.S. 637 (1950).

<sup>78</sup> KAUFMANN, op. cit., p. 161.

<sup>79</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *Brown...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa. No original: “[...]. (d) Segregation of children in public schools solely on the basis of race deprives children of the minority group of equal educational opportunities, even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors may be equal. Pp. 493-494.(e) The ‘separate but equal’ doctrine adopted in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, has no place in the field of public education. [...]”.

públicas ou quase-públicas, na medida em que se foi alargando o conceito de Estado e ação estatal. As decisões também nem sempre eram seguidas pelos réus ou mesmo pelas cortes estaduais, exigindo excepcional atividade da Corte em se fazer respeitar, quer pelo fundamento de suas decisões ou quer pelo uso da força estatal necessária à sua efetivação<sup>80</sup>.

Colocadas essas circunstâncias, deve-se observar que, embora a expressão ação afirmativa tenha sido utilizada oficialmente pela primeira vez em 1935, na Lei Nacional de Relações de Trabalho, não poderia ela, à imagem do *Civil Rights Act* de 1875, em um ambiente ainda extremamente segregacionista da época, impor aos particulares a obrigação de qualquer modelo de atitude em relação à questão racial. Neste mesmo sentido, verifica-se que tal lei, parte do *New Deal*, de Rossevelt, rumo ao *Welfare State*, ao contrário do que afirma Kaufmann, não dirige uma só palavra à questão racial, mas se preocupa com as relações de trabalho sindicalizadas<sup>81</sup>. Daí concluir que a expressão ações afirmativas surge no âmbito das relações de trabalho (e não nas relações de direitos civis), não significando a imposição aos particulares de medidas de discriminação positiva – tampouco por questões raciais.

A primeira norma a dispor sobre não-discriminação por raça (credo, cor ou origem nacional, inclusive) direcionada a particulares também surgiu no âmbito das relações de trabalho. Restringindo-se aos particulares detentores de contrato com o governo federal no campo da indústria bélica, a *Executive Order n. 8.802*<sup>82</sup>, de 25.06.1941, foi aprovada por Rossevelt sob pressão de A. Philip Randolph, sindicalista negro que organizou naquele ano um protesto contra a discriminação nas relações de trabalho na indústria bélica e no exército<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> KAUFMANN, op. cit., p. 142 e 163. Lembra Kaufmann que, apesar da decisão da Suprema Corte, todo tipo de manobra administrativa e judicial era utilizada para descumpri-la, sendo sempre requerido ao final prazo para adaptações. Somente em 1969, ao decidir o caso *Alexander v. Holmes County Board of Education*, é que a Suprema Corte determinou “A Corte de Apelação deveria ter negado todos os pedidos para obtenção de mais tempo, porque constitucionalmente não seriam mais permitidas as contínuas operações contrárias à integração com base no preceito ‘o mais breve possível’, das escolas segregatórias. Sob explícitas determinações desta Corte, a obrigação de cada distrito escolar é de acabar com o sistema dualista de uma vez e operar, a partir de agora, e daqui por diante, apenas escolas unitárias” (Ibid., p. 163). Em igual sentido Cruz (op. cit., p.129-130).

<sup>81</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *National labor relations act – NLRA*, 1935. Washington D.C./EUA: National Labor Relations Board, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.nlr.gov/national-labor-relations-act>>. Acesso em: 31 jul. 2012. Quanto a isso, não se pode ignorar que embora o *New Deal* não tenha solucionado os efeitos da Grande Depressão de 1929, permitiu o ingresso de negros em muitos setores da economia onde antes não encontravam oportunidade de emprego (THE LIBRARY OF CONGRESS. *American Memory – The African American Odyssey: a quest for full citizenship – The depression, the new deal, and world war II*, part 1. Disponível em: <<http://memory.loc.gov/ammem/aahtml/exhibit/aopart8.html>>. Acesso em: 31 jul. 2012.)

<sup>82</sup> Id., *Executive Order n° 8802*, 25 jun. 1941. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-8802.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

<sup>83</sup> THE LIBRARY OF CONGRESS, op., cit., loc. cit. Ver também: KELLOUGH, J. Edward. *Understanding Affirmative Action: politics, discrimination and the search for justice*, Washington D.C./EUA: Georgetown

Com a *Executive Order n. 9.346*<sup>84</sup>, de 27.05.1943, a política de não-discriminação se estende a todos os contratantes com a União, incluindo os subcontratantes. Já Truman, pela *Executive Order n. 9.981*<sup>85</sup>, de 26.07.1948, determina a “igualdade de tratamento e oportunidade para todas as pessoas no serviço militar sem considerações de raça, cor, religião ou origem nacional”. Porém, é Kennedy que, pela *Executive Order n. 10.925*, de 06.03.1961 – já escorado pelas decisões da Corte de Warren, portanto – vai afirmar que a discriminação por raça, credo, cor ou origem nacional é contrária aos princípios constitucionais e às políticas dos EUA, passando a prever, com isso, sanções aos contratantes e subcontratantes com o governo federal que não se ativerem a suas regras. O texto também recupera a expressão ações afirmativas, mas ainda em um contexto de não-discriminação.<sup>86</sup>

Nesta mesma linha, foi aprovada em 1964 um novo *Civil Rights Act* que, além de dispor sobre a não-discriminação também por motivo de sexo, previu a possibilidade

---

University Press, 2006, p. 23. Para sua implementação, a lei previu o *Fair Employment Practices Committee – FEPC*.

<sup>84</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *Executive Order n° 9346*, 27 maio 1943. Washington D.C./EUA: The American presidency project, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=16404#axzz1mpIf6DSl>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

<sup>85</sup> Id., *Executive Order n° 9981*, 26 jul 1948. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-9981.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012. Segundo Kellough (op. cit., p. 22-33), Truman muda o nome do *Fair Employment Practices Committee – FEPC* para *Committee on Government Contract Compliance – CGCC*, dando-lhe contornos de grupo de estudos. Após, Eisenhower vai reformulá-lo e criar o *President Committee on Government Employment Policy*, que, por sua vez, será modificado por Kennedy, chamando-se *The President's Committee On Equal Employment Opportunity*.

<sup>86</sup> Dispõe referido diploma legal: “SEÇÃO 301. Salvo nos contrato isentos conforme seção 303 da presente ordem, todas as agências contratantes do governo devem incluir em cada contrato com o governo as seguintes previsões: ‘Em relação ao desempenho de trabalho sob este contrato, o contratante acorda o seguinte: ‘(1) O contratante não discriminará nenhum empregado ou candidato a emprego por motivo de raça, credo, cor ou origem nacional. O contratante adotará ações afirmativas para garantir que os candidatos sejam empregados e que os empregados sejam tratados durante o emprego sem considerações sobre sua raça, credo, cor ou origem nacional. Essa ação deve incluir, mas não se limitar, ao seguinte: emprego, atualização, rebaixamento ou transferência; contratação e edital para contratação; dispensa ou cessação; taxas de remuneração ou outras formas de compensação; e seleção para treinamento, incluindo a aprendizagem. O contratante concorda em colocar em locais bem visíveis, à disposição de empregados e candidatos a emprego, avisos a serem providenciados pela agência contratante acerca das disposições desta cláusula de não-discriminação. [...]’”(Id., *Executive Order n° 10925*, 06 mar. 1961. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.], tradução nossa. Disponível em: < <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012): “[...] SECTION 301. Except in contracts exempted in accordance with section 303 of this order, all government contracting agencies shall include in every government contract hereafter entered into the following provisions: "In connection with the performance of work under this contract, the contractor agrees as follows: "(1) The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause. [...]”.

das cortes de justiça, nas relações de trabalho em que tenha sido constatada a responsabilidade por violação da cláusula de não-discriminação, ordenarem as ações afirmativas que fossem apropriadas, podendo incluir reintegração ou contratação de empregados, com ou sem pagamento retroativo, a cargo do responsável pela prática trabalhista ilegal<sup>87</sup>.

Tal como o *Civil Rights Act* de 1875, foram propostas ações questionando a constitucionalidade da intervenção estatal na esfera privada, sendo que no case *Heart of Atlanta Motel Inc. v. U.S.* (1964) a Suprema Corte decidiu que o *Civil Rights Act* de 1964 não vedava a discriminação por particulares na esfera privada (ainda possível, portanto), mas baseava-se nos poderes constitucionais da União de regulamentar o comércio interestadual (*Commerce Clause*) – referida hospedagem ficava às margens de uma rodovia interestadual<sup>88</sup>.

À *Civil Rights Act* de 1964, seguiu-se a *Voting Rights Act*, de 1965, pelo qual o sucessor de Kennedy, Lyndon Johnson, regulamentou os direitos políticos ativos e passivos dos negros previstos na 15ª emenda, na sequência da política de *color-blind*. Lyndon Johnson, porém, aprofundou o discurso do governo:

[...]. Mas liberdade não é suficiente. Você não apaga as cicatrizes de séculos dizendo: Agora você está livre para ir aonde quiser, fazer o que desejar e escolher os líderes que preferir.

Você não pega uma pessoa que, durante anos, foi arrastada por grilhões e libertá-la, trazê-la até a linha de partida de uma competição e depois dizer: "você está livre para competir com todos os outros", e ainda assim acreditar que está sendo completamente justo.

Desta forma, não basta apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a habilidade para atravessar esses portões.

Este é o próximo e o mais profundo estágio da batalha pelos direitos civis. Nós não procuramos apenas a liberdade, mas oportunidade. Nós não procuramos apenas igualdade legal, mas a habilidade humana, não apenas a igualdade como um direito e uma teoria, mas igualdade como um fato e igualdade como um resultado. [...].<sup>89</sup>

<sup>87</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *Civil rights act of 1964*. 01 jul. 1964. Washington D.C./EUA: Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil\\_rights\\_act.html](http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html)>. Acesso em: 19 fev. 2012.

<sup>88</sup> Id., Suprema Corte dos Estados Unidos. *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States et al.* – 379 U.S. 241. Arguido em: 5 out. 1964. Decidido em: 14 dez. 1964. Cornell University Law School. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/379/241>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

<sup>89</sup> JOHNSON, LYNDON B.. Commencement address at Howard University: ‘To fulfill these rights’, 4 jun. 1965 apud PUBLIC papers of the presidents of the united states. Lyndon B. Johnson, 1965, v. II, entry 301, pp. 635-640. Washington D.C./EUA: Government Printing Office, 1966. Disponível em: <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/650604.asp>>. Acesso em: 19 fev. 2012. No original: “[...]. But freedom is not enough. You do not wipe away the scars of centuries by saying: Now you are free to go where you want, and do as you desire, and choose the leaders you please. You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race

Johnson, pressionado pelos cada vez mais frequentes e violentos conflitos raciais, criou em 1967 a Comissão Consultiva da Desordem Civil, conhecida como Comissão Kerner. Seu relatório final, dentre diversas passagens incisivas e polêmicas, relatou: “Nossa nação está se movendo na direção de duas sociedades, uma negra e uma branca, separadas e desiguais”<sup>90</sup>. Como observa Kaufmann, “o governo estadunidense compreendeu, já então no governo Richard Nixon (1969-1974), que não bastava o mero comprometimento com as políticas de combate à discriminação. Era preciso fazer mais”<sup>91</sup>. E complementa:

Conforme já esquadrinhado, os motins urbanos ocorridos na década de 60, aliados ao relativo fracasso das medidas antidiscriminatórias, provocaram o ambiente necessário ao surgimento de uma política afirmativa cujo objetivo era o de tentar eficazmente promover a integração. Todavia, é importante observar que a política desenvolvida por Nixon não se fez acompanhar da construção de uma teoria pela concretização do princípio da igualdade ou pela efetivação da justiça. Do contrário, as medidas implementadas objetivavam diminuir a quantidade de conflitos e evitar que os próprios brancos pudessem sofrer mais danos, físicos ou materiais. Nesta seara foi a justificativa de Nixon sobre a concessão de algumas vantagens para os negros: ‘Pessoas que possuem as próprias casas não irão incendiar a nossa vizinhança’.<sup>92</sup>

Através da Secretaria do Trabalho, o governo passou a estudar políticas, chamadas planos, já implementadas localmente há anos em diversos lugares do país, para a promoção da contratação de negros, principalmente no ramo da construção civil, concedendo privilégios às empresas que cumprissem as *metas* de contratação estabelecidas pelo governo<sup>93</sup>. Diversas outras políticas de discriminação positiva foram sendo criadas a partir de então, tendo em vista diferentes minorias, moldando, assim, a face das ações afirmativas, que embora não se restringisse às quotas, acabaram tendo nelas sua principal marca.

Hoje, sabe-se que ações afirmativas não significam apenas a fixação de quotas – quer voluntárias, quer pela imposição do Estado –, correspondendo sim a toda ação que tenha por fundamento a afirmação de uma diferença em relação ao padrão de normalidade

---

and then say, "you are free to compete with all the others," and still justly believe that you have been completely fair. Thus it is not enough just to open the gates of opportunity. All our citizens must have the ability to walk through those gates. This is the next and the more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom but opportunity. We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result. [...]"

<sup>90</sup> KAUFMANN, op. cit., p. 174.

<sup>91</sup> Ibid., p. 175.

<sup>92</sup> Ibid., p. 175-176.

<sup>93</sup> O exemplo mais famoso exemplo é o (Revised) Philadelphia Plan, estabelecido em âmbito nacional através da Executive Order nº 11246, de 24.09.1965, ainda no governo de Lyndon Johnson. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *Executive Order nº 11246*, 24 set. 1965. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012).

de dada sociedade e a defesa do direito a essa diferença, com as consequentes considerações e medidas, negativas ou positivas, em prol da igualdade de oportunidades e de tratamento.

Feitas essas considerações, é de se atentar que, a rigor, as ações afirmativas, assim como as minorias, a discriminação e a intolerância, sempre existiram – basta olhar para a história: cristãos em Roma e judeus na Idade Média, sem falar na Alemanha totalitária, na caçada aos comunistas na Guerra Fria e os imigrantes na Europa. Os atuais contornos conceituais das ações afirmativas, porém, estão profundamente ligados aos movimentos de luta pela cidadania, especialmente pelos negros nos EUA. E em que pese o momento histórico fosse marcado por mobilizações populares em prol da cidadania em diversos outros lugares no mundo – como os anticolonialismos na Ásia e na África, ou de reestruturação da Europa –, as notícias e a influência do *american way of life*, em plena Guerra Fria, reverberavam por todo o globo, levando à imediata identificação com figuras carismáticas como Martin Luther King.

Nada obstante, o que realmente parece ter tornado as ações afirmativas o que são hoje é o fato de essas mobilizações nos EUA passarem a ter o progressivo fomento do Estado – inicialmente pela Suprema Corte, em um excepcional momento de protagonismo judicial, e posteriormente pelo populismo do Executivo – e um fundamento de legitimidade.

É que, ao contrário do que afirmou Kaufmann, mesmo que de maneira inconsciente ou intuitiva, as políticas de discriminação positiva implementadas pelos EUA já apontavam para uma teoria pela concretização do princípio da igualdade ou pela efetivação da justiça. Isso não só porque os precedentes da Suprema Corte e os estudos sociais apontavam nesse sentido – ainda que Kaufmann<sup>94</sup> indique certo desencontro de votos e argumentos jurídicos –, mas porque do meio acadêmico já surgiam verdadeiras teses, como as contidas nas obras *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, em 1971, e *Levando os Direitos a Sério*, de Ronald Dworkin<sup>95</sup>, que não só permitiram um debate tecnicamente mais franco acerca do direito das minorias, mas principalmente aprofundaram as discussões acerca dos direitos e seus fundamentos de legitimidade e justiça.

Ora, nenhuma democracia se instaura a fim de perpetrar injustiças. Se a democracia é um dos principais valores das contemporâneas sociedades ocidentais e

<sup>94</sup> KAUFMANN, op. cit., p. 182-183.

<sup>95</sup> Embora os direitos autorais da obra sejam de 1977, sua introdução lembra que os capítulos foram escritos em separado. Um desses escritos originários relacionados, datado de 17.12.1970, é encontrado no The New York Review of Books (DWORKIN, Ronald. *A special supplement: taking rights seriously*. The New York Review of Books: Letters, 17 dez. 1970. New York: The new York review of books, [s.d]. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/1970/dec/17/a-special-supplement-taking-rights-seriously/?page=1>>. Acesso em 26 fev. 2012.

ocidentalizadas, a justiça, sem dúvida alguma, é o mais presente valor em todas as sociedades da história. Porém, se como visto acima, o conceito de democracia se mostrou problemático, a noção de justiça não poderia de mostrar menos tormentosa.

Nesse passo, cabe primeiro diferenciar a justiça moral, em que a regra de conduta advém da livre adesão da consciência, da justiça jurídica, em que se deve levar em conta a ordem jurídica estabelecida. O Estado Democrático de Direito se inspira neste princípio de justiça, não podendo perder de vista a relevância social e axiológica daquela.

Segundo Kelsen, justiça seria a característica possível, ainda que não necessária, de uma determinada ordem social, cuja principal característica estaria em regular os comportamentos humanos de modo a que todos, sob ela, encontrem a felicidade. Platão em seu tempo, ademais, já identificava justiça e felicidade, afirmando que só o justo é feliz.<sup>96</sup>

Mas se justiça é felicidade, o que é a felicidade? Se tida individualmente, a felicidade de um entrará em confronto com a felicidade do outro e a justiça será impossível, sem contar que nossa felicidade muitas vezes depende de necessidades que nenhuma ordem social pode garantir. Além disso, nenhuma ordem social é capaz de compensar totalmente as injustiças do mundo. Mais objetivamente, Bentham chegou a entender justiça como a felicidade do maior número, cabendo, assim, ao legislador estabelecer o que é a felicidade segundo uma hierarquia de valores e bens a serem perseguidos.<sup>97</sup>

Ora, todo sistema de valores é um sistema social que varia conforme o meio de que procede, de forma que mesmo a unanimidade quanto a um sistema de valores não significa que ele seja verdadeiro ou justo de modo absoluto. Em função disso, para afirmar a verdade e a justiça de dada tábua de valores a regular a conduta humana em sociedade com vistas à felicidade, é que se pode analisar as teorias da justiça sob dois tipos básicos: o modelo metafísico e o modelo racional.<sup>98</sup>

Entre os adeptos do modelo metafísico, está Platão que, ao renegar as capacidades do homem à mera sensoriedade, o reputa incapaz de ascender plenamente ao mundo das ideias onde o problema da justiça não é central, mas sim o do bem absoluto. Essa concepção aproxima-se da pregação religiosa, especialmente a do cristianismo, que fala que o mal se combate com o bem e que ao ser ferido na face deve-se oferecer a outra. Em suma: no

---

<sup>96</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Luís Carlos Borges (Trad.). 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p 2-6, passim.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 7.

modelo metafísico tem-se a crença em algo que escapa às faculdades humanas, o mistério da fé em oposição a uma justiça racional.<sup>99</sup>

Já o modelo racionalista passou por diversas fases, sofrendo análises que aprofundaram a compreensão racional da justiça. O primeiro modelo racional de justiça constitui-se naquele que a compreende como “*dar a cada um o que é seu*”, suscitando inevitavelmente a questão: o que é de cada um? Chaïm Perelman<sup>100</sup> traz à tona, por meio de seis acepções, as regras deste viés de justiça, cujos termos, sucintamente, são estes: a) a cada qual segundo sua posição social<sup>101</sup>; b) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui<sup>102</sup>; c) a cada qual a mesma coisa<sup>103</sup>; d) a cada qual segundo as suas necessidades<sup>104</sup>; e) a cada qual segundo as suas obras<sup>105</sup>; f) a cada qual segundo os seus méritos<sup>106</sup>.

No fundo, esta última fórmula associa-se a uma regra de ouro moral, segundo a qual se deve fazer aos outros o que gostaria que fizessem a você. Disso, porém, o que pode causar o bem ou a felicidade a um pode não causar a mesma sensação ao outro, caindo-se num subjetivismo sem sentido, em que se perde qualquer parâmetro de moral ou de direito. Fugindo a isso, é que Kant prevê que o comportamento humano só é justo e bom na medida em que o homem age segundo a norma que deseja ver estabelecida como obrigatória para todos (justiça como liberdade). E quais seriam? Segundo Kelsen, a resposta não é

<sup>99</sup> KELSEN, op. cit., p. 12-13.

<sup>100</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (Trad.); Eduardo Brandão (Rev. Trad.). 1 ed., 2 tir., Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 4-67, *passim*.

<sup>101</sup> Nesta regra, assume-se uma proporcionalidade de privilégios com a responsabilidade das classes hierarquizadas. É o caso da justiça da República de Platão e das monarquias e aristocracias medievais, podendo, pois, calcar-se em argumentos de ordem racional, costumeira ou religiosa.

<sup>102</sup> Não existe liberdade para o juiz decidir fora ou além do que a ordem legal determina. Trata-se do modelo exegético surgido com as codificações após as revoluções liberais, em que a lei geral e abstrata, enquanto expressão da vontade geral legitimada pelo povo, reflete a razão perpétua e imutável do homem. Acredita que as leis, reunidas sistematicamente em códigos, compilam e regem todos os aspectos da vida. Como se soube logo, nem a lei (e tampouco o homem) tem esta providência e nem a democracia é algo pronto e acabado.

<sup>103</sup> Aí a igualdade é levada às últimas consequências, sem qualquer juízo de proporcionalidade. Tem-se o caso dos regimes políticos que, a rigor da norma, distribuiriam os bens da vida de maneira absolutamente, para não dizer matematicamente, idêntica. Ora, não somos idênticos, pelo contrário, somos todos diferentes.

<sup>104</sup> Ou, como pondera Karl Marx (KELSEN, op. cit., p. 16-18, *passim*), de cada qual segundo sua capacidade, e a cada qual segundo suas necessidades. Mas quem determina essa capacidade e esta necessidade? A autoridade política central. Mas com que base? Vê-se que, embora seja uma excelente regra, a fórmula permanece vazia.

<sup>105</sup> Valora-se apenas o resultado do proceder humano. É o caso, *e.g.*, dos concursos públicos, nos quais o cumprimento de metas e objetivos está além da avaliação da capacidade, da dedicação e das boas intenções de cada indivíduo. Tem-se como principal prática do chamado capitalismo selvagem vigente na selva de pedra, onde só os mais fortes sobrevivem. Tem-se uma regra de pura retaliação, em que não importa a intenção ou o objetivo, mas o resultado prático. Daí o mal se paga com o mal e o bem, com o bem. Mas o que é bem e mal?

<sup>106</sup> Avalia-se não o resultado em si, mas todo o processo pelo qual se chegou a determinado fim. Deve-se, em tese, levar em consideração aspectos particulares de cada indivíduo em si e em sua relação com o meio e a sociedade. Porém, quais aspectos, quais critérios e quais padrões de medidas devem ser utilizados? Seria humanamente possível compreender todos os aspectos da vida do homem e dizer, de fato, se ele merece isto ou aquilo, e se outro não merece o menos, o mais ou o mesmo?

fornecida pelo imperativo categórico – sujeita também às variantes de tempo e espaço –, pois mesmo este deve reger-se conforme uma lei geral (justiça como ordem)<sup>107</sup>. Mas qual?

Aristóteles, baseado em um sistema de vícios e virtudes e temendo pecar pela escassez e pelo excesso, encontrou a justiça como meio-termo (*mesotés*). Daí também a fórmula de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualam. Mas qual é este tipo de medida e quem a determina?<sup>108</sup>

Quem a determina, dizem adeptos de correntes metafísicas e racionalistas, é a natureza. Uma natureza, contudo, que não é apreensível pelas faculdades humanas, seja porque produto do imponderável metafísico (*e.g.* Deus) ou porque racionalmente incalculável. Por isso que a justiça, em absoluto, mostra-se como ideal irracional; e, em concreto, põe-se como valor relativo ao lado de todos os demais valores apreensíveis pela razão humana<sup>109</sup>. Portanto, ainda na lição de Hans Kelsen, conclui-se:

[...] De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância.<sup>110</sup>

Ou seja, a justiça racionalmente apreensível, por ser reconhecidamente relativa, não precisa ser necessariamente moral, imoral ou amoral, basta que aceite regras e princípios éticos e morais – também relativos, é verdade, mas que fornecem um conteúdo axiológico que falta à forma. E é por isso que a ciência jurídica, o Direito, vem progredindo, criando e aperfeiçoando técnicas e instrumentos de obter a justiça humanamente possível.

Nesse passo, cada sociedade pode ser conhecida por seu ordenamento jurídico, indispensável ao convívio humano, principalmente porque reflete e hierarquiza uma série de bens, interesses, valores que deseja ver respeitados e protegidos. Aí, porém, a questão da justiça depara-se com uma agravante: quem vai dizer quais os bens, interesses e valores que devem prevalecer? Quem vai dizer o que é justo, o que é direito?

---

<sup>107</sup> KELSEN, Op. cit., p. 19.

<sup>108</sup> Ibid., p. 20-21.

<sup>109</sup> Ibid., p. 21-24.

<sup>110</sup> Ibid., p. 25.

O legislador, dirão uns. O juiz, dirão outros. A separação de funções estatais e o estabelecimento de um sistema de freios institucionais e contrapesos políticos<sup>111</sup> marcam não só a distinção entre legislar e julgar no Estado de Direito, mas a também a concepção, já acima destacada por Bobbio, de que ter direitos é diferente de fazê-los valer. Situação especialmente percebida quando os direitos não são reconhecidos democraticamente nas legislaturas, como frequentemente ocorre com as minorias, ou quando toda a clareza da norma não permite iluminar a solução para o caso concreto – situação com a qual cotidianamente se depara o Estado-juiz. Aí se desvela mais do que uma relação ideal do processo estabelecido entre democracia e justiça, mas uma relação concreta e, não raras vezes, de difícil solução, como se passa a ver.

#### 1.4 Legitimidade vs. efetividade: os direitos na colisão entre democracia e justiça.

Pelo viés da soberania popular, as Constituições são atos de delegação de poderes, do povo soberano para seus governantes. É, assim, o primeiro documento da vida jurídica do Estado, pois estabelece um Estado de Direito e regula o processo formal de criação e estruturação do ordenamento jurídico decorrente. Fixa os fins, os valores e os princípios fundamentais. Por isso, a Constituição representa o vértice pelo qual os fatores reais de poder convertem-se em ordem jurídica – a ordem normativa de violência legitimada.

Nos Estados positivistas *strictu sensu* (liberal e hegeliano), as Constituições correspondiam a uma mera carta política de intenções. Contrapunham-se ao Código Civil, responsável por regular o dia a dia da sociedade. Mesmo neste contexto político, prevaleciam teorias políticas democráticas que sustentavam a soberania do legislador. Afinal, em uma interpretação estrita da regra da maioria, bastava que se observassem as regras formais de produção de leis, prevista na Constituição, para que a maioria governante fizesse aprovar, valer e cumprir quaisquer conteúdos por ela veiculados.

Com o advento dos pós-positivismos, a soberania do legislador, decorrente de uma maioria eventual (povo constituído), sucumbiu à supremacia da Constituição, originada de uma maioria historicamente qualificada (povo constituente). Com isso, além de respeitar as formalidades do processo legislativo, passou-se a atender aos cada vez mais

---

<sup>111</sup> WOOTTON, David. Liberty, metaphor, and mechanism: 'checks and balances' and the origins of modern constitutionalism. In: LIBERTY FUND INC. *Liberty and american experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund. Inc., 2006. Disponível em: <[http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1727&Itemid=27](http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1727&Itemid=27)>. Acesso em: 06 jan. 2009.

numerosos, extensos e específicos conteúdos constitucionais, impostos sobretudo pela comunidade internacional, assim chamados direitos fundamentais, que representaram um resgate existencialista-jusnaturalista dos direitos naturais (agora direitos humanos).

Sobre isso, Alexy, partindo da ideia-guia de que “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”<sup>112</sup>, lembra que:

A concepção formal de direitos fundamentais expressa um problema central dos direitos fundamentais em um Estado Democrático. Normas de direitos fundamentais que vinculam o Legislativo, como as da Constituição alemã, definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir. Da perspectiva desse legislador, essas normas representam proibições e deveres que restringem sua liberdade e são, além disso, normas negativas de competência, que limitam suas competências. Nesse sentido, há necessariamente uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Essa colisão não é alterada pela existência de uma série de direitos fundamentais (por exemplo: o direito de voto e liberdade de expressão) que são exigências da própria democracia; isso apenas demonstra que o princípio democrático deve ser dividido em diversos subprincípios que podem colidir entre si, o que, cabe aqui mencionar, é a base teórico-normativa do assim chamado paradoxo da democracia, que se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia. A necessária colisão entre princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não-reeleição – e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente. De forma precisa, Ely classificou a solução para esse problema de ‘tarefa traiçoeira’.<sup>113</sup>

E acrescenta o autor:

A concepção apresentada é uma concepção básica ampla e formal. A seu lado pode coexistir uma concepção básica ampla e substancial. Sob a Constituição alemã essa concepção ampla e substancial é determinada pelo conceito de dignidade humana. [...].<sup>114</sup>

Essa retomada do paradigma do direito natural, localizada historicamente com resposta aos totalitarismos do século XX, significou a superação do Estado de Direito pela necessidade de reconhecer na norma jurídica mais que uma dimensão de validade legal-formal, mas também uma dimensão de validade ético-política de legitimidade, fundada na dignidade da pessoa humana. Assim, contemplando-se a Constituição como pedra-angular que sustenta, informa e rege toda a sistemática de uma ordem normativa que deve se manter

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 2. ed. Coleção teoria & direito público. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 446.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 447.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 449.

una, harmoniosa e íntegra, estrutural e eticamente, passou-se de maneira inevitável a problematizar sua eficácia e importância. O advento do Estado Democrático de Direito representou, portanto, a adoção, adaptação e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Logo, nas palavras de Cambi:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos trunfos contra a maioria [eventual], não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado, quem deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. Por isso, a jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. [...].<sup>115</sup>

Sobretudo nas sociedades pós-modernas, em que o pluralismo, a heterogeneidade e a fragmentariedade são atributos fundamentais, o acolhimento puro e simples das deliberações majoritárias entra em crise, eis que não satisfaz, com eficácia, as exigências sociais e políticas dos grupos ou comunidades de que é composto o todo social. Vale dizer, a transformação das sociedades de massa para as sociedades civis, plurais e heterogêneas, requer a participação qualitativa dos atores sociais na tomada das decisões acerca da criação, manutenção e defesa dos novos direitos das minorias. Em outras palavras, a maioria não se deve arvorar, a partir de agora, como tutora dos interesses das minorias, cabendo ao Estado Democrático de Direito e à Constituição do pluralismo a obrigação ética e jurídica de viabilizar a participação democrática e a efetivação dos direitos das minorias.

Sinteticamente: da politização do Direito, decorrente da superação do Estado (impolítico) de Direito, passou-se à constitucionalização da política, de modo que não importa hoje discutir a legitimidade das leis (inclusive das políticas públicas), mas, neste contexto, também a sua justiça.

Assim, o caráter normativo da Constituição transforma-se no parâmetro ético da realização concreta da justiça, o que significa dizer que, sendo os textos constitucionais a interface entre o direito e a ética, a ambição humana de se fazer justiça tornou-se, *pari passu*, tangível, uma vez que valores realçados servem de moldura ao intérprete e ao aplicador do direito no ato de promover a justiça no plano concreto, no plano da fractal e plural realidade pós-moderna. Desse modo, o modelo de justiça adotado se faz pelo constante trabalho de interpretação, reinterpretação das constituições, extraindo-lhe o conteúdo axiológico, a fim de proporcionar um elevado teor do justo às relações jurídicas.

---

<sup>115</sup> CAMBI, op. cit., p. 205.

Este trabalho, porém, necessita de instrumentos, técnicas, padrões mais ou menos estabelecidos, sob pena de sair do hermetismo legal do legislador da democracia liberal para cair nos arbútrios de verdadeiros justiceiros que se valem da ductilidade<sup>116</sup> do direito e da tessitura aberta das normas<sup>117</sup>. Ora, pelo fato da própria autonomia relativa entre língua e sociedade e/ou cultura, o jurista não mais consegue afastar a criação e a interpretação do Direito de sua aplicação. De fato, hoje é inegável a importância do intérprete constitucional, porque não só incumbido de declarar o direito, mas também envolvido no processo de criação do *constructo* cultural que é o universo jurídico. O seu proceder, em razão disso, tem sido objeto de muitos e variados estudos, havendo aqueles que se colocam favoravelmente a uma postura mais ativa dos juízes no reconhecimento e efetivação dos direitos, inclusive por meio de sua intervenção em políticas públicas (*judicial review*), e os que depositam maior confiança no funcionamento do processo democrático.

No que se refere particularmente à implementação dos direitos das minorias, a questão da democracia é especialmente posta em debate na medida em que surge a ambiguidade e a dúvida em resolver a equação entre o axioma democrático por excelência (a vontade da maioria política legitimada) e a efetivação equitativa dos direitos das minorias. Em outras palavras, a questão passa pela colisão entre duas formas de igualdade: a formal, representada pelo respeito ao *due process of law*, em que a obediência a um procedimento prévio e imparcial instrumentaliza a obtenção de decisões legítimas, em suma, porque democráticas (legitimidade pelos meios); e a material, representada pela atenção dada a uma relação de equidade ou iniquidade, materialmente aferida, em que a constatação da real efetivação do direito legitima a decisão que a veiculou (legitimação pelos fins).

Sobre isso, aliás, Eduardo Appio, critica e questiona:

As teorias que buscam justificar a intervenção judicial assumem como seu principal objetivo discutir a legitimidade política, e não a justiça das decisões. [...]. Aceitar a legitimidade nos permite descartar a justiça ou, alternativamente, somente protegendo valores essenciais para a moralidade pública é possível aceitar o resultado das decisões tomadas por juízes não-eleitos pela população?<sup>118</sup>

Versando sobre o tema com base em estudos de precedentes estadunidenses, Appio destaca duas correntes de pensamento hermenêutico:

<sup>116</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El receho dúctil: ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (Trad.). 9. ed. Colección estructuras y procesos : serie derecho. Madri/Espanha: Trotta, 2009, passim.

<sup>117</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariiedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, passim.

<sup>118</sup> APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

Os procedimentalistas aceitam que, como regra geral, os juízes devem assegurar que as minorias tenham acesso efetivo à participação no jogo democrático. Os juízes exercem uma função de representação e reforço das estruturas da democracia e somente intervêm de forma ativa, para garantir o funcionamento dessas estruturas constitucionais. [...].

Já para os substancialistas o papel central dos juízes em uma democracia é proteger os valores constitucionalmente representados pelos direitos fundamentais, nem que para tanto tenham de interferir em questões tradicionalmente afetas aos ramos políticos do governo. O valor mais importante para os procedimentalistas é a democracia, enquanto para os substancialistas, são os direitos fundamentais.<sup>119</sup>

Portanto, ao passo que o “procedimentalismo apela para o instinto democrático dos cidadãos [democracia como regra da maioria], buscando demonstrar que os seres humanos são atavicamente propensos a excluir as minorias do processo democrático”, o substancialismo “mira nos resultados, sugerindo a reforma das instituições políticas e de suas decisões sempre que os resultados do processo democrático se mostrarem injustos”.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> APPIO, op. cit., p. 315-316, passim.

<sup>120</sup> Ibid., p. 316. Uma outra perspectiva sobre a questão se faz à luz do pluralismo. Gisele Cittadino, lembra que entre as várias acepções de pluralismo, liberais como Rawls e Dworkin, enfatizando os direitos fundamentais, ligam-na à multiplicidade de concepções individuais sobre o bem, ao passo que comunitários como Walzer e Taylor, comprometidos com a soberania, vinculam-na à diversidade de identidades sociais – tudo a interferir na análise do processo democrático. Quanto a isso, a autora destaca a posição intermediária de Habermas: “[...] A ideia fundamental de Habermas é que a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública não pode ser estabelecida caso os cidadãos não reconheçam a existência de um sistema de direitos quando pretendem legitimamente regular as suas relações através do direito positivo. Este sistema de direitos é, segundo ele, integrado por cinco categorias distintas: os direitos a iguais liberdades subjetivas; os direitos que resultam do status de membros de uma associação voluntária; os direitos a igual proteção; os direitos políticos de participação; e os direitos de bem-estar e segurança sociais que tornam possível a utilização dos demais direitos. De acordo com Habermas, ‘não há direito legítimo sem estes direitos’. Ao mesmo tempo – e contrariamente aos liberais – estes direitos não são direitos moralmente fundados promulgados por um legislador político enquanto direito positivo. O sistema de direitos, na verdade, transforma os indivíduos morais em ‘autores e sujeitos de direito’, em ‘pessoas legais’, que, nesta condição, participam do processo de produção legislativa democrática: ‘sem esta garantia de autonomia privada, o direito positivo não pode existir como um todo. Consequentemente, sem os clássicos direitos de liberdade que asseguram a autonomia privada das pessoas legais, não existem um médium para legalmente institucionalizar aquelas condições através das quais os cidadãos podem fazer uso de sua autonomia cívica’. É precisamente por estabelecer esta conexão interna entre direitos humanos e soberania popular que Habermas designa como um ‘curto-circuito’ a ideia comunitária de que em determinadas ocasiões – opressão de minorias culturais, por exemplo – é necessário restringir direitos individuais em favor de direitos coletivos. Segundo Habermas, uma vez estabelecida uma intrínseca relação entre direito e democracia, não há como supor que o sistema de direitos deixará de considerar seriamente as diferenças culturais existentes em comunidades específicas. De resto, como os sujeitos de direitos se individualizam através de um processo de socialização, ‘se levamos em conta a natureza intersubjetiva dos sujeitos de direito, então devem também existir direitos concernentes ao caráter de membros de uma cultura... dos quais podem resultar importantes subvenções, atenção pública, garantias, etc.’. (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 174-175). Lorentz, ademais, tece considerações sobre Habermas: “Este autor acredita não haver como optar-se pela concepção individual do liberalismo ou pela concepção de identidades sociais dos comunitaristas. Na verdade, ele defende que a autodeterminação moral e a auto-realização ética não podem ter prevalência uma sobre a outra, mas devem possuir relação de co-originalidade. A escolha será produto de aplicação de regras procedimentais da ética discursiva (e do agir dialógico), o debate público é que realizará a escolha, tendo por base uma moral imparcial e pressupostos procedimentais de possibilidade de

Ora, parece que já nos deparamos com situação semelhante ao tratarmos da democracia: uns alegavam que não seria possível participação democrática sem consciência política e direitos sociais mínimos; outros, que estes aspectos eram na verdade os fins do processo democrático e não seus pressupostos. O destaque é que aqui também as respostas se mostram convergentes, posto que se as minorias estão propensas à exclusão do processo democrático (procedimentalismo) é porque este processo democrático muitas vezes não produz decisões políticas justas para estas minorias (substancialismo), afastando-as do processo democrático e, novamente, de decisões políticas mais justas. A injustiça do processo induz à injustiça dos resultados, os quais refletem novamente no processo, em função inclusive da própria caracterização do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico<sup>121</sup>.

Assim, o exercício do papel contramajoritário do judiciário, salvaguardando direitos fundamentais e o próprio direito à diferença das minorias, não se põe de maneira antidemocrática, posto que a democracia, compreendida para além de mero método de governo, exige que não se suporte nem os opulentos e nem os mendigos, ou seja, requer a real efetivação dos direitos fundamentais, estes sim pressupostos da dignidade da pessoa humana e, portanto, do exercício pleno da cidadania. Dessa forma, se a democracia como método (processo formal) tende a abarcar qualquer ideologia (conteúdo), desde que respeite o cerne da estrutura política sobre a qual se eleva (as próprias regras do jogo), a democracia, enquanto único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (processo substancial), não admite outra finalidade que não a realização desses direitos.

Acrescente-se que, hoje, tanto a democracia pode ser observada enquanto democracia política e democracia social, como a justiça vista segundo critérios formais de igualdade de tratamento e substanciais de materialização de direitos. E tal como a democracia é considerada uma forma justa de deliberar politicamente, a justiça tende a surgir como resultado efetivo do ordenamento jurídico democraticamente legitimado.

A percepção do diálogo estabelecido entre democracia política e justiça social, contudo, não confere por si a solução para situações que coloquem tanto o princípio democrático como o princípio de justiça frente a frente. Isso porque, ao final, o que se discute não é simplesmente a relação necessária entre justiça social e democracia política, mas a

---

ampla participação na escolha e confecção da norma por aqueles que, ao final, serão seus destinatários. (LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006, p. 185)

<sup>121</sup> TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, passim.

relação estabelecida entre a legitimidade da justiça social obtida por meio da atividade jurisdicional e a efetividade da democracia como meio de obtenção de justiça social através da atividade política. Ou seja, versa-se sobre a legitimidade de soluções não obtidas necessariamente por meio da democracia e a efetividade das soluções obtidas democraticamente. É sobre este núcleo essencial que paira o direito das minorias.

Destaque-se, a princípio, que a inclusão social pode ser feita pela garantia de direitos mínimos (*e.g.* saúde, educação, alimentação etc.) a toda população, sem distinções, ou por medidas de discriminação positiva de minorias, no intuito de compensar e de reverter desvantagens criadas ou agravadas pela sociedade. Ou seja, existe um tratamento legal favorecido em função de uma situação social de desigualdade, de um estigma construído pela sociedade na qual o indivíduo desviante está inserido.

Como já referido, a discriminação positiva, em oposição à discriminação (negativa), é apenas uma parte do rol de medidas englobadas pela noção de ações afirmativas, que pode abarcar desde simples manifestações de autoafirmação (*e.g.* parada do orgulho gay), até mesmo a ações de desobediência civil (*e.g.* deixar de fazer algo determinado em lei por motivo de crença, culto ou religião). A discriminação positiva por parte do ente estatal, em regra, se faz por meio de políticas públicas específicas, cotas, benefícios fiscais etc.

Contudo, como observou Lyndon Johnson, uma atitude é abrir as portas da sociedade para as pessoas de maneira universal (igual consideração e respeito – *e.g.* igualdade de tratamento sem distinção de qualquer natureza etnia, cor de pele, gênero, sexualidade, adaptação de ambientes e métodos etc.); outra é utilizar mecanismos que favoreçam a transposição dessas portas para certos grupos (igualdade de oportunidades – como as reserva de vagas e cotas no mercado de trabalho, em universidades etc.).

O problema é que, se existe um favorecimento em prol de determinado grupo social, põe-se em questão a justiça desta distinção. E como já visto, na busca por justiça, a criação-interpretação-aplicação do Direito, enquanto processo construtivo, não dispensa a relação imediata com o caso concreto.

Assim sendo, quaisquer políticas de inclusão, inclusive aquelas por meio de discriminação positiva, não devem ser adotadas pura e simplesmente sem adaptação à realidade de cada sociedade, com suas nuances e particularidades. Portanto, não basta que uma lei, por mais democraticamente gerada que seja, estipule um dado dever ser. Se as condições sociais fugiram de tal modo a impedir que tal lei tenha efeitos concretos, esta lei

não só não efetivará direitos como pode fazer pior: impactar negativamente sobre a sociedade, causando inclusive injustiças. Daí reconhecer que a legitimidade democrática é apenas um dos fatores a serem considerados na solução de conflitos que envolvam o direito das minorias.

Neste aspecto, um dos trunfos de Appio é que ele retoma a justiça das decisões judiciais como fundamento de legitimidade, fugindo, pois, ao mero questionamento da legitimidade democrática dos juízes como membros do judiciário, em face da representação democrática dos membros do executivo e legislativo. Contudo, nesse passo é importante acrescentar que a justiça não se coloca como único fundamento de legitimidade das decisões judiciais (nem do processo político, diga-se), sendo igualmente importante a legitimação pelo processo judicial, o qual deve se espelhar cada vez mais no paradigma democrático – dos quais são exemplos o *amicus curiae*, a justiça restaurativa, os métodos consensuais de solução de conflitos, os meios alternativos de acesso à justiça etc.

Sob este prisma é que se percebe que o berço teórico das atuais discriminações positivas está no seio do ativismo judicial estadunidense, não só por uma questão de justiça, mas em razão de um procedimento lógico-argumentativo rigoroso que aprofunda sobremaneira as razões do direito e, com isso, seus razões de decidir (*ratio decidendi*). Assim, a autoridade da atividade jurisdicional não se resume à legitimidade dos membros do judiciário, nem mesmo à mera aferição da justiça produzida em suas decisões ou pelas políticas públicas implantadas, mas se expande principalmente para a autoridade (entenda-se respeitabilidade) das razões de decidir que embasam a decisão judicial (ou a política pública).

Segundo escreve Marinoni, ao dispor sobre os precedentes obrigatórios, o direito ao processo justo é observado com a satisfação dos direitos fundamentais de natureza processual (contraditório, afetividade etc.); mas isso, embora necessário, não é suficiente para o direito à decisão racional e justa, pois prescinde-se da legitimação pelo conteúdo da decisão, que dá legitimidade à própria jurisdição e cuja racionalidade – destaque-se – está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu<sup>122</sup>.

A decisão judicial, assim, não pode ser considerada antidemocrática porque contramajoritária, porém pode se por como autoritária e, portanto, antidemocrática, quando não se vale de razões que se mostrem minimamente respeitáveis em sociedade – quer por razões de argumentação jurídica, quer por razões de ética política. Não que a decisão judicial

---

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145-146.

deva ser uma decisão política, mas a jurisdição deve ser politizada, ou seja, concebida dentro de um *status* político constitucional (como é elementar na própria noção de Estado Democrático de Direito<sup>123</sup>), devendo ser coisa pública posta à prova da sociedade.

Inúmeras técnicas, teses e teorias foram e vêm sendo elaboradas para organizar, sistematizar e, assim, melhor obter a solução destes casos difíceis, porém, há de se reconhecer que, enquanto instrumento, nenhuma delas é absoluta. Nada obstante, no âmbito nacional, não só acerca das ações afirmativas ou das minorias, merece destaque as lições de Bandeira de Mello sobre o princípio da igualdade:

[...] por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.<sup>124</sup>

Disso, também pondera o autor:

Se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir ‘correlação lógica’ entre o fator de *discrímén* tomado em conta e o regramento que 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 *discrímén* identificável, a norma ou a conduta seriam incompatíveis com o princípio da igualdade”.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Como destaca Canotilho: “Se o estado de direito se revelou como uma ‘linha Maginot’ entre ‘Estados que têm uma constituição’ e ‘Estados que não têm uma constituição’, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa se limitar a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’.[...]. O Estado constitucional é ‘mais’ do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 93-94 e 96).

<sup>124</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

<sup>125</sup> Id., *Princípio da Isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 79-83, 1993, p. 81-82.

Ora, como foi dito acerca da justiça, é humanamente impossível ponderar sobre todos os critérios de *discrímen* existentes em dada relação de igualdade. Daí que o reconhecimento de que a composição de diversos critérios de *discrímen*, embora não seja por si sinônimo de justiça, claramente constitui um avanço a uma justiça humanamente possível.

E mesmo que a ponderação e utilização das diversas técnicas de interpretação e argumentação não permitam oferecer uma decisão absolutamente certa, justa e inquestionável sobre qualquer questão, sem dúvida o progresso da ciência jurídica aponta para discursos, técnicas e instrumentos cada vez mais capazes e adequados a legitimar decisões políticas e judiciais, bem como a produzir resultados mais justos, na medida em que fundamentados numa razão comunicativa e sujeitos à apreciação/participação cada vez mais democrática, tanto em seu interim procedimental (legitimidade-validade), quando na aferição de seus resultados sociais práticos (efetividade-legitimidade).

É sobre este patrimônio histórico, filosófico, político, jurídico e social que as minorias têm depositado suas esperanças de dignidade e plena cidadania, tendo pleiteado e pouco a pouco obtido não só o reconhecimento de direitos como sua tutela, proteção e fomento estatal – ponto no qual cada minoria merece uma análise particularizada. É que, embora estejam unidas pela diferença em relação ao cidadão ideal da modernidade, os critérios de *discrímen* variam e, assim, também o fundamento da relação de (des)igualdade a ser julgado. Desta forma, para prosseguir o estudo, a partir daqui há que se ter em foco as pessoas com deficiência enquanto minoria e suas lutas e conquistas rumo à plena cidadania.

### 1.5 Direitos da pessoa com deficiência e responsabilidade estatal.

Como se pode perceber, as minorias constituem fragmentos da sociedade, que se reúnem em torno de estigmas sociais gerados em função de normas sociais que acabam, muitas vezes, por negar o direito à diferença, ou seja, o direito de ser como de fato se é: diferente. A identificação entre os membros desses grupos populacionais opera-se por meio do critério de discriminação que as sociedades lhes impõem, de modo que a razão do descrédito social generalizado repousa em uma ideia, uma característica em abstrato: a diferença. Com isso, embora a diferença não seja representável, são as normas sociais, enquanto *constructo* cultural, que vão progressivamente classificando e fragmentando a sociedade, em estreita relação com os valores nelas imiscuídos. Nesse processo, que muitas vezes se opera por um método de exclusão (definição negativa), como o enfoque é dado a

tudo o que é tido por valioso e bom, ao resto cabe nada mais do que o vasto universo daquilo que está fora da norma, do que é anormal, estranho, diferente, do que está à margem do que é de interesse e que, portanto, pertence a um outro mundo, alienígena, desconhecido, imprevisível e, por isso, até mesmo perigoso. É nesse vácuo que muitas vezes instaura-se ou é incutido nas sociedades um conhecimento pressuposto e generalizado (preconceito), o qual, consolidado negativamente em torno de estereótipos, acaba aprofundando a exclusão.

Como já observado, o estigma evidencia-se concretamente pelo rompimento de expectativas sociais diante da diferença. Nesse sentido, vale ressaltar que o estigma da deficiência, uma vez relacionado à deficiência, não é *necessariamente* herdado ou vinculado a um específico grupo social, étnico, cultural, econômico etc., podendo surgir como condição inerente à existência de qualquer pessoa, de qualquer classe social e em qualquer fase da vida. Sob esta perspectiva, embora uma pessoa com deficiência não se possa dizer *historicamente* excluída, não se pode olvidar que é pelo processo histórico que se permite a consolidação de estereótipos e o adensamento das relações de exclusão, suscitando a formação de grupos de estigmatizados os quais, uma vez reunidos em torno de uma identidade, caracterizam minorias. Isso não significa que as normas sociais se vinculam unicamente às práticas sociais históricas<sup>126</sup> ou o argumento histórico seja sempre válido a identificar minorias ou justificar ações contramajoritárias em seu proveito<sup>127</sup>, todavia é inegável que a história possui um papel

<sup>126</sup> De fato, é de se reconhecer que alguns dos estigmas existentes nas mais variadas sociedades surgiram e se mantiveram não em razão de processos históricos, mas por força de práticas políticas e econômicas deliberadas de governos e grupos econômicos. Quanto a isso, observa Brandão: “A história dos povos repete seguidamente lição nunca aprendida de que os grupos humanos não hostilizam e não dominam o ‘outro povo’ porque ele é diferente. Na verdade, tornam-no diferente para fazê-lo inimigo. Para vencê-lo e subjugar-lo em nome da razão de ele ser perversamente diferente e precisar ser tornado igual; ‘civilizado’. [...]” (BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Identidade e etnia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986, p. 7 apud ALVES, op. cit., p. 30).

<sup>127</sup> Em verdade, dificilmente o argumento histórico pode ser utilizado sob o viés compensatório no intuito de fundamentar ações afirmativas. Como coloca Dworkin “[...] é um grande erro tentar defender a ação afirmativa como uma compensação para injustiças do passado. Não encaixa: quem se beneficia não é quem sofreu no passado. E creio ser um equívoco supor que uma parte da população – em vez de indivíduos – possa ser detentora de direitos, como o direito à compensação. Porém, é claro que a igualdade está presente no meu argumento prospectivo para a ação afirmativa. [...]” (DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. *Revista novos estudos – CEBRAP* (online), n. 77, mar. 2007, p. 233-240. São Paulo: [s.n.], p. 239. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100012>>. Acesso em: 30 ago. 2012). No entanto, isso não obsta o emprego do argumento histórico enquanto próprio substrato material em que se operam as relações sociais, justificando a necessidade de medidas em prol da igualdade, como ficou claro no voto do Relator da ADPF nº 186, Min. Ricardo Lewandowski: Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo **improcedente** esta ADPF” (negrito no original, sublinhado nosso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Requerente: Democratas – DEM. Requerido: Conselho de ensino, pesquisa e extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Centro de seleção e de promoção de eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB. Relator: Min. Ricardo

fundamental na percepção da pessoa com deficiência enquanto minoria e de como o Estado vem progressivamente reconhecendo e tutelando seus direitos.

Ainda que não se tenha muitas evidências do tratamento dado às pessoas que apresentavam alguma deficiência nos primeiros agrupamentos humanos, a condição nômade e o ambiente hostil permitem supor-lhes uma morte ainda mais prematura do que os demais membros – ainda que não provocada por eles<sup>128</sup>. À semelhança de uns e outros agrupamentos primitivos da atualidade, pode se crer que a deficiência natal fosse associada a bons ou maus espíritos, acarretando atitudes de acolhimento, até com a atribuição de funções meritórias no grupo, de abandono à própria sorte ou de extermínio, podendo o mesmo tratamento ter sido dirigido aos mais idosos, doentes ou feridos<sup>129</sup> – havendo as mais diversas justificativas para uma ou outra atitude, de medo a piedade, de questões práticas a crendices.

Com o arado, a agricultura e a sedentarização permitindo o surgimento das primeiras sociedades e o desenvolvimento da medicina, a sobrevivência da pessoa com deficiência certamente passou a ser mais provável e a sua presença mais perceptível em sociedade<sup>130</sup>. Nesse passo, Gugel lembra que evidências arqueológicas indicam que há mais de cinco mil anos, no Egito Antigo, onde a medicina se desenvolveu bastante, pessoas com deficiência integravam as diferentes e hierarquizadas classes sociais (faraós, nobres, altos funcionários, artesãos, agricultores e escravos), havendo inclusive papiros destacando a necessidade de respeitar as pessoas com nanismo e com outras deficiências<sup>131</sup>.

Otto Marques, porém, acrescenta que no Egito Antigo por muitos séculos a mutilação de mãos, genitais, nariz, língua e orelhas era a pena por crimes de furto, adultério, espionagem entre outros. Da mesma forma, na Mesopotâmia, o rei Hamurabi, em seu código, previa a mutilação como forma de punição – indo, pois, além da mera lei de Talião –, cultura esta que permanece até hoje em lugares como o Afeganistão<sup>132</sup>. Tais elementos históricos também influenciaram os hebreus antigos, segundo se observa nos livros do antigo testamento

---

Lewandowski. 26 abr. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 30 ago. 2012. Voto do relator disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>128</sup> SILVA, Otto Marques da. *A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*. São Paulo: CEDAS – Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1987. Disponível em: <<http://www.visionvox.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2012, passim.

<sup>129</sup> Ibid., op. cit., passim.

<sup>130</sup> Ibid., op. cit., passim.

<sup>131</sup> A propósito, veja: GUGEL, Maria Aparecida. *História da pessoa com deficiência*. [S.l]: Phyllos.net., 01 mar. 2011. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/pd-historia/>>. Acesso em: 11 jun.2012.

<sup>132</sup> Ibid., passim. Ver também: SILVA, O., op. cit., passim.

da Bíblia Cristã, ou da Torah, onde, embora haja exigência de certo respeito às pessoas com deficiência, sua exclusão social parece revestir-se de dever moral e religioso<sup>133</sup>.

Como indica Otto Marques<sup>134</sup>, a mitologia grega é cheia de histórias de certa forma relacionadas à deficiência enquanto expressão da divindade, destacando-se o caso de Hefesto, deus da metalurgia, que apresentava uma das pernas atrofiadas. Vale dizer que os espartanos tinham por costume eliminar crianças nascidas com deficiência – o que é sugerido aos atenienses por Platão<sup>135</sup>, por meio do abandono, e por Aristóteles<sup>136</sup>, através da inanição. Tudo isso, aliado às frequentes guerras e ao grande desenvolvimento da medicina grega, leva a crer que a maior parte das deficiências surgiam no decorrer da vida dos gregos, havendo, segundo Otto, até uma lei de Sólon que determinava que os soldados feridos gravemente e os mutilados em combate seriam alimentados pelo Estado<sup>137</sup>.

Em Roma, a Lei das Doze Tábuas (Tábua IV, Lei III) determinava que o pai matasse o filho recém-nascido monstruoso e contrário à forma do gênero humano – conforme Sêneca, por afogamento. Porém, a prática mais comum teria sido o abandono dessas crianças em cestos às margens do Rio Tibre, os quais, sobrevivendo, muitas vezes eram explorados como pedintes, em espetáculos, feiras, circos, dentre outras atividades aviltantes. Tal como os demais povos, as amputações também teriam sido utilizadas como forma de punição, no caso,

---

<sup>133</sup> Sobre a influência da Lei de Talião e a cultura da mutilação veja-se: “Mas se houver morte, então darás vida por vida./Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé./ Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe./ E quando alguém ferir o olho do seu servo, ou o olho da sua serva, e o danificar, o deixará ir livre pelo seu olho./ E se tirar o dente do seu servo, ou o dente da sua serva, o deixará ir livre pelo seu dente. (Êxodo 21:23-27)”. Sobre o tratamento das pessoas com deficiência, vide: “Falou mais o SENHOR a Moisés, dizendo:/ Fala a Arão, dizendo: Ninguém da tua descendência, nas suas gerações, em que houver algum defeito, se chegará a oferecer o pão do seu Deus./ Pois nenhum homem em quem houver alguma deformidade se chegará; como homem cego, ou coxo, ou de nariz chato, ou de membros demasiadamente compridos./ Ou homem que tiver quebrado o pé, ou a mão quebrada./ Ou corcunda, ou anão, ou que tiver defeito no olho, ou sarna, ou impigem, ou que tiver testículo mutilado./ Nenhum homem da descendência de Arão, o sacerdote, em quem houver alguma deformidade, se chegará para oferecer as ofertas queimadas do SENHOR; defeito nele há; não se chegará para oferecer o pão do seu Deus./ Ele comerá do pão do seu Deus, tanto do santíssimo como do santo./ Porém até ao véu não entrará, nem se chegará ao altar, porquanto defeito há nele, para que não profane os meus santuários; porque eu sou o SENHOR que os santifico./ E Moisés falou isto a Arão e a seus filhos, e a todos os filhos de Israel.” (Levítico 21:16-24). Determinava-se, porém, certo respeito: “Maldito aquele que fizer que o cego erre de caminho. E todo o povo dirá: Amém.” (Deuteronômio 27:18). “Não amaldiçoarás ao surdo, nem porás tropeço diante do cego; mas temerás o teu Deus. Eu sou o SENHOR.” (Levítico 19:14). (BIBLIA. Bíblia on line. Disponível em: <<http://www.biblionline.com.br>>. Acesso em 30 ago. 2012) Ver também, SILVA, O. op. cit., p. 54, passim.

<sup>134</sup> SILVA, O., op. cit., p. 64.

<sup>135</sup> Veja-se: “460 a-e – [...]; – [...]; os [filhos] dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém.” (PLATÃO. *A república*. Pietro Nassetti (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 155)

<sup>136</sup> Eis o conteúdo do Livro IV, Capítulo XIV: “§10. Com respeito a conhecer quais os filhos que devem ser abandonados ou educados, precisa existir uma lei que proíba nutrir toda criança disforme. [...]” (ARISTÓTELES. *Política*. Torrieri Guimarães (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 150).

<sup>137</sup> SILVA, O., op. cit., passim.

de soldados romanos, havendo-se constatado, a certa altura, a automutilação por jovens, no intuito de serem dispensados do serviço militar romano. A medicina grega foi desenvolvida e utilizada amplamente nas guerras e cidades de Roma<sup>138</sup>.

O cristianismo pregador da caridade e do amor, baseado principalmente nos escritos do novo testamento e, por isso, muito vinculado aos milagres que incidiram sobre pobres, idosos, enfermos, pessoas com deficiência, entre outros desvalidos e marginalizados (diverso, pois, da posição do antigo testamento), trouxe uma nova perspectiva ao Império Romano, sendo notório o surgimento de instituições religiosas de assistência, saúde e caridade<sup>139</sup>. Com o advento da Idade Média, contudo, as crenças em feitiços, bruxarias, maus espíritos, maldições, aliadas a novos mitos e reurbanizações descontroladas, permitiram o avanço de males da saúde, bem como o ressurgimento da ideia de que um corpo deformado abrigava um espírito malévolo – associação antes desfeita pelo evangelho.

A miséria e a mendicância, muitas vezes usando de falsas deficiências, era explorada dentro de organizações criadas com este fim, tornando-se um grande problema que transpassou a Idade Média e chegou à Idade Moderna, onde, em que pesem as ações da Igreja, a miséria era reinante, reclamando a ação dos governos<sup>140</sup>. As Leis dos Pobres inglesas, incluída a de 1601 – tida por precursora da assistência social estatal –, foram certamente as primeiras tentativas de lidar com a miséria e o desemprego à luz da ética do trabalho, havendo a divisão entre os que poderiam trabalhar, mas não conseguiam emprego; os que podiam trabalhar, mas não queriam; e os que era velhos, doentes ou jovens demais para trabalhar<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> SILVA, O., op. cit., passim.

<sup>139</sup> Otto Marques destaca que: “Para melhor compreendermos a prioridade que a Igreja Cristã deu às atividades que garantiram a assistência a pessoas pobres e marginalizadas nos seus primeiros séculos de existência, é necessário lembrar que ela colocava a hospitalidade como a virtude mais importante dos bispos. Ao tentar convencê-los da necessidade de uma atuação prática, o concílio da Calcedônia (em 451) adotou a diretriz com ênfase e em seu cânone oitavo deu aos bispos a responsabilidade de organizar e prestar assistência aos pobres e aos enfermos. Os primeiros indícios de regulamentação dessa assistência surgiram em alguns concílios da Igreja Gaulesa. O primeiro desses concílios (Orléans, 511) contou com a autoridade interessada de Childebert, filho de Clóvis e Clotilde. O cânone décimo sexto dizia: ‘O bispo proverá alimentos e roupas, dentro da possibilidade de suas posses, para o pobre e para o enfermo que devido a seus males estejam impossibilitados de trabalhar por sua conta’.” (Ibid., p. 114-115.)

<sup>140</sup> GUGEL. *História...*, op. cit., passim. Escreve Otto: “Fato que não pode ser desmentido é que, apesar da baixa qualidade dos serviços, nos últimos decênios da Idade Média a Europa estava praticamente coberta por uma verdadeira rede - desarticulada, é verdade - de hospitais, casas de abrigo a doentes, enfermarias em conventos e mosteiros e também de casas montadas para abrigar pessoas necessitadas de tudo para poder sobreviver. Corresponde a uma verdade histórica e não há exagero algum em assinalar o desenvolvimento dos hospitais e a gradativa humanização das atenções para com os doentes ou pessoas deficientes, como um dos marcantes feitos do final da Idade Média” (SILVA, O., op. cit., p. 159).

<sup>141</sup> BLOY, Marjie. The 1601 Elizabethan Poor Law. *Victorian web*, 12 nov. 2002 [S.l.:s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.victorianweb.org/history/poorlaw/elizpl.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Ver também WIKIPEDIA. *English poor laws*, 30 ago. 2012. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/English\\_Poor\\_Laws](http://en.wikipedia.org/wiki/English_Poor_Laws)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

Ao mesmo tempo, desde o Renascimento, estudiosos, como Gerolamo Cardomo, Pedro Ponce de Leon, John Bulwer, Juan Pablo Bonet, Ambroise Paré, Stephen Farfler Philippe Pinel, Louis Braille, entre outros, deram desenvolvimento às ciências com natural progresso dos conhecimentos e de novas tecnologias e possibilidades para as pessoas com deficiência, sendo que, com o Iluminismo, surgiram instituições cada vez mais especializadas no estudo e tratamento das deficiências<sup>142</sup>. Como se pode perceber das palavras de Gugel, não tardou para que o potencial dessas pessoas, muitas delas jovens soldados, fosse explorado para além dos hospitais, institutos e demais casas de correção:

Napoleão Bonaparte determinava expressamente a seus generais que reabilitassem os soldados feridos e mutilados para continuarem a servir o exército em outros ofícios como o trabalho em selaria, manutenção dos equipamentos de guerra, armazenamento dos alimentos e limpeza dos animais. Nasce com ele a ideia de que os ex-soldados eram ainda uteis e poderiam ser reabilitados.

Essa ideia de reabilitação foi compreendida em 1884 pelo Chanceler alemão Otto von Bismark, que constitui a lei de obrigação à reabilitação e readaptação no trabalho.<sup>143</sup>

Na virada do século XX, seguindo a tendência de internacionalização, Otto destaca a realização, em 1904, da Primeira Conferência sobre Crianças Inválidas em Londres e do Primeiro Congresso Mundial dos Surdos, nos Estados Unidos, sendo que em 1909 a Alemanha teria realizado o primeiro censo demográfico de pessoas com deficiência. O autor ainda destaca que, em 1907, a Igreja Metodista teria formado os primeiros grupos de trabalho protegido, mediante acordo com a *Goodwill Industries* de Boston/EUA. Antes disso, porém, em 1902, vale dizer que o *New York Times* já noticiava a construção do *Widener Memorial*

---

<sup>142</sup> SILVA, O., op. cit., p. 155. Como um dos exemplos mais remotos, Otto menciona a fundação, já em 1260, do primeiro hospital para cegos, por Luiz IX da França, denominado Hospice des Quinze-Vingts (15x20=300) em referência aos número de cavaleiros cujos olhos teriam sido vazados em dado evento da 7ª Cruzada. Maciel, ademais, acrescenta: “durante os séculos XVII, XVIII e XIX, houve significativo progresso no atendimento às pessoas com deficiência. Havia assistência em ortopedia para os mutilados das guerras e para as pessoas surdas e cegas”. (MACIEL, Álvaro dos Santos. *A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: uma análise sob um enfoque, histórico, filosófico e sociológico*. São Paulo: LTr, 2011, p. 27). Acrescenta Gugel que “No Brasil, por insistência do Imperador Dom Pedro II (1840-1889), seguia-se o movimento europeu e era criado o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (atualmente Instituto Benjamin Constant), por meio do Decreto Imperial nº 1.428, de 12 de Setembro de 1854. Três anos depois, em 26 de setembro de 1857, o Imperador, apoiando iniciativas do Professor francês Hernest Huet, funda o Imperial Instituto de Surdos Mudos (atualmente Instituto Nacional de Educação de Surdos - INES) que passou a atender pessoas surdas de todo o país, a maioria abandonada pelas famílias” (GUGEL, *História...*, op. cit., passim.).

<sup>143</sup> GUGEL, *História...*, op. cit., passim.

*Training School for Crippled Children*, na Philadelphia/EUA, tendo por finalidade inclusive a assistência para que os internos pudessem vir a prover seu próprio sustento<sup>144</sup>.

Com a Primeira Guerra Mundial e o retorno de cada vez mais jovens soldados feridos dos campos de batalha, os governos foram adotando políticas de reabilitação, as quais, embora inicialmente destinadas a soldados<sup>145</sup>, foram progressivamente estendidas a toda a população, à medida em que as próprias medidas políticas de educação, saúde, previdência e assistência sociais iam se desenvolvendo no alvorecer do Estado Social de Direito. Todavia, foi com a Segunda Guerra Mundial, inflamada por argumentos de eugenia que levaram inclusive à perseguição das pessoas com deficiência, que definitivamente as misérias da guerra e seus efeitos permanentes se fizeram sentir sobre grande parte da humanidade, dando origem aos mais variados organismos internacionais, muitos deles também destinados à garantia e promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10.12.1945, pela Organização das Nações Unidas, previu:

Art. 25; 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, deficiência, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (grifo nosso).<sup>146</sup>

Contudo, como observa Flavia Piovesan<sup>147</sup>, num enfoque legalista, a Declaração de Direitos da ONU não tinha por si força jurídica obrigatória e vinculante. O processo de judicialização somente se completou em 1966 com a elaboração de dois tratados internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos

<sup>144</sup> SILVA, O., op. cit., p. 213-214. Observe-se ainda: THE NEW YORK TIMES. *Crippled children's home*, 6 fev. 1902. Philadelphia: NYT, 1902. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F40817FA3E5412738DDDAE0894DA405B828CF1D3>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>145</sup> SILVA, O., op. cit., p. 217, passim. A propósito, Lucia Helena Reily apresenta uma intersecção entre a representação artística da deficiência e os soldados mutilados na história da arte tendo em foco principalmente fins do século XIX e o início do século XX: REILY, Lucia Helena. Soldados mutilados na historia da arte: reflexões sobre a representação da deficiência à luz da psicologia social. In: II Colóquio de Psicologia da Arte: A correspondência das artes e a unidades dos sentidos, 2007, v. 1, p. 1-14 – Anais online, São Paulo: Instituto de Psicologia da USP: Laboratório de estudos em psicologia da arte – LAPA, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ip.usp.br/laboratorios/lapa/versaoportugues/2c65a.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>146</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Universal...*, op. cit. loc. cit., tradução nossa. No original: “Article 25. (1) Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, **disability**, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.” (grifo nosso).

<sup>147</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, passim.

Econômicos, Sociais e Culturais. Os dois diplomas, junto com a Carta Geral das Nações Unidas, formam a base para o exame do regime normativo global de proteção internacional dos direitos humanos, que se denomina Carta Internacional dos Direitos Humanos. Com este sistema geral de proteção dos direitos humanos, em atenção ao pluralismo, surge um sistema especial de proteção de direitos humanos, consubstanciado em uma série de instrumentos internacionais voltado ao indivíduo em sua realidade concreta, ou seja, em sua diferença.

É neste contexto que a ONU, em 20.12.1971, proclamou a Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas<sup>148</sup>, em 09.12.1975, proclamou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes<sup>149</sup> e declarou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes<sup>150</sup>. A ONU, em 03.12.1983, proclama o período de 1983 a 1992 como a Década das Nações Unidas para as Pessoas Deficientes, para promoção de seu Programa Mundial de Ação sobre Pessoas Deficientes, sendo que, em 1992, estabeleceu o dia 3 de dezembro como o Dia Internacional das Pessoas Deficiente<sup>151</sup>.

Em 20.12.1993, a Assembleia Geral adota as Normas Gerais sobre Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência<sup>152</sup>, marcando não só uma mudança de terminologia como também de paradigmas, a se consolidarem com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada a 13.12.2006<sup>153</sup>, e contando com o maior número de signatários no primeiro dia de aprovação da história das Nações Unidas<sup>154</sup>.

Tal Convenção é de destaque, já que foi a primeira aprovada (Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008) consoante o rito do §3º do art. 5º da Constituição da República de 1988 (CR/88), passando a ter status material e análogo-formal de emenda constitucional<sup>155</sup> no Brasil, com a promulgação<sup>156</sup> do Decreto nº 6.949, de 25.08.2009<sup>157</sup>.

<sup>148</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaration on the rights of mentally retarded persons* – Res. 2856 (XXVI). Genebra/Suíça: ONU, 20 dez. 1971. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/res2856.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>149</sup> Id., *Declaration on the rights of disabled persons* – Res. 3447 (XXX). Genebra/Suíça: ONU, 9 dez. 1975. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/res3447.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>150</sup> Id., *History of disability and the United Nations*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=121>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>151</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>152</sup> Id., *Standard rules on the equalization of opportunities for persons with disabilities* – Res. A/RES/48/96. Genebra/Suíça: ONU, 20 dez. 1993. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r096.htm>>. Acesso em 30 ago. 2012.

<sup>153</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Convention on the rights of persons with disabilities* – A/RES/61/106, 24 jan. 2007. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=61>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>154</sup> Id. *Enable: Convention on the rights of persons with disabilities*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=150>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>155</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 52.

Sobre sua força normativa, Ribeiro anota:

O Protocolo Facultativo, de que o Brasil é signatário, também é um tratado internacional e complementa a Convenção, criando a possibilidade que indivíduos ou grupos apresentem denúncias de violações de direitos ao órgão de vigilância da Convenção (Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência). Não está vinculado à assinatura da Convenção e já entrou em vigor por ter sido ratificado por mais de 10 países.

Prevê forma própria de denúncia, de comunicação e busca do envolvimento do Estado Parte denunciado na solução da controvérsia comunicada. Não aceita comunicação referente a Estado Parte da Convenção que não seja seu signatário.<sup>158</sup>

De fato, conforme se pode observar, as sociedades, em todas as culturas, atravessaram diversas fases de práticas sociais, inicialmente excluindo ou mesmo exterminando aqueles que se afastavam do que era considerado normal (paradigma da exclusão); depois, dando tratamento segregado a essas pessoas, permitindo que vivessem à margem da sociedade, muitas vezes internadas em instituições próprias, fossem circos, hospitais ou asilos (paradigma da segregação); após, começou-se a entender que essas pessoas mereciam ser normalizadas, para que pudessem um dia ser (re)integradas à sociedade (paradigma da integração); e, por fim, percebeu-se que a diferença é inerente à condição humana e que a imposição de um padrão de normalidade fere um dos direitos mais básicos, o direito de ser como se é, o direito de ser diferente e de ser respeitado nessa diferença, motivo pelo qual não só toda pessoa vive em (auto)superação mas também a sociedade deve permitir a participação de todos, tornando-se uma sociedade de todos e para todos (paradigma da inclusão).<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Araujo e Neme anotam que, por analogia ao processo legislativo de emenda à Constituição, dispensável seria a edição do decreto de promulgação pelo Executivo “[...]. Como o rito veio integralmente definido no texto constitucional, com o §3º, do art. 5º, não havia qualquer outra providência, além do Decreto Legislativo. Claro que deveria haver a precedência de votação em dois turnos, por aprovação dos três quintos. Mas, terminada tal votação, o Decreto Legislativo já estaria apto, diferentemente de outros tratados, a produzir os seus efeitos. Sendo assim, a partir de julho de 2008, tivemos a nossa primeira Convenção Internacional aprovada na forma do §3º, do artigo 5º. Não haveria necessidade do decreto de promulgação, pois, como determinado pelo parágrafo novo, bastariam as duas votações do Congresso Nacional. Por analogia, como não há promulgação do Executivo na Emenda Constitucional, poder-se-ia dispensá-la no presente caso”. (ARAUJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. *Proteção das pessoas com deficiência*. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 732-733).

<sup>157</sup> BRASIL. *Decreto n. 6.949, 25 ago. 2009*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>158</sup> RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 116.

<sup>159</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 1999.

Como restou demonstrado, a cidadania, o direito a ter direitos, equivale à noção de ser um de nós um dos nossos, ou seja, à ideia de pertencer a uma mesma família e ser respeitado, enquanto tal, em sua totalidade. Quanto a isso, antigamente a criança com deficiência era algo raro, pois se não eram abandonadas ou mortas, não sobreviviam por muito tempo. A deficiência, assim, era adquirida ao longo da vida, quando o convívio social estava estabelecido – mesmo assim, por pouco tempo, haja vista a baixa longevidade. A segregação praticada até a Idade Moderna não permitiu a alteração substancial desse quadro, senão para reforçar a aproximação entre a deficiência e a miséria humana. Somente com as guerras havidas após o século XIX, já com os avanços da medicina, é que a deficiência passou a se fazer cada vez mais presente nas sociedades. Vieram as guerras de independência e as batalhas republicanas, as duas grandes guerras e finalmente os conflitos que deram contornos à Guerra Fria. Ainda nas décadas de 1980 e 1990, o mundo assistiu horrorizado exércitos de crianças marchando sobre a África, tendo muitas vezes seus corpos mutilados. No Brasil do século XXI, a violência no trânsito fere, mutila e mata, anualmente, mais do que muitas das zonas de conflito armado pelo mundo<sup>160</sup>.

O grande problema da exclusão, porém, persiste. Segundo estudos da ONU e do Banco Mundial, estima-se que cerca de 20% das pessoas mais pobres do mundo têm algum tipo de deficiência e que 82% destas pessoas vivem abaixo da linha da pobreza em países em desenvolvimento, confirmando, assim, a existência de uma estreita relação entre miséria e deficiência, formando, junto com a exclusão, um círculo vicioso que gera cada vez mais privação de direitos e de oportunidades<sup>161</sup> – o que, de certa forma, restou também configurado no Brasil, consoante dados dos Censos 2000 e 2010 do IBGE<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> A exemplo observe-se: ACIDENTE de trânsito mata mais que guerra, diz OMS. Folha de S. Paulo, São Paulo, 13 maio 2003. Folha Mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u56744.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2012; DISPARAM casos de invalidez por acidente no trânsito. Folha de S. Paulo, São Paulo, 17 jan. 2012. Folha mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1035216-disparam-casos-de-invalidez-por-acidentes-no-transito.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2012; ESTATÍSTICAS nacionais de acidentes de trânsito. Rio de Janeiro: Via Seguras – associação brasileira de prevenção dos acidentes de trânsito, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.vias-seguras.com/os\\_acidentes/estatisticas/estatisticas\\_nacionais](http://www.vias-seguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais)>. Acesso em: 30 ago. 2012; MAPA da violência no trânsito. Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini (Diretores). São Paulo: Instituto avante Brasil, [s.d.]. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/category/mapa-da-violencia-no-transito/>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>161</sup> MILLER, Ursula; ZIEGLER, Stefanie. *A dimensão inclusiva do PRSP*. Christoffel-Blindenmission – CNM. Apoio: Banco Mundial. Teresa Couceiro (Trad.). Munique: Handicap International, jan. 2006. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/280658-1172608138489/MakingPRSPInclusive\\_pr.pdf](http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/280658-1172608138489/MakingPRSPInclusive_pr.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2012. Ver também: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Fact sheet...*, op. cit., loc. cit. No mesmo sentido, vários outros artigos disponíveis no sítio virtual do Banco Mundial disponível em: <<http://web.worldbank.org>>. Acesso em 17 jul. 2012.

<sup>162</sup> IBGE. *Censo...*, op. cit., loc. cit... Ver também: NERI, Marcelo [et al.]. *Retratos da deficiência no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003, cap. 6, p. 5-6. Disponível: <<http://www.fgv.br>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

Nesse contexto, o direito à igualdade de tratamento e de oportunidades muitas vezes se consubstancia em uma atitude simples, de tratar com naturalidade as pessoas com deficiência. Ora, mas como tratar naturalmente algo que não se mostra normal, comum cotidiano? O estranho se coloca sempre inicialmente como algo alheio, de forma que a inserção de elementos diferentes dos habituais em nosso cotidiano causam, instintivamente, um desconforto, porque, como Goffman esclareceu, expectativas foram rompidas. Como questiona Araujo, “Qual o pai ou a mãe que pensaria que seu filho poderia nascer portador de deficiência?”<sup>163</sup>. Certamente o aumento da longevidade torna a presença de pessoas com deficiência (porque idosas) cada dia mais comum em nossas vidas, porém isso não sana uma necessidade premente à plena inclusão das pessoas com deficiência: sua presença.

De nada basta o esclarecimento sem o convívio, ou seja, sem que esse conhecimento se torne prática e hábito e, com isso, faça parte de nós e de nossas vidas<sup>164</sup>. A noção de cidadania, o sentimento de pertencimento e sua recíproca, permitindo o reconhecimento, exercício e gozo plenos dos direitos, requer indiscutivelmente um elemento essencial à democracia: a participação. A participação não só nos aparelhos oficiais de poder político formal, mas a participação nos mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo e ao lado dele, nas relações de poder traçadas no cotidiano, em casa, no bairro, na praça, nas ruas. A cidadania não se exerce só pelo voto, mas principalmente pela participação em sociedade.

De fato, o processo de reconhecimento, efetivação e garantia dos direitos se coloca como parte de um processo maior, estabelecido entre as perspectivas formal e material da democracia, em uma dinâmica de retroalimentação que conta como força motriz a participação social e política de todos. Ademais, como leciona Bonavides:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe ensinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder [...].<sup>165</sup>

Em seu Contrato Social ponderou Rousseau que “os escravos tudo perdem sob seus grilhões, até o desejo de deles escapar; [...]. A força fez os primeiros escravos, a

<sup>163</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/protacao\\_const1.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/protacao_const1.asp)>. Acesso em: 17 dez. 2011, p. 4.

<sup>164</sup> Uma sociedade e um governo que devem ser de todos e para todos merecem uma cidade e uma casa em que adentrem e se abriguem todos, não se coadunando com as mais evidentes e elementares das barreiras: as físicas de natureza urbanística e arquitetônica. Os direitos à acessibilidade e à mobilidade das pessoas com deficiência neste aspecto ganham uma dimensão cívica incomensurável, que nem as facilidades da vida digital, como o teletrabalho, podem substituir – apesar do excepcional potencial inclusivo que possuem.

<sup>165</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51.

covardia os perpetuou”<sup>166</sup>. As minorias, dentre as quais as pessoas com deficiência, ao contrário desta lógica, têm realizado grandes conquistas no último século, porém, como nos ensina John Philpot Curran, o preço da liberdade é a eterna vigilância<sup>167</sup>. Dessa forma, assim como é logicamente impertinente obrigar alguém a ser livre, autodeterminado, as instituições da República, da Constituição, da democracia e do Judiciário, dentre outras, nada podem fazer além de garantir, como conteúdo mínimo e intangível (embora em seu sentido mais lato), a opção pela liberdade, a oportunidade da autodeterminação, o direito à plena cidadania.

E a plena cidadania, uma vez compreendida como o *status civitatis* subjetivado, enquanto consciência de seu direito a ter direitos e de exercê-los e exigir seu respeito e efetivação, se opera sobretudo por um processo de apropriação psicológica de uma identidade, própria e social. Trata-se de se considerar e de ser considerado um de nós, um dos nossos, compartilhando crenças, valores, interesses, objetivos e, principalmente, encontrando iguais possibilidades para efetivamente alcançar a realização do seu máximo potencial, como indivíduo e cidadão. Como se passa a verificar, para que esse processo seja completo e efetivo, a presença/participação no ‘mercado de trabalho’ torna-se um imperativo.

---

<sup>166</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 23-25, passim. Hoje, o termo mais técnico seria apatia, ao invés de covardia.

<sup>167</sup> Nas palavras do autor: “É destino do indolente ver seus direitos tornarem-se uma presa para o ativo. A condição sob a qual Deus deu a liberdade ao homem é a eterna vigilância; condição a qual, se quebrada por ele, tem na servidão ao mesmo tempo a consequência de seu crime e a punição de sua culpa”. (CURRAN, John Philpot. *Speech upon the Right of Election*, 1790. *Speeches – with a brief sketch of the history of Ireland; and a biographical account of. Mr. Curran*. New York: I. Riley, 1811. v. 2. p. 235-236. Disponível em: <<http://books.google.com.br/>>. Acesso em 16.01.2012). No original: “It is the common fate of the indolent to see their rights become a prey to the active. The condition upon which God hath given liberty to man is eternal vigilance; which condition if he break, servitude is at once the consequence of his crime and the punishment of his guilt”.

## 2 O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

### 2.1 O trabalho na história do pensamento ocidental.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio da Constituição da República de 1988, de forte caráter garantístico, tem contemplado através de vasta legislação infraconstitucional uma ampla gama de direitos e garantias às pessoas com deficiência, sendo reconhecido por ter uma legislação avançada na questão. Entretanto, a cada dia percebem-se equívocos, inconsistências e novas dificuldades na criação e, principalmente, na efetivação administrativa e judicial dessas políticas públicas, muitas delas constatadas naquela que pode ser considerada como uma última etapa na inclusão social do indivíduo nas contemporâneas sociedades ocidentais e ocidentalizadas: o mercado de trabalho.

De fato, é principalmente no mercado de trabalho que as pessoas – não só aquelas com deficiência – põem à prova sua interação social, sua formação escolar, acadêmica e profissional, sua saúde, independência, autoestima, enfim, todas as suas capacidades como um indivíduo produtivo efetivamente integrado à sociedade. Com isso, parece ser este o meio em que se pode observar com mais objetividade o relacionamento estabelecido entre sociedade, Estado e pessoas com deficiência, revelando com maior nitidez as barreiras a serem superadas na busca de inclusão, dignidade e plena cidadania dessa minoria.

A grande maioria dos estudos sobre o tema aborda a matéria sob o viés trabalhista, exigindo do empresário atenção à legislação existente (cotas, em especial) e, do Estado, medidas inovadoras. Outros estudos atentam para as dificuldades das empresas em encontrar candidatos aptos para suprir as vagas abertas. Há os que destacam o desejo desse grupo de não serem tratadas como dependentes da caridade de pessoas boazinhas, que lhe deem emprego, enquanto há outros que pugnam pela maior assistência e proteção do Estado.

O vetor de análise aqui adotado, porém, é a cidadania plena, assim compreendida como o *status civitatis* subjetivado, enquanto consciência de seu direito a ter direitos e de exercê-los e exigir seu respeito e efetivação, situação que se opera, sobretudo, por um processo de apropriação psicológica de uma identidade, própria e social. Não se trata, pois, de ser igual de fato (ser o mesmo), mas de, respeitadas as diferenças inerentes à existência singular de cada um, ser considerado um de nós, um dos nossos, compartilhando crenças, valores, interesses, objetivos e principalmente tendo iguais possibilidades para efetivamente alcançar a realização do seu máximo potencial, como indivíduo e cidadão.

Daí que, não basta declarar um direito da pessoa com deficiência à inclusão na sociedade e no mercado de trabalho, devendo-se compreender a importância desse fato à conquista desta dignidade e cidadania. Nesse rumo, impende desde logo esclarecer que não se pode afirmar a existência de um direito à inclusão no mercado de trabalho senão em razão do reconhecimento de um direito ao trabalho. Da mesma forma, mostra-se essencial apreender a noção de trabalho que tal direito encerra e perceber o contexto histórico-cultural em que se insere, não se descuidando dos meandros jurídico-hermenêuticos que sua posituação impõe. Tudo isso passa a ser objeto de análise a fim de que se obtenha, à luz da dignidade e cidadania, o significado e a importância da declaração, reconhecimento e efetivação de um direito à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Conforme relata Irany Ferrari<sup>168</sup>, calcado nas lições de Evaristo de Moraes Filho, etimologicamente o vocábulo trabalho vem da raiz latina *trabs/trabis* (viga), lembrando que o etimologista E. Littrê liga a esta mesma raiz o sentido de viajar (originando *travel*, em inglês – algo penoso na época), e à origem da palavra latina *poena*. Referindo ao linguista brasileiro Pe. Augusto Magne, Evaristo – ainda citado por Irany – acrescenta que o termo trabalho se liga a *palum* (pau) através do adjetivo *tripalis* (composto de três paus), do qual se originou *tripalium* (donde o verbo *tripaliare*): apontado por Magne como cavalete de três paus, usado para imobilizar cavalos para lhes colocar ferradura. Porém, há quem também aponte tal aparato como instrumento de debilidade ou de esfiação, prevalecendo na doutrina aqueles que ligam o *tripalium* a instrumento de tortura na Antiguidade e na Idade Média. De qualquer forma, deve-se deixar claro que muitas outras conjecturas existem sobre a origem etimológica do termo trabalho<sup>169</sup>, incluindo em línguas cujas raízes diferem da latina<sup>170</sup>. Mesmo hoje, no uso corrente do português no Brasil, o trabalho pode ter muitos significados e usos<sup>171</sup>, não servindo, portanto, de parâmetro seguro a qualquer investigação.

<sup>168</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; SILVA FILHO, Ives Gandra Martins da (Coords.). *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho* – homenagem a Armando Casimiro Costa. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 13-14, passim.

<sup>169</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>170</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Roberto Raposo (Trad.). Adriano Correia (Rev.téc.). 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. V-VI, p. 98-102, passim.

<sup>171</sup> O dicionário Michaelis, por exemplo, traz nada menos do que 24 verbetes. (MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. Walter Weiszflog (Editor). São Paulo: Melhoramentos, 2007. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=trabalho>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

O trabalho, porém, enquanto conceito ligado à ideia de esforço e sofrimento nos remete a tempos imemoriais<sup>172</sup>, o que fica evidenciado nas sociedades contemporâneas ocidentais e ocidentalizadas por meio da influência da cultura judaico-cristã, pois no Antigo Testamento da Bíblia cristã, em um de seus escritos mais antigos e míticos, o Gênesis (3:19), existe a alusão de que Adão e Eva, expulsos do paraíso, estavam condenados: ela a sofrer as dores do parto e ele, a viver do suor do seu rosto – havendo uma clara conotação negativa<sup>173</sup>.

Contudo, observam Mercure e Spurk que “o conteúdo e o sentido da palavra trabalho variam enormemente conforme as culturas e as épocas. Certas culturas, aliás, não têm uma palavra abstrata para designar essa realidade”<sup>174</sup>, e por isso “acreditamos que não existe noção a-histórica do trabalho, ou seja, que as formas do agir que circunscrevem mal ou bem essa realidade, assim como as palavras que a designam de maneira abstrata, são primeiro e acima de tudo construções históricas.”<sup>175</sup>.

Segundo Migeotte, é traço fundamental da língua e do pensamento gregos a ausência de uma noção geral de trabalho, no sentido abstrato. As diferentes atividades eram tomadas na pluralidade e em função de sua finalidade particular. O autor destaca que, embora os trabalhos manuais e artesanais pareçam ter gozado algum prestígio no período arcaico, no século V a.C., Heródoto atribuía a todos os gregos o menosprezo por esse tipo de atividade, que também se estendia ao comércio, já que feito em geral pelo próprio produtor. Embora houvesse reconhecimento geral à utilidade, ao esforço, à habilidade e à perfeição com que se

<sup>172</sup> Arendt, lembra que Hesíodo, em *Os trabalhos e os dias*, afirma que “o trabalho, como todos os outros males, provém da caixa de Pandora (90 ss.) e é uma punição imposta por Zeus porque Prometeu, ‘o astuto, o traiu’. Desde então, ‘os deuses esconderam dos homens a vida’ (42 ss.), e sua maldição atinge ‘os homens comedores de pão’ (82)” (ARENDDT, op. cit., p. 102, nota 8)

<sup>173</sup> Interessante observar que, nesta acepção bíblica, o trabalho historicamente remontaria à época em que o homem deixa de ser um animal nômade e coletor, vivendo dos divinos frutos da natureza (caça, pesca e coleta), e passa a cultivar a terra, se estabelecendo em um determinado território. Inevitável também ligar esse processo de sedentarização à oportunidade de surgimento das primeiras organizações sociais cujas relações sociais, políticas e econômicas não se davam por critério puramente consanguíneo (*civita*). Nesse ponto leciona Irany Ferrari que “o trabalho tem sido, no desenrolar dos séculos, o grande fator de estabilidade e do progresso do homem e dos grupos sociais. A solidariedade é uma das marcas do trabalho e da cooperação que deve existir entre os que trabalham numa mesma comunidade ou na sociedade, em termos mais amplos.” E continua: “O trabalho, nos primórdios, deu-se pela cooperação de marido e mulher – cooperação social no clã, nas famílias patriarcais, reunidas sob o mesmo teto, parentes, escravos ou servos, para desenvolverem-se entre clãs das mesma tribo ou de tribos diferentes. Formaram-se então as primeiras classes à medida em que a sociedade se transmuta, atingindo uma organização mais ampla de cidade (pólis, na Grécia, civitas, em Roma, e comuna, na Idade Média)”. (NASCIMENTO; FERRARI; SILVA FILHO, op. cit., p. 21).

<sup>174</sup> MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Tabora (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005, p. 9.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 11.

exercia cada ofício, a agricultura teria sido considerada a única atividade que permitiria ao homem livre bastante tempo para cultivar a virtude<sup>176</sup>. Hanna Arendt, ademais, esclarece:

[...] A opinião de que o trabalho e a obra eram desdenhados na Antiguidade pelo fato de que somente escravos os exerciam é um preconceito dos historiadores modernos. Os antigos raciocinavam de modo contrário: achavam necessário ter escravos em virtude da natureza servil de todas as ocupações que fornecessem o necessário para a manutenção da vida. Era precisamente com base nisso que a instituição da escravidão era defendida e justificada. Trabalhar significava ser escravizado pela necessidade, e essa escravização era inerente às condições da vida humana. [...].<sup>177</sup>

A instituição da escravidão na Antiguidade, embora não em épocas posteriores, não foi um artifício para obter mão-de-obra barata nem um instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o trabalho das condições da vida do homem. [...].<sup>178</sup>

Como lembra Migeotte, aqueles que trabalhavam por subsistência eram chamados *pénètes* – pessoas do povo, e não pobres (*ptôchoi*) – ao passo que os que escapavam a essa necessidade, *scholè* – lazer, donde derivou escola –, podiam se dedicar a atividades mais virtuosas, tal como o estudo ou a política, as quais se opunham às atividades de produção, denominadas negativamente de *ascholia* (sem lazer)<sup>179</sup>. Aristóteles, aliás, expressa a oposição entre a cidadania e trabalho à luz do seu ideal democrático:

‘[...] os cidadãos não devem levar uma vida nem de artesão (*banausos*) nem de mercador (*agoraios*), pois tal vida é vil e contrária à *arétè* [virtude], e que aqueles que se tornarem cidadãos também não devem ser agricultores (*géôrgoi*), pois é necessário lazer (*scholè*) para desenvolver a *arétè* e exercer as atividades políticas’.<sup>180</sup>

Outrossim, como visto, a certo momento, na democracia ateniense passou-se a exigir, sob o argumento de lisura das decisões da assembleia, que só poderiam participar os cidadãos que houvessem se afastado de quaisquer atividades econômicas<sup>181</sup>. Interessante observar que o argumento ainda é válido nas atuais democracias, justificando, por isso, não só certas restrições à ocupação de cargos públicos como também, por exemplo, o pagamento de subsídios a parlamentares e ministros – o que seria feito justamente para garantir que as

<sup>176</sup> MIGEOTTE, Léopold. *Os filósofos gregos e o trabalho na antiguidade*, in: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 17-36, passim.

<sup>177</sup> ARENDT, op. cit., p. 102-104

<sup>178</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>179</sup> MIGEOTTE, op. cit., p. 25-28, passim. Arendt esclarece que o termo *skholè*, que traduz como abstenção, não equivale a preguiça (*aergia*): “[...] Nenhuma obra é sórdida quando significar maior independência; a mesma atividade pode ser sinal de servilismo se o que tiver em jogo não for a independência pessoal, e sim a mera sobrevivência, se não for uma expressão de soberania, mas de sujeição à necessidade.” (ARENDT, op. cit., p. 100-102)

<sup>180</sup> ARISTÓTELES, *Politique*, Paris, Les Belles Lettres, Trad. De Aubonnet apud Ibid., p. 27.

<sup>181</sup> Ibid., p. 29-30.

peçoas que dependem dos frutos de seu trabalho também possam se candidatar e exercer atividade pública e política.

Na Roma Antiga, o fértil solo da península itálica dava destaque ao trabalho na agricultura, surgindo o termo *negotium* enquanto negação ao *otium* (período de ócio, férias, lazer). Porém, a política expansionista da República Romana foi a garantia da valorização da atividade militar, permitindo a obtenção de terras, escravos para servir na metrópole, o saque e a arrecadação de impostos. Os soldados eram pagos com sal (*salarium argentum*), de onde adveio a palavra salário, para designar a remuneração periódica por uma atividade prestada. Como centro do Império, Roma torna-se local de comércio, impulsionando o aperfeiçoamento do Direito e levando à revalorização entre os ricos cidadãos romanos do *otium cum dignitate*, assim entendido por Cícero como algo necessário aos intelectuais e políticos<sup>182</sup>.

Já no Baixo Império, a moral cristã permitiu que os escravos deixassem de ser vistos como coisa, passando a ser tidos por sujeito de direitos. As invasões bárbaras e a desestabilização do Império levam ao abandono das grandes cidades, estabelecendo pela ruralização as bases do sistema de vassalagem (aristocracia agrária) na Idade Média. Nesse período inicial dá-se destaque a figuras como a locação de obra (*locatio conductio operis*) – execução de obra mediante pagamento – e a locação de serviços (*locatio operarum*) – cessão do próprio trabalho como objeto de contrato, geralmente com o suserano<sup>183</sup>.

Segundo Salamito, Santo Agostinho, em *De denesis ad litteram*:

[...] concebe o ‘trabalho’ (opus) de Adão no paraíso não como ‘um esforço extenuante’ (laboris adflictio), mas como ‘uma expressão feliz de sua vontade (*exhilaratio voluntatis*); não como a submissão às necessidades de seu corpo, mas como o livre exercício de sua razão e a oportunidade de louvar a Deus. [...].<sup>184</sup>

[...]. A agricultura nele aparece como ‘o *modelo* e o *sinal* da atividade humana em sua relação com a natureza e a providência’.<sup>185</sup>

Porém, aponta Salamito que, ao contrário do que se fazia na cultura greco-romana, Santo Agostinho não contrapõe a agricultura, que exalta, ao comércio:

<sup>182</sup> WIKIPEDIA. *Otium*, 13 ago. 2012. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Otium>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Ver também OLIVEIRA, Francisco de. *Otium e negotium no tratado da república de Cícero*, p. 213-221. In: NOGUEIRA, Adriana Freire (Coord.). *Otium et Negotium: as antitheses na antiguidade – Actas do IV colóquio da APEC*. Lisboa: Universidade do Algarve, 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/48043848/Otium-et-Negotium-As-Antitheses-na-Antiguidade>>. Acesso: 30 ago. 2012.

<sup>183</sup> NASCIMENTO; FERRARI; SILVA FILHO, op. cit., p. 29.

<sup>184</sup> SALAMITO, Jean-Marie. Trabalho e trabalhadores na obra de Santo Agostinho. In: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 42.

<sup>185</sup> Ibid., p. 45.

[...], sobre esse tema, o texto mais importante de Santo Agostinho é uma passagem de seu comentário do *Salmo 70* [...]. Nela o bispo de Hipólito dá a palavra, por bastante tempo, a um comerciante, ao qual dará posteriormente razão. Para defender a legitimidade de sua profissão, esse comerciante declara, primeiramente, que os dividendos que recebe ao revender mercadorias, constituem a justa retribuição de seu trabalho (*labor*):

Eu, para viver, trago de longe mercadorias que faltariam se eu não tivesse trazido; peço o salário de meu trabalho, ou seja, vender mais caro do que comprei. De outra forma, como eu viveria, ao passo que está escrito: ‘O trabalhador é digno de seu salário?’

Esse argumento se opõe a uma velha antítese entre as atividades que implicam um esforço (em grego, *ponos*; em latim, *labor*) e aquelas, como o comércio, que parecem dele desprovidas. Contrariamente a outros autores cristãos de expressão grega ou latina, Santo Agostinho recusa essa distinção. Reconhecendo o esforço do negociante no transporte das mercadorias de um lugar para outro, ele opera uma espécie de revolução mental.<sup>186</sup>

Com as riquezas e especiarias trazidas do Oriente por ocasião das Cruzadas, houve o renascimento do comércio na Europa, também impulsionado pela junção de fatores como mercantilismo, metalismo e o surgimento de mercados internos (a ensejar após o expansionismo nacionalista, via colonialismo e grandes navegações). O comércio gerado nos burgos fez renascer cidades e nelas uma nova classe social, que encontrou em reformistas religiosos como Lutero e Calvino, um discurso ético mais adequado a novos valores<sup>187</sup>.

Conforme Willaime, embora em Lutero o trabalho não tenha um valor em si, “o termo ‘vocação’ (*Beruf*), até aquele momento reservado apenas às vocações religiosas, assume com ele uma nova extensão: designa a tarefa que cada um recebe de Deus aqui na Terra, conforme o estatuto (*Stand*) que ocupa na sociedade”<sup>188</sup>. Já sobre Calvino, comenta:

[...]. Encontra-se no calvinismo, uma insistência particular sobre a necessidade da santificação, da glorificação, da obrigação, para o cristão, de

<sup>186</sup> SALAMITO, op. cit., p. 52-53.

<sup>187</sup> Embora sejam obscuras as origens da propriedade particular, costuma-se apontar juridicamente os regimes grego e romano de propriedade familiar como seu berço ocidental. No império romano, especialmente, o instituto desenvolveu características bastante próximas das atuais. O advento da Idade Média, através das invasões bárbaras, todavia, provocaram uma verdadeira ruptura nestes conceitos clássicos, instaurando um sistema de relações patrimoniais atrelado fundamentalmente ao poder político exercido pelos senhores feudais através do sistema de vassalagem. Neste âmbito, o poder político se expressava através da violência e do domínio sobre as terras, instaurando tantas propriedades quantas eram as relações políticas e vice-versa. Não havia terra sem senhor, nem senhor sem terra. Com isso, desapareceu na sociedade qualquer vínculo teórico com as noções de propriedade grega e romana. Tal fato histórico é de extrema importância pois, se a atual propriedade privada não é uma decorrência de uma contínua evolução da propriedade desde a antiguidade, por quais razões e com que fundamentos éticos e políticos tal instituto haveria de renascer no ocidente com características tão próximas àquelas, vindo a ser amparado juridicamente pela atual Estado Democrático de Direito? A resposta para isto parece estar no ressurgimento da ideia de apropriação originária legítima (saques e relações mercantis na Terra Santa quando das Cruzadas), opondo-se à propriedade adquirida por sucessão.

<sup>188</sup> WILLAIME, Jean-Paul. As reformas protestantes e a valorização religiosa do trabalho. In: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 67.

manifestar sua regeneração por meio de obras, de demonstrar o amor divino levando uma vida exemplar, consagrada a manifestar a glória de Deus na Terra. Calvino afirmará que ‘dentre as coisas deste mundo, o trabalhador é o mais semelhante a Deus’. [...]:

Aqueles que confiam no Senhor estão seguros de que seu labor dará lucros. Pois deles é dito: a bênção do Senhor está sobre as mãos daquele que trabalha (Salmo 127). [...] Recolheremos frutos em abundância se nos convertemos a Deus. E o que temos de pobreza e indigência se dá por nossa falta na medida que rejeitamos a bênção de Deus através de nossa maldade.<sup>189</sup>

O autor prossegue ressaltando que Calvino valorizava as vocações e a mobilidade social através da mudança de atividade profissional – algo raro em uma sociedade paternal e estratificada como a da época – e reconhecia inclusive a legitimidade e a dignidade das profissões não produtivas, conforme cita:

[...]: ‘De resto, deve-se observar que há diversas espécies de trabalhador. Pois aquele que ajuda e traz proveito por meio de sua habilidade à sociedade dos homens, seja governando sua família, seja administrando negócios públicos ou privados, seja aconselhando, seja ensinando os outros, ou por algum outro meio, este não deve ser contado entre as pessoas ociosas’.[...].<sup>190</sup>

Para Calvino, os ociosos suprimem os dons de Deus, enquanto que o trabalho homenageia a Deus. Alega que o mal não está no dinheiro, mas no uso que se faz dele; que o empréstimo a juros não é condenado, mas os juros abusivos. Calvino condena a exploração dos fracos, pobres e estrangeiros bem como recomenda o pagamento regular de salários aos empregados, o respeito ao domingo do trabalhador e a estipulação de contratos de trabalhos com direitos e obrigações recíprocos.<sup>191</sup>

Já o puritano inglês William Perkins surpreende ao dizer que valoriza as competências profissionais tanto quanto a posse de terras:

[...]. A ocupação é tão boa como a terra, porque a terra pode ser perdida, mas a habilidade e o trabalho na boa ocupação é rentável até o fim, porque ajudarão na necessidade quando a terra e todas as coisas faltam. [...].<sup>192</sup>

<sup>189</sup> WILLAIME, op. cit., p. 70-71.

<sup>190</sup> J. Calvin, *Commentaire sur le Nouveau Testament, t. 7, Épître aux Thessaloniciens, à Timothée, Tite et Philémon*, éd. Fr, de 1561, Aix-en-Provence e Marne-la-Vallée, Kerygma-Farel, 1991, p. 88 apud *Ibid.*, p. 73.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 74-75.

<sup>192</sup> PERKINS, William M. *A treatise of the vocations: or callings of men, with the sorts and kinds of them, and the right use thereof*. Cambridge: University of Cambridge, 1605, p. 906, tradução nossa. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=RLyOAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=RLyOAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 13 mar. 2012. No original: “[...]. Occupation is as good as land, because land may be loft, but skill and labour in good occupation is profitable to the end, because it will helpe at a neede when land and all things faile.[...]”. No mesmo livro lê-se: “[...]. Alguém dirá talvez: não devemos trabalhar em nossas vocações para manter nossas famílias? Eu respondo: isso deve ser feito, mas esse não é o escopo e fim de nossas vidas. O verdadeiro fim da nossa vida é

Esta pregação, diferentemente da verificada nos protestantes da Europa continental, mostra-se mais coerente em relação ao êxodo rural provocado pelos cercamentos na Inglaterra à época, substituindo as lavouras dos vassalos pelas extensas criações de ovelhas e impulsionando, assim, o trabalho assalariado urbano inglês e, após, a Revolução Industrial.

Nessa quadra da história, o trabalho vincula-se também à fundamentação ética da reaparição da propriedade privada, após tal conceito praticamente sumir sob a noção de terra divinamente herdada pelo rei. O liberal John Locke, aliás, escreve:

Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriamente dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens. Uma vez que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem tem direito ao que foi agregado, pelo menos quando houver bastante e também de boa qualidade em comum para os demais<sup>193</sup>.

Portanto, segundo o autor, o direito de propriedade seria um direito natural, não inato, anterior à sociedade civil e estabelecido em uma relação entre a pessoa e a coisa por via do trabalho desprendido. Por Locke, o trabalho é origem e fundamento do direito de propriedade. Com isso, Willaime<sup>194</sup> anota um processo de secularização do valor do trabalho, necessário não mais (ou não só) ao êxito no além vida, mas ao êxito na existência terrena.

Mercure, nesse passo, diz que Adam Smith, em plena Revolução Industrial, opera uma mudança de paradigma ao defender que o extrato social não é fruto de um pacto,

---

prestar serviço a Deus no serviço do homem: e como recompensa desse serviço Deus envia suas bênçãos sobre as angústias [*travails*] dos homens e lhes permite a levar para seus trabalhos [*labours*].” (Ibid., p. 911, tradução nossa). No original: “(...). Some man will say perchance; what, must we not labour in our callings, to maintaine our families? I answer: this must be done: but this is not the scope and end of our lives. The true end of our lives is, to doe service to God, in serving of man: and for a recompence of this service, God sends his blesings on mens travails, and hee allowes them to take for their labours”.

<sup>193</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Alex Marins (Trad). São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 38.

<sup>194</sup> WILLAIME, op. cit., p. 83. Max Weber, aliás, assevera: “Uma vez que o ascetismo se encarregou de remodelar o mundo e nele desenvolver seus ideais, os bens materiais adquiriram um poder crescente e, por fim inexorável, sobre a vida do homem como em nenhum outro período histórico. Hoje, o espírito do ascetismo religioso, quem sabe se definitivamente, fugiu da prisão. Mas o capitalismo vitorioso, uma vez que repousa em fundamentos mecânicos, não mais precisa de seu suporte. [...]” (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Pietro Nassetti (Trad.). Coleção a obra-prima de cada autor. v. 49. São Paulo: Martin Claret, verão 2002, p. 131). Macpherson, analisando o liberalismo do século XVI, pondera: “Já que o indivíduo só apresenta qualidade de homem na medida em que é livre, e já que é livre na medida em que é proprietário de si mesmo, a sociedade se reduz a uma série de relações entre proprietários, ou seja, relações de mercado” (B. C. MACPHERSON. *La théorie politique de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke* (1962). Paris, Gallimard, 1971 apud MERCURE, Daniel. Adam Smith: as bases da modernidade. In: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 118).

mas o resultado de uma harmonia não intencional de interesses individuais. Em suas palavras: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas do empenho deles em relação aos seus próprios interesses”<sup>195</sup>. Assim em uma nação rica, o livre mercado estimula nossa propensão natural à troca, que permite a especialização das atividades (divisão do trabalho), aumentando sua produtividade e gerando riqueza e novas trocas. Entende ademais que, muitas vezes “*ao perseguir seus próprios interesses, [cada indivíduo] frequentemente promove os da sociedade mais eficazmente do que quando tem a real intenção de fazê-lo*”<sup>196</sup>. Assim, Smith reconhece que o trabalho é a origem de toda a riqueza<sup>197</sup> e, relata Mercure, a chave de seu crescimento por meio do aumento da potência produtiva do trabalho:

[...]. Esse aumento se deve, explica-nos Smith, à divisão do trabalho, ao qual ilustra muito bem com o exemplo da célebre fábrica de pregos que toma provavelmente emprestado da Enciclopédia de D’Alambert e Diderot. Smith alega que a divisão do trabalho exerce tal efeito segundo três distintas modalidades, ainda que relacionadas se vistas atentamente: ela desenvolve a habilidade dos trabalhadores através da especialização das tarefas; e, por fim, favorece a invenção das máquinas, tanto pela especialização das tarefas quanto pela divisão social do trabalho resultante de sua divisão técnica. No raciocínio de Smith, é a divisão do trabalho que está na base da invenção das máquinas, e não o contrário. Em suma, o trabalho é a principal fonte de riqueza e a divisão do trabalho é o meio pelo qual se aumenta a potencia produtiva do trabalho. Nesse sentido, Smith é realmente um dos pais de Taylor.<sup>198</sup>

Smith, porém, não ignora a alienação gerada pela divisão do trabalho e nem a divisão de classes gerada pela coalização de interesses (que é contrário ao livre mercado):

No progresso da divisão do trabalho, a ocupação da grande maioria dos que vivem do trabalho, isto é, da grande massa do povo, passa a ser confinada a algumas poucas operações muito simples, frequentemente a uma ou duas. Porém os entendimentos da maior parte dos homens são necessariamente formados por suas ocupações. O homem cuja vida é gasta na realização de algumas operações simples, cujos efeitos também são, talvez, sempre os mesmos, ou quase os mesmos, não tem oportunidade de exercer o seu entendimento, ou a exercer a sua imaginação, descobrindo expedientes para a remoção de dificuldades que nunca ocorrem. Ele perde naturalmente,

<sup>195</sup> SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, cap. II. [S.l]: The Project Gutenberg, 5 jun. 2011, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/3300/3300-h/3300-h.htm>>. Acesso em: 14 mar 2012. No original: “[...] It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. [...]”.

<sup>196</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa. No original: “[...] By pursuing his own interest, he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. [...]”.

<sup>197</sup> Ibid., introdução, tradução nossa. No original: “The annual labour of every nation is the fund which originally supplies it with all the necessaries and conveniencies of life which it annually consumes, and which consist always either in the immediate produce of that labour, or in what is purchased with that produce from other nations.”.

<sup>198</sup> MERCURE, op. cit., p. 120

portanto, o hábito de tal esforço, e geralmente se torna tão estúpido e ignorante quanto é possível para uma criatura humana se tornar. [...]. Não obstante, em cada sociedade melhorada e civilizada, este é o estado em que os trabalhadores pobres, ou seja, a grande massa do povo, devem necessariamente cair, a menos que o governo tome medidas para evita-lo.<sup>199</sup>

O liberalismo político, porém, por essência, lutava pelo Estado Mínimo, não havendo segredo no fato de que tal questão foi ignorada pelo Estado Liberal até o advento das revoltas operárias que culminaram com o advento do Estado Social de Direito.

Conforme analisa Guyader, Saint-Simon teria sido o primeiro a ter associado de modo sistemático trabalho e história, de modo que o trabalho não ocuparia apenas uma posição central na antropologia, mas seria o motor de uma dialética histórica socialmente acabada, tornando-o um dos mais importantes representantes do utilitarismo: “a sociedade é o conjunto e a união dos homens dedicados a trabalhos úteis”<sup>200</sup>. Na avaliação do autor<sup>201</sup>, Saint-Simon reputava necessário evoluir do sistema de dominação entre os homens (escravo/senhor na alegoria hegeliana) – outrora necessário à superação da natural tendência humana à preguiça – para um sistema de dominação da humanidade sobre a natureza:

Por conseguinte, não restará mais ao legislador senão ‘combinar a organização social de modo a estimular o mais possível todas as classes ao trabalho e particularmente aos trabalhos mais úteis para a sociedade’, com o objetivo de proporcionar a maior soma de felicidade à espécie humana. Na verdade, ‘a força de um povo situa-se bem mais no pacto social que associa todas as capacidades para a realização de trabalhos de uma utilidade comum, que na multiplicidade dos elementos de riqueza e de poder. Portanto, cada um tem a obrigação de fazer obra útil à humanidade: ‘os braços do pobre continuarão a alimentar o rico, mas o rico recebe ordem de fazer trabalhar seu cérebro e, se seu cérebro não é próprio para o trabalho, ele será obrigado

<sup>199</sup> SMITH, op. cit., part III. No original: “In the progress of the division of labour, the employment of the far greater part of those who live by labour, that is, of the great body of the people, comes to be confined to a few very simple operations; frequently to one or two. But the understandings of the greater part of men are necessarily formed by their ordinary employments. The man whose whole life is spent in performing a few simple operations, of which the effects, too, are perhaps always the same, or very nearly the same, has no occasion to exert his understanding, or to exercise his invention, in finding out expedients for removing difficulties which never occur. He naturally loses, therefore, the habit of such exertion, and generally becomes as stupid and ignorant as it is possible for a human creature to become. (...). But in every improved and civilized society, this is the state into which the labouring poor, that is, the great body of the people, must necessarily fall, unless government takes some pains to prevent it.”

<sup>200</sup> GUYADER, Alain Le. Claude-Henri de Saint-Simon: nascimento do intelectual orgânico da sociedade industrial, p. 137-166. In: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 138 e 146, passim.

<sup>201</sup> Ibid., p. 150. Battaglia dá poeticidade à questão: “Saber aquilo que se deve fazer; conhecer o utensílio, a máquina e o modo de usá-la; pôr-se em condições de intervir entre o objeto de trabalho e o instrumento, corrigindo, ajustando, aperfeiçoando; tornar os próprios membros, a mão, os dedos, ágeis, prontíssimos; os olhos, perspicazes e analíticos; o espírito, solerte e pronto; amadurecer a própria responsabilidade de operários consciente e inteligente, responsável pelo seu trabalho, é como se tornar, de servo da natureza, senhor” (BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do Trabalho*. Luis Washington Vita e Antonio Delia (Trads.). São Paulo: Saraiva, 1958, p. 277 Apud CERVO, Katina Socal. *O direito fundamental ao trabalho na Constituição Federal de 1988*. 2008. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008, p. 23)

a fazer trabalhar seus braços’. Em suma, o trabalho vai de par com a meritocracia, um e outra subsumidos na utilidade. Mas também o utilitarismo é um moralismo que veicula a moral do trabalho. Visto que, se é bem sabido que ‘a falta de ocupação é o pai de todos os vícios’, é não menos evidente que ‘o trabalho é a fonte de todas as virtudes’. Todos deveriam encontrar-se nisso. Daí o novo princípio que convêm substituir por aquele do Evangelho: ‘O homem deve trabalhar’<sup>202</sup>. O mais feliz dos homens é o que trabalha. A família mais feliz é aquela na qual todos os seus membros empregam utilmente seu tempo. A nação mais feliz é aquela na qual há menos desocupados. A humanidade gozaria toda a felicidade que pode pretender se não houvesse ociosos’.<sup>203</sup>

Fugindo a uma análise da alegoria escravo/senhor, Schimidt am Busch entende que Hegel foi o primeiro a perceber o trabalho do sujeito como ação intencional de exteriorização não só de alguma coisa, mas de si mesmo: “o trabalho consiste no ato de fazer de si mesmo, de maneira interna, objeto. [...] O trabalho enquanto tal não é somente atividade, mas atividade refletida em si, ato de engendrar (*insich reflectirte, Hervorbringen*)”<sup>204</sup>. O fazer-se coisa ou fazer-se objeto não teria, assim, conotação negativa nem se confundiria com coisificação, podendo exterioriza-se não só pela obra, mas pela atividade em si – ganhando sentido mais amplo do que a noção aristotélica de *poiésis*.

Schimidt am Busch anota que Hegel, sob essa perspectiva, faz uma crítica ao sistema capitalista. É que na sociedade artesanal<sup>205</sup>, onde o sujeito tem consciência de sua capacidade de transformar a natureza em função de suas próprias ideias, o indivíduo exerce a atividade intencional tanto de produção quanto de comercialização, para satisfazer às suas necessidades por meio de seu trabalho<sup>206</sup>. Já na sociedade capitalista, não há só uma separação

<sup>202</sup> Nas palavras de Saint Simon, citado por Guyader: “Observo que é essencial dar à ideia de trabalho toda a amplitude possível. Um funcionário público qualquer, uma pessoa afeita às ciências, às belas-artes, à indústria manufatureira e agrícola, trabalham de uma maneira tão positiva quanto a mão-de-obra que cava a terra, que o carregador transportando seus fardos.” (C.-H. de Saint Simon, ‘Introduction aux travaux scientifiques do XIXè. (1809)’, in *La physiologie sociale. Oeuvres choisies*, Paris, PUF, 1965 (Introd. e notas de G. Gurvitch), p. 51 apud GUYADER, op. cit., p. 159).

<sup>203</sup> Ibid., p. 149-150.

<sup>204</sup> G. W. F. Hegel. *Philosophie des Geistes* (1805-1806), in *Gesammelte Werke*, t. 8, Hamburgo, Felix Meiner, 1967, p. 205, apud BUSCH, Hans-Christoph Schmidt am. Exteriorização e economia: a teoria hegeliana do trabalho e da sociedade civil, p. 88-112. In: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 92-93, tradução do autor.

<sup>205</sup> Trata-se da sociedade típica da Baixa Idade Média até início da Idade Moderna, em que o sistema econômico urbano girava em torno das corporações de ofício. Segundo relata Vianna, através da identidade de profissão, pela necessidade de assegurar direitos e prerrogativas, é que surgiram as corporações de ofício, desenvolvendo-se principalmente na Alemanha, França, Espanha e Inglaterra. Reuniam-se trabalhadores e aprendizes sob a figura do mestre, recebendo além de salário, proteção em caso de doença e um verdadeiro monopólio da profissão, já que só podiam exercê-la os que estivessem inscritos na corporação. Na Espanha, a exemplo, declarou-se já naquela época que todos os ofícios eram legítimos, proibindo-se o penhor dos instrumentos de trabalho e extinguindo-se a prisão do trabalhador por motivo de dívida (SÜSSEKIND, Arnaldo [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1, 22ª ed, atual. por Arnaldo Süssekind e João Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005, p. 30-31, passim).

<sup>206</sup> Segundo esclarece Schimidt am Busch, a troca também seria para Hegel um ato de exteriorização do sujeito, enquanto *homo oeconomicus*, e que o sistema de aquisição só se justifica para ele na medida em que o

do trabalho material do intelectual, como também muda a relação entre o trabalho e seus fins: na sociedade artesanal, as necessidades eram as tradicionais, ao que, nas sociedades capitalistas – onde existe um desejo que não pode ser satisfeito definitivamente, pois não consiste em adquirir isso ou aquilo, mas de adquirir simplesmente – busca-se o lucro, de modo que as necessidades se multiplicam em função do aumento da produção.

A denúncia de Hegel, de certa forma, encontra eco nos precursores do socialismo científico, Marx e Engels, cuja crítica social aponta que, tendo os trabalhadores sido previamente expropriados dos seus meios de produção (apropriação primitiva: *e.g.* cercamentos na Inglaterra), o capital apropria-se de sua força de trabalho por meio do pagamento de salário para, através da divisão do trabalho, empregar cada vez mais valor ao produto do trabalho, distanciando-o (alienando-o) da sua origem (o trabalhador) e permitindo que o excedente (mais-valia), cada vez maior, converta-se em acúmulo de capital.

O trabalho, portanto, torna-se coisa à disposição do mercado, apenas mais uma variável na equação capitalista. Como observa Jan Spurk:

[...]. Entre os trabalhadores e suas criações se instala uma relação de exterioridade. Em suas representações e em suas *Weltanschauungen* ('visões do mundo'), eles não são os sujeitos-criadores das coisas. São, ao contrário, as coisas que são os mestres de seu destino. [...].<sup>207</sup>

[...]. Como sublinha Marx: 'dessa maneira a produção não produz somente um objeto para seu sujeito, mas também um sujeito para seu objeto'. [...].<sup>208</sup>

Assim, se para Hegel o indivíduo por meio seu trabalho pode fazer-se coisa (*sich zum Dinge machen*), a divisão do trabalho não só afasta o homem do seu método, de qualquer iniciativa pessoal e do próprio produto de seu esforço, como o faz mera coisa (*nach der Weise der Ding-heit*); torna-o apêndice vivo de uma estrutura morta (cf. Marx), um sistema de produção que (cf. Hegel) reflete uma mudança do trabalho pelos seus fins – do sustento e exteriorização à aquisição infinita:

'Seu trabalho mecânico e embrutecedor o reduz apenas a um ponto (*beschränkt ihn auf Punkt*) – e seu trabalho é tão mais perfeito porque é simples (*je einseitiger sie ist*) [...]. Como seu trabalho é abstrato, ele se comporta como um eu abstrato ou como uma coisa (*nach der Weise der*

---

indivíduo pode, por meio de seu trabalho, exteriorizar-se e ganhar a vida de maneira controlada, não pautando-se, pois, as análises de Hegel, em um critério econômico (BUSCH, op. cit., p. 100-101).

<sup>207</sup> SPURK, Jan. A noção de trabalho em Karl Marx, p. 189-211. In: MERCURE; SPURK, op. cit., p. 199, itálico no original.

<sup>208</sup> Ibid., p. 203.

*Dinkeit*), e não como um eu que se faz objeto em seu ser-aí engendrado por esse eu.’<sup>209</sup>

Portanto, ainda que o indivíduo conseguisse satisfazer suas necessidades básicas ou mesmo exercer diferentes atividades no sistema produtivo, a impossibilidade de estabelecer projetos para si, projetar-se para o futuro, implica uma perda de autonomia que simplesmente o impede de exteriorizar-se, de ‘ser’ no mundo.

Nas palavras de Marx: “a máquina [ou, melhor, o modo de produção capitalista] não liberta o trabalhador de seu trabalho, mas seu trabalho de seu conteúdo”<sup>210</sup>. Disso resta evidente não só o retorno de uma conotação negativa do trabalho (fardo diário da exploração capitalista por sobrevivência), reduzindo-o a mera relação de emprego assalariado, como escarnece sinteticamente do esvaziamento de um significado individual de trabalho.

Porém, se o trabalho perde seu conteúdo individual, ganha significação social. Hegel, afirmando que “tudo quanto o homem é deve ao Estado”<sup>211</sup>, não só antecipa os positivismo de Comte, Duguit e Durkheim dando primazia ao social, como influi decisivamente no desenvolvimento do materialismo histórico em Karl Marx.

O trabalho, na visão de boa parte dos igualitarismos do século XIX e XX, passa ser o liame preferencial entre todos os trabalhadores, explorados, expropriados, excluídos do mundo. A luta do proletariado (ou seja, do trabalhador expropriado dos meios de produção e alienado dos frutos materiais do seu trabalho, de si mesmo) contra o capital e sua ideologia se encerra, em resumo, em uma luta pela igualdade material, pelos direitos sociais, pela justiça social, aí incluídos não só a luta pelo direito ao trabalho mas principalmente pela dignidade deste trabalhador, a impulsionar novos horizontes sociais e políticos.

## 2.2 Direito ao trabalho: direito humano e fundamental.

Ainda que não se revistam de força normativa avaliável, existem certamente vários precedentes que merecem destaque histórico na persecução jurídica dos direitos sociais, em especial dos direitos do trabalhador. É o caso do Congresso da Santa Aliança, em Aschen, Alemanha, em 1818, na qual o industrial inglês Robert Owen sugeriu providências na

<sup>209</sup> G.W.F. Hegel, *Philosophie des Geistes...*, op. cit., p. 243, apud BUSCH. op. cit., p. 103, itálico no original, tradução do autor.

<sup>210</sup> K. MARX, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Berlim, Dietz, 1974, p. 594, apud SPURK, op. cit., p. 205, tradução do autor.

<sup>211</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 338, apud BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado...*, op. cit., p. 49).

proteção aos trabalhadores. Pode-se mencionar ainda a fundação da Primeira Internacional em Londres, em 1864, a Conferência de Berlim, em 1890, a Conferência de Paris, em 1900, sendo que a manifestação de maior repercussão internacional – posto que feita diretamente por um chefe de estado – foi a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em 1891: “Não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital”; “A violência das revoluções políticas dividiu o corpo social em duas classes e cavou entre elas um imenso abismo”<sup>212</sup>.

As constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, foram as primeiras a prever direitos sociais, porém é o Tratado de Versalhes, em 1919, o diploma jurídico de âmbito internacional responsável pela criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a prever que a paz universal só pode ser estabelecida se for baseada na justiça social e que uma melhoria das condições de trabalho era urgentemente necessária<sup>213</sup>.

De igual forma, na Primeira Reunião Anual da Convenção do Trabalho, de 1919, no fito de regular as condições de trabalho, consignou que o trabalho não deveria ser considerado apenas como uma mercadoria ou artigo de comércio, devendo ser pago ao trabalhador um salário suficiente para manter um padrão de vida razoável conforme seu tempo e país, assegurando-se o direito de associação a todos, empregados e empregadores e de ter outros direitos trabalhistas mínimos<sup>214</sup>.

A OIT, tendo uma vez sobrevivido aos totalitarismos, não sem razão tornou-se a primeira agência especializada da ONU, fundada em 1948, e cujo artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos declara:

#### Artigo 23

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer discriminação, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalha tem o direito a uma remuneração justa e satisfatória que assegure a si e à sua família uma existência conforme a

<sup>212</sup> LEÃO XIII. *Encíclica rerum novarum*. Roma: Vaticano, 15 maio 1891. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em 30 ago. 2012.

<sup>213</sup> TRATADO de Paz, Versalhes, 28 jun. 1919. [S.l.]: Australasian Legal Information Institute, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1920/1.html>>. Acesso em 30 ago. 2012. Ver também: PART XIII of the Treaty of Peace of Versailles – Official Bulletin, v. 1, abr. 1919 - ago. 1920. Genebra/Suíça: International Labour Office, 1923. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/partxiii-treaty.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>214</sup> *Ibid.*, loc. cit.

dignidade humana e suplementada, se necessário, por outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem o direito a organizar e se filiar em sindicatos para proteção de seus interesses.<sup>215</sup>

Não há dúvida, pois, que, na atual conjuntura jurídica internacional, é reconhecido um direito humano ao trabalho. No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, especialmente por meio dos artigos 6º a 8º, confere-se exigibilidade normativa às disposições da Declaração de 1948 sobre o direito ao trabalho digno, sobressaindo o §1º do art. 6º:

§1. Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, o qual inclui o direito de toda pessoa de ter oportunidade de ganhar a vida mediante trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.<sup>216</sup>

Todos esses fatos refletiram na ordem constitucional brasileira.

Na pseudo liberal e monárquica Constituição de 1824, prevê-se a liberdade de qualquer gênero de trabalho, desde que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde (art. 179, XXIV). Aos moldes do ideal democrático liberal moderno, foram abolidas as corporações de ofício que por ventura existissem no Brasil (art. 179, XXV)<sup>217</sup>.

Na republicana Constituição de 1891, há previsão de liberdade de profissão sem restrições (art. 72, §24). Porém, inovando no mesmo rumo da revogação da Lei Le Chapelier<sup>218</sup> na França, passa a ser assegurado o direito de associação pacífica (art. 72, §8)<sup>219</sup>.

<sup>215</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Universal...*, op. cit. loc. cit., tradução nossa. No original: “1. Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment. 2. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work. 3. Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. 4. Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests”.

<sup>216</sup> Id., *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*: Res n. 2200A (XXI). Genebra/Suíça: ONU, 1966, tradução nossa. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>. Acesso: 28 ago. 2012. No original: “1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.”.

<sup>217</sup> Artigo 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.” (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil, 25 mar. 1824*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitu%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>218</sup> Aprovada em 1791 pela Assembleia da Revolução Francesa e revogada a 1887, à Lei Le Chapelier coube extinguir as corporações de ofício na França, consideradas ilegítimas, posto que para filósofos das revoluções liberais, como Rousseau, não deveriam existir entre os indivíduos e o Estado corpos intermediários: “para

Pela Emenda Constitucional 3, de 03.09.1926, surge no Brasil alusão a uma legislação trabalhista<sup>220</sup>, acompanhando os eventos internacionais rumo ao Estado Social de Direito.

Já com a Constituição de 1934, Getúlio Vargas inaugura o Estado Social de Direito no Brasil. Neste sentido, dispendo sobre a ordem econômica e social, prevê no art. 115 que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”. No art. 120 afirma que “os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei” e, dispendo sobre os direitos e garantias individuais, destaca:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.<sup>221</sup>

Portanto, o direito ao trabalho surge como meio honesto de subsistência. Ainda na Constituição de 1934, o art. 121 preceitua que “a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país”, fazendo a previsão expressa e extensa de preceitos necessários à melhoria das condições do trabalhador<sup>222</sup>, e no

alcançar o verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja no Estado sociedade parcial e que cada cidadão só opine de acordo consigo mesmo” (ROUSSEAU, op. cit., p. 47). Essa concepção foi grande entrave ao reconhecimento da liberdade de associação (direitos sociais) e, portanto, de legalização dos sindicatos e partidos políticos, representando sua revogação uma ruptura com o modelo democrático liberal moderno.

<sup>219</sup> Artigo 72: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. [...] § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24 fev. 1891. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012.).

<sup>220</sup> Artigo 31: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 28. Legislar sobre o trabalho.” (Id., *Constituição 1891. Emenda Constitucional de 3 set. 1926*. Brasília: Câmara dos Deputados, [s.d.]. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-norma-pl.html](http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-norma-pl.html)>. Acesso em: 30 ago. 2012.).

<sup>221</sup> Id., *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 16 jul. 1934. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.).

<sup>222</sup> Artigo 121: “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo,

caput do artigo seguinte, de uma Justiça do Trabalho para dirimir as questões entre empregadores e empregados<sup>223</sup>. Curiosamente, em seu artigo 123, existe a averbação de que “são equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, os que exerçam profissões liberais”, algo que, embora crie uma série de dificuldades operacionais de ordem administrativa, custeio etc., rompe com a figura do trabalhador apenas como operário industrial urbano. Anote-se, ademais, que a Justiça do Trabalho só passou a ter competência para julgar ações oriundas das relações de trabalho – ou seja, dentro de relação de emprego ou não – após a emenda constitucional (EC) nº 45 de 30.12.2004 à CR/88.

Na Constituição de 1937, além da livre associação profissional ou sindical (art. 138), previu-se a liberdade profissional condicionada (art. 122, §8), a Justiça do Trabalho para dirimir conflitos empregatícios, sendo, porém, suprimida a anterior extensão dos direitos trabalhistas reconhecidos (art. 137) aos profissionais liberais. Neste diploma, alude-se ao trabalho enquanto direito individual ao meio de subsistência honesto, surgindo, contudo, ao mesmo tempo, como um dever social<sup>224</sup>. Destaque-se que a greve e o *lock-out*, não previstos

---

nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho. § 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos. § 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas. § 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas. § 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho. § 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos. § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena. § 8º - Nos acidentes de trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex – officio”. (BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 16 jul. 1934..., op. cit., loc. cit.)

<sup>223</sup> Artigo 122: “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I”.(Ibid., loc. cit.).

<sup>224</sup> Artigo 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 8º) a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei;”. No artigo 136 lê-se: “O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual,

na constituição anterior, são considerados “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional” (art. 139). De outra parte, é de se notar a clara predisposição do reconhecido direito à educação (art. 129) ao desenvolvimento das faculdades, aptidões e tendências vocacionais na infância e juventude<sup>225</sup>.

Na Constituição de 1946, prevê-se uma ordem econômica calcada na conciliação entre livre iniciativa e valorização do trabalho humano, devendo ser organizada conforme o princípio da justiça social. Declara-se que a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna<sup>226</sup>, seguindo-se a esta garantia a afirmação de que o trabalho é uma obrigação social. Com isso, a Constituição afasta-se da noção moral de honestidade e aproximando-se da figura jusnaturalista-existencialista da dignidade, sem, porém, abandonar a ética do trabalho. Permanecem as previsões relativas às liberdades de escolha profissional (art. 141, §14) e de associação profissional ou sindical (art. 159), sendo garantidos direitos trabalhistas e previdenciários mínimos (art. 157). Inova-se, porém, ao reconhecer o direito de greve, cujo exercício é regulado por lei (art. 159).

Na Constituição de 1967, não apenas permanece a liberdade de trabalho (art. 150) como o eleva expressamente ao *status* de condição da dignidade humana (art. 157, II) – assumindo de forma evidente a influência da nova ordem jurídica internacional. Além de

---

técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.” (Id., *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 10 nov. 1937. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012).

<sup>225</sup> Artigo 129: “À infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público.” (BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 10 nov. 1937..., op. cit. loc. cit.).

<sup>226</sup> Artigo 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.” (BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 18 set. 1946. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012).

destacar que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social (art. 157), são mantidos direitos outrora reconhecidos<sup>227</sup>.

Finalmente, na Constituição de 1988, existe a declaração de que a República Federativa do Brasil tem entre seus fundamentos – ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político – os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Também há um certo aperfeiçoamento da sistemática constitucional, passando-se a prever no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o seguinte:

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, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).<sup>228</sup>

Versando sobre a ordem econômica e financeira, reitera a superação do binômio capitalismo-comunismo como fundamento da República, declarando que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, sendo que esta tarefa deverá ser pautada pelos ditames da justiça social e pela observação de princípios, dentre os quais a busca do pleno emprego:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VIII - busca do pleno emprego;<sup>229</sup>

O referido dispositivo guarda correlação lógica com o art. 193, no Título VII – Da Ordem Social, na qual diz:

<sup>227</sup> Artigo 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.” Artigo 157: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...]. II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 24 jan. 1967. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012).

<sup>228</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 05 out. 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>229</sup> Ibid., loc. cit.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.<sup>230</sup>

Fica claro, portanto, que direito ao trabalho além de caracterizar-se como direito humano, trata-se também, sob a ordem normativa interna brasileira, de um direito fundamental. Um direito que ao longo da história constitucional teve diversas facetas reveladas pelo uso de diferentes expressões e posicionamentos dentro da sistemática normativa, demonstrando ter sofrido uma mutação em razão do contexto social, político e cultural de cada época – retratando, a certa altura, a concepção de trabalho na história do pensamento ocidental. A apreciação deste pano de fundo coloca-se de maneira imperiosa se considerado que a eficácia destas previsões dependia do sentido que lhe era dado a cada tempo e lugar. Por isso, para que se confirmem toques de realidade e concretude a todas essas previsões versadas, deve-se investigar qual o sentido que se confere a um direito ao trabalho na atualidade e como isso repercute sobre o universo das pessoas com deficiência.

### 2.3 Valores individual e social do trabalho: identidade, dignidade e cidadania.

O direito ao trabalho bem como a própria noção de trabalho variaram muito ao longo da história, à luz das ideologias, com o decorrer das transformações sociais bem como com a própria evolução das línguas. Na simples leitura dos dispositivos constitucionais que versaram sobre a matéria no Brasil, verifica-se esta diversidade de posicionamentos, implicando certamente não só na variação das normas que deles se extraem como também na atitude em relação à realidade. Daí a razão pela qual distinções conceituais e terminológicas voltam a ser necessárias, agora no contexto da hermenêutica jurídica, sobretudo porque, como se poderá observar, as diferentes concepções, valores e significados historicamente dados ao trabalho, se projetam hoje sobre a realidade, exigindo discernimento e prudência do jurista para determinar sob quais aspectos é hoje declarado e protegido um certo direito ao trabalho, seus contornos e sua extensão.

Nesse passo, viu-se que na história do pensamento ocidental o trabalho foi tido, em suma, como pena, meio de subsistência, vocação, fonte de propriedade, riqueza e virtude e, por fim, mercadoria.

No Brasil, não só a escravidão foi abolida, prevendo-se a figura penal típica da redução à condição análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal (CP)), como a pena de

---

<sup>230</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 out. 1988...*, op. cit., loc. cit.

trabalhos forçados é vedada pela Constituição (art. 5º, XLVII, ‘c’ da CR/88), estando banida pela OIT desde 1930, através da Convenção nº 29<sup>231</sup>. O trabalho, do ponto de vista criminal hodierno, além de protegido sob várias facetas (*e.g.* arts. 197 a 207 do CP), surge como pena restritiva de direitos através da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV e 46 do CP) e também como forma de remição de pena (art. 126 da Lei nº 7.210/84), sendo indispensável em ambos os casos a vontade do indivíduo (art. 44, §4º do CP). Portanto, o trabalho só se legitima como pena ou castigo na Bíblia, podendo ser visto validamente como forma de escravidão apenas sob o viés filosófico.

Quanto a este último aspecto, aliás, é evidente que qualquer organismo vivo (*e.g.* um animal, um inseto, um vegetal, ou uma bactéria) atua na natureza para garantir a sua sobrevivência. Não por outro motivo, aliás, Aristóteles e Arendt denominaram o homem que trabalha para sobreviver de *animal laborans*.

O trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao processo vital pelo trabalho. A condição humana do trabalho é a própria vida.<sup>232</sup>

Dessa forma, o trabalho como forma do processo vital de sobrevivência não se mostra necessariamente como algo menor, repugnante, mas se encerra na triste imagem do homem sem perspectivas, sem horizontes além da própria subsistência. Trata-se do homem escravizado não por outrem, mas pela sua própria condição de ser vivente. Tem-se aí um limite material ao dogma da dignidade da pessoa humana, uma vez que na barbárie impera somente a regra da sobrevivência, de modo que, em resumo, não se pode falar de humanidade como elemento distintivo ao indivíduo posto à sombra das próprias funções biológicas.

Ora, o homem que apenas subsiste, que não existe nem para si (*ser-para-si*) e tampouco para outrem, constitui uma noção aterradora quando se parte do pressuposto de que só ao homem cabe, por meio de sua arte e engenho, o poder de acrescentar ao meio natural (fenomênico) coisas não-naturais (artificiais), estabelecendo e estabelecendo-se, assim, no mundo de significantes, significados e valorações. Nas palavras de Marx:

Antes de tudo, o trabalho é um processo de que participam o homem e a natureza, processo em que o ser humano com sua própria ação impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza. Defronta-se com

<sup>231</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convention n. 29: Convention concerning forced or compulsory labour*, 28 jun. 1930. Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312174:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312174:NO)>. Acesso em 30 ago. 2012.

<sup>232</sup> ARENDT, op. cit., p. 8.

a natureza como uma de suas forças. Põe em movimento as forças naturais de seu corpo, braços e pernas, cabeça e mãos, a fim de apropriar-se dos recursos da natureza, imprimindo-lhes forma útil à vida humana. Atuando assim sobre a natureza externa e modificando-a, ao mesmo tempo modifica sua própria natureza. Desenvolve as potencialidades nela adormecidas e submete ao seu domínio o jogo das forças naturais. Não se trata aqui das formas instintivas, animais, de trabalho. Quando o trabalhador chega ao mercado para vender sua força de trabalho, é imensa a distância histórica que medeia entre sua condição e a do homem primitivo com sua forma ainda instintiva de trabalho. Pressupomos o trabalho sob forma exclusivamente humana. Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha supera mais de um arquiteto ao construir sua colméia. Mas o que distingue o pior arquiteto da melhor abelha é que ele figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo do trabalho aparece um resultado que já existia antes idealmente na imaginação do trabalhador. Ele não transforma apenas o material sobre o qual opera; ele imprime ao material o projeto que tinha conscientemente em mira, o qual constitui a lei determinante do seu modo de operar e ao qual tem de subordinar sua vontade. E essa subordinação não é um ato fortuito. Além do esforço dos órgãos que trabalham, é mister a vontade adequada que se manifesta através da atenção durante todo o curso do trabalho. E isto é tanto mais necessário quanto menos se sinta o trabalhador atraído pelo conteúdo e pelo método de execução de sua tarefa, que lhe oferece por isso menos possibilidade de fruir da aplicação das suas próprias forças físicas e espirituais.

Os elementos componentes do processo de trabalho são: 1) a atividade adequada a um fim, isto é o próprio trabalho; 2) a matéria a que se aplica o trabalho, o objeto de trabalho; 3) os meios de trabalho, o instrumental de trabalho.<sup>233</sup>

Arendt, todavia, versando sobre a mesma situação, denomina-a obra:

A obra é a atividade correspondente à não-naturalidade [unnaturalness] da existência humana, que não está engastada no sempre-recorrente [ever-recurrent] ciclo vital da espécie e cuja mortalidade não é compensada por este último. A obra proporciona um mundo ‘artificial’ de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras é abrigada cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a

---

<sup>233</sup> MARX, Karl. *O capital*. v. 1. pt. 3., J. Teixeira Martins e Vital Moreira (Trad.). Coimbra/Portugal: Centelha – promoção do livro, SARL, 1974. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1867/ocapital-v1/vollcap07.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Embora não se possa simplesmente negar certa criatividade ou mesmo imaginação a outros organismos vivos, ao menos hoje só ao homem a atividade junto à natureza se revela como elemento cultural e instrumento hábil à veiculação de uma cosmovisão, ou seja, da expressão, consciente ou subconsciente, de sua individualidade. Nos Manuscritos Econômico-filosóficos de 1844, Marx afirma: “O animal identifica-se com sua atividade vital. Ele não distingue a atividade de si mesmo. Ele é sua atividade. O homem, porém, faz de sua atividade vital um objeto de sua vontade e consciência. Ele tem uma atividade vital consciente. Ela não é uma prescrição com a qual ele esteja plenamente identificado. A atividade vital consciente distingue o homem da atividade vital dos animais: só por esta razão ele é um ente-espécie. Ou antes, é apenas um ser autoconsciente, isto é, sua própria vida é um objeto para ele, porque ele é um ente-espécie. Só por isso, a sua atividade é atividade livre. O trabalho alienado inverte a relação, pois o homem, sendo um ser autoconsciente, faz de sua atividade vital, de seu ser, unicamente um meio para sua existência.” (MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos* – Primeiro manuscrito. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1844/manuscritos/cap01.htm>>. Acesso em 30 ago. 2012).

transcender todas elas. A condição humana da obra é a mundaneidade [worldliness].<sup>234</sup>

A autora com isso faz uma inusitada<sup>235</sup> distinção entre trabalho e obra:

[...]. Ao contrário da atividade da obra [working], que termina quando o objeto está acabado, pronto para ser acrescentado ao mundo comum de coisas, a atividade do trabalho [laboring] move-se sempre no mesmo círculo prescrito pelo processo biológico do organismo vivo, e o fim de suas ‘fadigas e penas’ só advém com a morte desse organismo.<sup>236</sup>

Na lição de Arendt, o trabalho (*laboring*) é exercido pelo *animal laborans* tanto quanto por qualquer outro ser vivo na manutenção de sua vida: é o ganha-pão, pão que se come todos os dias e que tem, por isso, uma fugacidade quase fútil. Já o que ela chama de obra (*working*) corresponde ao artefato humano, à tentativa do *homo faber* de se fazer presente no mundo pela reificação de seus pensamentos, tornando-os coisa tangível<sup>237</sup>, e transcender a mortalidade de seu corpo através da perenidade da matéria.

Nesse passo, parece fundamental para compreensão da distinção arendtiana que se a contemple à luz da história, a qual se estabelece a partir da materialização do fenômeno humano, ou seja, de sua separação da pré-história pela invenção da escrita – pensamentos codificados inscritos em matéria. Porém, como o mundo cultural não tem a matéria como algo imprescindível<sup>238</sup>, ainda que a história sim, o que Arendt atribui à obra é

<sup>234</sup> ARENDT, op. cit., p 8.

<sup>235</sup> Ibid., p. 98

<sup>236</sup> Ibid., p. 121

<sup>237</sup> Ibid., p. 211.

<sup>238</sup> Eduardo Bittar (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001), versando sobre a semiótica, consiga que “[...] sobre a natureza (*physis*) se inscrevem os signos humanos; isso porque as palavras voam, a escrita permanece (*verba volant, scripta manent*). A obra intervém nesse sentido como forma de se conferir perenidade, ou resistência às ideias; o *corpus mechanicum* da obra passa a representar a própria permanência do pensamento, ou seja, do *corpus mysticum*, contra o devir da ignorância” (Ibid., p. 77). E destaca: “[...] a corporificação do pensamento não se resume à mera coisificação das idéias; sua função trespassa aquela outra documental, incumbindo ao *corpus* a perpetuação do diálogo entre o criador e a humanidade” (Ibid., p. 78). “Se a eternidade é o apanágio dos deuses, a imortalidade é o ópio dos homens; tornar-se imortal é menos fossilizar-se corporalmente entre homens e mais perenizar-se por sua recorrente presença espiritual. Esta presença é uma decorrência da lembrança, e a lembrança descola-se do estímulo mnemônico da existência de um ser; este estímulo mnemônico quem o faz é o *corpus*, sinal ainda vivo e latejante de que alguém no passado assim pensou, assim sentiu, algo disse ou aquilo fez. Entre a inalcançável eternidade do mito deítico dos gregos e a possível eternidade do espírito criativo humano, resta a esperança de que todo criador possa estar inter homines, senão pessoalmente, e esta é a característica da eternidade, ao menos *in memoriam*. A poética do *corpus* reside exatamente neste dado peculiar, qual seja, facultar ao homem uma potência que não é de sua natureza, mas que talvez o seja de uma natureza divina: a imortalidade. Ela aqui é evocação, simbologia, representação. De geração a geração, a obra gera-se e regenera-se num contínuo fluxo de fazimento e desfazimento; de cada contato, de cada interpretação, de cada ato de fruição, decorre a invocação de uma ordem semântica uma vez consignada por um sujeito que se fez homem entre homens por meio de seu *actus scribendi*.” (Ibid., p. 81). Bittar, porém, deixa claro que a Inquisição errou ao “acreditar que eliminando o *corpus* se extirpam as idéias” (Ibid., p. 80), de modo que não é porque na pré-história não existia uma escrita, que não existia um mundo cultural – e a existência de uma multiplicidade de símbolos, linguagens e línguas

mais do que o artefato humano, mas a marca de cada indivíduo sobre a Terra<sup>239</sup>. Ora, o *animal laborians*, diferentemente do *homo faber*, por se dedicar apenas à sobrevivência, não tem a oportunidade de deixar um legado terreno além dos próprios genes, de modo que nada haveria de ser inserido no mundo da cultura e tampouco na história da humanidade.

Por outro lado, como outrora visto, para Hegel é o trabalho que permite ao homem fazer-se coisa no mundo, sendo certo que se tal conceito não equivale ao de coisificação do indivíduo, não parece também confundir-se com a noção de reificação usada por Arendt, uma vez que Hegel não exige a aferição de um resultado material a tal processo. Ou seja, Hegel não distingue trabalho e obra, porque não insere entre eles nem uma condição de materialidade e tampouco de historicidade, bastando que se trate de atividade humana que sirva como forma do indivíduo fazer-se presente no mundo dos homens – ou, usurpando a expressão de Heidegger, de ser-aí-no-mundo.

Desta forma, sem que se faça necessário aderir à postura arendtiana<sup>240</sup>, pode-se dizer que o que distingue o *animal laborians* do *homo faber* é que, nas palavras de Sartre, este existe no mundo dos homens, pois é uma ser-para-si, e não um mero ser-em-si. Disto, obra e trabalho, enquanto conceitos abstratos e ideais, não se aplicam isoladamente à realidade, de modo que todo trabalho deveria ser não só meio de sobrevivência, mas forma de expressão da autêntica individualidade humana. Por este motivo é que o trabalho converte-se

---

não nos deixa pensar de outra forma. Assim, embora não se possa negar utilidade à distinção arendtiana, ela não parece adequada aos propósitos deste estudo, pois o artifício humano, ainda que em termos históricos mais amplos exija um substrato material para sua perenidade, não prescinde dele. Desta forma, idealmente, todo trabalho livre e consciente tende a converter-se em obra uma vez observado com algum distanciamento, porém nenhuma obra existe sem trabalho. Se na obra o homem edifica a própria obra para a História, com o trabalho ele edifica a si mesmo para si e para o mundo, podendo ou não entrar na história.

<sup>239</sup> Essa perspectiva historicista não é declarada por Arendt, mas intuída por este autor durante a leitura. De maneira reveladora, aliás, a autora cita Os trabalhos e os dias, de Hesíodo, em uma de suas notas iniciais: “O trabalho e a obra (ponos e ergon) são diferenciados em Hesíodo; só a obra é devido a Eris, a deusa da boa disputa (Os trabalhos e os dias 20-26), mas o trabalho, como todos os outros males, provém da caixa de Pandora (90 ss.) e é uma punição imposta por Zeus porque Prometeu, ‘o astuto, o traiu’. Desde então, ‘os deuses esconderam dos homens a vida’ (42 ss.), e sua maldição atinge ‘os homens comedores de pão’ (82). Além disso, Hesíodo aceita como natural que o trabalho, em uma fazenda, seja feito por escravos e animais domésticos. Louva a vida cotidiana – o que, para um grego, já é bastante extraordinário –, mas o seu ideal é o fazendeiro-cavaleiro, e não o trabalhador que fica em casa e mantém-se afastado tanto das aventuras do mar quanto dos assuntos públicos da ágora (29 ss.), cuidando apenas de sua vida.” (ARENDRT, op. cit., p. 102, nota 8). Verifica-se, pois, que a ideia de obra em Arendt tende a refletir um certo heroísmo, uma tentativa de escapar ao vazio e à aparente futilidade do mero existir. O mundo globalizado de hoje, porém, tão pequeno e tão vasto, gera celebridades instantâneas e leva feitos heroicos ao anonimato diariamente. Essa futilização parece ser algo muito mais ligado a uma autoconsciência e à busca de satisfação pessoal (*carpe diem*) do que uma simples negação àquelas atividades mais virtuosas. O heroísmo, assim, mostra ter cada vez menos peso na forma como os indivíduos percebem e administram suas curtas e imprevisíveis vidas sobre a Terra.

<sup>240</sup> A distinção entre obra e trabalho não estaria na mundaneidade, mas na perenidade em termos históricos. A obra não é só uma forma de expressão, mas uma forma de expressão que pretende imortalizar seu autor. A obra, mais do que o trabalho enquanto meio de se fazer presente no mundo, é uma forma de se fazer presente na história do mundo.

em um valor individual, um significante em busca de um significado particular e cotidiano, podendo ser considerado pelo indivíduo desde mera mercadoria até razão do seu viver.

Conforme analisa Christophe Dejours, à luz da psicodinâmica do trabalho, os julgamentos ainda que destinados a avaliar o fazer e não o ser do ego, ontologicamente, em um segundo momento, o ego está em condições de repatriar essa conquista obtida no registro do fazer para a realização do eu e da construção da pessoa ou da identidade:

Essas considerações permitem compreender como o julgamento do trabalho pode funcionar, no registro da subjetividade, como reconhecimento pelo outro. [...]. Na perspectiva de uma teoria do fator humano, esse ponto é absolutamente essencial: o reconhecimento é a forma específica da retribuição moral-simbólica dada ao ego, como compensação por sua contribuição à eficácia da organização do trabalho, isto é, pelo engajamento de sua subjetividade e inteligência. [...].<sup>241</sup>

Aliás, é justamente porque o indivíduo já não se identifica, não se reconhece e nem é reconhecido no produto/exercício do seu trabalho, que Karl Marx o reputa alienado, ou seja, algo que lhe é exterior, alheio, um outro. Assim, quando o homem aliena sua força de

---

<sup>241</sup> DEJOURS, Christophe. *O fator humano*. Maria Irene S. Betiol, Maria José Tanelli (Trad.). 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2002, p. 55-56. O autor aprofunda a questão em uma outra obra da seguinte maneira: “O sofrimento de uma pessoa, por exemplo, é herdeiro do sofrimento de seus pais. As marcas que cada pessoa carrega testemunham a incapacidade de seus pais para fazê-las transpor obstáculos que os próprios pais não conseguiram ultrapassar devido à sua própria psicose. O sofrimento do sujeito é herdado do sofrimento dos pais. O sofrimento, resulta da imaturidade inata do ser humano, é, portanto, ontologicamente primeiro e anterior ao trabalho. Mas, assim, o sofrimento também é expectativa. De certa forma, ele direciona o sujeito para o mundo, na esperança de encontrar, no mundo, alívio e quietude. Dizemos que o sofrimento no trabalho é expectativa com relação à auto-realização, ou seja, para ultrapassar os obstáculos que nossos pais não conseguiram nos fazer transpor. O sofrimento antecipa o futuro, prefigurando um futuro esperado. Entretanto, o sofrimento, tensionado entre o futuro e o passado, é vivido no presente. É no presente que se recapitulam o passado – o que deixa o sujeito enfermo – e o futuro – que alimenta ao mesmo tempo esperança e decepção. O sofrimento é assim, antes de tudo, um drama no sentido que o psicólogo e filósofo Politzer dá ao termo. O sofrimento, portanto, impele o sujeito no mundo e no trabalho, em busca das condições de auto-realização. Para o clínico do trabalho, essa busca assume a forma específica de luta pela conquista da identidade no campo social. Mas o sujeito não constrói sua própria identidade somente a partir de si mesmo: ele necessita do olhar, do julgamento do outro. A procura da identidade, a auto-realização, a expectativa que o sofrimento envolve são sempre, ao mesmo tempo, um engajamento no mundo intersubjetivo. Da perspectiva da psicodinâmica do trabalho, a conquista da identidade faz-se em dois registros: primeiro no amor, com construção da identidade no campo erótico; por outro lado, no trabalho, dando acesso à construção da identidade no campo social. É preciso, portanto, poder construir a identidade nos dois campos – erótico e social. Diferentemente da construção da identidade no campo erótico, a construção da identidade no campo social implica não somente a relação com o outro, mas também a referência a um terceiro termo – o real. O reconhecimento da identidade do sujeito no campo social não é direto; diz respeito à relação que o sujeito mantém com o real. Não se trata, portanto, de um julgamento direto do outro sobre o sujeito, que talvez dependa do amor, mas de um julgamento sobre a relação do sujeito com o real, que, neste caso, se dá no trabalho. O acesso ao real não é, nunca, imediato: supõe sempre uma instrumentalização, ou seja, um trabalho. O que o sujeito procura fazer reconhecido é o seu fazer e não o seu ser. Portanto, o reconhecimento da identidade no campo social é mediato. Somente depois de ter reconhecida a qualidade de meu trabalho é que posso, em um momento posterior, repatriar esse reconhecimento para o registro da identidade.” (DEJOURS, Christophe. *Conferências brasileiras: identidade, reconhecimento e transgressão no trabalho*. Ana Clara Fonseca Reis (Trad.); Maria Irene Stocco Betiol e Maria José Tonelli (Rev.Téc). São Paulo: Fundap: EAESP/FGV, 1999, p. 20-21).

trabalho, ele aliena uma parte de si, de modo que, se não reservar parte dessa força vital e de sua autonomia para fazer-se coisa no mundo, reduz-se novamente à situação de escravo<sup>242</sup>, apartando-se da sua condição de homem entre homens, ou seja, da sua humanidade.

Isso posto, conclui-se que o trabalho não só é forma do indivíduo fazer-se e manter-se presente no mundo (fenomênico e cultural) mas também, passando o próprio trabalho a ter significado, motivo e finalidade particulares em razão disso, transforma-se em maneira do indivíduo atribuir valor e significado ao mundo e a si mesmo. Anote-se, ademais, que esse aspecto existencial do trabalho humano é o motivo pelo qual muitos não ou não só, vivem do seu trabalho, como também para o seu trabalho<sup>243</sup>. O homem, portanto, atribui significado a seu trabalho e o trabalho dá sentido a sua vida – percepção esta apreendida sobretudo pela ideia de vocação.

O chamado de Deus, antes restrito aos sacerdotes, foi generalizado nas pregações de Lutero e Calvino, passando a significar o cumprimento de tarefas ou o exercício de dons divinamente designados, de modo que o sucesso nessas missões passa a servir de sinal da salvação celeste do homem. Assim, se o indivíduo não tem êxito no que faz, é porque não está realizando a vontade de Deus, razão pela qual deve tentar encontrar sua vocação em outras atividades – ainda que sem expressão econômica, conforme observou Calvino.

Contudo, se o protestantismo de maneira geral dava aval à livre busca pelas vocações, de outro lado era muito forte a pressão religiosa pelo trabalho como forma de louvor a Deus e salvação religiosa – indicada pela prosperidade terrena. Certamente está nesse contexto o advento de ditos populares como “o trabalho edifica o homem” ou “cabeça vazia, oficina do diabo”, dentre tantas outros que refletem justamente a secularização dessa moral religiosa – como ademais relatou Weber<sup>244</sup>. À luz dessa moral social, o trabalho é que confere dignidade e respeito ao indivíduo em sociedade, sendo-lhe reconhecido, pois, valor e virtude.

---

<sup>242</sup> Hannah Arendt conclui em sua obra *Condição Humana* pela vitória do animal laborans, pois, com a vigência do consumismo exacerbado, o próprio artifício humano perde seu significado, consumido que é pela própria compulsão pelo consumo. Nesse contexto, o homem continua a trabalhar infinitamente para consumir infinitamente. O homem torna-se escravo de si, não mais pela vida, mas pelo consumismo.

<sup>243</sup> Max Weber, em *Ciência e Política: duas vocações*, faz mais do que anotar o surgimento do político profissional, como se pode perceber do seguinte trecho: “Há duas formas de exercer política. Pode-se viver ‘para’ a política ou pode-se viver ‘da’ política. Nada há de exclusivo nessa dualidade. Até ao contrário, geralmente se faz uma e outra coisa simultaneamente, tanto na idealidade quanto na prática. Quem vive ‘para’ a política a transforma, no sentido mais profundo do termo, em ‘objetivo de sua vida’, seja porque encontra forma de gozo na simples posse do poder, seja porque o exercício dessa atividade lhe permite achar o equilíbrio interno e exprimir valor pessoal, colocando-se a serviço de uma ‘causa’ que dá significação à sua vida. [...]”. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Jean Melville (Trad.). Coleção a obra-prima de cada autor. v. 80. São Paulo: Martin Claret, verão 2002, p. 68

<sup>244</sup> WEBER. *A ética...*, op. cit., passim.

Saint Simon, como dito outrora, chega a alegar que o trabalho é a fonte de todas as virtudes, desde que destinada à utilidade social. Deste utilitarismo utópico a ética do trabalho chega aos extremos do positivismo totalitário<sup>245</sup>, fazendo desaparecer na ideia de puro dever o indivíduo e seus valores. Zygmunt Bauman, versando sobre esta ética do trabalho e as instituições panópticas do utilitarista Jeremy Bentham, anota:

[...]. Era a época da ética do trabalho – quando o trabalho, o trabalho duro e constante, era considerado ao mesmo tempo a receita de uma vida meritória, piedosa, e a regra básica da ordem social. Era também a época em que crescia sem parar o número de pequenos proprietários e artesãos incapazes de viver dentro do seu orçamento, enquanto as máquinas que os despojavam do seu meio de subsistência esperavam em vão por mãos dóceis e obedientes prontas a servi-las. E assim na prática e ideia de correção resumiu-se a colocar os internos para trabalhar – num trabalho útil e lucrativo. [...].<sup>246</sup>

[...] fossem quais fossem seus outros propósitos imediatos, as casas panópticas de confinamento eram antes e acima de tudo fábricas de trabalho disciplinado [...] [destinadas] a produzir homens ‘saudáveis, moderados no comer, acostumados ao trabalho, com vontade de ter um bom emprego, capazes do próprio sustento e tementes a Deus’.<sup>247</sup>

Não se pode dizer ao certo se a ética protestante impulsionou o capitalismo através da mobilidade social (como quer Weber) ou se a realidade capitalista encontrou na moral protestante um meio de estabelecer um mercado de trabalho (como quer Marx), a verdade é que a liberdade de escolha profissional acabou sendo adotada pelo liberalismo por

<sup>245</sup> “*Arbeit macht frei*” (o trabalho liberta) são os dizeres encontrados nos portões de entrada de vários campos de concentração do holocausto. A frase teria sido retirada do romance homônimo do nacionalista alemão Georg Anton Lorenz Diefenbach (1806-1883), podendo-se entrever nesta sua utilização não só um símbolo ideológico do regime nacional-socialista alemão como também um recado aos prisioneiros, considerados culpados da miséria alemã pós 1ª Guerra Mundial, notadamente judeus, cuja fama de usurários é sucintamente esclarecida por Moacyr Scliar (SCLIAR, Moacyr. Pequena história da usura. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 maio 1983. Banco de Dados Folha. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/moacyrscliar1.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>246</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Marcus Penchel (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 117.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 117-118. Sobre casas de correção, utilitarismo e panoptismo, vide também Foucault: “[...] todas essas instituições – fábrica, escola, hospital psiquiátrico, hospital, prisão – têm por finalidade não excluir, mas, ao contrário, fixar os indivíduos. A fábrica não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de produção. A escola não exclui os indivíduos; mesmo fechando-os; ela os fixa a uma aparelho de transmissão do saber. O hospital psiquiátrico não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de correção, a um aparelho de normalização dos indivíduos. O mesmo acontece com a casa de correção ou com a prisão. Mesmo se os efeitos dessas instituições são a exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. Trata-se de garantir produção ou os produtores em função de uma determinada norma.” E acrescenta “[...] É preciso que o tempo dos homens seja oferecido ao aparelho de produção; que o aparelho de produção possa utilizar o tempo de vida, o tempo de existência dos homens. É para isso e desta forma que o controle se exerce. São necessárias duas coisas para que se forme a sociedade industrial. Por um lado, é preciso que o tempo dos homens seja colocado no mercado, oferecido aos que o querem comprar, e compra-lo em troca de um salário; e é preciso, por outro lado, que este tempo dos homens seja transformado em tempo de trabalho. [...]” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (Trad.); Léa Porto de Abreu Novaes. et. al. (Supervis.). 2ª ed. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 114 e 116.)

ser algo coerente com o ideal de liberdade (liberalismo político) e à ideia de propensão natural da busca da ocupação mais vantajosa (liberalismo econômico).

Porém, se de um lado houve a mobilidade dos capitais, de outro o mercado de trabalho causou imobilidade social, obrigando o trabalhador a não mais trabalhar, mas a alienar simplesmente a sua força de trabalho a quem oferecesse melhor salário. A divisão do trabalho significou a separação entre o trabalhador e a sua liberdade de trabalho (meios de produção e autonomia). Isso fica claro quando Smith afirma que a diferença de talentos naturais em diferentes homens é, na realidade, muito menor do que se supõe e que a diversidade de profissionais não tem por causa a diferença de gênios mais do que os efeitos da divisão do trabalho<sup>248</sup>.

De fato, ainda que existam propensões genéticas, psíquicas, socioculturais e até mesmo espirituais ao exercício de dada atividade, um chamado jamais dirá respeito especificamente às ocupações que existam a dado tempo e lugar e nem mesmo será determinante em sua escolha. Ora, um índio de uma tribo isolada nos confins da Amazônia, embora possa sonhar todas as noites em tocar as estrelas, jamais conceberá o trabalho de um astronauta e nem o lazer de um turista espacial. A toda evidência, pois, a vocação é histórica, mundana, própria da cultura de dado tempo e lugar, a reunião casuística entre predisposição e oportunidade. Não por isso, contudo, a vocação deve ser tratada com descaso, tanto por força das críticas de Marx quanto pelas palavras de Weber, segundo o qual “para o homem, enquanto homem, nada tem valor a menos que ele possa executá-lo com entusiasmo”<sup>249</sup>.

De fato, ordinariamente, o indivíduo que se mostra exitoso em seu trabalho não só se sente pessoalmente feliz pelo objetivo alcançado, como o ficará também ao ser reconhecido pela sociedade – o que tende a refletir em sua autoestima, podendo influenciar inclusive no significado do trabalho em sua vida. Todavia, à imagem da moral religiosa da prosperidade, a atribuição de valor comumente não ou não só se opera pelo trabalho exercido mas pela repercussão social que implica. Disso, *bon vivant's* herdeiros de fortuna ganham admiração maior do que tantos outros mais dedicados, esforçados e exitosos. Daí que a dignidade reconhecida pela sociedade ao trabalhador muitas vezes não corresponde à

---

<sup>248</sup> SMITH, op. cit., loc. cit.

<sup>249</sup> Weber, porém, não se ilude: “[...] por mais intenso que seja esse entusiasmo, por mais sincero e mais profundo, apenas ele não bastará, absolutamente, para assegurar que se alcance êxito. Por certo, esse entusiasmo não passa de requisito da ‘inspiração’, que é o único fator decisivo. [...] [...] certamente, é necessário que algo ocorra ao espírito do trabalhador [...] já que, de outro modo, jamais ele será capaz de produzir algo que encerre valor. Não pode ser forçada tal inspiração. [...] Evidente está que, por si mesma, ela não passa também de um requisito. [...]”. (WEBER. *Ciência...*, op. cit., p. 32-33).

dignidade que o próprio indivíduo encontra em seu trabalho. Se aquela pode exercer efeitos benéficos ao trabalhador, esta se mostra essencial para o mesmo, enquanto pessoa humana.

Portanto, é sobretudo nessa perspectiva da moral social que o trabalho deve ser tratado de maneira muito criteriosa, não parecendo que a expressão *trabalho honesto*, da Constituição de 1934 e da Constituição de 1937, bem como as expressões *dever social*, na Constituição de 1937, e *obrigação social*, na Constituição de 1946, tenham a mesma natureza e finalidade que a expressão *valor social*, da Constituição de 1988.

Quando naquelas se diz trabalho honesto, está-se a referir a trabalhos lícitos e morais com objetivo moralizante; quando nas demais se refere a dever social e obrigação social, tem-se igualmente a intenção de veicular juridicamente um dever calcado em uma moral social. Porém, quando a Constituição de 1988 se refere ao trabalho como valor social, menciona a valorização do trabalho humano ou mesmo alude a uma primazia do trabalho na ordem social, não parece estar fazendo uma apologia rasa do trabalho como valor moral. Está sim constatando que a República estabelecida foi fundada, sobretudo econômica e ideologicamente, em dois valores vigentes na sociedade: o trabalho e a livre iniciativa. Trata-se, portanto, de uma República que pretende a superação do paradigma socialista-capitalista, reconhecendo como valores sociais (e não só moralmente) o trabalho e a livre iniciativa.

Essa percepção menos moral e muito mais política, ideológica e social do trabalho repercute na regulamentação da ordem econômica e financeira, em que a valorização do trabalho humano surge como contraponto à livre iniciativa, estando as condicionantes da justiça social e securitização da existência digna exercendo claramente muito mais pressão política e jurídica sobre a noção de liberdade econômica do que sobre o trabalho, que deve ser valorizado. Igualmente, a primazia do trabalho na ordem social não surge como noção de dever ou obrigação, mas como princípio a indicar o trabalho como principal meio e instrumento de transformação social, rumo ao bem estar social e à justiça social.

A toda evidência, essa latente ideologização do trabalho e da livre iniciativa – que embora não seja negligenciada, também não é adotada ou legitimada pela Constituição tanto de uma quanto de outra parte – deita raízes nas lutas sociais havidas em fins do século XIX, quando o trabalho não só se seculariza, desligando-se da noção religiosa de vocação, como se transforma: ou convertendo-se em força de trabalho (em abstrato); ou em relação de emprego (em concreto).

Isso se dá porque Smith e Marx não se valem das clássicas classificações do trabalho (intelectual, manual, bruto, industrial, moral, qualificado etc.), mas o dividem em trabalho produtivo e improdutivo – algo revolucionário no entender de Hannah Arendt:

[...] Uma vez que não é o próprio trabalho, mas o excedente da ‘força de trabalho’ humana (*Arbeitskraft*), que explica a produtividade do trabalho, a introdução desse termo [produtividade] por Marx, como Engels observou corretamente, constitui o elemento mais original e mais revolucionário de todo o seu sistema.<sup>250</sup>

Em que pese não haver dúvidas sobre “a fertilidade do metabolismo do homem com a natureza”<sup>251</sup> e o aperfeiçoamento dessa produtividade por meio da divisão do trabalho, a distinção talvez falhe pela pouca atenção ao que se poderia considerar trabalho improdutivo. Deveras, segundo Arendt, Smith insere nessa categoria todas as atividades que não deixam atrás de si algum vestígio ou valor<sup>252</sup>, por exemplo, as atividades domésticas.

Ora, ainda que se possa falar em trabalhos mais ou menos produtivos, não se pode considerar, *e.g.*, que os serviços do terceiro setor, por não produzirem resultado material, são improdutivos. Tampouco negar que os mesmos têm valor inclusive econômico. Bem por isso, em tempos de globalização, Negri e Hardt propõem a noção de trabalho imaterial:

[...]. Como a produção de serviços não resulta em bem material e durável, definimos o trabalho envolvido nessa produção como *trabalho imaterial* – ou seja, trabalho que produz um bem imaterial, como serviço, produto cultural, conhecimento ou comunicação. [...].<sup>253</sup>

Segundo lembra Prado, Marx, atento ao fetichismo sobre mercadoria no capitalismo, já teria reconhecido os serviços como uma expressão para o valor de uso particular do trabalho, útil enquanto atividade, e não como coisa – ponto no qual deixou de aprofundar-se pela insignificância da exploração capitalista dos serviços à época<sup>254</sup>. Todavia, essa distinção entre trabalho de resultado material (*e.g.* carpintaria, metalurgia etc.) e imaterial

<sup>250</sup> ARENDT, op. cit., p. 108-109.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 131. Conforme escreve Arendt, para Marx o trabalho era a “reprodução da vida do próprio indivíduo’ que lhe assegurava a sobrevivência, enquanto a procriação era a produção ‘de vida alheia’, que assegurava a sobrevivência da espécie.” (*Ibid.*, p. 131). Ora, quando Marx alude o trabalho como condição de reprodução da vida do próprio indivíduo e a procriação como condição de reprodução da espécie, não se pode negar que a obra em Arendt, o trabalho em Hegel, ou ao revés o próprio estranhamento em Marx referem-se, na verdade, à reprodução da cosmovisão do indivíduo. Em outros termos, o homem reproduz sua força vital, reproduz-se biologicamente e também reproduz-se culturalmente. As duas primeiras são comuns a todos os seres vivos, mas a última só no homem se verifica.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>253</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Berilo Vargas (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro, Record, 2006, p. 311. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=mLWpb\\_tAxPQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=mLWpb_tAxPQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 19 fev. 2012.

<sup>254</sup> PRADO, Eleutério Fernando da Silva. Pós-grande indústria: trabalho imaterial e fetichismo – uma crítica a A. Negri e M. Hardt. *Revista Crítica Marxista*. n. 17. Campinas: Editora Revan, 2003, p.109-130. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/critica17-C-prado.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

(*e.g.* performance coreográfica, serviços de assessoria, administração etc.) é essencial na atualidade, uma vez que a importância do setor de serviços, especialmente por sua repercussão econômica, é cada vez maior nos países industrializados e pós-industriais, marcando uma evolução do capitalismo e exigindo contrapartida crítica.

Daí porque a produtividade, uma vez ligada apenas à aferição de um resultado material sobre o qual recai a mais-valia (mercadoria), mostra-se incapaz de refletir adequadamente a realidade pós-moderna, obrigando a optar-se hoje por uma classificação menos materialista, qual seja, quanto à sua real e atual significação econômica. Veja-se que o trabalho de uma dona de casa zelosa nos afazeres domésticos, ainda que implique as mesmas atividades de um empregado doméstico, não terá o mesmo significado econômico. Da mesma forma, o que para alguns é lazer (*e.g.* passear com o cachorro, praticar um esporte), um hobby (*e.g.* colecionar objetos) ou pura vaidade (*e.g.* construir uma imagem pública de excelência), pode revestir-se de importância econômica para o indivíduo e a sociedade. Não se pode afastar também a existência de atividades com importância social ou mesmo política e que podem ou não, sob dada perspectiva, ser enquadradas como trabalho.

Em essência, tratam-se das mesmas atividades, mas é o valor econômico atribuído ao trabalho que implica a remuneração por sua prestação, haja ou não a aferição de resultado material. O fato é que, na atualidade, as mais diferentes atividades humanas podem ser consideradas trabalho, sendo sua relevância econômica o fator preponderante nessa sua hodierna caracterização. De maneira muito simples: se alguém faz algo porque está sendo pago, tem a perspectiva de que será, poderia ou deveria de fato ser pago, isto é trabalho.

Vale ressaltar, assim, que não se pode resumir o trabalho àquele exercido dentro de uma relação de emprego, merecendo reconhecimento o trabalho do empresário, do autônomo, do voluntário, enfim de todos aqueles que exercem atividade de potencial relevância econômica, quer assumindo seus riscos, quer vendendo sua força de trabalho, quer fazendo-o por subsistência, prazer, obrigação, necessidade ou outro motivo qualquer.

Nota-se, portanto, que na fetichização havida entre capital e trabalho algo muito importante se perdeu. Esta ideologização do discurso, típica de diplomas legislativos do início do século passado – como a Consolidação das Leis do Trabalho brasileira – não parece ser mais necessária, útil ou de qualquer outro modo desejável nos dias de hoje em que a própria pretensão de superação do binômio capitalista-socialista mostra-se anacrônica dada a força das transformações que o mundo sofre nesse limiar do século XXI. É verdade que se luta atualmente em prol de um mundo mais livre, justo, solidário, humano e digno em uma

sociedade profundamente transformada, cada vez mais desigual e que ao mesmo tempo ainda não adimpliu compromissos assumidos no passado, porém novos desafios se impõem de forma a exigir novas perspectivas e soluções.

Nesse passo, não se pode negar que as ideologias igualitaristas exerceram um papel fundamental na conquista do Estado Social de Direito, tendo se mostrado sobretudo indispensáveis na revelação do trabalho como um *locus* de participação política privilegiado. Foi a partir das organizações sindicais que surgiram os primeiros partidos políticos de massa, obrigando os Estados ao reconhecimento do direito de associação (*e.g.*, a revogação da Lei Le Chapelier) e assim transformando o sistema político democrático da contemporaneidade de um regime de sucessão de elites para um regime de concorrência de elites.

Isso revela que o trabalho não só é meio do homem subsistir na natureza ou de existir fazendo-se coisa no mundo, como também lhe dá o poder de efetivamente ser homem entre homens uma vez imbuído de um mínimo de consciência política, convertendo seu trabalho em instrumento de ação política<sup>255</sup>. Toda iniciativa humana, inclusive o trabalho ou a inação, pode ganhar dimensão política, desde que contextualizada como atitude dotada de consciência política. E é por não existir atitude política sem consciência política que a politização do trabalhador através da crítica ao trabalho revelou-se o primeiro passo da evolução do paradigma pluralista, rumo à construção das atuais democracias participativas.

A humanidade sobreviveu aos totalitarismos e recuperou parte da humanidade e dignidade antes perdidas, inclusive no trabalho, sendo raro hoje o trabalho industrial típico do século XIX que não tenha sido objeto de mecanização ou esteja em vias de ser mecanizado. Hannah Arendt, porém, observando que trabalho e consumo são dois estágios de um mesmo processo, alerta que a utopia de Marx de ver a emancipação do homem em relação ao trabalho, ainda que tornada realidade, poderia implicar a mudança de proporção entre trabalho-consumo até o ponto em que o homem só se dedicaria a consumir:

[...]. O consumo isento de dor e esforço não mudaria o caráter devorador da vida biológica, apenas o aumentaria até que uma humanidade completamente ‘liberada’ dos grilhões da dor e do esforço estivesse livre para ‘consumir’ o mundo inteiro e reproduzir diariamente todas as coisas que desejasse consumir. A quantidade de coisas que apareceriam e desapareceriam a cada dia e a cada hora no processo vital de tal sociedade

---

<sup>255</sup> “A ação, única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Embora todos os aspectos da condição humana tenham alguma relação com a política, essa pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política. [...]” (ARENDR, *op. cit.*, p. 8)

seria, na melhor das hipóteses, irrelevante para o mundo, caso o mundo e o seu caráter-de-coisa pudessem suportar o dinamismo negligente de um processo vital inteiramente motorizado. O perigo da futura automação não é tanto a tão deplorada mecanização e artificialização da vida natural, quanto o fato de que, a despeito de sua artificialidade, toda a produtividade humana seria sugada por um processo vital enormemente intensificado e seguiria automaticamente, sem dor e sem esforço, o seu ciclo natural sempre-recorrente. O ritmo das máquinas aumentaria e intensificaria enormemente o ritmo natural da vida, mas não mudaria, apenas tornaria mais mortal a principal característica da vida em relação ao mundo, que é a de minar a durabilidade.<sup>256</sup>

E acrescenta:

[...]. A era moderna trouxe consigo uma glorificação teórica do trabalho, e resultou na transformação factual de toda a sociedade em uma sociedade trabalhadora. Assim, a realização do desejo [de liberação das ‘fadigas e penas’ do trabalho], como sucede nos contos de fadas, chega num momento em que só se pode ser contraproducente. É uma sociedade de trabalhadores a que está para ser libertada dos grilhões do trabalho, uma sociedade que já não conhece aquelas outras atividades superiores e mais significativas em vista das quais essa liberdade mereceria ser conquistada. [...]. O que se nos depara, portanto, é a perspectiva de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta. Certamente nada poderia ser pior.<sup>257</sup>

Ou seja, em uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, o homem despenderia seu tempo consumindo desenfreadamente, fazendo perder qualquer sentido a reificação pelo artifício humano e deixando de lado “aquelas outras atividades superiores e mais significativas”<sup>258</sup>, como a política. Contudo, entre a visão do futuro que Arendt tinha a partir do hemisfério norte do planeta e a realidade constatada às portas do século XXI está o processo de globalização, que não só abriu as portas do mundo ao capital transacional como elevou a nível mundial a competição (e imobilidade) no mercado de trabalho.

Os problemas são outros: a qualificação exigida tem aumentado à mesma proporção que a especialização dos ofícios e profissões existentes. Igualmente, para atender um mercado consumidor insaciável e cada vez mais exigente, tem-se apelado à criatividade e à flexibilidade do trabalhador. De outra sorte, atualmente os sindicalismos estão enfraquecidos, pois o ritmo alucinado da modernidade líquida permite ao homem ter um emprego, mas dificilmente lhe permite ter uma profissão, de modo que, se não há condições de formar uma consciência de classe, o sindicato perde sua razão de ser. Nenhum problema, porém, se mostra mais preocupante que a falta de oportunidades no mercado de trabalho.

---

<sup>256</sup> ARENDT, op. cit, p 163.

<sup>257</sup> Ibid., p. 5-6.

<sup>258</sup> Ibid., loc. cit.

Bauman, relacionando as casas de correição panópticas e a evolução das atuais instituições prisionais, revela um contingente humano que não encontra trabalho e por isso não produz e nem consome, que se encontra confinado às margens da civilização:

[...]. Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar e neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’.

A pressão, hoje, é para romper os hábitos do trabalho regular, permanente, cronometrado, fixo – o que mais significaria o lema do ‘trabalho flexível’? A estratégia recomendada é fazer os trabalhadores esquecerem, não aprenderem, o que quer que pretendia ensinar-lhes a ética do trabalho nos dias dourados da indústria moderna. A mão-de-obra só pode tornar-se realmente ‘flexível’ se os empregados, efetivos ou em perspectiva, perderem os hábitos adquiridos do trabalho cotidiano, dos turnos diários, de um local permanente de trabalho e de uma empresa com colegas fixos; [...].<sup>259</sup>

A crítica, neste caso, se reveste de maior dificuldade em países de industrialização tardia ou em desenvolvimento, cujas peculiaridades são ímpares. Nada obstante, o fato é que a centralidade do trabalho nas sociedades está sendo posta em dúvida.

Seja como for, ainda que surjam novos conceitos ou novas classificações das atividades humanas, ainda que o paradigma de um novo modo de produção se baseie no consumo e não no trabalho, o certo é que o indivíduo sempre buscará um meio de sobreviver na natureza, uma forma de expressar sua cosmovisão e mesmo de externar-se politicamente. E sempre que isso se mostrar necessário, útil ou de qualquer forma desejável, sempre que isso tiver um motivo, revelar um significado, atribuir um significado ou apontar para um dado fim, o homem irá atuar para satisfazer esses objetivos e encontrará neste trabalho a si próprio.

Não é de se espantar, portanto, que o trabalho em sua essência somente ganha contornos e conteúdo sob a perspectiva do indivíduo que trabalha, mostrando-se, porém, sempre como algo inerente, em maior ou menor extensão, ao existir humano na natureza, no mundo e entre homens. De outra forma e por tudo quanto exposto, não nos pareceria possível compactuar com a constatação de Ricardo Antunes, pela qual “uma vida cheia de sentido fora do trabalho supõe uma vida dotada de sentido dentro do trabalho”<sup>260</sup>.

#### 2.4 Direito de inclusão e direito ao trabalho: ordem jurídica e políticas públicas.

---

<sup>259</sup> BAUMAN, op. cit., p. 119-120.

<sup>260</sup> ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, São Paulo: Boitempo, 1999, p. 137.

Quando perguntamos a crianças o que elas gostariam de ser quando crescer, na verdade questionamos que papel elas querem desempenhar no mundo, quais seus objetivos e valores. Umas dirão médico para salvar vidas, outras, astronauta, para ir à Lua, outras ainda dirão professor, bombeiro, empresário, etc., todos a intuir atividades atinentes à própria felicidade e ao bem comum. Mesmo aquele que desejar simplesmente ser rico não se atrasará em imaginar formas de empregar o seu tempo, seu dinheiro e suas habilidades. Com o passar dos anos alguns encontrarão um emprego, mas não uma vocação; outros encontrarão por acaso sua felicidade em um emprego que jamais imaginaram existir; outros tantos não encontrarão seu chamado, ao passo que alguns não encontrarão tão apenas uma vocação. A todos, porém, socorrerá sempre o sonho de encontrar seu lugar e o seu papel no mundo.

De fato, não se pode sustentar a quimera de que o Estado ou a sociedade poderão um dia assegurar a todos a realização desse sonho, tampouco de que tal situação seja permanente ou duradoura ante a constante insatisfação humana. De outro lado, porém, qualquer possibilidade de efetivação dessas expectativas, inclusive sua concepção, passa necessariamente pela garantia daquele conteúdo mínimo e intangível (embora em seu sentido mais lato) necessário à existência digna e, por isso, protegido sob a forma de direitos humanos ou fundamentais. Este evidente paradoxo coloca o direito ao trabalho no interior daquele aludido processo dialético fundamental, estabelecido entre condições materiais de vida digna e as instituições jurídico-políticas de cidadania, exigindo da sociedade e dos centros de poder soluções recíprocas a cada nova quadra da história.

Aranha, tendo em foco as pessoas com deficiência, não só resume as percepções do trabalho conforme referido no tópico anterior, apresentando-o como instância elementar à formação da identidade pessoal e social dos indivíduos e à conquista da sua consciência de dignidade e cidadania, como destaca os limites que a exclusão lhes impõe:

O aspecto fundamental aqui ressaltado, é que é no contexto das relações sociais do trabalho que o homem atua na realidade, modifica-a, transforma-se e constrói sua identidade pessoal e social.

Numa sociedade em que as relações de produção são organizadas de tal forma, que o homem se apropria do processo de criação, ele é valorizado, cresce em autonomia, em consciência da cidadania, enfim, humaniza-se cada vez mais.

Por outro lado, em uma sociedade em que as relações de produção são organizadas de forma a utilizar-se mecanicamente do fazer do homem, e não do seu pensar e ativa participação, instala-se um processo de coisificação, no qual o homem desenvolve o sentimento de menor valia, de impotência, de membro social de segunda categoria.

Tem-se, portanto, o trabalho, a atividade desenvolvida no contexto de relações sociais de produção, determinante essencial da formação da identidade pessoal e social do indivíduo, bem como de sua auto-estima e consciência de dignidade.

Ao refletir sobre essas questões, tendo como foco da análise o processo histórico da relação das sociedades com as pessoas com deficiência, o estado permanente de segregação e de exclusão a que estas foram submetidas tem determinado limites claros para seu desenvolvimento e praticamente impossibilitado a construção de uma identidade positiva, de consciência crítica e do exercício da cidadania.<sup>261</sup>

Realmente, não é preciso ir muito a fundo na realidade material para perceber que o cerceamento deste direito de dignidade e cidadania, uma vez focado através do direito humano e fundamental ao trabalho, mostra-se desde muito cedo presente quando, *e.g.*, surgem dúvidas sobre se um garoto negro pode vir a ser presidente, se uma moça pode ser militar, se um rapaz pode ser bailarino, se um menino com deficiência pode ser professor, esportista, astronauta etc. Como já visto, é principalmente em função desse descrédito social integral e generalizado (estigma), criado pela imposição da normalidade e a consequente negação do direito à diferença, que por vezes se impõe assegurar com mais veemência e efetivar por meios diferentes dos habituais os direitos fundamentais às minorias<sup>262</sup>.

Nesse passo, quando a Constituição prevê o direito ao trabalho e o valor social do trabalho, tais se colocam juridicamente como princípio, um mandamento de otimização<sup>263</sup>, um ideal vinculado ao indivíduo enquanto valor-fim, ou seja, como um elemento daquele “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana”<sup>264</sup>. É nesse contexto que o trabalho surge como elemento estruturador, ao lado da livre iniciativa, das ordens social, econômica e financeira, destinadas à promoção do bem-estar social, da justiça social e da garantia da existência digna a todos. Tem-se, portanto, um conceito amplíssimo de trabalho.

<sup>261</sup> ARANHA, Maria Salete Fábio. *Trabalho e emprego: instrumento de construção da identidade pessoal e social* – por Maria Salete Fábio Aranha. Série Coleção Estudos e Pesquisas na Área da Deficiência. v. 9. São Paulo: SORRI-BRASIL; Brasília: CORDE, 2003. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/arquivos/pdf/Trabalho\\_e\\_Emprego.pdf](http://portal.mj.gov.br/corde/arquivos/pdf/Trabalho_e_Emprego.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2012, p. 8.

<sup>262</sup> Especificamente em relação ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência, a ONU estima que 386 milhões de integrantes da população economicamente ativa no mundo têm alguma deficiência, sendo que o desemprego entre essas pessoas em alguns países chega a mais de 80% (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Fact sheet...*, op. cit., loc. cit.). No Brasil, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) informa que dos 44,1 milhões de vínculos formais ativos em 2010, 306 mil foram declarados ocupados por pessoas com deficiência, significando apenas 0,7% do total de vínculos empregatícios (BRASIL. *Características do emprego formal segundo a relação anual de informações sociais – 2010*: RAIS 2010. Brasília: MTE, 2010. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/rais/2010/arquivos/Resultados\\_Definitivos.pdf](http://www.mte.gov.br/rais/2010/arquivos/Resultados_Definitivos.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>263</sup> ALEXY, op. cit., p. 90 et seq.

<sup>264</sup> JOÃO XXIII, op. cit., loc. cit.

Quando o diploma constitucional, porém, prossegue no artigo 7º, especificando vários direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o que se percebe é que a abrangência e titularidade dos direitos ali previstos é altamente variável<sup>265</sup>, inclusive por força das leis que os regulamentam. Por isso, muitas vezes acaba-se versando apenas sobre o trabalho em sentido estritíssimo<sup>266</sup>, assim concebido como força de trabalho (abstrato) oferecida no mercado de trabalho ou relação de emprego (concreto). Por vezes, incide de forma direta sobre o trabalho em sentido estrito, qual seja, correspondente ao trabalho remunerado com significação econômica, para fins de obtenção dos meios de sobrevivência (autônomo, avulso, empresário individual etc.); por outras, percebe-se o trabalho tomado em sentido amplo, aquele que, remunerado ou não, é exercido sem fins de obtenção dos meios materiais de sobrevivência (aprendiz, voluntário etc.). Ademais, todas estas extensões do trabalho são observadas simultaneamente no universo jurídico brasileiro a par de tantas outras que o uso da língua possibilita, exigindo prudência do intérprete.

Em que pese sua fundamentalidade (historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, relatividade, universalidade e aplicabilidade imediata), o trabalho não é um direito indisponível, de forma que se coloca sobretudo como uma liberdade<sup>267</sup>: a de fazer pleno uso de sua força de trabalho, inclusive na escolha e exercício de qualquer trabalho, ofício, profissão, emprego etc. Não é, porém, uma liberdade plena, posto que condicionada às qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, da CR/88) – o que tem por objetivo sobretudo acautelá-lo dos riscos que certas atividades impõem a

---

<sup>265</sup> É o caso, *e.g.*, do próprio parágrafo único do art. 7º, destinado aos trabalhadores domésticos.

<sup>266</sup> Importante destacar que embora o trabalho não se confunda com emprego, tampouco com emprego assalariado, a proteção conferida pelo Estado ao trabalhador pauta-se pelo mínimo existencial, assim estabelecido segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, reconhecendo-se o emprego assalariado como um formato mínimo de trabalho economicamente relevante dentro das sociedades capitalistas ocidentais e ocidentalizadas, torna-se este a pedra de toque para as políticas de proteção do trabalhador, a assegurar-lhe uma existência digna. Nesse rumo estão a proteção da relação de emprego, o seguro contra o desemprego involuntário, a jornada de trabalho regulamentada, descanso semanal remunerado, férias, licenças, auxílios, remuneração variável conforme jornada, horas extras, categorias profissionais etc., mas principalmente a garantia de um salário nunca inferior ao salário mínimo capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Ou seja, o trabalho, mesmo através de seu formato mínimo, está intimamente relacionado não só à noção de subsistência, mas à de existência digna, única finalidade da ordem econômica, estando esta pautada pelos ditames da justiça social e princípios dentre os quais está a busca do pleno emprego.

<sup>267</sup> Embora o artigo 59 do Código Penal brasileiro ainda preveja a figura típica de vadiagem – “Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita” (BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, 7 dez. 1940* – Código Penal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012) – à exemplo do crime de mendicância (Lei nº 11.983/2009) o legislador age para sua expulsão da ordem normativa através do Projeto de Lei nº 4.668/2004 da Câmara dos Deputados.

terceiros, à sociedade e aos próprios trabalhadores envolvidos, constituindo crime o exercício ilegal de profissão (art. 47 do CP<sup>268</sup>).

Evidentemente, tratando-se de um direito universal, são seus titulares todas as pessoas – ainda que sob diferentes aspectos. Sua efetivação está, *e.g.*, para as crianças, na garantia a todos de uma educação cuja abrangência e qualidade permita recursos educacionais mínimos para concorrer a uma vaga no mercado de trabalho<sup>269</sup>. Assim, se o ensino obrigatório fornecido gratuitamente pelo Estado não permite a um indivíduo obter qualquer posto de trabalho, não se efetiva nem o direito à educação nos contornos assumidos e tampouco o direito ao trabalho, enquanto condição de possibilidade a uma vaga de trabalho. Um idoso também tem direito ao trabalho, posto que eventual direito à aposentadoria não lhe impede do exercício deste direito, tendo se tornado comum o retorno ao trabalho de idosos aposentados<sup>270</sup>. Vale dizer também que às mulheres existe uma gama de direitos reconhecidos, como a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII da CR/88), contemplando justamente seu direito ao trabalho em harmonia à sua condição de mulher. Outro, ademais, não é o fundamento dos incisos XXX e XXXI do art. 7º da CR/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Em que pese o mencionado dispositivo, em seu caput, se refira a direitos dos trabalhadores, como se o *status* de trabalhador fosse condição *sine qua non*, a verdade é

<sup>268</sup> Reza o art. 47: “Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.” (BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848.*, op. cit., loc. cit).

<sup>269</sup> De outra forma não dispõe a Constituição, que em seu artigo 205, prevê que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, além de sua qualificação para o trabalho, sendo dever do Estado (art. 208) a garantia da educação infantil às crianças até 5 anos de idade, do ensino fundamental obrigatório e gratuito, a progressiva universalização do ensino médio gratuito, assegurando-se, ainda, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, dentre outros. Ademais, quando o artigo 210 dispõe sobre a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, visando assegurar uma formação básica comum, o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, outro não pode ser o entendimento senão de que tais conteúdos mínimos, de formação básica comum, necessariamente devem corresponder aos requisitos elementares aos objetivos fixados no art. 205.

<sup>270</sup> Mesmo a aposentadoria compulsória do servidor público maior de 70 anos (art. 40, II, da CR/88) não implica necessariamente a negativa de direito ao trabalho, podendo o mesmo vir a exercer outras atividades na iniciativa privada. Claro que estas atividades provavelmente não lhe trarão a mesma satisfação que o trabalho a que estava habituado, porém aí impõe-se novamente uma ponderação entre o direito ao trabalho do indivíduo, sua integridade física e mental e as exigências do serviço público.

os mencionados incisos destinam-se a todas as pessoas, tomando-se, porém, o trabalho em seu sentido estritíssimo, qual seja, exercido dentro de uma relação de emprego<sup>271</sup>. Mas, como ficou claro, se o direito ao trabalho não se encerra na mera inclusão no mercado de trabalho, já que não basta à dignidade humana alienar sua força de trabalho, colocando-a à disposição do capital, não é menos verdade que a efetivação deste mesmo direito pelo Estado e pela sociedade não se resume a medidas de não-discriminação.

Nesse passo, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, Alexy ensina que quanto aos direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas (abstenção) correspondem aos chamados direitos de defesa<sup>272</sup>. Neste âmbito, o Estado não pode obrigar alguém a trabalhar (art. 5º, XLVII, 'c', da CR/88). Poderia ele, porém, intervir impedindo o trabalho?

Mesmo atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece (art. 5º XIII CR/88), o direito ao trabalho, inclusive em sua faceta de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, não se impõe de maneira absoluta. É que, além da proteção do indivíduo e da sociedade, as ponderações sobre a extensão dessa liberdade de trabalho e a eventual afronta a outros valores protegidos normativamente se impõe. Isso ficou claro, *e.g.*, no caso da gincana televisiva francesa de arremesso de anão, em que o ganhador era o que arremessasse um indivíduo com nanismo mais longe. Em que pesem todos os protestos de produtores e das próprias pessoas com tal deficiência envolvidas, em comunicação movida contra a proibição da atividade pelo Estado francês, o Comitê de Direitos Humanos da ONU entendeu que a vedação estatal “não constitui medida abusiva senão necessária a fim de proteger a ordem pública, a qual põe em debate considerações sobre a dignidade da pessoa humana compatíveis com o Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos]”<sup>273</sup>. Para fins de inserção crítica, escapando a moralismos rasos e guardadas as circunstâncias, peculiaridades e proporções, deve-se ponderar no mérito da causa que a atividade de palhaços, bobos e bufões, profissionais do sexo ou mesmo de artistas que desafiam a morte, *e.g.*, parece não ter incomodado tanto as autoridades estatais ou a ordem pública. Como se verá adiante, esse tipo

---

<sup>271</sup> Nota-se, ademais, que a única diferença entre os incisos XXX e XXI é a omissão deste último em relação à discriminação quanto ao exercício de funções, o que, como poderá se verificar ao longo do estudo, se justifica à luz da ponderação entre eventuais limitações e barreiras encontradas, mas sempre, obviamente, à luz da razoabilidade.

<sup>272</sup> ALEXY, op. cit., p.193-201, *passim*.

<sup>273</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Communication n. 854/1999 – CCPR/C/75/D/854/1999*. France: Human Rights Committee, 26 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/09d49050a9b34aaac1256c6e0031b919?Opendocument>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

de avaliação insere-se no delicado contexto do politicamente correto, requerendo atenção dobrada tanto dos formadores de opinião quanto dos aplicadores do direito.

De outro lado, como prossegue Alexy, os direitos em face do Estado a uma ação positiva (ação) coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de direitos a prestações. Isso porque os direitos a prestações do Estado podem ser divididos em três grupos: a organização e procedimento, a proteção e a prestações em sentido estrito.

Como afirma Alexy, “procedimento são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado”<sup>274</sup>, “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”<sup>275</sup>. Assim é que a um direito ao voto, cumpre ao Estado tornar seu exercício possível com uma dada organização e mediante dado procedimento. O mesmo diga-se quanto à avaliação e certificação de pessoas reabilitadas profissionalmente<sup>276</sup>.

Quanto ao direito a proteção, diz respeito às situações em que o indivíduo tem o direito subjetivo de que o Estado o proteja contra intervenções de terceiros em sua esfera de direitos fundamentais. A exemplo, ao fiscalizar o exercício profissional, o Estado protege a saúde e a segurança dos cidadãos, bem como, por meio das Delegacias do Trabalho, pretende, principalmente nas relações de emprego, proteger os direitos do trabalhador. O Ministério Público do Trabalho também exerce o dever de proteção do Estado quando lhe é atribuído o poder-dever de fiscalizar o cumprimento das cotas nas empresas<sup>277</sup>.

Por fim, segundo Alexy, direitos a prestações em sentido estrito são os direitos do indivíduo em face do Estado, “a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter

<sup>274</sup> ALEXY, op. cit., p. 473.

<sup>275</sup> Ibid., p. 473.

<sup>276</sup> BRASIL. *Instrução Normativa INSS/PRESS n. 118, 04 nov. 2010*. Brasília: Dataprev, [s.d.]. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/INSS-PRES/2010/118.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>277</sup> Outro exemplo é o artigo 8º da Lei n. 7.853: “Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência; III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho; IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência; V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei; VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.” (BRASIL. *Lei n. 7.853, 24 out. 1989*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

de particulares”<sup>278</sup>. Equivalem em estrutura e conteúdo aos chamados direitos fundamentais sociais, admitindo, por isso, a sinonímia: são os direitos à saúde, à educação, à educação profissionalizante, à habilitação e reabilitação profissional, dentre outros.

Mas, e quando o Estado vem a omitir-se legislativamente, falsear a proteção devida ou a negar a efetivação dos direitos sociais? Ora, em um bom sistema constitucional de freios institucionais e contrapesos políticos os órgãos estatais não só exercem fiscalização sobre seus atos como uns sobre os outros, de forma que, se o Estado vir a negar a tutela estatal, no limite, à própria tutela jurisdicional, mesmo sob eventual pressão internacional, ainda restarão ao povo as urnas. Por fim, se mesmo estas forem corrompidas, serão as ruas, berço e túmulo constitucional, a última instância da justiça e da democracia.

Fugindo, porém, a este quadro aterrador, viu-se que uma consequência direta da Era dos Direitos e do neoconstitucionalismo tem sido a constitucionalização da política e com ela, o destaque ao exercício da jurisdição constitucional pelo Estado-Juiz. O grande problema destacado por Alexy, assim, não tange aos instrumentos disponíveis ao cidadão quando o Estado vem a omitir-se legislativamente, falsear a proteção devida ou negar a efetivação dos direitos sociais, mas é determinar quando de fato isso acontece.

Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental diferença teórico-estrutural. [...]. Se é proibido destruir ou afetar negativamente algo, então, toda e qualquer ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida. De outro lado, se é obrigatório proteger ou fomentar algo, nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar. Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma boia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é ou a primeira ou a segunda ou a terceira ação. Mas isso significa que, se não houver motivos restritivos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem uma discricionariedade, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever. E o termo ‘discricionariedade’ é o termo decisivo no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos a ações positivas.<sup>279</sup>

Sobre esta justiciabilidade das políticas públicas, Alexy entende que os direitos fundamentais constitucionais “são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode

---

<sup>278</sup> ALEXY, op. cit., p. 499.

<sup>279</sup> Ibid., p. 461-462.

ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”<sup>280</sup>, de forma que “a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”<sup>281</sup> – um exercício que somente pode ser realizado à luz do caso concreto, conforme, ademais, constatou-se no primeiro capítulo deste estudo<sup>282</sup>.

O ponto de interesse aqui reside na forma como os governos têm exercido esta discricionariedade estrutural na criação e execução das políticas públicas vinculadas aos direitos à inclusão e ao trabalho da pessoa com deficiência – sobre o qual pode eventualmente recair o controle de juridicidade dos Tribunais (justiciabilidade).

---

<sup>280</sup> ALEXY, op. cit., p. 511.

<sup>281</sup> Ibid., p. 512.

<sup>282</sup> Alexy, neste sentido, ilustra sua tese com exemplos acerca do direitos fundamental social ao trabalho: “Dentre as inúmeras objeções contra os direitos fundamentais sociais, as principais podem ser agrupadas em dois argumentos complexos, um formal e um substancial. O argumento *formal* aponta para um dilema: se os direitos fundamentais sociais forem vinculantes, eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional; se eles não forem vinculantes, eles implicam uma violação da cláusula de vinculação do art. 1º, §3º, da Constituição alemã. O ponto de partida desse argumento é a tese de que os direitos fundamentais sociais ou não são justiciáveis ou o são apenas em pequena medida. Essa tese pode basear no fato de que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados. Qual é, por exemplo, o conteúdo de um direito fundamental ao trabalho? A escala de possíveis interpretações vai desde um direito utópico de todos a qualquer trabalho que se deseje, em qualquer lugar e em qualquer momento, até um direito compensatório a um auxílio-desemprego. Mas qual deve ser o valor desse auxílio? Os problemas dos outros direitos fundamentais sociais não são muito diferentes. [...] [...] se o direito não fornece esses critérios suficientes, então, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política. Mas isso significaria que, segundo os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do ‘legislador diretamente legitimado pelo povo’. A partir dessa ideia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido. [...] O argumento substancial contra os direitos fundamentais sociais sustenta que eles são incompatíveis – ou, ao menos, colidem – com normas constitucionais materiais. [...] A colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade é especialmente clara no caso do direito ao trabalho. Em uma economia de mercado, o Estado tem controle apenas limitado sobre o objeto desse direito. Se ele quisesse satisfazer diretamente um direito de cada desempregado a um posto de trabalho, ele teria que ou empregar todos os desempregados nos serviços públicos existentes, ou restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho. [...] Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais. Com frequência fala-se [...] também de uma colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Nesse sentido, afirma-se que um direito ao trabalho implica um dever de trabalhar. Embora a vinculação entre um direito ao trabalho e um dever de trabalhar seja frequente, ela não é necessária. Um Estado que introduza um direito ao trabalho pode abdicar de um dever de trabalhar, mesmo que esteja interessado em que o máximo possível de cidadãos trabalhe. O interesse em trabalhar, sobretudo o interesse em um salário, pode ser, para um número suficiente de cidadãos, um incentivo suficiente para exercer o direito ao trabalho. No entanto, algo distinto pode ser verdadeiro se o direito ao mínimo existencial já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele. Por fim, devem ser mencionadas as colisões de direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais sociais, bem como as colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos. Um exemplo das primeiras é a colisão entre um direito ao trabalho e um direito ao meio ambiente. Já as colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos, como, por exemplo a defesa nacional, decorrem do fato de que a realização de ambos exige uma parte considerável do orçamento, ou seja, decorrem do já mencionado efeito financeiro dos direitos fundamentais sociais.” (Ibid., p. 507-511, passim).

Como visto no primeiro Capítulo, desde a Idade Moderna os governantes foram tomando parte da responsabilidade assumida pela Igreja no asilo e tratamento de doentes, pessoas com deficiência, idosos, órfãos e demais desvalidos. Com as guerras entre Estados nacionais, reis criaram instituições próprias para abrigo e reabilitação civil de ex-combatentes, sendo que a reabilitação profissional tornou-se política pública apenas com as guerras napoleônicas, ao se verificar o indispensável potencial produtivo dos soldados com deficiência. As Primeira e Segunda Guerras Mundiais, que abalaram toda a Europa e repercutiram por todo o globo, tornaram a reabilitação profissional da população civil uma incontestável necessidade, sendo, porém, realizada em sua maior parte por entidades desvinculadas do Estado, embora cada vez mais reconhecida e fomentada formalmente por este. O Estado Social de Direito ganhou novas perspectivas com a adoção do *Welfare State* pelos EUA, que custearam a reconstrução da Europa ocidental e influenciaram os países do eixo capitalista durante a Guerra Fria – dentre os quais o Brasil.

E foi justamente sobre a transição da guerra para a paz que a OIT, por ocasião da 26ª reunião da Filadélfia, em 12.05.1944, expediu a Recomendação nº 71, que, tratando do emprego de trabalhadores deficientes, sugere de maneira expressa aos países membros que, onde necessário, fossem os empregadores compelidos a contratar um quota razoável de pessoas com deficiência:

43. (1) Medidas especiais devem ser tomadas para assegurar a igualdade de oportunidade de emprego para trabalhadores deficientes com base na sua capacidade de trabalho. Os empregadores devem ser induzidos por uma ampla publicidade e outros meios, e, onde necessário, compelidos a empregar uma quota razoável de trabalhadores deficientes.<sup>283</sup>

O sistema de cotas para pessoas com deficiência, que, conforme relata Pastore<sup>284</sup>, iniciou-se na Europa, com ex-combatentes da Primeira Guerra Mundial e foi progressivamente sendo implementado em vários países e de diferentes formas – sendo também rejeitado por tantos outros, inclusive nos EUA –, não figurou como política isolada.

<sup>283</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Recommendation n. 71: Recommendation concerning Employment Organization in the Transition from War to Peace*, 12 maio 1944. Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312409:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312409:NO)>. Acesso em 30 ago. 2012. No original: “43. (1) Special measures should be taken to ensure equality of employment opportunity for disabled workers on the basis of their working capacity. Employers should be induced by wide publicity and other means, and where necessary compelled, to employ a reasonable quota of disabled workers.”

<sup>284</sup> PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. 2 tir. São Paulo: LTr, 2000, p. 157 et seq.

Em 25.06.1955, a Recomendação nº 99<sup>285</sup> da OIT tratou da reabilitação profissional de pessoas com deficiência. Em 1971, na Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas, a ONU declarou o direito destas ao trabalho (item 3)<sup>286</sup> e, em 1975, na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, reconheceu seu direito a uma ocupação útil, produtiva e remunerada (item 7)<sup>287</sup>. Como já referido anteriormente, em 1983, a ONU proclamou o período de 1983 a 1992 como a Década das Pessoas Deficientes para promover seu Programa Mundial de Ação sobre Pessoas Deficientes. No mesmo ano, a Convenção nº 159<sup>288</sup>, de 20.06.1983, da OIT, versou sobre a reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência adotando como princípio a promoção da igualdade de oportunidades.

Seguindo essa tendência mundial, no Brasil, a Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, influenciada pelo pluralismo, pelos direitos humanos e apontando a superação de paradigmas, adota não só uma forte postura de não discriminação em relação às minorias como cria, em atenção ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência, a primeira política nacional de discriminação positiva de que se tem notícia do país<sup>289</sup>:

Art. 37. [...] VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregados públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;<sup>290</sup>

<sup>285</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Recommendation n. 99: Recommendation concerning Vocational Rehabilitation of the Disabled*, 22 jun. 1955. Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312437:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312437:NO)>. Acesso em 30 ago. 2012.

<sup>286</sup> Consta do ato normativo: “3. A pessoa mentalmente retardada tem o direito à segurança econômica e a um padrão de vida decente. Ela tem o direito de desempenhar um trabalho produtivo ou se engajar em qualquer ocupação significativa [meaningful] para a máxima extensão possível de suas capacidades” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaration on the rights of mentally retarded persons...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa). No original: “3. The mentally retarded person has a right to economic security and to a decent standard of living. He has a right to perform productive work or to engage in any other meaningful occupation to the fullest possible extent of his capabilities.”

<sup>287</sup>. Dispõe aludido diploma “7. Pessoas deficientes tem o direito à segurança econômica e social e a um nível de vida decente. Elas tem o direito, de acordo com suas capacidades [capabilities], de obter e manter um emprego ou se engajar em uma ocupação útil, produtiva e remunerada, e filiar-se a sindicatos.” (Id., *Declaration on the rights of disabled persons...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa). No original: “7. Disabled persons have the right to economic and social security and to a decent level of living. They have the right, according to their capabilities, to secure and retain employment or to engage in a useful, productive and remunerative occupation and to join trade unions.”

<sup>288</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convention n. 159: convention concerning vocational rehabilitation and employment (disabled persons)*, 20 jun. 1983. Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312304:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312304:NO)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>289</sup> Não se nega a possibilidade de ter havido historicamente outras políticas que substancialmente possam ser enquadradas como políticas de discriminação positiva no país. Todavia, como já explanado no primeiro capítulo, em seu formato atual, qual seja, inspirado direta ou indiretamente nos movimentos de ação afirmativa dos EUA, certamente a foi a Constituição de 1988 a primeira a adotar oficial e conscientemente em âmbito nacional uma política de discriminação positiva de minorias.

<sup>290</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil...*, op. cit., loc. cit.

Em 1989, a Lei nº 7.853, de 24.10.1989, em seu art. 2, parágrafo único, estipulou que, para assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, “os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos [d]esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar”, na área de formação profissional e do trabalho:

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;<sup>291</sup>

No âmbito dos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais, a matéria foi tratada pela Lei nº 8.112, de 11.12.1990, ao dispor:

Art. 5º. [...]; §2º – Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.<sup>292</sup>

A política de cotas, contudo, só obteve maior e melhor regulamentação com o Decreto nº 3.298 de 20.12.1999, que, entre outras disposições, determinou:

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.<sup>293</sup>

Apenas sobre a adequada aplicação do mínimo de 5%, estabelecido pelo Decreto 3.298/99, e o máximo de 20%, trazido pela Lei nº 8.112/90, existe uma série de questionamentos a justificar monografias inteiras. Com isso, sem embargo desses importantes

---

<sup>291</sup> BRASIL, *Lei n. 7.853.*, op. cit., loc. cit.

<sup>292</sup> Id., *Lei n. 8.112, 11 dez. 1990*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>293</sup> Id., *Decreto n. 3.298, 20 dez. 1999*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

pontos e dando foco ao objeto de estudo deste trabalho, insta destacar que inquestionado<sup>294</sup> o argumento de que, para fins de aplicação tanto de um quanto de outro diploma, aplica-se o conceito de pessoa portadora de deficiência inscrito no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99:

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, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;~~

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 parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:~~

~~a) de 25 a 40 decibéis (db) — surdez leve;~~

~~b) de 41 a 55 db — surdez moderada;~~

~~c) de 56 a 70 db — surdez acentuada;~~

~~d) de 71 a 90 db — surdez severa;~~

~~e) acima de 91 db — surdez profunda; e~~

~~f) anacusia;~~

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 — acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;~~

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)

<sup>294</sup> A título de exemplo: Id., Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071-1/DF*. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Carlos Britto. 01 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

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

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade;
- 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.<sup>295</sup>

Mas as políticas públicas de discriminação positiva em relação ao direito ao trabalho da pessoa com deficiência não se resume à reserva de vagas no serviço público. Vale notar que, já na Lei nº 7.853/89, havia a alusão à reserva de mercado de trabalho em favor das pessoas portadoras de deficiência nas entidades da Administração Pública e também do setor privado. Tal política, que não tinha previsão constitucional, consubstanciou-se nacionalmente através da Lei nº 8.213, de 24.07.1991 – Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS):

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

- I - até 200 empregados.....2%;
- II - de 201 a 500.....3%;
- III - de 501 a 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante. ....5%.<sup>296</sup>

Como se pode notar, diferentemente da política pública anterior, a reserva de mercado no setor privado destina-se às pessoas portadoras de deficiência habilitadas bem como aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) reabilitados. Isso leva a questionar se esta seria uma política pública a se enquadrar no âmbito das ações afirmativas, posto que, diferentemente das pessoas com deficiência, os beneficiários do RGPS

<sup>295</sup> BRASIL, *Decreto n. 3.298...*, op. cit., loc. cit.

<sup>296</sup> Id., *Lei n. 8.213, 24 jul. 1991*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho não são, a princípio, considerados uma minoria no Brasil e tampouco, pela própria lógica do dispositivo, parte integrante do grupo das pessoas portadoras de deficiência.

Sobre este aspecto conceitual, se a interpretação dos artigos 89 a 92, combinados com o artigo 10 e seguintes da LBPS, não deixa dúvidas sobre a noção de beneficiários reabilitados, o conceito de pessoas portadoras de deficiência a ser utilizado na aplicação da referida política pública de cotas no setor privado nos remete àquele trazido pelo Decreto nº 3.298/99, conforme aponta o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE):

No Brasil há duas normas internacionais devidamente ratificadas, o que lhes confere status de leis nacionais, que são a Convenção nº 159/83 da OIT e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, também conhecida como Convenção da Guatemala, que foi promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Ambas conceituam deficiência, para fins de 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 dificuldades de inserção social.

Nesse diapasão está o Decreto nº 3.298/99, cuja redação foi atualizada após longas discussões no Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), pelo Decreto nº 5.926/04.

Logo, há que ser atendida a norma regulamentar, sob pena de o trabalhador não ser computado para fim de cota. Assim, pessoas com visão monocular, surdez em um ouvido, com deficiência mental leve, ou deficiência física que não implique impossibilidade de execução normal das atividades do corpo, não são consideradas hábeis ao fim de que se trata.

Pessoas reabilitadas, por sua vez, são aquelas que se submeteram a programas oficiais de recuperação da atividade laboral, perdida em decorrência de infortúnio. A que se atestar tal condição por documentos públicos oficiais, expedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou órgãos que exerçam função por ele delegada.

Veja-se, assim, o conteúdo da norma em comento:

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 e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.<sup>297</sup>

Ora, viu-se em linhas atrás que é o artigo 4º do mesmo Decreto que longamente enumera quais são consideradas pessoas portadoras de deficiência – e não seu artigo 3º. Dessa forma, restando indubitado que a efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência por meio de reserva de vagas no setor público e privado usa do conceito de pessoas portadoras de deficiência estabelecido pelo Decreto nº 3.298/99, o problema que se impõe é: qual a relação entre os artigos 3º e 4º do referido diploma?

Embora o artigo 4º se coloque de maneira bastante contundente quanto à redação, a jurisprudência recente aponta no sentido de que a interpretação das hipóteses trazidas nesse dispositivo deve ser feita em consonância com o artigo 3º do mesmo diploma legal, de forma a não obstar o reconhecimento da condição de pessoa portadora de deficiência a pessoas que, embora não enquadradas nas hipóteses do artigo 4º, adequam-se aos termos do artigo 3º. Neste sentido, veja-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECRETO Nº 3.298/99. REDAÇÃO DO DECRETO Nº 5.296/04. DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. RESERVA DE VAGA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS CONCEDIDA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais, em concursos públicos, é prescrita pelo art. 37, VIII, da CF/88, regulamentado pela Lei nº 7.853/89 e, esta, pelos Decretos 3.298/99 e 5.296/04.
2. Os exames periciais demonstraram que o recorrente possui total ausência de resposta auditiva no ouvido esquerdo, com audição normal no outro.
3. Com efeito, a surdez unilateral não obsta o reconhecimento do caráter de portador de necessidades especiais, uma vez que o art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência auditiva, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de surdez unilateral da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.
4. Recurso não provido.<sup>298</sup>

<sup>297</sup> BRASIL. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2 ed. Brasília: MTE, SIT, 2007, p. 20-21. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/fisca\\_trab/inclusao\\_pessoas\\_defi12\\_07.pdf](http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012. Este trecho específico também está disponível em <[http://portal.mte.gov.br/fisca\\_trab/para-fins-de-reserva-legal-de-cargos-o-que-e-pessoa-com-deficiencia.htm](http://portal.mte.gov.br/fisca_trab/para-fins-de-reserva-legal-de-cargos-o-que-e-pessoa-com-deficiencia.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>298</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial n. 22.688/PE*. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Severino Tomé dos Ramos Neto. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. 02 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

E, de fato, a doutrina há tempos conceitua pessoa portadora de deficiência utilizando-se principalmente do disposto nos incisos do artigo 3º, cuja combinação leva a entender que, para fins da Política Nacional de Integração, é pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta qualquer perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar e ao desempenho de função ou atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Bem se nota, assim, que esta noção de pessoa portadora de deficiência, além de bastante complexa, encontra-se estreitamente vinculada à ideia de incapacidade – o que gerou muitas críticas, variadas interpretações e propostas por parte da doutrina especializada. Ainda que tais propostas<sup>299</sup> não tenham surtido efeito sobre o legislador pátrio, indubitável foi sua contribuição, sobretudo para o fomento do debate e a posterior adoção da expressão pessoa com deficiência como designativa dessa minoria, além de novos contornos conceituais por meio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2008, a qual, como visto, foi inserida no âmbito normativo brasileiro com força de emenda constitucional.

Assim, sem embargo da relevância que o conceito de pessoa portadora de deficiência alçou no meio jurídico nacional, tanto legislativa quanto doutrinariamente, verifica-se que o questionamento sobre quem são as pessoas com deficiência e como se dá a aplicação deste novo conceito na efetivação dos seus direitos fundamentais ao trabalho e à inclusão é medida que se impõe na atualidade, constituindo exercício ao qual o presente estudo passa a se dedicar.

---

<sup>299</sup> Como exemplo de proposta conceitual expressa, que vai além de uma mudança de terminologia, pode-se citar a formulação de Sandro Nahmias Melo: “Os portadores de deficiência: são pessoas com certos níveis de limitação, física, mental ou sensorial, associados ou não, que demandam ações compensatórias por parte dos próprios portadores, do Estado e da sociedade, capazes de reduzir ou eliminar tais limitações, viabilizando a integração social dos mesmos.”. (MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa: o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 52-53).

### 3 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E APLICAÇÃO JURÍDICA.

#### 3.1 Apontamentos históricos e terminológicos: a evolução legislativa no Brasil.

No curso da história existiram diversas maneiras de se referir a esta minoria. E embora as questões atinentes à terminologia já sejam bastante difundidas, sua investigação se mostra fundamental ao estudo proposto, não só pelos conteúdos etimológico, semântico, cultural e ideológico trazidos, mas principalmente porque a cada retorno permite-se um novo olhar crítico à luz dos valores e impressões vigentes a cada época<sup>300</sup> – ainda que o universo jurídico, inobstante influenciado, não esteja adstrito a aqueles ou a estes.

Neste seara, uma das referências no debate sobre inclusão social das pessoas com deficiência no Brasil, Romeu Kazumi Sasaki, é enfático em afirmar que “jamais houve ou haverá um único termo correto” uma vez que “a cada época são utilizados termos cujo significado seja compatível com os valores vigentes em cada sociedade”<sup>301</sup>. Neste mesmo estudo, o autor faz uma análise sobre a época, o significado e o valor dado à pessoa conforme a terminologia utilizada em dado segmento da história no Brasil.

Sasaki<sup>302</sup> inicia pela expressão inválidos, que chegou ao início do século XX já sem o sentido pejorativo de que era imbuída originariamente, refletindo a imagem de verdadeira nulidade social. Cita como exemplo o Decreto federal nº 60.501/67, que regulamentou a antiga Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807, de 26.08.1960), sem mencionar o fato de que a legislação previdenciária, ainda hoje, além de fazer uso dessa expressão (arts. 16, inc. I e III, 66, 67, 77, §2º, inc. II e III e art. 101, da LBPS), mantém as referências ao instituto da aposentadoria por invalidez (arts. 42 a 47, da LBPS) – no que também incide a Constituição de 1988 (arts. 40, §1º, inc. I, 100, §1º e no art. 201, da CR/88).

Portanto, a noção de invalidez ainda vigora, ao menos como parâmetro previdenciário, sendo constatada quando o segurado da previdência social (arts. 11 a 15, da LBPS) é “considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência” (art. 42, da LBPS), ou seja, quando se afere a sua

---

<sup>300</sup> “O que são pessoas deficientes”, foi a questão que Ribas se colocou em 1983, quando a expressão tinha ares de novidade (RIBAS, João Baptista Cintra. *O que são pessoas deficientes*. 6. ed. Coleção primeiros passos v. 89. São Paulo: Brasiliense, 1994).

<sup>301</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência?: Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos*. São Paulo: RNR, 2003, p. 12-16 apud Rede Saci, 14 jun. 2005. Disponível em: <<http://saci.org.br/?modulo=akemi&parametro=5497>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Verificação similar é feita por Lorentz (LORENTZ, op. cit., p. 193-227).

<sup>302</sup> Ibid., loc. cit.

“incapacidade total e definitiva para o trabalho” (art. 43, §1º da, LBPS). A aposentadoria por invalidez, assim, ao lado do auxílio-acidente e do auxílio-doença, se enquadra entre os chamados benefícios por incapacidade.

Conforme Sasaki<sup>303</sup>, a expressão incapacitados foi utilizada até por volta de 1960, significando inicialmente indivíduos sem qualquer capacidade e evoluindo para a noção de indivíduos com capacidade residual – ou seja, com uma incapacidade circunscrita. Daí que o reconhecimento de uma incapacidade não implica considerar o indivíduo incapaz como um todo e tampouco para todos e quaisquer fins. Como se abstrai do trecho legal acima citado, a ideia de invalidez (previdenciária) liga-se à noção de incapacidade (laboral), assumindo esta última conotação diferente daquela também utilizada na legislação civil (art. 3º do Código Civil) e penal (art. 26 do Código Penal).

Quanto às expressões defeituosos, deficientes e excepcionais, conforme Sasaki<sup>304</sup>, elas passaram a ser utilizadas entremeio às décadas de 1960 e 1980. A primeira fazia referência àqueles com alguma deformidade, especialmente física; a última, aos indivíduos com deficiência intelectual; enquanto que a expressão deficientes seria a mais ampla de todas, abarcando indivíduos com deficiência física, intelectual, sensorial ou múltipla. O autor<sup>305</sup> cita a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) e da Associação de Assistência à Criança Defeituosa (AACD) – hoje Associação de Assistência à Criança Deficiente – como exemplos. Neste âmbito histórico, de destaque a Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas da ONU, publicada pela Resolução nº 2.856/26 de 20.12.1971, e o art. 175, §4º da Emenda Constitucional, de 17.10.1969, à Constituição brasileira de 1967, que se utiliza da expressão excepcionais. Como destaca Araujo, embora o termo excepcional possa ter conotação positiva, no caso das pessoas com deficiência, o sentido é sempre negativo<sup>306</sup>.

De 1981 a 1987, ainda segundo Sasaki<sup>307</sup>, vigorou a expressão pessoa deficiente, sendo a primeira vez em que o substantivo deficiente foi utilizado como adjetivo da pessoa. A ONU, através da Resolução nº 3.447/30, de 09.12.1975, publicou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, e por meio da Resolução nº 31/123, de 16.12.1976, proclamou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes.

---

<sup>303</sup> SASSAKI, *Como chamar...*, op. cit., loc. cit.

<sup>304</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>305</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>306</sup> ARAUJO, *A proteção...*, op. cit., p. 6.

<sup>307</sup> SASSAKI, *Como chamar...*, op. cit., loc. cit.

O fato é que, como lembra Sasaki<sup>308</sup>, a expressão pessoa deficiente foi contestada por algumas organizações a pretexto de que dariam a noção de que a pessoa inteira seria deficiente. Por isso, operou-se, de 1988 a 1993, a substituição por pessoas portadoras de deficiência (PPD) ou, simplesmente, portadores de deficiência, tornando a deficiência um mero anexo da pessoa. Esta expressão foi largamente difundida nos meios normativos, que começavam a ater-se mais detidamente a esta minoria. A exemplo: a Lei nº 7.070, de 20.12.1982, e, mais especificamente, o Decreto nº 93.481 de 29.10.1986, a Lei nº 7.853, de 24.10.1989, a Lei nº 8.742, de 07.12.1993, além da própria Constituição de 1988, nos arts. 7º, inc. XXXI, 23, inc. II, 24, inc. XIV, 37, inc. VIII, 40, §4º, inc. I (inserido pela EC nº 47/2005), art 201, §1º (inserido pela EC nº 47/2005), art, 203, inc. IV e V, 208, III, 227, §1º, inc. II (inserido pela EC nº 65/2010), e §2º e 244.

Paralelamente, nos Estados Unidos, foram surgindo no seio do movimento inclusivo termos e expressões eufemísticas para referir-se às então *disabled people*, tais como *physically challenged person*, *mentally different person*, *unusual person*, dentre outras. O mesmo se deu no Brasil através de expressões como as que Sasaki<sup>309</sup> anota: pessoa especial, pessoa com capacidades especiais, pessoa com eficiências diferentes, pessoa com habilidades diferenciadas, pessoa especial, pessoa d-Eficiente, pessoa com direitos especiais<sup>310</sup> etc.

As mais usadas, contudo, foram pessoas com necessidades especiais ou pessoas portadoras de necessidades especiais (PNE), as quais, inicialmente utilizadas para se referirem às pessoas portadoras de deficiência – fazendo uso da mesma lógica que gerou a noção de pessoa especial para as pessoas com deficiência intelectual –, receberam grande aceitação na sociedade, pelos legisladores (e.g. Leis nº 11.369, de 28.03.2003, e 12.724, de 09.10.2007, ambas do Estado de São Paulo; Lei nº 3.807/02, de 04.04.2002, do Estado do Rio de Janeiro; e Lei nº 3.939, de 02.01.2007, do Distrito Federal) e administradores.

<sup>308</sup> SASSAKI, *Como chamar...*, op. cit., p. 12-16.

<sup>309</sup> Id., Romeu Kazumi. *Eufemismo na contramão da inclusão*. Reação: Revista Nacional de Reabilitação, ano XIV, n. 74, maio/jun. São Paulo: 2010, p.14-17. [S.l.]: Planeta educação, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1865>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>310</sup> A expressão pessoa com direitos especiais, sugerida por Frei Betto (BETTO, Frei. *Deficientes físicos? Pode?*: comentário sobre o uso de expressões politicamente corretas. Estado de São Paulo. São Paulo, 02 maio 2001, apud Rede Saci. Disponível em: <http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi&parametro=782>). Acesso em: 30 ago. 2012. ver também BETTO, Frei. *Sou eu o deficiente?* O Estado de S. Paulo, São Paulo, 08 ago. 2001 apud Observatório da Imprensa. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid150820013.htm>). Acesso em: 30 ago. 2012), é especialmente rechaçada por Sasaki, uma vez que as pessoas com deficiência exigem equiparação de direitos e não direitos especiais, bem como o eventual reconhecimento de direitos especiais não seria algo exclusivo das pessoas com deficiência, podendo outro grupo vulnerável reivindicar direitos especiais.

Contudo, com a promulgação da Declaração de Salamanca, de 10.06.1994, a ONU começou a evidenciar uma distinção, utilizando a expressão *special educational needs* concomitantemente com a expressão *persons with disabilities* – já usada nas Normas Gerais sobre Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, A/RES/48/96<sup>311</sup>, de 20.12.1993. A diferença foi se tornando evidente no Brasil com a publicação da Resolução nº 2, de 11.09.2001, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (arts. 3º e 5º) e mais especificamente com a publicação das Leis nº 10.048, de 08.11.2000, e nº 10.098, de 19.12.2000, passando a pessoa portadora de deficiência a ser apenas mais uma dentre as pessoas com necessidades especiais, grupo no qual se pode incluir pessoas com 60 anos ou mais, com mobilidade reduzida, gestantes, lactantes, dentre outras.

A expressão pessoa com deficiência (PcD<sup>312</sup>) influenciou profundamente a linguagem dos textos oficiais de documentos nacionais e internacionais e foi muito bem aceita pelas pessoas às quais se refere<sup>313</sup>, ficando sedimentada junto à ONU<sup>314</sup> com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPcD), por meio da Resolução nº 61/106, de 13.12.2006. Este documento, do qual o Brasil é signatário, foi o primeiro a fazer uso do regime previsto no art. 5º, §3º, da CR/88, inserido pela EC nº 45/2004 (Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008), passando a ter *status* material e análogo-formal de emenda constitucional, com a publicação do Decreto nº 6.949, em 25.08.2009.

Apesar de sua grande importância, deve-se anotar que este não foi o primeiro diploma legal a utilizar a expressão pessoa com deficiência no Brasil, pois, a título

<sup>311</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, *Standard rules...*, op. cit., loc. cit. Na mesma oportunidade foi aprovado documento que faz uso da expressão pessoas com deficiência. (Id. *Positive and full inclusion of persons with disabilities in all aspects of society and the leadership role of the United Nations therein* – Res. A/48/49. Genebra/Suíça: ONU, 20 dez. 1993. University of Minnesota Human Rights Library. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/resolutions/48/95GA1993.html>>. Acesso em 30 ago. 2012.

<sup>312</sup> Embora possa servir de veículo de discriminação, servindo para afastar o receptor da mensagem de todo o conteúdo humano carregado na expressão, a siglarização em si não é negativa mostrando-se praticamente inevitável em um mundo que cada vez mais exige especialização e velocidade nas relações traçadas. No caso da sigla PcD, a mesma já foi utilizada, *e.g.*, na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010, nos artigos 386 e 387 (BRASIL. *Instrução Normativa INSS/PRESS n. 45, de 06 ago. 2010*. Brasília: Dataprev, [s.d.]. Disponível em: <[http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45\\_1.htm#cp4\\_s1](http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm#cp4_s1)>. Acesso em 30 ago. 2012). Porém, em respeito ao conteúdo humano prestigiado neste trabalho, a sigla PcD, assim como PNE, PPD etc., não serão utilizadas no corpo do texto.

<sup>313</sup> Sasaki anota que a expressão surgiu do próprio seio do movimento de inclusão das pessoas com deficiência (SASSAKI, *Como chamar...*, op. cit., loc. cit.).

<sup>314</sup> Nos EUA, o *Rehabilitation Act*, assinado por Richard Nixon em 26.09.1973, faz uso da expressão *individuals with disabilities* (indivíduos com deficiência) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *Rehabilitation act, 26 set. 1973*. Washington D.C./EUA: Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/rehab.cfm>>. Acesso em: 30 ago. 2012). Já no *Americans with Disability Act*, de 1990, encontram-se sedimentadas as expressões *persons with disabilities* e *people with disabilities* (Id., *American with disabilities act, 26 jul. 1990*. Washington D.C. /EUA: Department of justice, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ada.gov/pubs/ada.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

de exemplo, já figurava no art. 4º do anexo ao Decreto nº 6.214, de 26.09.2007, mostrando-se não só mais adequada, consoante os documentos internacionais sobre direitos humanos, como também melhor recebida pela população com deficiência, que (não obstante a frequente sugestão de outras expressões, eufemísticas ou não) parece ter encontrado uma identidade.

Esta questão terminológica, que pode parecer à primeira vista desprovida de maior importância, é muitas vezes ligada ao movimento pelo politicamente correto, o qual, através da cartilha *Politicamente Correto & Direitos Humanos*, publicada pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos em 2004<sup>315</sup>, polemizou no Brasil o debate sobre linguajar politicamente correto, eufemismos, liberdade de expressão e minorias.

A obra, elaborada pelo jornalista Antônio Carlos Queiroz e prefaciada por Jaime Pinsky, foi bastante criticada, ao abordar a ligação entre ideologia e a filosofia da linguagem a partir de expressões apontadas como pejorativas. Apesar da má repercussão, aquela que era (ou deveria ser) a finalidade da cartilha foi atingida: incitar o debate entre os formadores de opinião sobre as relações entre a linguagem e a exclusão.

O politicamente correto, apesar de existir desde sempre em essência (*e.g.* por etiqueta ou falso moralismo), ganhou seus atuais contornos nos Estados Unidos da década de 1980, quando, nos debates sobre indústria cultural e minorias, surgiram discussões sobre a lógica da exclusão inserida na linguagem e sobre quais seriam os termos e as expressões neutros, que não seriam tidos como ofensivos, racistas, machistas, homofóbicos etc.

Neste contexto, imperaram eufemismos e neologismos, tornando-se motivo de crítica, quando não de piada. O humor, aliás, que se vale muito de caricaturas (ou seja, da exploração de preconceitos, estereótipos e expectativas), foi um grande alvo desse discurso, empreendendo uma verdadeira revisão de costumes – como consequência linguística-cultural ou prolongamento dos movimentos de contracultura das décadas anteriores.

Obviamente influenciada pela Escola de Frankfurt e pelo giro linguístico da filosofia, o politicamente correto foi acusado por alguns de promover uma novilíngua<sup>316</sup>,

<sup>315</sup> QUEIROZ, Antônio Carlos. *Politicamente correto & direitos humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_politicamente\\_correto.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_politicamente_correto.pdf)>. Acesso: 31 mar. 2011

<sup>316</sup> Trata-se de uma referência ao romance distópico 1984 de George Orwell. Conforme consta no apêndice da obra “O objetivo da Novilíngua não era apenas oferecer um meio de expressão para a cosmovisão e para os hábitos mentais próprios dos devotos do Ingsoc, mas também impossibilitar outras formas de pensamento. O que se pretendia era que, tão logo a Novilíngua fosse adotada definitivamente e a Anticlíngua esquecida, qualquer pensamento herético, isto é, divergente dos princípios do Ingsoc, fosse literalmente impensável, ou pelo menos até o limite em que o pensamento depende de palavras. [...]” (ORWELL, George. *1984*. Wilson Veloso (Trad.). 29ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 287-288).

dando vida ao Estado Ideológico. Sérias críticas existem especificamente quanto ao temor geral criado pela concreta possibilidade de deferimento de tutela judicial quando o discurso ou a terminologia politicamente correta não é observada – o que se faz sob o argumento de que a liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CR/88) encontraria óbice na previsão constitucional dos crimes de intolerância (art. 5º XLI e XLII, da CR/88).

A temática não é nova, havendo diversas decisões por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão e a primeira emenda à Constituição americana<sup>317</sup>. No Brasil, o precedente mais conhecido é o caso *Ellwanger*<sup>318</sup>, havendo, contudo, ainda muitos pontos controvertidos à espera da consolidação de um posicionamento mais claro dos tribunais – os quais hão de enfrentar situações cada vez mais complexas.

É de se atentar que a filosofia da linguagem por si não almeja a manipulação ideológica da linguagem ou da cultura, bem como o apelo das minorias não se afeiçoa com a instauração de uma novilíngua pela estatização do discurso. O exercício metalinguístico dessas minorias é muito mais uma fuga desse tipo de opressão através da busca de um signo linguístico que as represente, que lhes ofereça uma definição e as reúna sob uma identidade.

Neste ponto, como visto no primeiro capítulo, ainda que a diferença não seja representável, reconhecendo-se a multiplicidade e fragmentação da realidade e buscando escapar da sua total pulverização, nada obsta a adoção de signos de identificação, de pontos de contato e similitude entre as pessoas. Daí que não só o reconhecer-se minoria mostra-se como ação (auto)afirmativa, no sentido de promover pertencimento, solidariedade e inclusão, como o identificar-se como pessoa com deficiência também implica uma profunda tomada de consciência pessoal, podendo ou não converter-se em dada postura social e política.

Sob este aspecto, portanto, o politicamente correto poderia significar mesmo a expropriação desse direito (auto)afirmativo, negando a possibilidade de se organizarem, se manifestarem e se auto afirmarem tais como se sentem, como se veem (desempoderamento). Por outro lado, percebe-se um abuso desse direito quando se deseja impor esta linguagem referendada à massa. Isso porque, como refletem Possenti e Baronas<sup>319</sup>, com base nas lições

---

<sup>317</sup> Sobre a matéria, veja-se: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA – EUA. *American Constitution. First Amendment, 15 dez. 1791*. Washington D.C./EUA: Cornell University Law School, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt1toc\\_user.html](http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt1toc_user.html)>. Acesso em 30 ago. 2012.

<sup>318</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus n. 82.424/RS*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para acórdão: Min. Maurício Corrêa. 19 mar. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>319</sup> POSSENTI, Sírio; BARONAS, Roberto Leiser. *A linguagem politicamente correta no Brasil: uma língua de madeira?* Polifonia. v. 12, n. 2. Cuiaba: EdUFMT, 2006, p. 47-72, passim. Disponível em: <<http://cpd1.ufmt.br/meel/arquivos/artigos/245.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

de Michel Pêcheux e Bakhtin, o signo não reflete, mas sim refrata a realidade, de modo que a disputa pelo sentido de certas palavras não só evidencia a relativa autonomia entre língua e sociedade e/ou cultura, como cria uma verdadeira arena para a luta de classes:

[...]. Como sistema de signos – sons, palavras e frases – a língua é relativamente autônoma. No entanto, a língua em funcionamento como processo discursivo se constitui na expressão de desejos, ideias, propósitos e é condicionada pela visão de mundo, pelas determinações sociais, históricas e culturais dos falantes. [...].<sup>320</sup>

Assim, não há dúvidas de que a liberdade de expressão, embora sagrada para a democracia, deve ser balizada pelo valor fundamental da alteridade; porém, também não se deve olvidar que a “maldade” não precisa estar nas mensagens de quem se expressa para marcar presença na cabeça de quem as recebe, uma vez que todo processo discursivo é produzido no interior de uma formação ideológica.

Da mesma forma, se as minorias fazem jus a medidas de discriminação positiva para obterem iguais oportunidades, deve-se lembrar que isso se faz em função de uma concepção atual de igualdade e democracia – ou seja, não é uma medida antidemocrática, ainda que contra majoritária<sup>321</sup>. Assim, em atenção a essa razão comunicativa e plural que deve instruir os processos democráticos da atualidade, a tolerância deve ser vista como uma via de mão dupla, conforme evidenciam as palavras atribuídas a Voltaire: “não concordo com o que dizes, mas defenderei até a morte o direito de dizê-lo”<sup>322</sup>.

Outrossim, Diderot anota que “a ignorância não fica tão distante da verdade quanto o preconceito”<sup>323</sup>. Ou seja, sob um aspecto mais material, considerando que a ignorância na grande maioria das vezes não é uma opção, mas reflexo da própria exclusão ou de dominação por uma cultura ou ideologia imposta, vale concluir que aos formadores de

<sup>320</sup> POSSENTI; BARONAS, op. cit., p. 68.

<sup>321</sup> Como escreve Cambi: “a jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia” (CAMBI, op. cit., p. 205). Appio, aliás, aduz: “a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tutela jurisdicional das minorias se constituem na base da democracia constitucional” (APPIO, op. cit., p. 382).

<sup>322</sup> Na verdade as palavras são de HAAL, Evelyn Beatrice. *The friends of Voltaire*. [S.l.]: Smith Elder & co., 1906, p. 199, tradução nossa. Google Books, 12 maio 2008. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=uaUTAAAQAQAJ&q=I+disapprove#search\\_anchor](http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=uaUTAAAQAQAJ&q=I+disapprove#search_anchor). Acesso em: 30 ago. 2012. No original: “[...] I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it, [...]”.

<sup>323</sup> DIDEROT, Denis. *Œuvres: Les bijoux indiscrets*. Paris, Chez A. Berlin, Imprimeur-libraire, 1818, p. 361. Google Books, 7 nov. 2008. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=vw8wAAAAYAAJ&pg=RA1-PA361#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 30 ago. 2012. No original: “[...] l’ignorance est moins éloignée de la vérité que le préjugé. [...]”.

opinião cumpre sim, pela própria função social que lhes compete, esforçar-se para o uso<sup>324</sup> de uma linguagem cada vez mais democrática, transparente e, por isso, inclusiva e ética, empreendendo um processo contínuo e crescente de esclarecimento – e que não tenha na coerção do Estado seu principal instrumento – para a construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa, solidária e sem preconceitos.

### 3.2 Pessoas com deficiência: a construção de um novo paradigma.

Uma vez feitas essas considerações, verifica-se claramente que a expressão pessoa com deficiência faz parte de um constructo cultural consciente e que recebe legitimação principalmente pela minoria à qual se refere, revestindo-se, pois, de caráter (auto)afirmativo. Assim, embora não deva constituir uma terminologia imposta, o Estado deve privilegiar a expressão pessoa com deficiência, combatendo a discriminação ilícita – quer se faça por meio de palavras, por atos ou quaisquer outras forma de expressão.

Não obstante seja a adoção estatal dessa expressão um processo natural – principalmente com a edição de novos dispositivos legais que guardem um mínimo de pertinência cultural, histórica e social –, vale ressaltar que os diplomas e dispositivos normativos, inclusive os já vigentes com uso de outras referências, também devem ter seu significado reavaliado e reinterpretado à luz não só dessa nova expressão, mas de todos os valores e ideais que esta nova terminologia representa.

Com efeito, como visto, a legislação acompanhou boa parte das mudanças terminológicas e conceituais empreendidas pelas pessoas com deficiência na luta pelos seus direitos. Esses diplomas, contudo, são um retrato de uma mentalidade e de uma realidade (inclusive linguística) diferente da atual – momento em que a terminologia parece ter adquirido uma estabilidade e uma consistência maiores, após longo debate. Disso, ao intérprete/aplicador da lei, compete naturalmente a função de localizar histórica e ideologicamente os termos e expressões utilizadas, realizando a adequada transposição crítica

---

<sup>324</sup> Sobretudo o humor nesse contexto mostra uma carga altamente crítica, pois, por meio da manipulação da linguagem e da exploração de preconceitos, estereótipos e expectativas, tem o poder de escarnar todas as facetas, neuroses e contradições do homem e suas sociedades. Admitir que se negue simplesmente a manipulação desses canais, sem se ater à mensagem, ao conteúdo de fundo transmitido, é algo contraditório a uma sociedade que se pretende democrática. A forma sem dúvida tem importância fundamental, porém, se os limites do meu mundo são os limites da minha linguagem, como afirmou Wittgenstein, muitas vezes para uma mensagem ingressar no mundo de outrem fazem-se necessárias adaptações – sem que isso implique necessariamente sua legitimação. Distinguir forma e conteúdo é, assim, mais um aspecto essencial aos emissores, aos receptores e sobretudo aos avaliadores das mensagens.

para a atualidade. Esse processo, contudo, traz complicadores, dentre os quais, além do histórico e do ideológico, estão a própria natureza e o uso científico das expressões.

E isso não acontece só com o Direito, mas com outras ciências. Um exemplo desse processo de incorporação científica do mundo se dá justamente com as pessoas com deficiência em relação às ciências sociais e da saúde, com impactos sobre o Direito.

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou uma versão experimental de sua *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease* (ICIDH), adotada pela Resolução AMS 29.35, de 1976, no intuito de proporcionar uma linguagem padronizada com relação a assuntos de saúde que fugiam à Classificação Internacional de Doenças (CID), tendo esta se mostrado incapaz de refletir a complexidade das consequências das doenças<sup>325</sup>.

Traduzida para o português como Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças (CIDID), pelo Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência de Portugal<sup>326</sup> – já que o português não é uma das línguas oficiais da ONU –, a publicação gerou controvérsias, não só pela natureza de seu conteúdo como também pela opção de traduzir o termo *impairments* como deficiência e *disabilities*, como incapacidades.

O desencontro das línguas fica claro, quando se observa o conteúdo e a lógica contida nas expressões, reproduzida inclusive no Programa Mundial de Ação sobre as

<sup>325</sup> HUTCHISON, Tom. *Archives of Disease in Childhood*. [S.l.]: The Journal of the British Paediatric Association, 1995; v. 73: 91-99. Disponível em: <<http://adc.bmj.com/content/73/2/91.full.pdf+html>>. Acesso em: 12 maio 2012, *passim*. Ver também: NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di; BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das Classificações da OMS – CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 11, n. 2, Jun., 2008. São Paulo: 2008, *passim*.

<sup>326</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Amélia Leitão (Trad. e Rev.). Lisboa: Ministério da Solidariedade e da Segurança Social – Instituto Nacional para a Reabilitação (INR), 2004. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF\\_port\\_%202004.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2011, p.7. Conforme esclarece a introdução à edição portuguesa do *Guia do Principiante – Para uma Linguagem Comum de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde: CIF*, publicado pela OMS, em 2002, e traduzido pelo Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência (Lisboa: SNRIPD, 2005, p. 3. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/3275663/CIF-Guia-da-CIF>>. Acesso em 01 abr. 2011), a única versão oficial da OMS para a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF em língua portuguesa publicada fisicamente é aquela feita pelo Centro da OMS para a Família de Classificações em Saúde da Universidade de S. Paulo, no Brasil, com a colaboração do Ministério da Saúde, de Portugal, sendo que este obteve autorização da OMS para disponibilizar em formato eletrônico sua tradução adaptada para Portugal. Assim, a versão brasileira, também denominada “Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde” apesar de oficial, não pode ser encontrada gratuitamente em formato eletrônico pela internet – uma barreira inadmissível a um documento de tamanha importância expedido pela OMS, motivo pelo qual se recusa sua utilização aqui.

Pessoas Deficientes da ONU (Res. Nº 37/52, de 03.12.1982): *Impairment* (Deficiência): representa qualquer perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica; *Disability* (Incapacidade): significa qualquer restrição ou falta, resultante de um *impairment*, da habilidade para desempenhar uma atividade na forma ou dentro dos parâmetros considerados normais para um ser humano; e *Handicap* (Desvantagem): refere-se ao prejuízo (*disadvantage*) para o indivíduo, resultante de um *impairment* ou *disability*, que limita ou impede o desempenho de um papel que lhe seria considerado normal, dependendo da idade, sexo, fatores sociais e culturais<sup>327</sup>. E o documento da ONU ainda enfatiza:

Desvantagem [*Handicap*] é, portanto, uma função da relação entre as pessoas deficientes [*disabled persons*] e o seu ambiente. Ela ocorre quando se deparam com barreiras culturais, físicas ou sociais que impedem seu acesso aos diversos sistemas da sociedade que estão disponíveis a outros cidadãos. Assim, a desvantagem [*handicap*] é a perda ou limitação de oportunidades, para participar na vida da comunidade em pé de igualdade com os outros.<sup>328</sup>

Ou seja, conforme explicita Amiralian, o *impairment* representaria “a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão”; a *disability*, a objetivação desse *impairment*, refletindo “os distúrbios na própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária”; e o *handicap*, a socialização do *impairment*, ligando-se às dificuldades nas habilidades de sobrevivência<sup>329</sup>.

Ora, a palavra *disability* está social e historicamente relacionada com a noção de deficiência, não só dentro do movimento pela inclusão das pessoas com deficiência, como principalmente nas traduções (oficiais ou não) de diversos documentos internacionais.

<sup>327</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *World programme of action concerning disabled persons – Res A/37/51, 03 dez. 1982*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=23>>. Acesso 10 maio 2012>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>328</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa. No original: “Handicap is therefore a function of the relationship between disabled persons and their environment. It occurs when they encounter cultural, physical or social barriers which prevent their access to the various systems of society that are available to other citizens. Thus, handicap is the loss or-limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others.”. Interessante destacar que, diferentemente da CIDID de 1980, no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes de 1982, o termo handicap não foi traduzido como desvantagem mas como invalidez. Vide: Id. *Programa de ação mundial para as pessoas deficientes – 1982*. São Paulo: USP – Biblioteca virtual de direitos humanos, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%AAncia/programa-de-acao-mundial-para-as-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Ver também: Id. *Programa de Ação Mundial para as pessoas com deficiência*. Brasília: SICORDE, [s.d.]. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/progra\\_acao\\_mundial.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/progra_acao_mundial.asp)>. Acesso em: 30 ago. 2012. Seja como for, sua origem não é clara e nem de fácil apreensão para aqueles que não compartilham a cultura anglo-saxã (OXFORD English Dictionary. Exford: Oxford University Press, 2012. Disponível em: <<http://oxforddictionaries.com/definition/handicap?region=us&q=handicap>>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>329</sup> AMIRALIAN, Maria L. T.; et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*. v. 34, nº 1, fev. 2000, p. 97-103. São Paulo: USP, 2000, p. 98. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v34n1/1388.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

Isso fica evidente em face da própria terminologia oficial da ONU anteriormente utilizada, quando a expressão *disabled people* era traduzida como pessoas deficientes, jamais com a intenção de insinuar de que seriam pessoas incapacitadas.

Assim, a tradução em língua portuguesa do termo *disability* como incapacidade e *impairment* como deficiência é um equívoco inaceitável, não pela simples tradução, mas principalmente por representar um retrocesso e um descaso para com a luta dos direitos dessa minoria no Brasil e no mundo. Em outras palavras, tudo aquilo que foi analisado no item anterior deste estudo, especialmente a conotação com que os termos e expressões estão inseridos na cultura e linguagem nacionais, foi ignorado.

Outrossim, nada obstante se tratasse de uma versão experimental, datada de 1980, a versão oficial e definitiva, publicada em 2001, então denominada *International Classification of Functioning, Disability and Health*, foi traduzida em português como Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), reincidindo no erro. Veja-se, aliás, a crítica de Diniz:

[...], "incapacidade" ignora trinta anos de debate acadêmico e político internacional, em especial as contribuições do modelo social para a revisão da ICF. A única tradução possível para *disability* – acurada e aceitável para o marco teórico que inspirou a revisão da ICF – é deficiência. *Disability* e deficiência são conceitos carregados de conteúdo normativo para o universo biomédico, e essa não é uma particularidade da Língua Portuguesa. Mas a escolha de *disability* e não outra categoria foi exatamente para provocar a tradição biomédica de dois séculos que compreende deficiência como algo fora da norma. Havia um objetivo político e moral por trás da escolha de *disability*: desestabilizar a hegemonia biomédica no campo.<sup>330</sup>

Portanto, ignorada teria sido a observação feita no anexo 1, da própria CIF:

[...] é necessário usar de clareza e precisão para definir os vários conceitos, de maneira que possam ser escolhidos os termos apropriados para expressar de forma não ambígua cada um dos conceitos subjacentes. Isto é particularmente importante porque a CIF, sendo uma classificação escrita, será traduzida em várias línguas. Além de uma compreensão comum dos conceitos, é essencial também chegar a um acordo sobre o termo que melhor reflecte o conteúdo em cada idioma. Pode haver várias alternativas, e as decisões devem ser tomadas com base na precisão, aceitabilidade e utilidade geral. Assim, espera-se que a CIF seja útil e ao mesmo tempo clara.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Reflexões sobre a versão em português da classificação internacional de funcionalidade incapacidade e saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, n. 10, out. 2007. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca; Fundação Oswaldo Cruz, 2007, p. 2507-2510. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n10/25.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2011, p. 2509.

<sup>331</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação...*, op. cit., p. 185.

Em verdade, em que pese o foco na discussão recaia na relação *disability*/deficiência, parece que o equívoco tem origem não na tradução do termo *disability*, mas na delimitação conceitual em língua portuguesa de *impairment*. A tradução da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é de 2008, disposta no Decreto nº 6.949/2009, evidencia isso quando na alínea ‘e’ do preâmbulo, a palavra *disability* é traduzida como deficiência e a expressão *persons with impairments*, como pessoas com deficiência. Já no artigo 1º, a expressão *persons with disabilities* é traduzida como pessoas com deficiência, enquanto *impairments*, como impedimentos<sup>332</sup>.

Dessa forma, o próprio Decreto nº 6.949/2009, que se refere a uma Convenção específica da ONU sobre pessoas com deficiência e que é muito mais recente que a CIF, traz dúvida quanto à adequada tradução do termo *impairment* – mesma dúvida em que provavelmente incidiram os tradutores da CIDID e da CIF em língua portuguesa. A verdade é que parece não haver consenso sobre o conceito de *impairment* nem mesmo entre os analistas da CIF em sua língua original, o inglês, vindo a afirmar Rob Imrie que “uma fraqueza dos estudos sobre deficiência é o limitado engajamento teórico com o conceito de *impairment*”<sup>333</sup>.

Ora, isso revela um vácuo conceitual na terminologia das ciências da saúde, que, não encontrando uma tradução técnica para *impairment*, transferiu este vazio (e o decorrente equívoco em seu acobertamento) para o campo normativo, enquanto parâmetro linguístico tendente a uma interpretação autêntica dos documentos da OMS e da ONU.

Sasaki, já em 2005, versando sobre a tradução brasileira da CIF, não apenas critica a tradução em língua portuguesa da CIF, mas faz propostas esclarecedoras:

<sup>332</sup> Vale acrescentar que na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência da Organização dos Estados Americanos – OEA, aprovada pela AG/RES 1608, de 06.06.1999, e recepcionada pelo Decreto nº 3.956 de 08.10.2001, verifica-se que o termo *impairment* foi traduzido oficialmente como restrição. Vide: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Inter-american convention on the elimination of all forms of discrimination against persons with disabilities*, 06 jun. 1999. Washington D.C./EUA: OEA, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-65.html>>. Acesso em 18 abr. 2011. Ver também: BRASIL. *Decreto n. 3.956, 08 out. 2001*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>333</sup> IMRIE, Rob. *Demystifying disability: a review of the International Classification of Functioning, Disability and Health*. *Sociology of Health & Illness*, v. 26, n. 3, 23 mar. 2004, p. 287-305. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9566.2004.00391.x/full>>. Acesso em: 13 maio 2012. Sobre a questão, pondera Diniz et al.: “[...]. Talvez os tradutores tenham apostado na aceitabilidade do conceito de incapacidade no léxico ativo do idioma para representar o espírito guarda-chuva sugerido pela ICF para *disability*. Outra possível explicação é que a entrada em cena de um novo conceito facilitaria o trabalho de aceitação do vocábulo proposto pela ICF. O fato é que não há uma explicação dos tradutores para essa escolha assim como foram apresentadas justificativas para outras traduções também desafiantes, tais como *constructo* ou *atitudinal*.” (DINIZ; SQUINCA; MEDEIROS. *Reflexões...*, op. cit., p. 2509).

Consideremos, em primeiro lugar, a questão do vocábulo deficiência. Sem dúvida alguma, a tradução correta das palavras (respectivamente, em inglês e espanhol) “disability” e “discapacidad” para o português falado e escrito no Brasil deve ser deficiência. Esta palavra permanece no universo vocabular tanto do movimento das pessoas com deficiência como dos campos da reabilitação e da educação. Trata-se de uma realidade terminológica histórica. Ela denota uma condição da pessoa resultante de um impedimento (“impairment”, em inglês). Exemplos de impedimento: lesão no aparelho visual ou auditivo, falta de uma parte do corpo, déficit intelectual. O termo “impairment” pode, então, ser traduzido como impedimento, limitação, perda ou anormalidade numa parte (isto é, estrutura) do corpo humano ou numa função (isto é, funções fisiológicas) do corpo, de acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (CIF), aprovada pela 54ª Assembléia da Organização Mundial da Saúde em 22 de maio de 2001. Segundo a CIF, as funções fisiológicas incluem funções mentais. O termo anormalidade é utilizado na CIF estritamente para se referir a uma variação significativa das normas estatísticas estabelecidas (isto é, como um desvio da média da população dentro de normas mensuradas) e ele deve ser utilizado somente neste sentido.

O conceito de deficiência não pode ser confundido com o de incapacidade, palavra que é uma tradução, também histórica, do termo "handicap". O conceito de incapacidade denota um estado negativo de funcionamento da pessoa, resultante do ambiente humano e físico inadequado ou inacessível, e não um tipo de condição. Exemplos: a incapacidade de uma pessoa cega para ler textos que não estejam em braile, a incapacidade de uma pessoa com baixa visão para ler textos impressos em letras miúdas, a incapacidade de uma pessoa em cadeira de rodas para subir degraus, a incapacidade de uma pessoa com deficiência intelectual para entender explicações conceituais, a incapacidade de uma pessoa surda para captar ruídos e falas. Configura-se, assim, a situação de desvantagem imposta às pessoas COM deficiência através daqueles fatores ambientais que não constituem barreiras para as pessoas SEM deficiência.<sup>334</sup>

Assim sendo, mostra-se clara a necessidade de uma imediata atualização dos termos empregados na CIF, inclusive para esclarecimento e adequação da comunidade sanitária e, desta forma, para a melhor efetivação dos direitos da pessoa com deficiência, enquanto parte de um programa mundial, hoje escorado na CDPcD.

Nada obstante, é importante destacar que ao menos no campo legislativo o impasse parece ter chegado a um fim. Isso porque, ao empregar de maneira consciente o termo impedimento na Lei nº 12.470, de 31.08.2011, que alterou a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/93, o legislador nacional parece ter, pela atualidade do diploma e pela importância e repercussão das suas modificações, estabelecido uma postura

---

<sup>334</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Deficiência mental ou deficiência intelectual?* Reação: Revista Nacional de Reabilitação, nov/dez. São Paulo: 2004. Disponível em <<http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/>>. Acesso em: 11 maio 2012. Diniz et al. defendem o uso do termo lesão como tradução de *impairment* (DINIZ; SQUINCA; MEDEIROS. *Reflexões...*, op. cit., p. 2507, passim).

terminológica oficial<sup>335</sup>, representando um marco importante para as ciências jurídicas em língua portuguesa.

Isso posto, em que pese todas estas dificuldades terminológicas e linguísticas, cumpre anotar que a mudança do nome dado à versão de 2001 da CIF é fruto de algo ainda mais profundo do que desavenças conceituais. É, na verdade, reflexo de uma verdadeira revolução paradigmática promovida pelos movimentos em prol da inclusão da pessoa com deficiência, pois “de uma categoria estritamente biomédica na ICIDH, deficiência assumiu um caráter também sociológico e político na ICF”<sup>336</sup>.

A questão mostrou-se já bastante controversa desde 1993, quando a ONU, na *Standard Rules on Equalization*, fez constar no documento estas observações:

O termo “*disability*” resume um grande número de diferentes impedimentos [*impairments*] funcionais que ocorrem em qualquer população em qualquer país do mundo. As pessoas podem ser deficientes [*disabled*] por impedimentos [*impairments*] físico, intelectual ou sensorial, condições médicas ou doença mental. Tais impedimentos [*impairments*], condições ou doenças podem ser de natureza permanente ou transitória.

O “*handicap*” significa a perda ou limitação de oportunidades para participar da vida da comunidade em pé de igualdade com os outros. Descreve o encontro entre a pessoa com uma deficiência [*disability*] e o ambiente. O objetivo deste termo é enfatizar o foco sobre as lacunas no ambiente e em muitas atividades organizadas da sociedade, por exemplo, informação, comunicação e educação, que impedem as pessoas com deficiências [*disabilities*] de participar em igualdade de condições.

O uso dos dois termos “*disability*” e “*handicap*”, conforme definido nos parágrafos 17 e 18 acima, deve ser visto à luz da moderna história da deficiência [*disability*]. Durante a década de 1970 houve uma forte reação entre representantes de organizações sobre pessoas com deficiências [*disabilities*] e profissionais do campo da deficiência [*disability*] contra a terminologia da época. Os termos “*disability*” e “*handicap*” eram frequentemente usados de forma obscura e confusa, dando pouca orientação na ação e na tomada de decisões políticas. A terminologia refletia uma abordagem médica e diagnóstica, que ignorava as imperfeições e ineficiências [*deficiencies*] da sociedade circundante.

<sup>335</sup> “Art. 20. [...] §2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL. *Lei n. 8.742, 07 dez. 1993*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012). Como é de costume nos diplomas legais afetos às pessoas com deficiência, a interpretação autêntica trazida no dispositivo restringe-se sempre ao diploma ou instituto jurídico versado, no caso o benefício assistencial de prestação continuada. Nada obstante, conforme será esclarecido adiante, isso não retira a importância das iniciativas do legislador.

<sup>336</sup> DINIZ; QUINCA; MEDEIROS. *Reflexões...*, op. cit., p. 2507.

Em 1980, a Organização Mundial de Saúde adotou uma classificação internacional de impedimento [*impairment*], deficiência [*disability*] e incapacidade [*handicap*], que sugerem uma abordagem mais precisa e, ao mesmo tempo relativista. A *Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* faz uma clara distinção entre "*impairment*", "*disability*" e "*handicap*". Ela tem sido amplamente utilizada em áreas como a reabilitação, educação, estatística, política, legislação, demografia, sociologia, economia e antropologia. Alguns usuários têm expressado a preocupação de que a *Classification*, em sua definição do termo "*handicap*", pode ainda ser considerada demasiadamente médica e muito centrada no indivíduo, podendo não esclarecer adequadamente a interação entre as condições ou expectativas sociais e as capacidades [*abilities*] do indivíduo. Essas preocupações, e outras expressadas pelos usuários durante os 12 anos desde a sua publicação, serão abordados em futuras revisões da *Classification*.

Como resultado da experiência adquirida na implementação do Programa de Ação Mundial e do debate geral que teve lugar durante a Década das Nações Unidas para as Pessoas Deficientes [*Disabled Persons*], houve um aprofundamento do conhecimento e da extensão do entendimento sobre as questões da deficiência [*disability*] e a terminologia utilizada. A atual terminologia reconhece a necessidade de dar resposta às necessidades individuais (como reabilitação e ajuda técnica) e as lacunas da sociedade (vários obstáculos para a participação).<sup>337</sup>

Como observam Mângia et al., a classificação da OMS de 1980 não conseguia apreender a construção do processo de transformação do *impairment* em *disability*:

---

<sup>337</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Standard...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa. No original: "The term "disability" summarizes a great number of different functional limitations occurring in any population in any country of the world. People may be disabled by physical, intellectual or sensory impairment, medical conditions or mental illness. Such impairments, conditions or illnesses may be permanent or transitory in nature. // The term "handicap" means the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others. It describes the encounter between the person with a disability and the environment. The purpose of this term is to emphasize the focus on the shortcomings in the environment and in many organized activities in society, for example, information, communication and education, which prevent persons with disabilities from participating on equal terms.// The use of the two terms "disability" and "handicap", as defined in paragraphs 17 and 18 above, should be seen in the light of modern disability history. During the 1970s there was a strong reaction among representatives of organizations of persons with disabilities and professionals in the field of disability against the terminology of the time. The terms "disability" and "handicap" were often used in an unclear and confusing way, which gave poor guidance for policy-making and for political action. The terminology reflected a medical and diagnostic approach, which ignored the imperfections and deficiencies of the surrounding society.// In 1980, the World Health Organization adopted an international classification of impairments, disabilities and handicaps, which suggested a more precise and at the same time relativistic approach. The International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps 11/ makes a clear distinction between "impairment", "disability" and "handicap". It has been extensively used in areas such as rehabilitation, education, statistics, policy, legislation, demography, sociology, economics and anthropology. Some users have expressed concern that the Classification, in its definition of the term "handicap", may still be considered too medical and too centred on the individual, and may not adequately clarify the interaction between societal conditions or expectations and the abilities of the individual. Those concerns, and others expressed by users during the 12 years since its publication, will be addressed in forthcoming revisions of the Classification. As a result of experience gained in the implementation of the World Programme of Action and of the general discussion that took place during the United Nations Decade of Disabled Persons, there was a deepening of knowledge and extension of understanding concerning disability issues and the terminology used. Current terminology recognizes the necessity of addressing both the individual needs (such as rehabilitation and technical aids) and the shortcomings of the society (various obstacles for participation).".

“A incapacidade [*disability*] é descrita como resultante de uma deficiência [*impairment*] e a desvantagem [*handicap*], como resultante de uma incapacidade [*disability*], em uma perspectiva linear e causal que se apoia na compreensão biomédica do problema”<sup>338</sup>. Outra não é a crítica de Amiralian, que, antes do advento da CIF, escreve:

A CIDID permite que profissionais da área se comuniquem sobre o nível de comprometimento que uma doença ou distúrbio acarreta para a pessoa.

Considerando os estudos de vários autores (Wood, De Kleijn et al., Stephens & Héту, Badley e Viso), a integração entre os conceitos, com relação aos níveis de manifestação, pode ser esquematizada da seguinte forma:

Doença ou Distúrbio => Deficiência => Incapacidade => Desvantagem

Situação Intrínseca=> Exteriorização => Objetivação => Socialização

Essa representação esquemática sugere uma progressão linear simples, mas a situação é mais complexa. [...].

Crítica importante que tem sido feita à essa classificação é que ela permanece muito próxima ao modelo médico de doença, que se apoia no positivismo. Pode-se verificar que esse conceito de doença é bastante próximo à definição de deficiência da CIDID sendo patente sua subordinação ao diagnóstico médico. Assim, a proposta da CIDID de que as definições devam ser elaboradas por quem possua qualificação e competência implicam a indicação do médico para tal, excluindo outros profissionais, a comunidade e as pessoas com deficiência.<sup>339</sup>

De fato, como esclarece Diniz et al., pelo modelo médico de deficiência, “um corpo com lesões experimentaria restrições de habilidades, o que levaria a pessoa a situações de desvantagem social. A desvantagem seria resultado das lesões, por isso a importância de conhecer, curar ou reabilitar os corpos anormais”<sup>340</sup>. Essa concepção mostra-se afeta ao paradigma integracionista, segundo o qual é a pessoa que tem impedimentos, e, por isso, fugindo à base estatística de normalidade e à curva de variação dos padrões corporais, é ela que precisa ser normalizada, (re)habilitada, a fim de se integrar à sociedade.

Contra esta posição, o modelo social tinha o “compromisso teórico de demonstrar que a experiência da desigualdade pela deficiência resultava mais de estruturas sociais poucos sensíveis à diversidade que de um corpo com lesões”<sup>341</sup>. Tal postura coaduna-se com o vigente paradigma inclusivista, pelo qual, como já visto, é a sociedade que não está

<sup>338</sup> MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. *Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo*. v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.restasusp.sibi.usp.br/pdf/rto/v19n2/08.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2011, *passim*.

<sup>339</sup> AMIRALIAN et. al., op. cit., p.101.

<sup>340</sup> DINIZ; SQUINCA;MEDEIROS. *Reflexões...*, op. cit., p. 2507.

<sup>341</sup> *Ibid.*, loc. cit.

apta a receber e promover em igualdade de tratamento e de oportunidades a todas as pessoas, gerando desvantagens e estigmas a ser superados<sup>342</sup>.

Mângia et. al., baseada nos estudos de Barbara D'Avanzo, destaca que seria possível ainda identificar duas matrizes teóricas nos estudos sobre deficiência: uma corrente funcionalista, mais frequente entre os norte-americanos, que “constrói argumentos em torno do conceito de estigma, da exclusão dos incapacitados dos direitos civis e critica o elevado poder desempenhado pelos médicos na definição e gestão do problema da incapacidade”; e uma matriz materialista, afeta à tradição britânica, que critica toda a organização social, a qual “para funcionar se utiliza de uma lógica de discriminação daqueles que não respondem adequadamente às expectativas da ordem econômica”<sup>343</sup>. Críticas estas que, contudo, parecem ser muito mais complementares entre si do que realmente opostas.

Desenvolvendo um sistema esquemático sobre a questão da linguagem, em 1995, Hutchison sentencia: “É tempo de ambos os lados saírem de suas trincheiras e abraçar um modelo maior de deficiência. Um que combina os conceitos da ICIDH com a experiência das pessoas com deficiência”<sup>344</sup>.

Foram vinte anos de debates entre o modelo biomédico e o modelo social da deficiência, e o principal resultado foi a revisão do sistema classificatório da OMS. Não é por acaso que a OMS faz referência aos dois modelos na ICF e afirma ser a nova linguagem uma combinação de ambos para a instauração de um terceiro, o modelo biopsicossocial. Mas como qualquer campo emergente, um dos temas de maior disputa é como descrever os fenômenos e as novas especialidades. Ciente da importância da linguagem para o sucesso da ICF como um vocabulário universal, a OMS propôs uma redefinição ampla da deficiência, ao ponto de afirmar que ‘há uma ampla incompreensão de que a ICF seja somente sobre pessoas com deficiência; na verdade, é sobre todas as pessoas’.<sup>345</sup>

Com certa poesia, Diniz et al. ainda ressalta que essa universalidade da CIF pode ser entendida de duas formas: na perspectiva evolutiva, partindo “de uma classificação de corpos com lesões (ICIDH) para uma avaliação complexa da relação indivíduo e sociedade (ICF)”; e como uma afirmação de que “a deficiência não é uma tragédia individual ou a expressão de uma alteridade distante, mas uma condição de existência”<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> MÂNGIA, op. cit., p. 123.

<sup>343</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>344</sup> HUTCHISON, op. cit. loc. cit.

<sup>345</sup> DINIZ; QUINCA; MEDEIROS, *Reflexões...*, op. cit., p. 2507.

<sup>346</sup> Ibid., loc. cit.. E de fato, esta postura universalista encontra adeptos como Irving Kenneth Zola, que, desde 1989, resumia a questão: “O que eu tentei fazer neste artigo é desmistificar ‘a excepcionalidade’ da deficiência. Ao ver-se pessoas com deficiência como ‘diferente’, com necessidades, desejos e direitos ‘especiais’ neste atualmente percebido mundo de recursos finitos, eles são colocados contra as necessidades, desejos e direitos

Deve-se, pois, perceber que a CIF não estabelece um modelo biopsicossocial *de deficiência*, mas um modelo biopsicossocial *de funcionalidade, deficiência e saúde*, uma vez que nela “deficiência e funcionalidade são vistas como resultados de interações entre condições de saúde (doenças, desordens e lesões) e fatores contextuais”<sup>347</sup>.

Estabelecido esta nova perspectiva, surge a ideia de funcionalidade como “termo genérico (‘chapéu’) para as funções do corpo<sup>348</sup>, estruturas do corpo<sup>349</sup>, atividades<sup>350</sup> e participação<sup>351</sup>” que “indica os aspectos positivos da interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde<sup>352</sup>) e os seus factores contextuais<sup>353</sup> (ambientais<sup>354</sup> e pessoais<sup>355</sup>)”.<sup>356</sup>

do resto da população (Stone 1984). [...] Em suma, o que é feito em nome da deficiência hoje terá significado para todos os amanhãs da sociedade.” (ZOLA, Irving Kenneth. *Toward the necessary universalizing of a disability policy*. The Milbank Quarterly, v. 67, Supl. 2, Pt. 2, 1989, p. 401-428. Reimpressão v. 83, n. 4, 2005, p. 1-27, p. 19. Disponível em: <<http://www.milbank.org/about-the-fund/history/the-milbank-quarterly-centennial-edition>>. Acesso em: 13 maio 2012). No original: “What I have tried to do in this article is demystify ‘the specialness’ of disability. By seeing people with a disability as ‘different’, with ‘special’ needs, wants, and rights in this currently perceived world of finite resources, they are pitted against the needs, wants, and rights of the rest of the population (Stone 1984). [...] In short, what is done in the name of disability today will have meaning for all of society’s tomorrows”.

<sup>347</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Towards a common language for functioning, disability and health: ICF – The International Classification of Functioning, Disability and Health*. Genebra/Suíça: OMS, 2002, p. 10, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icf/training/icfbeginnersguide.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2011. No Original: “[...] disability and functioning are viewed as outcomes of interactions between health conditions (diseases, disorders and injuries) and contextual factors”. Vide ainda: Id., *Classificação...*, op. cit., p. 22.

<sup>348</sup> Funções do corpo “são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, incluindo as funções psicológicas. ‘Corpo’ refere-se ao organismo humano como um todo e, portanto, inclui o cérebro. Assim, as funções mentais (ou psicológicas) são consideradas parte das funções do corpo. O padrão para essas funções é a norma estatística para a população humana.” (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 186).

<sup>349</sup> Estruturas do corpo “são as partes estruturais ou anatômicas do corpo, tais como órgãos, membros e seus componentes classificados de acordo com os sistemas orgânicos. O padrão para essas estruturas é a norma estatística para a população humana.” (Ibid., p. 187).

<sup>350</sup> Atividade “é a execução de uma tarefa ou ação por um indivíduo e representa a perspectiva individual da funcionalidade” (Ibid., p. 187). A CIF destaca que a expressão limitações da atividade substituiu o termo deficiência na CIDID, de 1980 (Cf. Id. *International classification of functioning, disability and health: ICF*. Genebra/Suíça: OMS, 2001, p.213. Roma/Itália: Istituto Nazionale di Statistica, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.disabilitaincifre.it/documenti/ICF\\_18.pdf](http://www.disabilitaincifre.it/documenti/ICF_18.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>351</sup> Participação “é o envolvimento de um indivíduo numa situação da vida real. Ela representa a perspectiva social da funcionalidade” (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 187). A CIF destaca que a expressão restrição na participação substituiu o termo desvantagem [handicap] na CIDID, de 1980. (Cf. Id., *International...*, op. cit., p. 213).

<sup>352</sup> Condição de saúde “é um termo genérico (‘chapéu’) para doenças (agudas ou crônicas), perturbações, lesões ou traumatismos. Uma condição de saúde pode incluir também outras circunstâncias como gravidez, envelhecimento, stresse, anomalia congênita, ou predisposição genética. As condições de saúde são codificadas usando a CID-10”. (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 186).

<sup>353</sup> Fatores contextuais “são os fatores que, em conjunto, constituem o contexto completo da vida de um indivíduo e, em particular, a base sobre a qual os estados de saúde são classificados na CIF. Há dois componentes dos fatores contextuais: Fatores Ambientais e Fatores Pessoais.” (Ibid., p. 187).

<sup>354</sup> Fatores ambientais “constituem um componente da CIF e referem-se a todos os aspectos do mundo externo ou extrínseco que formam o contexto da vida de um indivíduo e, como tal, têm um impacto sobre a funcionalidade dessa pessoa. Os factores ambientais incluem o mundo físico e as suas características, o mundo físico criado pelo homem, as outras pessoas em diferentes relacionamentos e papéis, as atitudes e os valores, os serviços e os sistemas sociais, as políticas, as regras e as leis” (Ibid., loc. cit.). Os fatores ambientais, como se verá, ganham enorme destaque no trato dos direitos das pessoas com deficiência, à medida em que podem ser

Em uma correlação clara e imediata, se estabelece a noção de deficiência como “um termo guarda-chuva para impedimentos<sup>357</sup>, limitações da atividade<sup>358</sup> e restrições na participação<sup>359</sup>. Ele indica os aspectos negativos da interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus fatores contextuais (fatores ambientais e pessoais)”.<sup>360</sup>

---

classificados, sob os aspectos negativo e positivos, em barreiras e facilitadores. Barreiras “são fatores ambientais que, através da sua ausência ou presença, limitam a funcionalidade e provocam deficiência. Estes fatores incluem aspectos como um ambiente físico inacessível, falta de tecnologia de assistência apropriada, atitudes negativas das pessoas em relação à deficiência, bem como serviços, sistemas e políticas inexistentes ou que dificultam o envolvimento de todas as pessoas com uma condição de saúde em todas as áreas da vida” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *International...*, op. cit., p. 214, tradução nossa). No original: “[...] are factors in a person's environment that, through their absence or presence, limit functioning and create disability. These include aspects such as a physical environment that is inaccessible, lack of relevant assistive technology, and negative attitudes of people towards disability, as well as services, systems and policies that are either nonexistent or that hinder the involvement of all people with a health condition in all areas of life”. Facilitadores “são fatores ambientais que, através da sua ausência ou presença, melhoram a funcionalidade e reduzem a deficiência de uma pessoa. Estes fatores incluem aspectos como um ambiente físico acessível, disponibilidade de tecnologia de assistência apropriada, atitudes positivas das pessoas em relação à deficiência, bem como serviços, sistemas e políticas que visam aumentar o envolvimento de todas as pessoas com uma condição de saúde em todas as áreas da vida. A ausência de um fator também pode ser um facilitador, por exemplo, a ausência de estigma ou de atitudes negativas. Os facilitadores podem impedir que um impedimento ou limitação da atividade se transforme numa restrição de participação, já que o desempenho real de uma ação é melhorado, apesar do problema da pessoa relacionado com a capacidade” (Ibid., loc. cit., tradução nossa). No original: “are factors in a person's environment that, through their absence or presence, improve functioning and reduce disability. These include aspects such as a physical environment that is accessible, the availability of relevant assistive technology, and positive attitudes of people towards disability, as well as services, systems and policies that aim to increase the involvement of all people with a health condition in all areas of life. Absence of a factor can also be facilitating, for example the absence of stigma or negative attitudes. Facilitators can prevent an impairment or activity limitation from becoming a participation restriction, since the actual performance of an action is enhanced, despite the person's problem with capacity”.

<sup>355</sup> Fatores pessoais “são factores contextuais relacionados com o indivíduo, tais como, idade, sexo, nível social, experiências da vida, etc., que não são classificados na CIF, mas que os utilizadores podem incorporar nas suas aplicações da classificação” (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 187).

<sup>356</sup> Ibid., p. 186. Vide também: Id. *International...*, op. cit., p. 213.

<sup>357</sup> Impedimento “é uma perda ou anormalidade de uma estrutura do corpo ou de uma função fisiológica (incluindo funções mentais). Na CIF, o termo anormalidade refere-se estritamente a uma variação significativa das normas estatisticamente estabelecidas (isto é, como um desvio de uma média na população obtida usando normas padronizadas de medida) e deve ser utilizado apenas neste sentido”. (Id., *International...*, op. cit., p. 213, tradução nossa). No original: “[...] is a loss or abnormality in body structure or physiological function (including mental functions). Abnormality here is used strictly to refer to a significant variation from established statistical norms (i.e. as a deviation from a population mean within measured standard norms) and should be used only in this sense.”.

<sup>358</sup> Limitações da atividade “são dificuldades que um indivíduo pode ter na execução das actividades. Uma limitação da actividade pode variar de um desvio leve a grave em termos da quantidade ou da qualidade na execução da actividade comparada com a maneira ou a extensão esperada em pessoas sem essa condição de saúde” (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 187). Destaca a CIF que a expressão limitações da atividade substituiu o termo deficiência na CIDID, de 1980. (Cf. Id., *International...*, op. cit., p. 213).

<sup>359</sup> Restrições na participação “são problemas que um indivíduo pode enfrentar quando está envolvido em situações da vida real. A presença da restrição de participação é determinada pela comparação entre a participação individual com aquela esperada de um indivíduo sem deficiência [sic] naquela cultura ou sociedade” (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 187). Destaca a CIF que a expressão restrição na participação substituiu o termo desvantagem [handicap] na CIDID, de 1980. (Cf. Id., *International...*, op. cit. p. 213).

<sup>360</sup> Ibid., p. 213, tradução nossa. No original: “[...] is an umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions. It denotes the negative aspects of the interaction between an individual (with a health condition) and that individual's contextual factors (environmental and personal factors)”. A CIF destaca que “durante o processo de revisão, o termo handicap foi abandonado e o termo disability foi utilizado para

Por isso, a preocupação da OMS em deixar bem claro que:

[...] CIF não é, de forma alguma, uma classificação de pessoas. Ela é uma classificação das características de saúde das pessoas dentro do contexto das situações individuais de vida e dos impactos ambientais. A interação das características de saúde com os fatores contextuais é que produz a deficiência [*disability*]. Assim, os indivíduos não devem ser reduzidos ou caracterizados apenas em termos dos seus impedimentos, limitações da atividade, ou restrições na participação. [...].<sup>361</sup>

Ponto este no qual insiste Diniz et al.:

[...]. Ou seja, disability não se resume a impairment, pois é o resultado negativo da interação de um corpo com lesões em ambientes sociais pouco sensíveis à diversidade corporal das pessoas. O objetivo dessa redefinição de disability foi incorporar a crítica dos teóricos do modelo social: deficiência é uma experiência sociológica e política e não apenas o resultado de um diagnóstico biomédico sobre corpos anômalos. [...].<sup>362</sup>

A seguinte tabela da CIF permitem uma visão geral do instrumento:

Tabela 1 – Uma visão geral da CIF

Componentes	Parte 1 Funcionalidade e Incapacidade		Parte 2 Fatores Contextuais	
	Funções e Estruturas do Corpo	Atividades e Participação	Fatores Ambientais	Fatores Pessoais
<b>Domínios</b>	Funções do Corpo e Estruturas do Corpo	Áreas Vitais (tarefas, ações)	Influências externas sobre a funcionalidade e a deficiência	Influências internas sobre a funcionalidade e a deficiência
<b>Constructos</b>	Mudança nas funções do corpo (fisiológicas)  Mudanças nas estruturas do corpo	Capacidade: Execução de tarefas num ambiente padrão  Desempenho: Execução de tarefas no ambiente habitual	Impacto facilitador ou limitador das características do mundo físico, social e atitudinal	Impacto dos atributos de uma pessoa
<b>Aspectos positivos</b>	Integridade funcional e estrutural	Atividades  Participação	Facilitadores	(não aplicável)
	Funcionalidade			
<b>Aspectos negativos</b>	Impedimento	Limitação da Atividade  Restrição da Participação	Barreiras	(não aplicável)
	Deficiência			

FONTE: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS.

abranjer todas as três perspectivas – corporal, individual e social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *International...*, op. cit., p. 211, tradução nossa). No original: “[...]. During the revision process, the term “handicap” was abandoned and “disability” was used as an umbrella term for all three perspectives - body, individual and societal. [...]”.

<sup>361</sup> Ibid., p. 242, tradução nossa. No original: “[...] ICF is not a classification of people at all. It is a classification of people’s health characteristics within the context of their individual life situations and environmental impacts. It is the interaction of the health characteristics and the contextual factors that produces disability. This being so, individuals must not be reduced to, or characterized solely in terms of, their impairments, activity limitations, or participation restrictions. [...]”.

<sup>362</sup> DINIZ; QUINCA; MEDEIROS. *Reflexões...*, op. cit., p. 2507.

Com a revolução paradigmática promovida pela CIF, portanto, consolidou-se no âmbito da ONU<sup>363</sup> a superação do modelo médico de deficiência, afeto ao paradigma integracionista, por meio de sua colação com o modelo social, inclusivista, gerando um modelo biopsicossocial de caráter inclusivo e que busca uma sistematização coerente das perspectivas de saúde biológica, individual e social<sup>364</sup>. Posição esta que se coloca em consonância com o conceito de saúde adotado pela OMS em sua Constituição, assinada em 22.07.1946: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”<sup>365</sup>.

Neste ponto, aliás, Dallari e Nunes Júnior observam:

A contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde é inegável, servindo de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária. Primeiro, porque, ao associar o conceito de saúde ao bem-estar social e psíquico, exprime a idéia do ser humano em relação com o seu meio. Segundo, porque enaltece a saúde como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, tanto do indivíduo – tomado isoladamente – como da humanidade.

Assim sendo, muito embora existam objeções teóricas a apontar eventuais inconsistências das asserções constantes da Constituição da Organização

<sup>363</sup> No âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pela AG/RES 1608, de 06/06/1999, e recepcionada pelo Decreto nº 3.956, de 08.10.2001, já indicava a iminente mudança de paradigmas, dispondo em seu artigo I, nº1: “O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” (BRASIL, *Decreto n. 3.956...*, op. cit., loc. cit.). Destaque-se que o termo *impairment* foi traduzido oficialmente como restrição. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA, op. cit., p. 25).

<sup>364</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS, *Classificação...*, op. cit., 22.

<sup>365</sup> Id., *Constitution of the World Health Organization*. Nova Iorque/EUA: OMS, 22 jul. 1946, p. 1. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012. No original: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Interessante observar que o conceito de saúde na CIF ganha novas dimensões, definindo-se bem estar, estados de saúde e domínios de saúde, bem como estados relacionados com a saúde e domínios relacionados com a saúde, nos seguintes termos: Bem-estar “é um termo geral que engloba o universo total dos domínios da vida humana, incluindo os aspectos físicos, mentais e sociais, que compõem o que pode ser chamado de uma ‘vida boa’. Os domínios da saúde são um subconjunto dos domínios que compõem o universo total da vida humana” (Id., *Classificação...*, op. cit., p. 185). Estados de saúde e domínios de saúde: “Um estado de saúde é o nível de funcionalidade dentro de um determinado domínio de saúde da CIF. Os domínios de saúde designam sectores da vida interpretados como estando incluídos na noção de ‘saúde’, tais como, os que, em termos dos sistemas de saúde, podem ser definidos como a principal responsabilidade do sistema de saúde. A CIF não determina um limite fixo entre os domínios da saúde e os domínios relacionados com a saúde. Pode haver uma zona cinzenta dependente das diferenças na conceptualização dos elementos da saúde e dos elementos relacionados com a saúde pelo que eles podem ser localizados dentro dos domínios da CIF” (Ibid., p. 186). Estados relacionados com a saúde e domínios relacionados com a saúde: “Um estado relacionado com a saúde é o nível de funcionalidade dentro de um dado domínio da CIF relacionado com a saúde. Os domínios relacionados com a saúde são aquelas áreas de funcionalidade que, embora tenham uma forte relação com uma condição de saúde, não são claramente uma responsabilidade principal do sistema de saúde, mas sim de outros sistemas que contribuem para o bem-estar geral. A CIF cobre apenas aqueles domínios do bem-estar relacionados com a saúde”. (Ibid., 186).

Mundial de Saúde [...], é certo que os dois pontos de partida apontados cumprem, ainda hoje, relevante função hermenêutica.<sup>366</sup>

Nesse contexto – já tendo em mente a questão do direito ao trabalho da pessoa com deficiência –, fica clara uma linha evolutiva que liga os conceitos de saúde, deficiência e pessoa com deficiência nos documentos oficiais das Nações Unidas, cujo capítulo final consubstancia-se na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Na Recomendação nº 99, de 25.06.1955, da OIT, que versa sobre adaptação e reabilitação profissional, apesar do conceito de saúde adotado na Constituição da OMS, o modelo médico prevalece:

1. Para os propósitos desta Recomendação: (a) [...]; e (b) o termo pessoa deficiente refere-se ao indivíduo cujas possibilidades de obter e manter um emprego adequado fiquem substancialmente reduzidas como resultado de impedimento físico ou mental.<sup>367</sup>

Dispõe a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975:

1. O termo ‘pessoa deficiente’ [*disabled person*] refere-se a qualquer pessoa incapaz [*unable*] de assegurar por si só, total ou parcialmente, as necessidades de um indivíduo normal e/ou uma vida social como resultado da deficiência [*deficiency*], congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.<sup>368</sup>

Após o advento da CIDID da OMS, em 1980, a Convenção nº 159, de 20.06.1983, da OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, recepcionada pelo Decreto nº 129, de 22.05.1991, não destoou do modelo médico:

“1. Para os propósitos desta Convenção, o termo pessoa deficiente refere-se ao indivíduo cujas possibilidades de obter, manter e avançar em um emprego adequado fiquem substancialmente reduzidas como resultado de um impedimento físico ou mental devidamente reconhecido”<sup>369</sup>

<sup>366</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 10.

<sup>367</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, *Recommendation n. 99...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa. No original: “1. For the purpose of this Recommendation: (a) [...]; and (b) the term disabled person means an individual whose prospects of securing and retaining suitable employment are substantially reduced as a result of physical or mental impairment”. Note-se a interação entre disabled e impairment.

<sup>368</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaration on the rights of disabled persons...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa. No original: “1. The term “disabled person” means any person unable to ensure by himself or herself, wholly or partly, the necessities of a normal individual and/or social life, as a result of deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities”. Veja-se a importância da cultura no uso dos termos disabled e deficiency.

<sup>369</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convention n. 159...*, op. cit., loc. cit., tradução nossa. No original: “1. For the purposes of this Convention, the term disabled person means an individual whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognized physical or mental impairment.”. Note-se a interação entre os termos *disabled* e *impairment*.

Na respectiva Recomendação nº 168 da OIT, também de 20.06.1983, idem:

“1. Na aplicação desta Recomendação, bem como na Recomendação da Reabilitação Profissional (de Deficientes), de 1955, os membros devem considerar o termo pessoa deficiente como referente ao indivíduo cujas possibilidades de obter, manter e avançar em um emprego adequado fiquem substancialmente reduzidas como resultado de um impedimento físico ou mental devidamente reconhecido”<sup>370</sup>

Após vinte anos de um intenso debate, a versão da CIF de 2001 inaugurou um modelo biopsicossocial de deficiência, funcionalidade e saúde (e não de pessoas com deficiência<sup>371</sup>), tratando-se este de ponto relevante, à medida que não deixa de ser uma classificação técnico-sanitária.

Finalmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada a 13.12.2006, atribuiu ainda maior importância ao estigma, ganhando destaque nacional, já que foi a primeira aprovada consoante o rito previsto no §3º do art. 5º, da CR/88 (Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008), passando a ter *status* material e análogo-formal de emenda constitucional no Brasil com a promulgação do Decreto nº 6.949/2009, que enuncia como tradução do Artigo 1:

[...]. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.<sup>372</sup>

Quais implicações tudo isso traz ao contexto jurídico nacional? É o que se passa a investigar a partir do próximo tópico, tendo em mente, sobretudo, o direito à inclusão e ao trabalho da pessoa com deficiência.

<sup>370</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Recommendation n. 168: Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)*. Genebra/Suíça, 20 jun. 1983. Disponível em <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312506:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312506:NO)>. Acesso em: 30 ago. 2012). No original: “1. In applying this Recommendation, as well as the Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation, 1955, Members should consider the term disabled person as meaning an individual whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognized physical or mental impairment.” Note-se a interação entre os termos *disabled* e *impairment*.

<sup>371</sup> Destaca a CIF em seu anexo 5: “[...]. A CIF utiliza o termo ‘incapacidade’ [sic] para designar um fenômeno multidimensional que resulta da interação entre as pessoas e o seu ambiente físico e social. Por diversas razões, quando se referem a indivíduos, algumas pessoas preferem utilizar o termo ‘pessoas com incapacidade’ [sic] enquanto outras preferem ‘pessoas incapacitadas’[sic]. À luz desta divergência, não há uma prática universal a ser adotada pela OMS, e não é apropriado que a CIF adote rigidamente uma abordagem em detrimento de outra. Em vez disto, a OMS confirma o princípio importante de que as pessoas têm o direito de serem chamadas da forma que melhor desejem. Além disso, é importante destacar que a CIF não é, de forma alguma, uma classificação de pessoas. Ela é uma classificação das características de saúde das pessoas dentro do contexto das situações individuais de vida e dos impactos ambientais. [...]” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS, *Classificação...*, op. cit., p. 215).

<sup>372</sup> BRASIL. *Decreto n. 6.949...*, op. cit. loc. cit..

### 3.3 A (in)coerência ético-normativa do sistema de políticas públicas.

Como visto, a expressão pessoa com deficiência é recente, preponderando na legislação brasileira expressões tais como inválido, incapaz, deficiente, excepcional, portador de deficiência, pessoa portadora de deficiência, pessoa com necessidades especiais, pessoas especiais, dentre outras. Em regra, cada uma delas foi utilizada estritamente para aplicação da norma jurídica em que figura, sendo objeto de interpretação autêntica. Em vários diplomas legais, porém, provavelmente o legislador não teve sequer em mente que a norma teria um impacto maior sobre dado segmento marginalizado da população.

Tudo isso pode ser observado ao elencar algumas das principais disposições normativas que, direta ou indiretamente, influem ou podem influir no universo de todas ou de muitas das pessoas com deficiência. Exercício este que se mostra oportuno no presente estudo, haja vista a possibilidade de se aferir um padrão na legislação pátria, o qual, uma vez avaliado à luz de fundamentos, valores e objetivos constitucionais (especialmente o direito ao trabalho e à cidadania), pode revelar, ou não, sistematicidade e harmonia.

#### 3.3.1 A natureza do mundo jurídico.

A primeira dessas disposições se encontra na parte geral do Código Civil (CC). Por ele descobrem-se as consequências de se afirmar que pessoa com deficiência é uma pessoa. Pode parecer estranho, mas esta assertiva significa muito para minorias que, como a pessoa com deficiência, a mulher, o negro, o índio, dentre outros, já foram considerados objetos de direito. Como esclarece Brito<sup>373</sup>, em sua acepção jurídica, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica, sendo incorreto afirmar que a pessoa tem direito à personalidade, uma vez que, antes, é desta que surge a capacidade, a aptidão, a habilidade, de ser sujeito de direitos e obrigações. Por uma ficção jurídica, passou-se a atribuir personalidade a entes que não eram humanos. Daí surgiu a necessidade de distinção entre pessoa física, natural ou humana, das pessoas morais, jurídicas ou fictas. Hoje, aliás, se reconhece excepcionalmente a titularidade de direitos e obrigações a entes despersonalizados, como o condomínio edilício, a herança jacente ou vacante, a massa falida e o nascituro.

---

<sup>373</sup> BRITO, Jaime Domingues. Pessoas com deficiência e o artigo 93 da Lei n. 8.213/91, p. 186-204. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.). *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização*, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1ª ed. Birigui: Boreal, 2010, p. 187-188.

Nesse passo, a característica mais evidente da pessoa, enquanto pessoa humana, é a própria condição humana, que lhe confere uma dignidade inerente, não podendo jamais ser considerada objeto de direito, mas sempre sujeito de direitos. Em outros termos, a pessoa humana é sempre um fim em si<sup>374</sup>, o valor-fonte de todos os valores<sup>375</sup>.

A personalidade, contudo, admite graduação. Não quanto à capacidade de titularizar direitos e obrigações e nem de efetivamente tê-los garantidos em seu núcleo fundamental (direitos fundamentais), mas quanto à capacidade exercer tais direitos por si e de responder pelas obrigações assumidas. Essa capacidade pode variar bastante, a depender do ramo jurídico ou mesmo do instituto em discussão, pois o universo jurídico é parte do universo cultural, não deixando de ser um constructo, adaptado a nossos valores. Vejamos:

### 3.3.2 Direito tributário.

Uma primeira acepção de capacidade, mais lata (e conseqüentemente mais estrita de incapacidade), que ganha relevância na composição do contexto jurídico do estudo, está na noção de capacidade tributária passiva, qual seja, a capacidade do sujeito de figurar no pólo passivo da relação obrigacional tributária (art. 121 do Código Tributário Nacional), na qualidade de contribuinte ou responsável. Trata-se da fixação do dever (ou direito) do contribuinte de custear o Estado por meio do poder de tributar que este lhe venha a opor.

Segundo art. 126 do Código Tributário Nacional, a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil das pessoas naturais, bem como de “achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitações do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios”<sup>376</sup>. Em suma, a capacidade tributária independe da condição jurídica e fática do sujeito de direito, sendo certo que mesmo entidades como o nascituro, o espólio e a massa falida gozam de

<sup>374</sup> Postula Kant na Fundamentos da Metafísica dos Costumes: "Age de modo que consideres a humanidade tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, e sempre como fim, nunca como simples meio.". (KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Wikiquote: [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <[http://pt.wikiquote.org/wiki/Immanuel\\_Kant](http://pt.wikiquote.org/wiki/Immanuel_Kant)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>375</sup> A colocação é de Miguel Reale: “Pode parecer paradoxal, mas é substancialmente verdadeira a afirmação de que, quanto mais são vertiginosas as mutações resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico, mais ainda se impõe o encontro de soluções serenamente baseadas no primado da razão tendo como referencial a integralidade da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores e direitos universais, por ser o homem o único ente cujo ser é seu dever ser.”. (REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p 143).

<sup>376</sup> BRASIL. *Lei n. 5.172, 25 out. 1966*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

capacidade tributária passiva. Isso tudo porque, como explica Hugo de Brito<sup>377</sup>, a vontade é elemento irrelevante para a formação do vínculo obrigacional tributário.

Trata-se da capacidade jurídica mais ampla de que se tem conhecimento, tanto que a noção de incapacidade tributária só ganha sentido quando atrelada impropriamente ao princípio da capacidade contributiva, qual seja, a previsão de que, sempre que possível, os impostos serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte. É o que justifica, *e.g.*, a criação de diferentes alíquotas, ou até a isenção, para cálculo de imposto de renda. Não se confunde, pois, com políticas públicas tais como a isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria motivada por cegueira (art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88); ou as isenções de impostos<sup>378</sup> para a aquisição de automóveis por pessoas com determinado tipo de deficiência.

À capacidade tributária, portanto, a condição fática e jurídica da pessoa é irrelevante, o que, todavia, não impede medidas de política tributária de cunho inclusivo.

### 3.3.3 Direito eleitoral.

No direito eleitoral, a noção de incapacidade sob a perspectiva ativa, regida pela noção de alistamento, praticamente inexistente, pois seu exercício, em termos de democracia política formal, é o maior objetivo das medidas de inclusão social.

Prevê a CR/88 que o alistamento eleitoral (capacidade) e o voto (exercício) são obrigatórios para os maiores de dezoito anos, facultativo aos analfabetos, maiores de setenta anos, maiores de dezesseis e menores de dezoito, sendo, porém, vedado apenas aos estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, aos conscritos. Ou seja, *contrario sensu*, somente são inalistáveis e, portanto, não gozam de capacidade eleitoral ativa: os menores de dezesseis anos, os estrangeiros e, enquanto durar o serviço militar obrigatório, os recrutas.

---

<sup>377</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 176.

<sup>378</sup> Sobre a matéria, pode-se consultar: BRASIL. Receita Federal. *Isenção de IPI/IOF para pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda e autistas*. Brasília: Receita Federal, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/GuiaContribuinte/IsenIpiDefFisico/IsenIpiDefiFisicoLeia.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012; BRASIL. Conselho nacional de política fazendária - CONFAZ. *Convênio ICMS 38, 30 mar. 2012*. Cuiabá: Receita Federal, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/2012/CV038\\_12.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/2012/CV038_12.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012; e ISENÇÃO de IPI, IOF ICMS para deficientes – Guia Rápido de Isenção I. [S.l.]: Deficienteonline, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.deficienteonline.com.br/isencao-de-ipi-iof-icms-e-ipva-para-deficientes-guia-rapido-de-isencao\\_\\_\\_41.html](http://www.deficienteonline.com.br/isencao-de-ipi-iof-icms-e-ipva-para-deficientes-guia-rapido-de-isencao___41.html)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

Vale dizer que apenas a perda dos direitos políticos implica a cessação da capacidade eleitoral ativa, resumidas às hipóteses do art. 15, inc. I e IV e art. 12, §4º, II da Constituição. A suspensão dos direitos políticos apenas impede o exercício da capacidade eleitoral, não se confundindo com incapacidade eleitoral (inalistabilidade). Ou seja, mesmo àquele que teve a incapacidade civil absoluta reconhecida por sentença transitada em julgado (art. 15, II da CR/88), goza de capacidade eleitoral.

A noção de incapacidade eleitoral é tão restrita, que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), declarando que “o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para todas as pessoas portadoras de deficiência”, expediu a Resolução nº 21.920/2004, a qual, mediante requerimento e prévio transcurso do procedimento nela previsto, isenta de sanção a pessoa portadora de “deficiência que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, relativas ao alistamento e ao exercício do voto”<sup>379</sup>.

Veja-se, portanto, que, o TSE não distorce, modifica, complementa ou mitiga a Constituição, de modo a retirar a capacidade eleitoral do indivíduo, mas tão somente isenta da respectiva sanção, pois, em uma analogia com os maiores de setenta anos, à luz do princípio da dignidade humana e mediante prévio requerimento e processamento administrativo, reconhece a inexigibilidade de conduta diversa. Da norma ainda consta que:

[...] na avaliação da impossibilidade e da onerosidade para o exercício das obrigações eleitorais, serão consideradas, também, a situação sócio-econômica do requerente e as condições de acesso ao local de votação ou de alistamento desde a sua residência.<sup>380</sup>

Ou seja, embora a princípio diga que é a deficiência que torna impossível ou demasiadamente oneroso, evidenciando um determinismo médico, a avaliação da impossibilidade e da onerosidade deve ser vista à luz da realidade socioeconômica da pessoa. Constata-se, pois, um modelo médico mitigado.

### 3.3.4 Direito penal.

No Direito Penal, a (in)capacidade é regulada a partir da imputabilidade, ou seja, a capacidade do sujeito de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento. As causas de exclusão dessa imputabilidade e, portanto, dessa capacidade,

---

<sup>379</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução TSE n. 21.920, 19 set. 2004*. Florianópolis: TRE-SC, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/legislacao/normas-do-cadastro-eleitoral/res-tse-n-219202004/index.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>380</sup> Ibid., loc. cit.

são, nos termos do Código Penal, a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26), a menoridade penal (por presunção legal do art. 27) e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º). É de se acrescentar que a imputabilidade penal não admite graduação, embora a noção de culpabilidade<sup>381</sup> permita a redução de pena de um a dois terços se, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o agente não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 16, parágrafo único) – idem à embriaguez fortuita ou por força maior (art. 28, §2º).

Tendo, assim, o CP adotado um modelo biopsicológico (médico) – à exceção da previsão relativa à menoridade penal, que é puramente biológica –, os elementos biológico e psíquico devem ser concomitantes, não bastando, portanto, *e.g.*, só a verificação da perturbação de saúde mental, sendo necessário que essa circunstância incapacite o agente de compreender a ilicitude de sua conduta ou de agir conforme tal entendimento. Por adotar o modelo biopsicológico, assim, a perícia médica é indispensável (arts. 96 a 99, do Código Penal, e arts. 149 a 154, do Código de Processo Penal) para os casos aludidos no art. 26, uma vez que inimputabilidade só se presume nas hipóteses legais dos arts. 27 e 28.

Neste âmbito, é de se entender que o modelo social ou biopsicossocial não se justifica, uma vez que a imputabilidade não se fundamenta em razão de fatores contextuais (excluída a questão da causa da embriaguez) mas a uma condição de saúde de ordem tal que impede a capacidade do indivíduo de compreender a ilicitude da conduta e de agir de acordo com esse entendimento.

### 3.3.5 Direito civil.

Uma quarta acepção mais lata de capacidade no plano jurídico nacional é a capacidade civil, versada nos artigos 1º a 10, do Código Civil. A incapacidade não tira da pessoa a condição de sujeito de direitos e deveres. Tanto que a responsabilidade civil é independente da responsabilidade criminal (art. 935, do CC), devendo o civilmente incapaz responder pelos prejuízos que causar, guardadas algumas medidas protetivas previstas em lei (art. 928, do CC).

---

<sup>381</sup> Conforme a doutrina majoritária, é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela infração penal, conceito do qual a imputabilidade é requisito ao lado da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Hoje são considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 3º) os que, (II) “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, bem como os que (III), “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade”. Da mesma forma, são tidos como civilmente incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercerem, (art. 4º) os que (II), “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, e (III) “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”<sup>382</sup>.

Tais expressões, não obstante deem ensejo a confusões, sobretudo em razão da atecnia com que são utilizadas pelo legislador, representaram um avanço mais do que necessário sobre o art. 5º do Código Civil, de 1916, que dispunha serem “absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil” os (II) “loucos de todo gênero” e (III) “os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade”<sup>383</sup>.

Nesse passo, vale dizer que o instituto da curatela destina-se tanto aos interditos, por razões biopsicológicas, quanto é facultada ao nascituro, ao enfermo ou portador de deficiência física, por razões de saúde, mobilidade ou impossibilidade (no caso do nascituro), que lhe dificultam cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens (art.s 1767 a 1780, do CC) – caso em que é facilmente substituída com vantagem pelo instituto do mandato. O fato, contudo, é que a interdição é um instituto jurídico da maior gravidade, uma vez que envolve diversas das liberdades do indivíduo, sendo de fundamental importância a realização de perícia (arts. 1.183 a 1.185, do Código de Processo Civil).

E é justamente por ser medida excepcional que Eugênia Fávero<sup>384</sup>, ressalta que a interdição pode ser parcial, conforme permite o atual Código Civil, em seu art. 1772 – devendo ser conservada ao máximo a autonomia e independência do indivíduo. De toda sorte, a matéria claramente exige adaptações, sobretudo por força de sua desarmonia com a Convenção, em especial seu art. 12<sup>385</sup>, como bem apontam as justificativas ao PLC nº

---

<sup>382</sup> BRASIL. *Lei n.10.406, 10 jan. 2002*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>383</sup> Id. *Lei n.3.071, 01 jan. 1916*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>384</sup> FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

<sup>385</sup> Art. 12: “1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas

2.063/2011, o qual, além de adequar a terminologia utilizada pelo Código Civil à CDPcD, cria o instituto jurídico da tomada de decisão apoiada ao lado da tutela e da curatela:

O objetivo da inclusão desse dispositivo [artigo 12] na Convenção visa corrigir uma situação muito comum, em que as pessoas com deficiência, em razão da existência do impedimento corporal, têm sua capacidade legal automaticamente negada, condição que a impede de tomar decisões sobre a própria vida, a exemplo de questões referentes a tratamento médico, residência, patrimônio, entre outras. Essa percepção histórica atinge, via de regra, as pessoas com deficiência intelectual e mental, que ainda são estigmatizadas, marginalizadas e raramente consultadas ou ouvidas sobre assuntos que lhe dizem respeito.

Convém ressaltar que não há determinação expressa, no bojo do art. 12 da Convenção, de extinção de institutos de substituição da vontade presentes no Código Civil Brasileiro e na maioria da legislação civilista dos países membros, a exemplo da Austrália, Canadá, Filipinas, México e Suécia. Da leitura do texto da Convenção e de literatura sobre a matéria, depreende-se que medidas de substituição da vontade devem constituir medidas de exceção e somente devem ser adotadas quando exauridos todos os meios alternativos para que a pessoa possa exercer sua capacidade legal. Ademais, devem ser ‘proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente’ (art. 12, 4, da CDPD).<sup>386</sup>

---

relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.” (BRASIL. *Decreto n. 6.949...*, op. cit. loc. cit.). Deve-se ainda dizer que desde 1975, dispunha o §4º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes: “§4 - As pessoas deficientes têm os mesmos direitos civis e políticos que outros seres humanos: o § 7 da Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas (\*) aplica-se a qualquer possível limitação ou supressão destes direitos para as pessoas mentalmente deficientes. (\*) O § 7 da Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas estabelece: ‘Sempre que pessoas mentalmente retardadas forem incapazes devido à gravidade de sua deficiência de exercer todos os seus direitos de um modo significativo ou que se torne necessário restringir ou denegar alguns ou todos estes direitos, o procedimento usado para tal restrição ou denegação de direitos deve conter salvaguardas legais adequadas contra qualquer forma de abuso. Este procedimento deve ser baseado em uma avaliação da capacidade social da pessoa mentalmente retardada, por parte de especialistas e deve ser submetido à revisão periódicas e ao direito de apelo a autoridades superiores’”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração de direitos das pessoas deficientes*, 09 dez. 1975. São Paulo: USP – Biblioteca virtual de direitos humanos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em 30. Ago. 2012).

<sup>386</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2063/2011*. Brasília: Câmara dos Deputados, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=516139>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Embora pouco utilizada, já conta com precedentes nacionais: GONDIM, Cláudia Gama. Da possibilidade de interdição parcial do portador de síndrome de down. *Direitonet*, [S.l.], 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5863/Da-possibilidade-de-interdicao-parcial-do>>

Resta patente, pois, que existe uma probabilidade muito maior de se ser considerado incapaz para os atos da vida civil do que de ser tido como inimputável para fins penais, consistindo em hipótese ainda mais remota para fins eleitorais e tributário. Essa diferenciação, apesar de revestir-se de logicidade jurídica, deverá ser observada sobretudo pelo corpo de profissionais de saúde que realizarão a perícia, pois a exemplo da imputabilidade penal, adota-se um modelo biopsicológico – ainda que mais amplo quanto às causas e efeitos – devendo os peritos em seu proceder guardar uma proporcionalidade e coerência que induza à uniformidade de avaliação.

Nesse aspecto, vale dizer que a adoção de um modelo biopsicossocial não se mostra interessante, uma vez que não se trata de uma interface através da qual se preveem direitos, mas, ao contrário, se restringem direitos. E isso não em razão de fatores contextuais, como o estigma, mas por força de questões biopsíquicas atinentes a qualquer indivíduo indistintamente – tenha ou não impedimentos de qualquer natureza.

### 3.3.6 Direito da seguridade social.

A capacidade também aparece como critério junto aos sistemas de seguridade social (saúde, previdência e assistência sociais), porém, diferentemente dos ramos jurídicos anteriores, já não mais com o intuito de restringir o exercício de direitos, mas de concedê-los. Aqui, a capacidade gira em torno das noções de capacidade para o trabalho e de susceptibilidade de reabilitação.

Dentre os objetivos da assistência social (art. 2º da Lei 8.742) estão: (inc. I, ‘c’) a promoção da integração ao mercado de trabalho, (inc. I, ‘d’) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e (inc. I, ‘e’) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Visa, enfim, o enfrentamento da pobreza, a garantia dos mínimos sociais, o provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.742/93).

---

portador-de-Síndrome-de-Down>. Acesso em 30 ago. 2012. Ver também: REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. TJ gaúcho confirma interdição parcial de filho. Notícias. *Conjur*: São Paulo, 06 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-06/tj-gaucha-confirma-interdicao-parcial-filho-uso-drogas>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

É de se esclarecer que a discriminação positiva objetivada pelas ações afirmativas não se resume a medidas de assistência social, quer em seu sentido vulgar quer em seu sentido jurídico<sup>387</sup>, mas abrange uma ampla gama de reivindicações, que podem ou não ter fins assistenciais. Exemplo disso é que nem todas as pessoas com deficiência prescindem desse tipo de assistência ao reclamar, *e.g.*, direitos de acesso e mobilidade; contudo, não se deixa de reconhecer que tantas outras pessoas com deficiência necessitam dela. Importante também dizer que, embora tenha caráter universal e gratuito, seu oferecimento a quem dela necessitar e seu objetivo de garantia dos direitos sociais mínimos objetivam bastante seu âmbito de aplicação, não permitindo que seja considerada mera esmola.

Neste contexto, o benefício assistencial de prestação continuada (BPC) é aquele de maior relevância, consistindo por definição legal, trazida no art. 20 da Lei 8.742, na “garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”, considerando-se pessoa com deficiência “aquela que tem impedimentos de longo prazo<sup>388</sup> de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais” (art. 20, §2º)<sup>389</sup>.

Não é segredo e nem sem motivo justificado que as pessoas com deficiência nunca se conformaram com a antiga previsão legal de que “pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”<sup>390</sup>. Isso porque, como se tem

---

<sup>387</sup> O voto da Relatora Min. Carmen Lúcia na ADI 2.649-6 deu contornos à questão: “Conforme acentuado pelo Advogado-Geral da União e também pelo Procurador-Geral da República, o dispositivo em questão [art. 195, §5º da Constituição] ‘refere-se a benefícios ou serviços que oneram os cofres públicos, com impacto no orçamento, o que não ocorre na espécie’ (fls. 300). A norma do art. 195, §5º, da Constituição, refere-se à criação de benefício do sistema estatal de seguridade social ou a serviço de seguridade social.”. E continua: “O benefício ou serviço de que cuida o §5º do art. 195, da Constituição, é o da seguridade social, vale dizer, aquele que compõe o conjunto integrado de ações de iniciativa e prática dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...] Tem ele cobertura universal e é financiado de forma direta por recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6/DF*. Requerente: ABRATI Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Carmen Lúcia. 08 maio 2008. Disponível: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 18 abr. 2011). Ou seja, entende-se juridicamente como assistência social apenas aquelas ações governamentais financiadas direta ou indiretamente pelo Poder Público, excluindo-se, *e.g.* medidas que se utilizem apenas do poder normativo do Estado.

<sup>388</sup> Esclarece o art. 20, em seu §10, que “Considera-se impedimento de longo prazo, para fins do §2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”. Previsão que certamente guarda relação com o caput do art. 21: “O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.” (Id. *Lei n. 8.742...*, *op. cit.*, *loc. cit.*).

<sup>389</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>390</sup> A redação original da Lei nº 8.472 previa: “§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho” (*Ibid.*, *loc. cit.*). Com a

evidenciado ao longo deste estudo, deficiência não é sinônimo de incapacidade. Disso, a comprovação de dada incapacidade em um indivíduo não equivale à sua classificação como pessoa com deficiência e nem esta permite concluir que a pessoa é incapacitada ou tenha uma incapacidade. Principalmente quando enfocada como constructo jurídico, deve-se ter em mente que a incapacidade sempre será uma incapacidade circunscrita e contextualizada.

O fato é que, inclusive por força de certa indiferença dos juristas à noção sanitária e jurídica de pessoa portadora de deficiência, o BPC acabou concedido às pessoas pelas mais diversas razões reconhecidas como incapacitadas para o trabalho – que não tinham, pois, meios de sustentar-se, de ter uma vida independente<sup>391</sup> – e cuja família evidenciava vulnerabilidade econômica. Isso tornou o BPC uma das principais políticas públicas de assistência social no país, argumentando a jurisprudência ser desarrazoada sua negativa a indivíduos cardíacos, diabéticos, epiléticos, dependentes químicos e com uma infinidade de condições de saúde e contextos sociais que, embora dissociados do estigma da deficiência, os

---

alteração promovida pela Lei nº 12.435/2011, passou a dispor: “§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas; II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (Ibid., loc. cit.). Verifique-se agora a previsão do artigo 20 §3º conforme a Lei nº 12.435: “§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo” (Ibid., loc. cit.). Face à previsão do artigo §3º da Lei, percebe-se que a única referência à noção de incapacidade no diploma hoje não está relacionada à pessoa, mas à família, enquanto capacidade econômica – à exceção, por equívoco do legislador acredita-se (vide alteração do art. 20, §6º), do artigo 21-A §1º no sentido de que “[...] poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21” (Ibid., loc. cit.). Vale ainda ressaltar que o art. 1º da Lei nº 6.179 de 11.12.1974, que instituiu o benefício predecessor, a renda mensal vitalícia ou amparo previdenciário, dispunha que: “Art. 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que: I - tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12(doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou II - tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no o mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não, ou ainda: III - tenham ingressado no regime do INPS, após complementar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares” (BRASIL. *Lei n. 6.179, 11 dez. 1974*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6179.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6179.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012). Insta esclarecer que se tratava, pois, de benefício de ordem previdenciária, âmbito em que a noção de invalidez (irrestrita) persiste incompreensivelmente.

<sup>391</sup> A noção de capacidade para vida independente não parece equivaler à vida independente do ponto de vista estritamente médico – comer, dormir, orientar-se, realizar higiene pessoal – mas sim corresponder à vida independente em sociedade, no sentido de indivíduo autônomo, com capacidade laboral. Outro não é o entendimento que se pode extrair da Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização (TNU): “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.” (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. *Súmula n. 29, 13 fev. 2003*. Brasília: CJF, [s.d.]. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso 30 ago. 2012).

incapacitavam para o trabalho, não merecendo, por isso, menor atenção pelo Estado na garantia dos direitos sociais mínimos.

A inespecificidade de um conceito de pessoa portadora de deficiência aliada a uma definição legal (autêntica) indistinta da noção consolidada de incapacidade laboral; a ausência de uma política pública equivalente para um universo de indivíduos que, não estando segurados pela previdência social<sup>392</sup>, demonstram incapacidade para o trabalho e vulnerabilidade econômica; bem como a impossibilidade do Judiciário negar a efetivação dos direitos fundamentais, permitiram o elástico do instituto jurídico do BPC.

Dessa forma, ainda que louvável o esforço de adequação do BPC à nova realidade jurídica das pessoas com deficiência por meio das Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011, cumpre anotar que o legislador perdeu uma grande oportunidade para desmistificar a relação incapacidade-deficiência e de suprir uma lacuna que a jurisprudência, por anos, vinha se dando ao trabalho de sanar. Jurisprudência esta que, em nome dos mesmos direitos fundamentais, agora aliados ao princípio da vedação de retrocesso<sup>393</sup>, haverá de se sobrepor a qualquer tentativa do jurista comprometido com a técnica jurídica de levar a cabo uma interpretação harmoniosa aos termos e conceitos pela CDPcD.

Nesse ponto, insta esclarecer que a incapacidade laboral da pessoa – tal como, mas distintamente à noção de deficiência – deve levar em conta aspectos contextuais, pessoais e ambientais. No caso, fatores tais como a idade, a escolaridade, a cultura do povo, a profissão habitual, as diferentes profissões que possam ser exercidas, observadas suas condições de saúde (não só os impedimentos, também as doenças, distúrbios, lesões etc.<sup>394</sup>), etc. Isso tudo na perspectiva do indivíduo (pessoal) e também da sociedade (ambiental).

Disso, se pode aferir quatro panoramas: a) quando nem as condições de saúde nem os fatores contextuais, separadamente ou em conjunto, são determinantes à declaração da incapacidade laboral; b) quando as condições de saúde são o único fator que determina a declaração da incapacidade laboral; c) quando a conjunção das condições de

---

<sup>392</sup> A previdência social tem caráter contributivo e os benefícios por incapacidade que prevê não exigem prova de vulnerabilidade econômica.

<sup>393</sup> BREGA FILHO, Vladimir; AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi de. Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível, p. 170-185. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito*. 1. ed. Barigui: Boreal, 2011, passim.

<sup>394</sup> Como restou claro da CIF, a perda ou anormalidade de uma estrutura do corpo ou de uma função fisiológica, incluindo funções mentais, (impedimentos) são apenas uma parte das condições de saúde, termo genérico ('chapéu') para doenças (agudas ou crônicas), perturbações, lesões ou traumatismos, incluindo circunstâncias como gravidez, envelhecimento, stresse, anomalia congênita, ou predisposição genética – todas codificadas usando a CID-10. Portanto: a deficiência é só um aspecto correlacionado a uma parte das condições de saúde.

saúde e os fatores contextuais é determinante à declaração da incapacidade laboral<sup>395</sup>; Quando os fatores contextuais são o único fator que determina a declaração da incapacidade laboral – e.g. pessoa com deficiência, mulher, negro, homossexual etc.

Percebe-se, pois, que a noção jurídica de incapacidade para o trabalho só é passível de determinação a partir da análise contextual. Isso se deve muito ao fato de que a noção de (in)capacidade é um constructo cultural, decorrente da relação do indivíduo com o seu meio, tornando-se impossível declará-la sem que haja uma delimitação de contexto (e.g., civilmente, penalmente, para este trabalho, para aquelas tarefas ou atividades, para aquele concurso, para fazer parte daquele grupo etc.).

Ora, partindo de um conhecimento vulgar, quem, apenas olhando para a imagem de um indivíduo com as mesmas condições de saúde de Stephen Hawking, poderia imaginar que o mesmo não só tem capacidade para o trabalho, como também condições de produtividade e competitividade suficientes para sustentar-se e ter uma vida independente? A educação prestada a Hawking juntamente com as condições econômicas e de tecnologia de seu meio foram determinantes para reverter qualquer expectativa<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> São, na verdade, são a grande maioria dos casos, pois muito dificilmente haverá alguém cujas condições de saúde por si só, em decorrência das limitações de atividade, incapacitam para toda e qualquer atividade de trabalho. Neste sentido: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.746, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover o próprio sustento, conforme o enunciado da Súmula 29 desta TNU. - No caso concreto, observa-se que a situação do autor amolda-se perfeitamente ao enunciado da Súmula 29 da TNU, porquanto, possui pouca instrução, vive numa região muito pobre do Estado de Tocantins, cuja única fonte de renda para a manutenção do núcleo familiar é a agricultura, executada na terra de terceiros, sendo que o acesso a esse tipo de serviço lhe fica impossibilitado, porque se locomove com dificuldade e não pode realizar esforço físico, conforme assentado no laudo médico acostado aos autos. – A incapacidade a que se refere a lei não exige que o demandante esteja inapto para a prática de toda e qualquer atividade laboral, mas apenas para aquelas que podem ser exercidas por ele, ou seja, devem ser sopesados os padrões educacional, econômico e social em que o deficiente se encontra inserido. (www.cjf.jus.br). Vide ademais a Súmula 47 TNU - DJ 29/02/2012, DOU 15/03/2012, Enunciado: Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. Precedentes PEDILEF 2007.83.00.505258-6, julgamento: 18/12/2008. DJ de 2/2/2009; PEDILEF 2005.34.00.756217-6, julgamento: 8/2/2010. DJ de 15/3/2010; PEDILEF 2006.63.02.012989-7, julgamento: 24/11/2011. DJ de 9/12/2011; PEDILEF 2007.71.95.027855-4, julgamento: 24/11/2011. DJ de 9/12/2011; PEDILEF 0023291-16.2009.4.01.3600, julgamento: 29/2/2012. DOU 09/3/2012”. (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. *Pedido de uniformização de interpretação de lei federal n. 200543009020864/TO*. Requerente: Gerson Feitosa do Nascimento. Requerido: INSS. Relator: Marcos Roberto Araújo dos Santos. 31.01.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 30 ago. 2012). Deve-se observar, contudo, que no enunciado a “incapacidade parcial para o trabalho” é colocada do ponto de vista estritamente médico, perspectiva que não pode vigorar, como veremos.

<sup>396</sup> Veja-se o preâmbulo de Hawking ao Relatório Mundial sobre a Deficiência, da OMS e do Banco Mundial: “A deficiência não precisa ser um obstáculo para o sucesso. Durante praticamente toda a minha vida adulta sofri da doença do neurônio motor. Mesmo assim, isso não me impediu de ter uma destacada carreira como astrofísico e uma vida familiar feliz. Ao ler o Relatório Mundial sobre a Deficiência, encontro muitos aspectos relevantes para a minha própria experiência. Pude ter acesso à assistência médica de primeira classe. Tenho o apoio de uma equipe de assistentes pessoais que me possibilita viver e trabalhar com conforto e dignidade. A minha casa e o meu lugar de trabalho foram tornados acessíveis para mim. Especialistas em informática

Outro não parece ser o motivo pelo qual não se encontra o termo incapacidade (*incapacity* ou *handicap*) na CIF, ao mesmo tempo que o termo capacidade (*capacity*) é onipresente, servindo de qualificador da funcionalidade no exercício de dada atividade<sup>397</sup>. É que enquanto as capacidades são cientificamente comprováveis, a incapacidade estrutura-se como uma negação da capacidade, o que, além de ser de difícil comprovação (prova negativa), exige a negação de todas as variáveis possíveis e imagináveis no processo de contextualização. Ou seja, como a noção de incapacidade não está atrelada necessariamente à natureza (embora a de capacidade esteja), a maior ou menor coincidência ou mesmo a total discrepância entre a capacidade de fato da pessoa e a incapacidade atribuída é determinada pelos valores vigentes. Esse processo opera-se de maneira dedutiva, a partir de um padrão de normalidade socialmente construído, permitindo-se a exposição de presunções. Com isso, a incapacidade (sempre em contexto), por ser de difícil comprovação (mas não impossível<sup>398</sup>), é obtida por meio de presunções baseadas regras sociais, legais, estatísticas

---

puseram à minha disposição um sistema de comunicação de assistência e um sintetizador de voz que me permitem desenvolver palestras e trabalhos, e me comunicar com diferentes públicos. Mas sei que sou muito sortudo, em muitos aspectos. Meu sucesso em física teórica me assegura apoio para viver uma vida que vale a pena. É claro que a maioria das pessoas com deficiência no mundo tem extrema dificuldade até mesmo para sobreviver a cada dia, quanto mais para ter uma vida produtiva e de realização pessoal. [...]”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS; BANCO MUNDIAL, op. cit., loc. cit.).

<sup>397</sup> “O qualificador de capacidade descreve a aptidão de um indivíduo para executar uma tarefa ou uma acção. Este constructo visa indicar o nível máximo provável de funcionalidade que a pessoa pode atingir num dado domínio num dado momento. Para avaliar a capacidade plena do indivíduo, é necessário ter um ambiente ‘padronizado’ para neutralizar o impacto variável dos diferentes ambientes sobre a capacidade do indivíduo. Esse ambiente padronizado pode ser: (a) um ambiente real, utilizado geralmente, para avaliação da capacidade em situações de teste; ou (b) nos casos em que isto não é possível, um ambiente que possa ser considerado como tendo um impacto uniforme. Este ambiente pode ser chamado de ambiente ‘uniforme’ ou ‘padrão’. Assim, a capacidade reflecte a aptidão do indivíduo ajustada ao ambiente. Este ajustamento deve ser o mesmo para todas as pessoas em todos os países para permitir comparações internacionais. As características do ambiente uniforme ou padrão podem ser codificadas utilizando-se a classificação dos Factores Ambientais. A diferença entre a capacidade e o desempenho reflecte a diferença entre os impactos do ambiente actual e os do ambiente uniforme, proporcionando assim uma orientação útil sobre o que pode ser feito no ambiente do indivíduo para melhorar seu desempenho.”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação...*, op. cit., p. 77).

<sup>398</sup> Lembrando que a incapacidade só é possível quando contextualizada (pois é um constructo cultural), vale destacar que, embora seja de difícil comprovação, a comprovação da incapacidade (contextualizada) não é impossível. Isso se mostra possível quando se torna possível afastar toda e qualquer variável existente no universo naquele momento. Por exemplo: Stephen Hawking é incapaz de correr por si só uma maratona. Embora haja importantes progressos científicos, com certeza ainda não existe tecnologia que permita um tal feito hoje. Talvez daqui há dois anos – prazo determinado para reavaliação dos que gozam de benefício assistencial conforme arts. 16, §6º, e 42 do Decreto nº 6.214/2007. Uma outra prova do raciocínio desenvolvido é a famosa máxima de Arquimedes: “Dê-me uma alavanca e um ponto de apoio e eu moverei o mundo” – passados mais de dois mil anos, ninguém duvida dessa possibilidade, embora sua efetiva execução esteja totalmente afastada. Não nos parece que se possa simplesmente expurgar a noção de (in)capacidade do mundo, e muito menos do mundo jurídico. Pode-se, contudo, colocá-lo em uma posição mais útil e menos valorativa.

etc.. Daí que, se o ordinário se presume, o extraordinário se comprova. E a condição humana da natalidade é a chave de uma porta, não para impossível, mas para o imponderável<sup>399</sup>.

Portanto, hoje não pareceria razoável entender que uma declaração de incapacidade, inclusive para o trabalho, possa decorrer apenas em função de restrições de participação, tais como o estigma da deficiência, a condição de mulher, negro, judeu etc.. Todavia, se já foi reconhecido na jurisprudência que o estigma da deficiência não é indispensável à concessão do BPC – já que seu factual fundamento é a incapacidade laboral e a miserabilidade do desassegurado previdenciário –, pode ele, por outro lado, aliado somente a demais fatores contextuais ambientais, justificar a concessão de tal benefício? Ora, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) não só justificou a possibilidade de concessão do BPC só com base no estigma, como o fez em relação a pessoa soropositiva assintomática<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Outra não era a lógica dos circos, espetáculos e feiras de “*aberrações*” de tempos passados. Prova desse argumento também fica por conta da revogabilidade do benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez (art. 47 da LBPS): “A aposentadoria por invalidez não é concedida em caráter irrevogável. Como a incapacidade para o trabalho pode deixar de existir, em face de uma série de fatores, a lei prevê a possibilidade de cessação do pagamento quando ocorrer o retorno ao trabalho. É que ‘ a Previdência Social Brasileira, há muitos anos, abandonou o critério da irrevogabilidade da aposentadoria por invalidez, que, no direito anterior, se configurava pelo transcurso do tempo (cinco anos de manutenção do benefício pelo órgão previdenciário)’.” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 11ª ed. rev. e atual. Florianópolis, Conceito Editorial, 2009, p. 583).

<sup>400</sup> Eis a ementa: “1. Pretende o INSS a modificação de acórdão que confirmou sentença de concessão de amparo assistencial por reconhecer a presença de condições pessoais e sociais que provocavam, sim, a presença de inaptidão laboral, a despeito de o laudo médico concluir pela existência de capacidade laborativa. 2. Registro, de início, que o paradigma originado desta Turma Nacional não serve à pretendida função de caracterizar divergência, uma vez que veicula posicionamento coincidente com o acórdão recorrido. De fato, em seu corpo consta a afirmação de que caso fique efetivamente constatada a resistência de acesso ao mercado de trabalho por qualquer tipo de preconceito, impõe-se o reconhecimento da inaptidão laboral que, naqueles autos, não foi constatada. Ocorre que nestes autos foi, o que recomenda solução diversa da dada àquele. Logo, entendo por bem conhecer deste incidente com amparo nas divergências identificadas com relação às Turmas Recursais de Sergipe e São Paulo. 3. Apesar de este Incidente tangenciar o reexame de prova, seu julgamento exige, em verdade, mera fixação de uma premissa jurídica que deve ser observada para casos congêneres, circunstância que viabiliza seu conhecimento e julgamento. E a questão jurídica que merece enfrentamento é a da possibilidade de concessão de benefício por incapacidade não constatada em laudo médico quando presentes outras circunstâncias que acabam por inviabilizar qualquer tipo de exercício de atividade remunerada, normalmente ancoradas no estigma social que cerca doenças como a AIDS. 4. A sentença recorrida, cujos fundamentos foram encampados pelo acórdão que a confirma, tratou, com precisão, da matéria. O ilustre magistrado sentenciante, considerando que o autor é portador do vírus da AIDS, considerou a presença de incapacidade laborativa social, por força de o autor não conseguir desempenhar suas tarefas de moto-taxista e não conseguir outro emprego para sua subsistência, em razão de sua baixa qualificação, do retraído mercado de trabalho de Tabatinga, de suas limitações físicas e do preconceito e rejeição que decorrem da AIDS. Destacou, ainda, que o autor seria usuário do programa de DST/AIDS do SUS, o que, em uma cidade pequena como Tabatinga, garante que todos saibam de sua doença. Houve inclusive análise de depoimentos de testemunhas diversas, que confirmaram a impossibilidade de o autor exercer qualquer tipo de atividade remunerada. Trata-se, pois, de conjunto probatório harmônico e devida e suficientemente analisado pelo magistrado sentenciante e pelos julgadores da Turma Recursal que confirmou a sentença. 5. Lembro que este Colegiado tem posicionamento consolidado no sentido do reconhecimento do direito a benefício previdenciário por incapacidade, independentemente de esta se encontrar identificada no laudo pericial, quando o julgador afira a presença de condições pessoais ou sociais que provoquem a sua caracterização. Assim, não obstante a conclusão médica apontar a possibilidade de exercício de atividade remunerada, outros elementos podem levar

Trata-se de julgado que, como tantos outros, chama a atenção pela premente necessidade de tornar a sociedade mais inclusiva para as minorias, especialmente às pessoas com deficiência no mercado de trabalho. De fato, se as condições de saúde do indivíduo não indicam qualquer limitação de atividade laboral, o que se faz necessário são medidas de inclusão, para eliminar as restrições de participação geradas pelo estigma. Todavia, é evidente que, neste processo de inclusão, qualquer passo rumo à dignidade e cidadania depende de mais do que cursos de habilitação e reabilitação, mas antes de tudo da garantia dos mínimos sociais. Por isso, a decisões como a acima referida, mais do que medida de assistência social, deve-se reconhecer a faceta de medida de inclusão social, ação afirmativa e de discriminação positiva – que se justificada e legítima quando indubitavelmente o reconhecimento da incapacidade laboral não é uma opção do ente estatal, mas, no caso, uma imposição feita pela realidade dos fatos sociais.

Como destaca Maria Aparecida Gugel, outro não foi o objetivo do legislador ao prever, através da Lei nº 12.470, a possibilidade de percepção do BPC juntamente com os rendimentos provenientes de contrato de trabalho de aprendizagem por até 2 anos, benefícios previdenciários como o seguro-desemprego:

Reafirma-se que a concessão do benefício por si só não basta para impulsionar o beneficiário a alcançar sua independência pessoal e econômica. É fundamental que ele se sinta motivado a buscar tal independência, sem o temor de ‘perder o benefício’ que lhe garante a segurança de uma remuneração mínima.

Os atuais parâmetros da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a previsão do benefício assistencial no artigo 203, V, da Constituição da República e a Lei nº 12.470/2011, que possibilitam o trânsito entre a assistência social e o trabalho remunerado e vice-versa, sepultam definitivamente o entendimento de que a pessoa com deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.<sup>401</sup>

---

o magistrado sentenciante à conclusão de sua impossibilidade, em face da extrema dificuldade de inserção ou reinserção no mercado de trabalho, situação em que a negativa de concessão do benefício implica ofensa à dignidade humana. 6. Merece, pois, prestígio a decisão guerreada, que se afina com o posicionamento deste Colegiado. 7. Incidente improvido.”. (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. *Pedido de uniformização de interpretação de lei federal n. 00058728220104013200*. Requerente: [s.n.]. Requerido: [s.n.]. Relator: Simone dos Santos Lemos Fernandes. 23.03.2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>401</sup> GUGEL, Maria Aparecida. *Benefício da prestação continuada e trabalho: mudanças da lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011*. [S.l.]: Phylos.net., 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/bpc-muda-31agosto2011/>>. Acesso em: 30 ago. 2012. A propósito, reafirma-se a ressalva de que até então o BPC não pertencia mais às pessoas com deficiência, mas a todos os desassegurados previdenciários, cuja miserabilidade e incapacidade laboral eram reconhecidas. Como vai-se adiante expor, mesmo as alterações positivas se mostram aquém do que é realmente de direito.

Como esclarecido pela Constituição e esmiuçado linhas atrás neste estudo, a ordem social está estruturada sobre o primado do trabalho (art. 193), estando evidenciado também que a assistência social tem por objetivo a promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III). Disso, percebe-se que, as medidas de assistência social, não obstante versem sobre direitos (e não a restrição de direitos) devem ser providas de maneira restritiva, ou melhor, de maneira menos ampliativa dos que aquelas direcionadas a um bem maior: a efetivação do direito ao trabalho. Mesmo o BPC, enquanto benefício hoje destinado a evitar situações de quase indigência involuntária<sup>402</sup>, não tem o poder de excluir o direito a essa perspectiva, mas pelo contrário, de incitá-la.

No mais, deve-se ressaltar que tais noções aplicam-se, *mutatis mutandis*, também no sistema previdenciário, especialmente nos benefícios de auxílio-acidente (art. 86, da LBPS), aposentadoria por invalidez (art. 42 a 47, da LBPS) e auxílio-doença (art. 59 a 63, da LBPS). O primeiro, de natureza indenizatória, refere-se à consolidação de lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza que resultem sequela permanente (ainda que reversível<sup>403</sup>) que implique redução da capacidade para o *trabalho habitual*. Já a aposentadoria por invalidez se caracteriza pela incapacidade total e definitiva do segurado para o trabalho e sua insusceptibilidade de reabilitação para o exercício de *qualquer atividade que lhe garanta a subsistência*. O último é devido a partir do décimo sexto dia em caso de incapacidade temporária *para o trabalho ou para a atividade habitual* do segurado, ficando obrigado a submeter-se à reabilitação profissional, quando insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, não cessando o benefício até que habilitado para nova atividade que lhe garanta a *subsistência* ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Portanto, em verdade, enquanto integrante da ordem social, o sistema de seguridade social como um todo deve funcionar como uma salvaguarda na obtenção dos mínimos sociais relacionados à saúde, assistência e previdência – fulcrados no trabalho como meio de subsistência –, mas ao mesmo tempo deve dispor de meios de impulso social, mormente direcionados ao trabalho enquanto valor e instrumento máximo de transformação social, sempre objetivando a conquista da dignidade e da cidadania plena.

---

<sup>402</sup> Frise-se que o BPC não é uma indenização em razão da deficiência (Cf. CIF) nem do seu eventual estigma. O BPC não elimina, exclui ou supre o direito fundamental ao trabalho de quem quer que dele se valha. Aliás, a prova da incapacidade para o trabalho é a mais evidente prova de que o Estado não tutela aquele que, contrariando o valor social do trabalho, tem o ócio como princípio e a miséria como opção de vida.

<sup>403</sup> Nesse sentido, sujeito ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, o seguinte julgado BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.112.886/SP*. Recorrente: Francisco Alves Nobre. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 12 fev. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2012

### 3.3.7 Políticas públicas de inclusão da pessoa com deficiência: o direito ao trabalho.

Por tudo o que foi exposto até aqui, já é possível ter em mente que toda e qualquer noção jurídica de incapacidade não está atrelada *necessariamente* à natureza – ainda que adotando critérios ou modelos médicos, sociais, biopsicossociais, etários etc. Com isso, o que se quer dizer e o que se tem procurado demonstrar é que a maior ou menor coincidência, ou mesmo a total discrepância, entre uma capacidade de fato e uma capacidade juridicamente atribuída ou negada, são os valores em discussão, os fins almejados pelo Direito e, no limite, os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, contextualizados em cada instituto jurídico em análise<sup>404</sup>.

Trata-se de uma constatação fundamental para que se possa ter em uma perspectiva histórica, axiológica, teleológica e sobretudo sistemática, a declaração, proteção e efetivação consciente de um direito da pessoa com deficiência ao trabalho.

Neste ponto, viu-se que, face à seguridade social, a incapacidade laboral é a incapacidade para um trabalho habitual, ou seja, que garanta meios de subsistência. Trata-se, pois, de um conceito biopsicossocial à medida em que a *capacidade* de trabalho da pessoa deve compatibilizar-se com um grau de *produtividade* que consiga expressão econômica para sua subsistência (*e.g.* trabalho autônomo) ou para adquirir colocação minimamente competitiva no mercado de trabalho. Destaque-se que tudo isso tendo em mente um trabalho digno, em condições dignas, e portanto, totalmente dependentes dos fatores contextuais.

Assim, percebe-se que na incapacidade laboral, a noção de trabalho está atrelada àquela conceituação estrita de trabalho obtida no capítulo anterior: o trabalho com expressão econômica, destinada à obtenção dos meios de subsistência. Nesse contexto jurídico, não basta que a capacidade para o trabalho aferida restrinja-se a trabalhos de terapia ocupacional, destinados à habilitação e reabilitação sanitária, social, profissional; tampouco que, por questões contextuais, como as barreiras sociais, tal trabalho possa vir a se operar apenas com fins de lazer, de estudo ou mesmo de aprendizado profissionalizante etc.<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> Fugindo um pouco da questão de deficiência, pode-se citar como exemplo a atual discussão sobre a fixação etária da imputabilidade penal. Por presunção legal, hoje está fixada em 18 anos, mas nada, além dos valores em discussão, dos fins almejados pelo Direito e, no limite, dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, permite informar melhor se deve ela ser alterada ou não.

<sup>405</sup> Destaque-se que é por este motivo que a previsão do §2º do art. 21-A, da Lei 8.742, incluído pela Lei nº 12.470, sobre a concomitância entre o trabalho do aprendiz e a percepção do BPC, além de desnecessária, fica aquém da real amplitude dos direitos da pessoa com deficiência, posto que nenhum trabalho senão aquele com expressão econômica e destinado à sobrevivência pode ser considerado como capacidade laboral *prima facie*, senão como mero indício. De outra forma, não haveria a vedação de superposição de cotas de aprendizes (art.

Nota-se, pois, que nesse complicado exercício de contextualização, ainda que a padronização das ciências sanitárias bem como a exemplificação das limitações de atividade laboral de dado indivíduo submetido à perícia médica forneçam parâmetros valiosíssimos à formulação de qualquer juízo, são os juristas que exercem um papel determinante, pois, através do ato de concreção do ordenamento jurídico, vão conferindo contornos às políticas públicas. E é porque essa tarefa não detém caráter político, mas científico-jurídico, que surge a dúvida: a interpretação quanto à concessão dos benefícios por incapacidade deve ser mais restritiva, impedindo que sejam concedidos a pessoas com capacidade laboral relevante e susceptíveis de reabilitação; ou ampliativa, resguardando sua subsistência e os demais direitos sociais atinentes à dignidade da pessoa humana?

Ora, seria realmente paradoxal imaginar que, enquanto existe um imenso movimento por políticas públicas destinadas à promoção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, há também um elástico de regras para a inatividade de pessoas com as mesmas características ou circunstâncias. E, de fato, não são raros os casos em que se vislumbram incoerências. Casos em que o candidato, submetido à perícia médica, é tido por inapto em concurso, sob argumento de que deveria ter se inscrito para as vagas de pessoas com deficiência, ou em que, apesar de aprovada, a pessoa não recebe a ambientação devida. Ou, então, casos em que é negado à pessoa benefício securitário, ao mesmo tempo em que médico do trabalho nega, peremptoriamente ou frequentemente, aval para que retorne ao seu labor; ou, ao revés, casos em que a pessoa declarada incapaz exerce informalmente o labor.

Outrossim, já são mais do que conhecidas as inúmeras dificuldades que a pessoa com deficiência encontra para efetivar o seu direito ao trabalho, bem como das empresas para dar cumprimento às normas a que estão obrigadas<sup>406</sup>. Assim, é sobretudo porque se põem à prova as mais variadas características, qualidades, habilidades,

---

9º do Decreto nº 5.598/2005) e de pessoas com deficiência (art. 93, da LBPS) (Cf. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Projeto piloto de incentivo à aprendizagem das pessoas com deficiência: orientações à fiscalização*. Brasília: MTE, 2008. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/fisca\\_trab/fiscatrab\\_projeto\\_aprendizagem2008.pdf](http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/fiscatrab_projeto_aprendizagem2008.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2012, p. 7.

<sup>406</sup> Sob a perspectiva da pessoa com deficiência, as principais barreiras apontadas são o preconceito e descrédito social, a falta de acessibilidade dos edifícios e de mobilidade nas cidades, a sedução do assistencialismo estatal e familiar, a inobservância dos direitos por particulares e pelo próprio poder público, a falta, insuficiência ou ineficácia das políticas públicas, falta de expectativas de ascensão profissional, quase inexistência de programas e cursos de habilitação e reabilitação profissional, sentimentos de impotência e depressão, falta de apoio psicológico, social e sanitário etc. Quanto às empresas, a escassez de pessoas com deficiência habilitadas ou reabilitadas no mercado de trabalho, a baixa escolaridade, as facilidades do assistencialismo, as dificuldades burocráticas e trabalhistas, a escorchantes carga tributária aliada à falta de estímulo governamental (bem como à ineficiência estatal e à corrupção) são alguns dos argumentos usados como justificativa à ínfima participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho – 0,7% do total de vínculos empregatícios no Brasil em 2010 (Cf. BRASIL. *Características...*, op. cit., loc. cit.). Aliás, a exemplo, veja-se: MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Lei de cotas: pessoas com deficiência: a visão empresarial*. São Paulo: LTr, 2010, passim.

competências, da pessoa, que a efetivação do direito ao trabalho (digno) pode ser considerada realmente como uma última etapa da inserção social de *qualquer* indivíduo nas contemporâneas sociedades ocidentais e ocidentalizadas.

O conformismo e inércia assistidos pelo Estado, nesse contexto, só têm o poder de entorpecer, ludibriar e afastar o indivíduo do pleno e livre uso e gozo de suas capacidades, e, no limite, através da redução de horizontes, da plena possibilidade de se fazer aí-no-mundo, de compartilhar o mundo e de se tornar um de nós, um dos nossos. O acréscimo de mais essa barreira, portanto, não se justifica e nem se legitima *prima facie*, devendo ter base uma adequada interpretação da ordem normativa, indissociável a uma organização sistemática e, portanto jurídico-científica, de todo um conjunto de políticas públicas conexas.

E nesse passo, o que se deve ter primeiro em mente sobre a inclusão da pessoa com deficiência e a efetivação do seu direito ao trabalho é que, na verdade, não se trata de um instrumental jurídico de direito do trabalho, mas uma política pública de matriz constitucional, vinculada ao direito à inclusão, por sua vez ligado diretamente a princípios de liberdade, justiça/igualdade/isonomia, solidariedade/fraternidade/alteridade, paz, democracia etc. Por isso, a questão da inclusão e mais especificamente da pessoa com deficiência torna-se afeta a todo e qualquer ramo jurídico em que a noção de deficiência ou de pessoa com deficiência se mostre relevante – quer por sua faceta negativa (não-discriminação), quer por sua faceta positiva (proteção, prestação, inclusão, discriminação positiva etc.).

Assim, por critério de especialidade, é que existe uma política nacional sobre os direitos da pessoa com deficiência, sendo por meio dela que se deve buscar interpretar, aplicar e efetivar inclusive o direito ao trabalho da pessoa com deficiência. Isso posto, diferentemente do que se possa pensar, a inclusão no mercado de trabalho não está necessariamente ligado à noção de incapacidade para o trabalho. Isso por si só significa um aprofundamento importante, pois se no direito securitário vigora a noção de (in)capacidade laboral vinculada a condições de saúde e parâmetros sócio-econômicos, as medidas de inclusão podem se valer de variados critérios de *discrímen*, adotados conforme a necessidade e a maior efetividade da política pública em cada contexto.

Acrescente-se, porém, que este quadro está entremeado por uma infinidade de realidades que retratam a própria diversidade que compõe a humanidade, de modo que se torna desnecessário afirmar que toda avaliação deve ser feita à luz do caso concreto – o que não se trata de um simplismo, mas uma constatação inerente à hodierna figura do intérprete, aplicador e concretizador da norma. Isso não permite, porém, que o estudo teórico grave em

torno do caso concreto, ainda que o apelo ao mesmo seja recorrente. Ou seja, ainda que não se possa afastá-lo, a teoria deve ter em vista fornecer instrumentos para facilitar esta concreção pelo intérprete. É em atenção a esta sua função que o presente estudo se direciona e que foi elaborada a já mencionada Política Nacional para a Pessoa Portadora de Deficiência.

Além de criar a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), a Lei nº 7.853, de 24.10.1989, estabeleceu normas gerais para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, além da sua inclusão social, visando garantir as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento destas e demais disposições constitucionais que lhes concernem. Coube ao Decreto nº 914, de 06.09.1993, sua regulamentação, o qual, instituindo a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, conceituou:

Art. 3º Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. (grifo nosso)<sup>407</sup>

Referido decreto foi revogado pelo atual Decreto nº 3.298/99, que, além dar aprofundamento à matéria, criou o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), vinculado ao Ministério da Justiça, e alterou a conceituação de pessoas portadora de deficiência:

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.<sup>408</sup>

---

<sup>407</sup> BRASIL. *Decreto n. 914, 6 set. 1993*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>408</sup> Id. *Decreto n. 3.298...*, op. cit., loc. cit.

Ora, resta evidente que tanto o inexpressivo Decreto nº 914/93, quanto o vigente Decreto nº 3.298/99, mesmo com as alterações que lhe foram feitas pelo Decreto nº 5.296/2004, têm nítida inspiração na CIDID de 1980, que se funda no modelo médico de deficiência e mantém a ideia de deficiência atrelada à noção de incapacidade – aspecto este que acabou sendo ainda mais reforçado na tradução da CIDID para a língua portuguesa.

Passados mais de dez anos do advento da CIF e quase cinco da adoção da CDPcD, evidencia-se que os conceitos hoje legalmente estabelecidos para a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência estão defasados quando se percebe que, a princípio, a real definição de quem é pessoa com deficiência não se dá pelo artigo 3º, mas pelo artigo 4º, que, como já visto, se utiliza de critérios afetos apenas às ciências da saúde, ignorando totalmente a face social da deficiência. Situação esta que se mostra ainda mais grave à efetivação do seu direito ao trabalho, cuja aplicação, como já visto no capítulo anterior, tem no Decreto 3.298/99 seu único parâmetro conceitual.

É neste contexto que o Decreto nº 7.612, de 17.11.2011, embora não tenha o propósito de revogar o Decreto nº 3.298/99, representou um sinal de atualização mais do que necessário às políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência, instituindo o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite<sup>409</sup> e adotando, sob declarada influência da CDPcD, o seguinte conceito:

Art. 2º São consideradas pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.<sup>410</sup>

Neste ponto, a questão que se coloca de maneira imperiosa é: não teria a introdução da CDPcD sob a sistemática do art. 5º §3º, da CR/88, na ordem legal brasileira revogado *hic et nunc* todas as conceituações legais existentes bem como vinculado todas as referências e interpretações atinentes às pessoas com deficiência na ordem jurídica nacional?

Embora muito festejada, a conceituação trazida pela Convenção possui um detalhe pouco percebido e recentemente destacado pela própria ONU, que enfatiza que a

---

<sup>409</sup> BLOG DO PLANALTO. *Governo lança plano nacional dos direitos da pessoa com deficiência*. 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/governo-lanca-plano-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 12 maio 2012.

<sup>410</sup> BRASIL. *Decreto n. 7.612, 17 nov. 2011*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

Convenção não trouxe uma definição de deficiência ou de pessoa com deficiência no sentido estrito, mas uma orientação, prescindindo de melhor regulamentação legal pelos signatários:

A Convenção não inclui uma definição de deficiência ou pessoas com deficiência em sentido estrito, mas dá alguma orientação sobre o conceito de deficiência e sua relevância para a Convenção. O preâmbulo claramente endossa uma abordagem social para a deficiência – referido como modelo social de deficiência – pelo reconhecimento de que ‘a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre as pessoas com impedimentos e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os outros’. A referência explícita às barreiras que são externas ao sujeito como constituindo fatores de deficiência representa um importante passo para longe das noções que equipararam a deficiência à existência de limitações funcionais. Neste sentido, o artigo 1 afirma: ‘Pessoas com deficiência *abrange* aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os outros’ (grifei). Sob essa perspectiva, a participação das pessoas com deficiência na sociedade – seja ela de ter um emprego, ir à escola, consultar um médico ou concorrer a eleições – é limitada ou excluída, não pelo motivo de terem um impedimento, mas por causa de diversas barreiras, que podem incluir barreiras físicas mas também legislações e políticas em alguns casos. [...].

A Convenção não obsta o uso de definições na legislação nacional e, de fato, as definições podem ser particularmente necessárias em alguns setores, como o da empregabilidade ou da seguridade social. É importante, no entanto, que estas definições reflitam o modelo social de deficiência consagrado na Convenção e que as definições baseadas em uma lista ou uma descrição de impedimentos ou de limitações funcionais sejam revistas.[...].<sup>411</sup>

---

<sup>411</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Monitoring the convention on the rights of persons with disabilities: Guidance for human rights monitors. *Professional training series, n. 17*. Genebra/Suíça: ONU, 2010, p. 15-16, tradução nossa, grifo no original. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities\\_training\\_17EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012. No original: “The Convention does not include a definition of disability or persons with disabilities in the strict sense but rather provides some guidance on the concept of “disability” and its relevance to the Convention. The preamble clearly endorses a social approach to disability—referred to as the social model of disability—by recognizing that “disability is an evolving concept and that disability results from interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others”. The explicit reference to the barriers that are external to the subject as constituting factors of disability represents an important step away from notions that equated disability to the existence of functional limitations. Accordingly, article 1 states: “Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others” (emphasis added). From this perspective, persons with disabilities’ participation in society— be it having a job, going to school, visiting a doctor or running for elections—is limited or excluded not because of their having an impairment, but because of various barriers, which might include physical barriers but also legislation and policies in some cases. [...]. The Convention does not preclude the use of definitions in national legislation and, in fact, definitions might be particularly necessary in some sectors, such as employment or social security. It is important, however, for such definitions to reflect the social model of disability enshrined in the Convention and for definitions based on a list or a description of impairments or on functional limitations to be revised.[...].”.

E, de fato, bem se nota que o texto que acompanha o Decreto nº 6.949/2009 dispõe que pessoas com deficiência *são*, enquanto que a adequada tradução do texto em inglês da Convenção indica pessoas com deficiência *inclui/abrange/compreende*. Trata-se, assim, de uma conceituação exemplificativa, inclusiva, aberta, e não exaustiva, exclusiva, fechada. Ademais, como esclareceu a ONU, a conceituação não se destina e tampouco se mostraria adequada e conveniente a todos os ramos do direito, a qualquer instituto ou política pública.

E foi justamente porque a conceituação trazida pela CDPcD não só permite como muitas vezes necessita de melhor regulamentação e adequação legal é que a Lei nº 12.470/2011, ao inserir o §10 no art. 20, da Lei nº 8.472/1993, considerou impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos<sup>412</sup>. Trata-se, como de costume, de uma interpretação autêntica, no caso, restrita ao art. 20 da citada lei. Esta opção legislativa, ainda que útil em uma interpretação sistemática, não é determinante, *e.g.*, na concessão de isenções de imposto na aquisição de veículos por pessoas com deficiência<sup>413</sup>.

Isso significaria, então, que os artigos 3º e 4º, do Decreto nº 3.298/99, por restringirem expressamente seus efeitos à aplicação desse diploma, não foram derogados com o Decreto Legislativo nº 186/2008?

---

<sup>412</sup> Necessário ressaltar que a redação final do Projeto de Lei nº 3.077/2008, da Câmara dos Deputados, convertida na Lei nº 12.435/2011, de 06.07.2011, dava a seguinte redação ao §2º do art. 20, da Lei 8.742/1993: “§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas; II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.” (BRASIL. *Lei n. 12.435, 06 jul. 2011*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012). Ou seja, na sensata crítica de Gugel, o PL “Avança em algumas concepções mas, no cerne do problema que é o parágrafo 2º ou que se entende por pessoa com deficiência, simplesmente dá com uma mão (utiliza a CDPD no § 1º) e tira com a outra (define impedimento de longo prazo no § 2º). Ou seja, mantém o mesmo conceito espúrio ao definir o que é impedimento de longo prazo. Nada mais faz do que manter a anterior e inconstitucional concepção: incapacidade para a vida independente e para o trabalho. É necessário esclarecer a sociedade brasileira e, também, a Exma. Presidente para vetar o § 2º, do artigo 20, pois manterá o estado atual de que a pessoa com deficiência é (para sempre!) incapacitada para a vida independente e para o trabalho.” (GUGEL, Maria Aparecida. *Benefício da prestação continuada e o projeto de lei do sistema único de assistência social*. [S.l.]: Phyllos.net. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/bpc-projeto-lei-suas/>>. Acesso em: 11 jun. 2012). O apelo deu resultado, não pelo veto, mas pela edição da Medida Provisória nº 529/2011, convertida na Lei nº 12.470, de 31.08.2011. Assim, o §2º do art. 20 passou a dispor: “§2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”; Disso, acrescido foi: “§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2o deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”. (BRASIL. *Lei n. 12.470, 31 ago. 2011*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm)>. Acesso em 30. Ago. 2012).

<sup>413</sup> BRASIL. *Convênio ICMS 38...*, op. cit. loc. cit.

De fato, em termos formais legais ainda não houve derrogação expressa dos dispositivos. Contudo, desnecessário lembrar que nem o §10 do art. 20, da Lei nº 8.472/92, e nem o Decreto nº 3.298/99 estão isentos dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade<sup>414</sup>, tampouco do exercício hermenêutico inerente à interpretação-aplicação das leis – o que inclui o eventual exercício da ponderação entre princípios. Dessa forma, enquanto diploma regulamentador da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, o Decreto nº 3.298/99 tem a mais estreita relação com a conceituação de pessoa com deficiência trazido na Convenção – sobretudo porque esta, no Brasil, ostenta *status* material e análogo-formal de norma constitucional.

Assim, para que hoje se saiba como se aplica juridicamente o conceito de pessoa com deficiência da CDPcD na efetivação do seu direito ao trabalho, impende investigá-lo mais a fundo, aferindo, inclusive, se resta validade e/ou eficácia aos arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.298/99.

#### 3.4 Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: um norte axioteleológico.

Antes de tudo, por se tratar de conceito aberto, imprescindível uma advertência: considerar pessoa com deficiência e tratar como pessoa com deficiência são processos racionais distintos. No primeiro, as características essenciais ao conceito estão presentes no objeto de análise, de forma que entre este e os demais elementos integrantes daquele conjunto definido pelo conceito há uma identidade (mesmo ser). Já no segundo, as

---

<sup>414</sup> Sobre o controle de convencionalidade, Segalla e Alves Neto, amparados na lição de Walter Claudius Rothenburg e Valério de Oliveira Mazzuoli, lembram que tratados internacionais de direitos humanos transformam-se em parâmetro de validade típico do ordenamento jurídico interno, ao serem incorporados nos termos do §3º do art. 5º, da CR/88, tornando, por sua eficácia derogatória, inválidos diplomas legais das demais espécies legislativas que a contrariem. Como exemplo, citam os HC n. 87.585/TO e o RE n. 466.343/SP. Mencionando o diálogo das fontes, a comunicabilidade e a complementariedade entre as normas de direitos humanos, os autores atribuem um papel coadjuvante, mas não subsidiário, ao controle de convencionalidade, que pode ser exercido de forma abstrata ou difusa, ressaltando, com Mazzuoli, que “o controle de convencionalidade das leis será aplicado ‘quando o conteúdo da Constituição e dos tratados de direitos humanos *não forem idênticos*. Se forem, não há que se falar em passar a lei por qualquer outro exame de compatibilidade vertical material além da Constituição”. Ao final, concluem que “toda legislação infraconstitucional deve estar de acordo com os princípios e regras trazidos pela Convenção. Assim, as normas anteriores à incorporação desse diploma que venham a contrariá-lo serão *inválidas*, enquanto que as posteriores devem estar em perfeita consonância com seus vetores principiológicos, sob pena de serem declaradas inconventionais. É evidente, no entanto, que se uma norma de proteção anterior à Convenção for mais favorável às pessoas com deficiência, ela continua vigente e válida, pois, como já explanado, os direitos do documento internacional tratam do *mínimo necessário* para concretização da dignidade da pessoa humana.” (SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ALVES NETO, José de Souza. O controle de convencionalidade na perspectiva da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteaux, 2010, p. 7280-7299, grifos do autor. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012).

características essenciais ao conceito não estão todas presentes no objeto de análise, de modo que, ante eventual lacuna legal, verificada similaridade suficiente, permite-se juridicamente conferir, por analogia, a igualdade (igual ser) de tratamento, ou seja, dar isonomia (igual nome/tratamento/lei).

De fato, entre o mesmo e o igual, entre o ser e a cultura, impõe-se a diferença<sup>415</sup>. A formulação de conceitos visa impedir a total pulverização da realidade, tentando aglomerar e classificar as diferentes realidades observadas de maneira ordenada. Assim, foi a equivocada indistinção entre pessoas incapacitadas para o trabalho e pessoas portadoras de deficiência que vinha permitindo a concessão de benefício de prestação continuada, *e.g.*, a pessoas cardíacas e a tantos outros que, como se verá, não mais estariam abarcados na novel conceituação de pessoa com deficiência. Com isso, ante o evidente retrocesso que a alteração da Lei nº 8.742/93 pela Lei nº 12.435/2011 implicou colateralmente, esta lacuna da lei (antes existente, mas falseada), há de se reestruturar a jurisprudência por meio de analogias – e não através de contorcionismos conceituais.

Feito este alerta, o gênero próximo do conceito de pessoa com deficiência é obviamente pessoa, circunstância que pode passar despercebida em um primeiro momento, mas que não só possui forte significado no sentido histórico-terminológico, como visto, como também é de grande relevância ao mundo jurídico, haja vista que, apesar da condição humana, muitos seres humanos já foram tratados pelo Direito como meros objetos de direito, sem personalidade, sem a capacidade de direitos e obrigações.

A problemática, portanto, encerra-se na diferença específica, para o que se deve observar minuciosamente a proposição conceitual trazida pela ONU na CDPcD:

[...] Pessoas com deficiência abrange aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.<sup>416</sup>

O uso do termo impedimentos (ou *impairments*) tem evidente inspiração na Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde da OMS, correspondendo, assim, a uma perda ou anormalidade de uma estrutura ou função do corpo (incluindo as

---

<sup>415</sup> “[...]. A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”. (ARENDDT, op. cit, p. 9-10).

<sup>416</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Convention on the rights...*, op. cit. loc. cit., tradução nossa. No original: “[...]. Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.”.

funções mentais). Ainda segundo a CIF, o termo anormalidade diz respeito unicamente a uma variação significativa das normas estatisticamente estabelecidas pela média da população.

Embora os termos falta e anormalidade assustem em um primeiro momento, deve-se lembrar que a CIF adotou uma posição universalista de funcionalidade, deficiência e saúde. Desse modo, a condição de saúde de cada ser humano (*e.g.* anomalia congênita, estresse, gravidez, envelhecimento etc.) apresenta aspectos positivos (funcionalidade) e negativos (deficiência) na interação com fatores contextuais, sendo eles de ordem pessoal (idade, sexo, nível social, hábitos etc.) e de ordem ambiental (legislação, topografia, arquitetura, cultura etc.). Desta feita, percebe-se que os impedimentos correspondem a uma parte ou uma expressão das mais diversas condições de saúde da pessoa. Assim, por exemplo, impedimentos não se confundem com doença, sendo certo que existem doenças que podem acarretar impedimentos, como a anormalidade na função visual (*e.g.* diabetes) ou a perda de estruturas do corpo (*e.g.* hanseníase). Da mesma forma, é possível que dados impedimentos tornem a pessoa mais propensa a certas complicações de saúde, como doenças ortopédicas<sup>417</sup>.

Esta noção de impedimento mostra-se ainda muito vaga, sobretudo quando se vincula à noção de variação significativa das normas estatisticamente estabelecidas pela média da população. Ora, uma pessoa que esteja acamada, sob efeito do vírus da dengue, ou mesmo com uma gripe muito forte, certamente apresentará uma anormalidade nas funções do seu corpo. Da mesma forma, uma gravidez de risco ou a idade avançada podem implicar uma variação significativa de funções do corpo, em comparação às normas estatisticamente estabelecidas pela média da população. Daí porque a classificação de pessoas trazida pela CDPcD (e não pela CIF), estipula que, para que se possa enquadrar uma pessoa como pessoa com deficiência, o impedimento apresentado deve ser necessariamente não só de longo prazo como também de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Impedimentos de longo prazo, como já visto, cuida-se de noção bastante aberta, ficando sujeita à melhor regulamentação legal de cada governo, adaptável às políticas públicas, conforme a discricionariedade do legislador e do administrador. O foco, porém,

---

<sup>417</sup> “(8) Os impedimentos podem ser parte ou uma expressão de uma condição de saúde, mas não indicam, necessariamente, a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente. (9) Os impedimentos cobrem um campo mais vasto que as perturbações ou as doenças, por exemplo, a perda de uma perna é um impedimento de uma estrutura do corpo, mas não é uma perturbação ou uma doença.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *International...*, op. cit., p. 13, tradução nossa). No original: “(8) Impairments may be part or an expression of a health condition, but do not necessarily indicate that a disease is present or that the individual should be regarded as sick. (9) Impairments are broader and more inclusive in scope than disorders or diseases; for example, the loss of a leg is an impairment of body structure, but not a disorder or a disease.”.

juridicamente, há de ser sempre o mesmo: permitir a distinção entre impedimentos de curto e médio prazos, de impedimentos de longo prazo. O senso comum, por exemplo, não atribuirá à gestante de risco a condição de pessoa com deficiência, dizendo-se o mesmo do indivíduo que se encontra acamado por ter quebrado as pernas. Viu-se, ademais, que para concessão do BPC, optou-se pelo prazo mínimo de dois anos para aferição do impedimento de longo prazo.

Mas e quanto ao indivíduo que tenha uma moléstia crônica – e, portanto, de longo prazo – como asma, diabetes, tripanossomíase americana (ou, popularmente, Mal de Chagas), hipertensão, dentre outras: poderia ele apresentar-se como pessoa com deficiência em função de eventual impedimento que essa condição de saúde lhe oferece? Sem dúvida, a ONU, ao exigir que o impedimento seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, para fins de enquadramento no conceito de pessoa com deficiência, laborou no intuito de restringir esse o universo de possibilidades.

A fixação do critério de impedimento por sua natureza pode parecer inicialmente problemática, pois tal poderia ser vista tanto sob a perspectiva de suas causas, quanto a partir de suas consequências. De fato, um quadro de deficiência visual pode ter causa metabólica, genética ou mesmo decorrente de um trauma sofrido em acidente doméstico. Apenas para a deficiência mental Araujo aponta três etiologias: biológica, psicológica e sociológica<sup>418</sup>, entendendo que o conceito trazido pela CDPcD não fixa causas<sup>419</sup>. A própria CIF evita a referência às causas dos impedimentos:

(7) Impedimentos não têm uma relação causal com a etiologia ou com a forma como se desenvolveram. Por exemplo, a perda da visão ou de um membro pode resultar de uma anormalidade genética ou de uma lesão. A presença de um impedimento implica necessariamente uma causa, no entanto, a causa pode não ser suficiente para explicar o impedimento resultante. Da mesma forma, quando há um impedimento, há uma disfunção das funções ou estruturas do corpo, mas isto pode estar relacionado com qualquer doença, perturbação ou estado fisiológico.<sup>420</sup>

Disso, a toda evidência, a fixação da natureza do impedimento a partir de sua causa seria algo muito arriscado, pouco elucidativo e sujeito a muitas falhas, levando a

<sup>418</sup> ARAUJO. *A proteção...*, op. cit., p. 11.

<sup>419</sup> ARAUJO; NEME, op. cit., p. 736.

<sup>420</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *International...*, op. cit., p. 13. No original: “(7) Impairments are not contingent on etiology or how they are developed; for example, loss of vision or a limb may arise from a genetic abnormality or an injury. The presence of an impairment necessarily implies a cause; however, the cause may not be sufficient to explain the resulting impairment. Also, when there is an impairment, there is a dysfunction in body functions or structures, but this may be related to any of the various diseases, disorders or physiological states.”.

crer que a natureza física, mental, intelectual ou sensorial do impedimento refere-se ao âmbito corporal no qual se verifica, ou seja, no qual o impedimento se manifesta.

Isso, porém, não é o suficiente para conferir estabilidade ao caráter do impedimento posto que, diferentemente do que se possa pensar, a distinção entre a natureza física, mental, intelectual e sensorial do impedimento não encontra sua base na CIF, a qual, a exemplo, além de não versar especificamente sobre impedimentos físicos (embora enumere as várias estruturas do corpo), inclui entre as funções mentais, as funções intelectuais, tornando, pois, despropositada a distinção entre impedimentos mentais e intelectuais.

Com efeito, esta distinção quanto à natureza dos impedimentos parece decorrer da colação do conceito sanitário de impedimento com as tradicionais espécies de deficiência enumeradas pela doutrina. Disso, se a noção de impedimento mostra-se relativamente controversa entre os membros do meio sanitário, tanto mais há de se mostrar com a inserção de elementos conceituais relativamente apartados daquela realidade científica.

De fato, antes, quando a doutrina enumerava as deficiências física, mental, intelectual e sensorial, estava-se construindo um conceito. Hoje, porém, com a CIF, a deficiência não é algo que se verifica no corpo da pessoa, mas de sua relação com o ambiente. Os impedimentos, por sua vez, tomando o lugar central na definição das espécies de deficiência, não se colocam de maneira pontual, mas sim englobam todo um conjunto de funções e estruturas do corpo cientificamente classificadas. Em outras palavras: se antes a doutrina cuidava de criar conceitos de deficiência intelectual, deficiência física, deficiência mental, deficiência sensorial, hoje a deficiência é uma só para todos (um conceito biopsicossocial), sendo que a noção de impedimento intelectual, físico, mental, sensorial, sob a perspectiva sanitária, liga-se inexoravelmente aos demais elementos que constituem o complexo de funções e estruturas do corpo.

Bem se percebe isso quando, aceitando a tradicional enumeração de impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais – utilizada pela CDPcD –, questionamos se estariam excluídas do conceito de pessoa com deficiência as pessoas que tenham impedimentos relacionados com as funções do sistema metabólico e endócrino (como lembra Araujo). Se utilizada a CIF de maneira rigorosa, nos parece que a resposta seria sim, pessoas que, *e.g.*, tenham hipotireoidismo congênito não podem ser consideradas pessoas com deficiência, nos termos da CDPcD. Porém, como se viu, a distinção entre impedimentos de natureza física, intelectual, mental e sensorial utilizada pela CDPcD aproxima-se da doutrina

tradicional, em detrimento do uso científico da CIF – atitude esta que sem dúvidas exigiria um excepcional domínio teórico do instrumento e uma vasta experiência prática na matéria.

Mas existe outro fator a delimitar os impedimentos relevantes ao conceito de pessoa com deficiência, conforme o enunciado convencional. É que o impedimento, quando em interação com diversas barreiras, deve ter o poder de obstruir a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade em igualdades de condições com as demais.

Neste trecho da construção conceitual, o termo barreira se coloca de forma destacada, apresentando, tal como o termo impedimento, conotação muito peculiar. Quanto a isso, o termo barreira era originalmente utilizado principalmente para referir-se às dificuldades de acessibilidade e mobilidade geradas por padrões arquitetônicos excludentes das pessoas com deficiência: escadarias, portas estreitas, pavimentos irregulares, placas, postes e orelhões, a minar o acesso (e a mobilidade) da pessoa com deficiência ao mundo. Todas estas barreiras a discriminar e mesmo a excluir um grupo de pessoas a que Araujo, com a genialidade do ululante, denominou simplesmente de “*barrados*”<sup>421</sup>.

Mas a CIF, não se atendo aos estritos limites da acessibilidade e mobilidade, elevou a noção de barreira à condição de todo e qualquer fator ambiental que, através da ausência ou presença, limita a funcionalidade e provoca a deficiência<sup>422</sup>. Disso, vale lembrar que os fatores ambientais constituem o ambiente físico, social e atitudinal em que as pessoas vivem, correspondendo a todos os aspectos do mundo externo ou extrínseco que formam o contexto da vida de um indivíduo, tendo, como tal, um impacto sobre a funcionalidade da pessoa, podendo estes aspectos ser classificados em barreiras (limitam a funcionalidade e provocam deficiência) e facilitadores (melhoram a funcionalidade e reduzem a deficiência)<sup>423</sup>.

Na CIF, os mais variados fatores ambientais são agrupados em 5 conjuntos: 1) produtos e tecnologia; 2) ambiente natural e mudanças ambientais feitas pelo homem; 3) apoio e relacionamentos; 4) Atitudes; e 5) Serviços, sistemas e políticas. Cada item pode receber um qualificador, que aponta em que medida um dado fator ambiental figura como facilitador ou barreira. Como um mesmo fator ambiental pode representar, em maior ou

---

<sup>421</sup> Nas palavras do autor: “Quantos de vocês já não foram ‘barrados’ na porta deste baile que é a vida, que é a cidade, que é a participação nas eleições... por falta de acessibilidade? Quantos já encontraram uma barreira arquitetônica, um local sem rampa? Isso, sem mencionar os lugares sem sinalização para pessoas com deficiência visual ou mesmo auditiva.” (ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados – pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. 1ª ed. Petrópolis: KBR, 2011, p. 15).

<sup>422</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação...*, op. cit., p. 188.

<sup>423</sup> *Ibid.*, p. 187 e 152.

menor grau, um facilitador ou uma barreira, conforme a condição de saúde de cada pessoa<sup>424</sup>, a avaliação deve ser feita sob a perspectiva da pessoa cuja situação está sendo descrita, variando, assim, da condição de obstáculo completo (.4) a facilitador completo (+4). A título de exemplo, o código *e5902+4* indica que, para dado indivíduo, com uma condição de saúde, as políticas relacionadas com trabalho e emprego, ou seja, leis, regulamentos e norma que regulam a distribuição do trabalho e de outras ocupações remuneradas no sistema econômico (*e5902*), são um facilitador completo (+4), melhorando completamente a funcionalidade e reduzindo completamente a deficiência.

Ora, se conforme a CIF a deficiência surge da relação entre uma condição de saúde de dada pessoa (impedimentos) com fatores ambientais (barreiras) a que está sujeita, designando universalmente os aspectos negativos da interação entre um ser humano e seus fatores contextuais, a barreira evidencia-se como o aspecto negativo dos fatores ambientais que limita a funcionalidade e gera a deficiência, não sendo de se estranhar a importância que tal noção ganha na conceituação convencional de pessoa com deficiência, onde, por seu eventual poder de obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, a barreira figura como elemento distintivo fundamental ao conceito de pessoas com deficiência.

Essa constatação, porém, revela duas questões: a primeira é que o conceito de pessoa com deficiência é um conceito em potencial, ou seja, aberto, que não é constatável sob a perspectiva teórica, carecendo de avaliação no caso concreto para verificar-se; e a segunda decorre deste processo de concreção, posto que, de qual maneira se poderá dizer se um impedimento, em interação com diversas barreiras, pode (ou não) obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas?

Quanto à primeira questão, há tempos não é surpresa para os estudiosos da matéria que não só as pessoas com deficiência são o retrato fiel da diversidade humana, e, portanto, da imponderabilidade da própria diferença, como também que a deficiência não se estabelece na perspectiva do indivíduo em direção à sociedade, mas principalmente da sociedade para o indivíduo, havendo, portanto, um universo de combinações possíveis entre a diversidade humana e o contexto social a produzir os mais diferentes resultados: eliminação, segregação, exclusão, integração, inclusão. Aliás, é sobre este aspecto relacional, entre o indivíduo e a sociedade, que Araujo foca sua análise:

---

<sup>424</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação...*, op. cit., p. 187 e 152.

Importante frisar que a falha, a falta, não se situa no indivíduo, mas em seu relacionamento com a sociedade. [...]. O que define a pessoa com deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou a audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá que é ou não pessoa com deficiência.<sup>425</sup>

Ora, este grau de dificuldade de se relacionar, este potencial de obstrução da participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas não parece ser algo exclusivo das pessoas com deficiência, mas algo de comum no que se encontram todas as minorias. Está-se falando do estigma, que, na lição de Goffman não é só “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”<sup>426</sup>, mas sim uma especial relação estabelecida entre as sociedades, com dadas expectativas (estereótipo), e as pessoas, com certos atributos que rompem com essas expectativas (diferença), tornando-as socialmente desacreditadas ou desacreditáveis perante essas sociedades.

Goffman menciona três tipos de estigmas: “as abominações do corpo – as várias deformidades físicas”; “as culpas de caráter individual”, citando como exemplo “distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento público radical”; e “estigmas tribais de raça, nação e religião”<sup>427</sup>. Hoje, porém, sabemos que os estigmas são tantos quantos são os motivos dados para a discriminação e a intolerância, sendo certo que muitos estigmas se combinam e se sobrepõem, caracterizando novos grupos de estigmatizados sem deixar de integrar os grupos componentes (e.g. soropositivos que, não obstante possam figurar como pessoas com deficiência – imunológica –, raramente são vistos em ações afirmativas em razão deste liame comum).

Nesse contexto, vale lembrar que, como extraído de Capotorti, dado estigma vigente em uma sociedade não permite por si caracterizar uma minoria, havendo nesta algo maior, mais real, mais presente, afeto à consciência dos indivíduos estigmatizados ali reunidos: uma identidade. No caso das pessoas com deficiência, trata-se do estigma da deficiência, o qual, nesse sentido, difere da mera situação de ter um impedimento bem como da própria constatação da deficiência, pois, em que pese toda deficiência resultar de uma

<sup>425</sup> ARAUJO, *A proteção...*, op. cit., p. 7-8. Exemplifica o autor: “Tomemos o exemplo dos ‘superdotados’. Essas pessoas podem ter alguma deficiência de adaptação e não tem nenhuma falta. Pelo contrário, sua inteligência é superior à do homem comum; suas habilidades são mais aguçadas do que o padrão normal. No entanto, dentre os superdotados podem estar pessoas com deficiência” (Ibid., p. 7). Complementando o raciocínio do autor, se não existe falta e a pessoa pode vir a ser considerada pessoa com deficiência, o impedimento estigmatizante só pode ser a anormalidade, entendida como variação significativa das normas estatisticamente estabelecidas pela média da população, assim contemplando tanto situações de falta quanto de excesso.

<sup>426</sup> GOFFMAN, op. cit., p. 7.

<sup>427</sup> Ibid., p. 14.

interação negativa entre um indivíduo com uma dada condição de saúde e seus fatores contextuais, nem toda deficiência poderá vir a implicar a *efetiva* estigmatização do indivíduo que a apresente. Prova disso são as inúmeras pessoas que, “*apesar*” de apresentarem alguma deficiência, vivem com alguma limitação de atividade, mas sem restrição de participação, servindo de exemplo de autossuperação – quando o que se fez na verdade foi principalmente superar o descrédito que as normas e expectativas sociais lhes impunham. Mais próximo do cotidiano tem-se também os idosos com deficiência, cujo descrédito social acaba sendo muitas vezes compensado pelo respeito que dada cultura local lhes confere.

Disso, há que reconhecer a fundamental distinção entre *pessoas que têm deficiência* (impedimentos + barreiras) das *pessoas com deficiência*, pois só a estas a deficiência se mostra com potencial estigmatizante, ou seja, capaz de obstruir sua “participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” – o que, em termos de filosofia política e jurídica, nada mais é do que a condição de cidadão, ou seja, de ser reconhecido como mais um de nós, um dos nossos. Outra não é a razão pela qual o conceito de pessoa com deficiência jamais poderia ser obtido por meio da CIF, ou seja, de forma matemática, hermética, estrita, técnica, mediante a simples listagem legal de impedimentos. Assim, pode-se concluir que, quando a OMS estima que mais de um bilhão de pessoas no mundo tenham alguma deficiência ou o IBGE calcula que 38,5 milhões de brasileiros têm ao menos uma deficiência, não se está a focar exatamente uma minoria mas sim características (os impedimentos) encontrados em uma população<sup>428</sup>.

Deve-se anotar ademais que a constatação da existência do estigma *na sociedade* não se coloca de forma absoluta para se concluir pelo potencial estigmatizante um dado impedimento. Isso por que, em que pese o estigma caracterize-se como uma qualificação de fator contextual atitudinal vinculado intimamente às normas e práticas gerais de conduta social, servindo inclusive de elemento essencial na configuração de minorias e na fundamentação de discriminações positivas, sua presença efetiva só pode ser aferida em dada pessoa *em concreto*, contextualizada. Ora, em todos os grupos estigmatizados não será difícil encontrar uma pessoa que suscite tamanha simpatia e crédito da sociedade e nem por isso deixe de apresentar um atributo *geralmente* estigmatizante ou mesmo encontrar algumas barreiras na sociedade. Dessa forma, o conceito de pessoa com deficiência dado pela ONU e recepcionado no ordenamento normativo brasileiro, enquanto afeto ao direito à diferença da

---

<sup>428</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS; BANCO MUNDIAL, op. cit., loc. cit.. e INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo...*, op. cit., loc. cit.

minoria composta pelas pessoas com deficiência, não exige que o estigma esteja comprovadamente presente na sociedade, muito menos que a obstrução já tenha se efetivado, bastando que o *potencial* estigmatizante/obstrutivo seja aferido no indivíduo *em concreto*, situado, contextualizado<sup>429</sup>.

Assim sendo, necessária ainda a constatação de que o conceito de pessoa com deficiência, uma vez transposto para o mundo jurídico, caracteriza-se como conceito jurídico indeterminado. Como lembra Pires, teria sido Russel o primeiro a distinguir no conceito jurídico indeterminado “uma zona de certeza positiva na qual não há dúvida sobre o que o conceito significa, uma zona de certeza negativa a respeito do que não representa o conceito, e uma zona intermediária ou de penumbra que caracteriza a sua fluidez”<sup>430</sup>. Na mesma linha, Sainz Moreno alega que tal indeterminação pode expressar-se graficamente por três círculos concêntricos em que o mais central representa a zona de certeza positiva, o mais exterior, a de certeza negativa, e o central, como uma zona de dúvida ou de indeterminação<sup>431</sup>.

Com o advento do Estado Social de Direito e a consequente expansão dos direitos, ante a evidente incapacidade do legislador de cogitar todas as hipóteses possíveis e franqueá-las com comando normativo específico, tornou-se cada vez mais comum o uso de cláusulas gerais, fórmulas genéricas, expressões vagas etc. criando aberturas técnicas e semânticas na tessitura legislativa e, assim, na construção do ordenamento jurídico. Percebe-se, pois, que ao funcionamento deste mecanismo faz-se indispensável um intérprete. O fato, porém, é que, seja por conta de conceitos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais, da tessitura aberta dos textos legais ou pelo fato da própria autonomia relativa entre língua e sociedade e/ou cultura, o jurista não mais consegue afastar a interpretação do Direito da sua aplicação. Eis, aliás, a lição de Eros Grau:

O fato é que praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.<sup>432</sup>

Isso, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador ‘ex

<sup>429</sup> Quando se usa a expressão *em concreto* tem-se a em oposição à noção de *em geral* – e não à noção *em tese*.

<sup>430</sup> PIRES, op. cit., p. 58-59.

<sup>431</sup> Ibid., p. 94.

<sup>432</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40

nihiló', ele produz a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la.<sup>433</sup>

[...] a interpretação do direito não é uma atividade de conhecimento, mas sim construtiva, portanto decisional, embora não discricionária, [...].<sup>434</sup>

Sem dúvida, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência utilizou-se deste tipo de artifício, sendo fato declarado pela própria ONU, como já visto, que “a Convenção não incluiu uma definição de deficiência ou pessoa com deficiência em sentido estrito”, afirmando também que “a Convenção não obsta o uso de definições na legislação nacional”, sendo que “é importante, no entanto, que estas definições reflitam o modelo social consagrado na Convenção e que as definições baseadas em uma lista ou uma descrição de impedimentos ou de limitações funcionais sejam revistas”<sup>435</sup>.

A partir daí duas conclusões podem ser obtidas: a primeira é a de que, definitivamente, ao vincular deficiência e incapacidade, o artigo 3º do Decreto 3.298/99 foi revogado tacitamente pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, por absoluta incompatibilidade com o modelo social consagrado na Convenção e, portanto, também na Constituição, conforme dispõe o art. 5º §3º, da CR/88. De forma diversa, porém, pode-se observar que os incisos, mas não o *caput*, do artigo 4º, do Decreto 3.298/99, permanece hígido enquanto definição legislativa de uma zona de certeza positiva dentro do conceito de pessoa com deficiência, devendo ser sempre interpretado à luz do art. 1º da CDPcD - como já inferido pela jurisprudência pátria ao relacionar os artigos 3º e 4º do Decreto 3.298/99.

Quanto a isso, necessário dizer que o rol do artigo 4º pode vir a ser ampliado, porém, jamais restringido pelos órgãos administrativo e jurisdicional. Isso não só porque, em um viés garantista, em se tratando de norma que confere direitos, não pode sofrer interpretação restritiva, como também pelo fato de que o próprio artigo 1º da CDPcD não implica conceito estrito, exaustivo, ficando claro que, no caso do artigo 4º, o legislador labora naquela discricionariedade estrutural referente aos direitos a prestações positivas de que falou Alexy, nada obstando o reconhecimento administrativo ou judicial de direitos.

Araujo posiciona-se neste mesmo sentido:

Portanto, o conceito de pessoa com deficiência, para o sistema interno do país, passou a ser o consagrado na Convenção. Trata-se do conceito envolvente e amplo. A aplicação desse conceito, que está ligado ao relacionamento da pessoa com deficiência, não fixa causas. Dessa maneira, a

<sup>433</sup> GRAU. Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80-81.

<sup>434</sup> *Id. Ibid.*, p. 62.

<sup>435</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Monitoring...*, op. cit., p. 15-16.

legislação interna deve ser aplicada quando for favorável à pessoa com deficiência. Se a pessoa estiver encaixada no conceito, por exemplo, do decreto regulamentar que disciplinava a matéria até então, pode pedir o enquadramento, porque o decreto poderia servir de instrumento para a Administração Pública. Mas o decreto não pode ter o condão de redefinir o que a Convenção definiu. Se ela não fixou causas, não pode o decreto fazê-lo. [...]. O decreto continua no sistema apenas e tão somente para permitir que a Administração Pública reconheça, com mais facilidade, quem é pessoa com deficiência. Estamos, portanto, diante de um caso de interpretação conforme. O decreto é válido na medida em que não serve de instrumento de restrição. Havendo clareza na definição, inegável que o decreto pode servir de base para as decisões da administração. [...] Podem existir situações não contidas no decreto e que estão perfeitamente contempladas pelo conceito da Convenção. Por isso, a Administração Pública deve estar atenta para aplicar o decreto como instrumento de inclusão, não de exclusão.<sup>436</sup>

Dessa forma, quando o art. 1º do Decreto Legislativo 186/2008 infere que pessoas com deficiência *são*, ao invés de pessoas com deficiência *abrangem/incluem/compreendem*, minada fica a compreensão, *e.g.*, de que os impedimentos de longo prazo não precisam necessariamente ser de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Questão que, como visto e agora se torna possível perceber, foge propositalmente ao tecnicismo da CIF em proveito dessa tessitura aberta, plástica, dúctil, que o texto convencional, à luz de um modelo social, permite e estimula, com o intuito de conferir maior instrumentalidade em seu propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para *todas as pessoas com deficiência* e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (art. 1º CDPcD)<sup>437</sup>.

Com isso, se por um lado, na perspectiva sanitária, a deficiência expandiu-se e se universalizou, permitindo considerar os mais diversos tipos de impedimentos como potenciais geradores de estigma, por outro, a noção de pessoa com deficiência sofreu certo estreitamento, permitindo-se, através da aferição do potencial estigmatizante de dado impedimento frente às diversas barreiras ambientais e atitudinais, selecionar com maior precisão as pessoas que se adequam<sup>438</sup> à tutela jurídica conferida a esta minoria<sup>439</sup>.

<sup>436</sup> ARAUJO; NEME, op. cit., p. 736-737.

<sup>437</sup> BRASIL. *Decreto n. 6.949...*, op. cit., loc. cit., grifo nosso.

<sup>438</sup> Note-se: “*são as pessoas que se adequam*” e não as pessoas que “*melhor*” se adequam. Necessária a distinção porque, se fosse permitido ao intérprete-aplicador um juízo de valor não só entre o conceito normativo e cada pessoa individualmente mas também entre pessoas, permitido estaria a construção de juízos e a consequente discriminação dentro do próprio grupo das pessoas com deficiência. Assim, não parece legítima a ponderação sobre se um impedimento mostra-se mais estigmatizante do que o outro, ou se uma pessoa é ou pode vir a ser mais estigmatizada do que outra, levando, *e.g.*, à concessão da vaga em concursos público a uma em detrimento direito da outra. Uma vez identificadas, não se faz distinção entre pessoas com deficiência, sendo todas dignas da mesma tutela estatal.

<sup>439</sup> Como lembra Araujo, tendo em vista a reserva de vagas em concurso público, “há uma presunção de que toda pessoa portadora de deficiência precisa do benefício, o que não é uma verdade”, pois “só precisa do benefício

Com isso, hoje, no Brasil, os incisos do artigo 4º do Dec. 3.298/99 oferecem apenas uma resposta parcial a uma das duas variáveis da equação, tratando-se de um rol de impedimentos, de uma zona de certeza positiva legalmente estabelecida, que não só admite ser ampliado pelo intérprete-aplicador do direito à luz do artigo 1º da CDPcD, como também deve ser necessariamente avaliado em seu potencial estigmatizante, a partir de um exercício de contextualização, ou seja, visto em relação às diversas barreiras atitudinais e ambientais que podem, em concreto, obstruir, no limite, seu direito a ter direitos.

### 3.5 Conceito de pessoa com deficiência e a efetivação do direito ao trabalho.

Mas os direitos são muitos, os ambientes, diferentes, as barreiras, as mais variadas, e o conjunto das pessoas com deficiência, o próprio retrato da diversidade humana. Com isso, está-se a tratar de situações-limite cuja solução, ou seja, a inserção ou não nos limites eidéticos ou semânticos dos conceitos de deficiência ou de pessoa com deficiência, desafiam a própria sociedade e o mundo jurídico. Disso, como já deve ter ficado claro, é somente no caso posto, durante o ato de concreção da norma, de efetivação do Direito, que o intérprete, adstrito ao ordenamento do universo jurídico a que pertence – sem o uso de juízos políticos de oportunidade e conveniência que se lhe mostrem ilegítimos, mas sempre no exercício de uma jurisdição politizada, crítica e engajada –, deve extrair o conceito, o significado, a norma e sua aplicação, atendendo não só a um processo calcado na ação comunicativa, acessível e democrática, mas, sobretudo, atento à efetivação dos direitos.

Nesse contexto, embora indeterminado, o conceito de pessoa com deficiência se mostra juridicamente determinável. Nesse intuito, a fim de contribuir à melhor definição das zonas de certeza positiva e negativa, de forma a minorar tanto quanto possível as zonas de penumbra, é que se torna desejável a fixação de balizas hermenêuticas que, embora não venham a se colocar de maneira rígida, auxiliam o intérprete em sua tarefa. Essa balizas foram dispostas pela ONU na CDPcD, que, como já dito, não constitui conceito estrito, estanque, mas, pelo contrário, vem se revelar como um verdadeiro norte axioteológico a guiar o intérprete em sua jornada.

---

aquele que não conseguiu superar as barreiras da exclusão diante seus estudos, durante a sua formação”, sendo que “há pessoas portadoras de deficiência que estão perfeitamente integradas socialmente; e há pessoas portadoras de deficiência que necessitam do amparo do Estado em matéria de vagas reservadas”, de maneira que se conclui que “não são todos que precisam (minorias, é verdade). Mas há os que precisam. Os primeiros não podem ‘atrapalhar’ a proteção daqueles que necessitam” (ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito, p. 207-219. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 215-219, passim.).

Por isso tudo, é de se concluir que, indubitavelmente, o conceito de pessoa com deficiência trazido (originalmente) pela Convenção significa um avanço sensível, oferecendo vários e importantes pontos de referência hermenêutica, ao mesmo tempo que permite a plasticidade necessária para instrumentalizar-se na solução dos casos concretos, sem, contudo, retirar a responsabilidade do legislador, do administrador e do jurista de dar a adequada formatação a depender dos valores, fins e contextos em que é usada – aspecto que não se difere no exercício de efetivação do direito ao trabalho da pessoa com deficiência.

Nesse passo, como qualquer política pública de inclusão da pessoa com deficiência no Brasil, uma vez que não exista disposição legal específica, o Decreto 3.298/99, especialmente o artigo 4º, coloca-se de maneira referencial no que toca à inclusão laboral. Assim, tratando-se pessoa que tenha pelo menos um dos impedimentos relacionados no dito dispositivo, se faz necessário verificar, primeiro, se o mesmo produz efeitos por pelo menos dois anos – por aplicação analógica do art. 20, §10 da LOAS, haja vista a falta de legislação específica a melhor delinear tal política – e, segundo, se os fatores pessoais (idade, nível educacional, capacidade econômica, estrutura familiar etc.) e ambientais (cultura, níveis de competitividade, acessibilidade, mobilidade, políticas públicas etc.) em que a pessoa está inserida geram, podem gerar ou não, um processo de estigmatização social. Mas isso não basta, as barreiras ambientais e atitudinais devem se verificar no contexto laboral.

De fato, como já referido, ninguém diria que Stephen Hawking precisa se valer de cotas para um concurso de pesquisador em física teórica. Ele não vai deixar de ser uma pessoa que tem deficiência e uma pessoa com necessidades especiais, carecendo de apoios e/ou procedimentos especiais para a realização das fases do concurso e de seu trabalho, e nem deixará de ser uma pessoa com deficiência para adquirir um carro adaptado a ser estacionado em vagas reservadas. Porém, resta mais do que evidente que conferir a Stephen Hawking o gozo da política de discriminação positiva trazida pelo art. 37 da Constituição feriria não só a ampla concorrência, como subtrairia uma vaga de alguém que precisa desta tutela estatal para vencer o descrédito social. Claro que neste caso não se está legitimando medidas de discriminação negativa nem negando prestações estatais positivas de proteção (*e.g.*, adaptação do ambiente de trabalho com plenas condições de acessibilidade), mas apenas afastando discriminação positiva desproporcional<sup>440</sup> e, por isso, ilegítima, injusta.

---

<sup>440</sup> Diante da colisão de princípios, há a solução pela técnica da ponderação ou, mais especificamente no modelo alemão, da regra da proporcionalidade, que se traduz em três sub-regras: a) adequação (meio-fim: se o meio é apto para alcançar ou fomentar o objetivo visado); b) necessidade (meio menos gravoso: se a realização do objetivo perseguido não pode ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em

Mas e se o indivíduo com impedimentos não for Stephen Hawking? Com certeza, deixa-se uma zona de certeza negativa para cair numa zona de certeza positiva, em que somente um exercício de contextualização pode aferir se a pessoa é desacreditada ou desacreditável pela sociedade no contexto laboral, ou seja, averiguar o grau estigmatizante de seu impedimento para fins laborais. Neste sentido, *e.g.*, ainda que a falta de um dos dedos da mão não encontre barreiras no convívio social de um pianista, tal condição de saúde gera muito mais descrédito do que o mesmo impedimento importaria para um administrador de empresas. Daí a razão para conferir a um tal indivíduo a reserva de vagas em um concurso para músico de uma orquestra municipal, mas não em um concurso para cargo administrativo na mesma orquestra (exceção talvez pudesse ser feita se se tratasse de um polegar da mão direita de um secretário destro). O pianista sem um dos dedos da mão não terá vaga reservada no estacionamento, não terá isenção de tributos na aquisição de automóvel e nem mesmo poderá utilizar a fila preferencial no banco, mas, para fins laborais, fará jus à tutela estatal.

Um outro exemplo que pode ser dado é o indivíduo que tem a “Síndrome do Escrivão”, que não apresenta problemas de inclusão em seu dia a dia, mas que almeja a uma vaga de digitador ou programador em um concurso público. Uma das provas é a de digitação com tempo. Poderá ele pedir tempo adicional em função da sua condição de saúde? Talvez a gravidade do impedimento exija o uso de apoios, como órteses, hastes, luvas ou outros equipamentos, para que o indivíduo possa exercer tal atividade de digitação, colocando-o na condição de pessoa com necessidades especiais. Porém, determinando o edital de concurso ou mesmo as funções do cargo almejado que a habilidade e destreza com as mãos são indispensáveis, e estabelecendo a prova de digitação uma pontuação mínima, não se poderia, por exemplo, solicitar a expansão do tempo de prova ou a redução da pontuação mínima necessária e tampouco a desconsideração do teste para aquele candidato<sup>441</sup>. Em uma

---

menor medida, o direito fundamental atingido); c) proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade: sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que fundamenta a medida restritiva). (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 23-50. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 91, v. 798, abr. 2002, *passim*). No caso do exemplo proposto, o objetivo visado é a superação do estigma da deficiência na efetivação do direito ao trabalho. Daí que, no caso, evidente a desnecessidade da medida, a qual, se deferida, poderá comprometer o direito do candidato seguinte e que, provavelmente, necessita da medida protetiva.

<sup>441</sup> Certa vez ouvi o seguinte exemplo: a um indivíduo com nanismo que almeja a vaga de Dragão da Independência não se faz ilícita a exclusão do certame, pois, em sendo os Dragões da Independência símbolo da saúde, virilidade, força, habilidade e demais virtudes do povo e do exército brasileiro, todos montados em belos cavalos, com espada e vestimentas imponentes, o nanismo de um deles ao saudar uma autoridade estrangeira em visita ao Presidente da República levaria a uma situação no mínimo inusitada. O exemplo não procede, pois, em que pese toda a tradição e respeito devido aos Dragões da Independência, uma tal situação demonstraria muito mais uma virtude do povo e do exército brasileiro do que os traços de eugenia a valorizar modelos de beleza eurocêntricos. Aprofundando o exemplo, se o cantor Michael Jackson tivesse revelado seu impedimento do

variante do mesmo exemplo, estaria o caso da pessoa com deficiência visual grave e que almeja a função de vigia ou motorista de ônibus escolar – embora não se possa afastar a hipótese de um dia tal situação ser possível, o ambiente tecnológico ainda não a permite, levando à conexão com um outro constructo cultural na seara jurídica: a incapacidade<sup>442</sup>.

De fato, além da existência de impedimentos de longo prazo e da aferição de seu potencial estigmatizante no contexto laboral, embora não venha a compor o conceito de pessoa com deficiência – como antes a legislação impunha (e.g. art. 3º do Decreto 3.298/99) – o intérprete-aplicador do direito por vezes precisa questionar sobre a (in)capacidade laboral. É que, embora deficiência, estigma e incapacidade não se confundam, hipóteses há em que o indivíduo além de ter uma deficiência, também apresenta a redução da capacidade para o exercício de dada atividade, a qual pode vir a ser considerada essencial a uma certa profissão ou trabalho – caso visto acima<sup>443</sup>.

Talvez o impedimento desta pessoa nem tenha caráter estigmatizante no contexto laboral, mas, juridicamente, em face de outros princípios e valores, a incapacidade deve ser declarada: exemplo disso é o indivíduo com próteses nas pernas e que deseja correr uma maratona junto a pessoas sem impedimentos nos membros inferiores. No exemplo hipotético, o cansaço físico e a eventual melhora de desempenho das próteses significarão uma quebra da igualdade entre os competidores, deslegitimando o resultado da prova<sup>444</sup>.

---

vítima, muito provavelmente, embora sua voz e competência profissional permanecessem as mesmas, o padrão de beleza vigente no mundo não teria permitido que ele se tornasse o ícone popular que foi. Este sucesso profissional, contudo, não justifica a atitude do astro musical, a qual certamente foi influenciada pelo ambiente discriminatório em que vivia. Como se verá, o sucesso profissional para fins de efetivação do direito ao trabalho (digno) no mercado concorrencial possui apenas um ponto de referência, qual seja, aquele a partir do qual o trabalho ganha relevância econômica para fins de obtenção dos meios de sobrevivência.

<sup>442</sup> Neste sentido, disserta Araujo: “Fica claro que a pessoa portadora de deficiência não está habilitada para toda e qualquer profissão. O princípio constitucional não tem extensão de permitir que uma pessoa portadora de deficiência visual pretenda pleitear um emprego onde a visão é essencial (v.g. motorista). A regra constitucional afirma que não pode haver qualquer discriminação, desde que não haja correlação entre a situação discriminada e o bem protegido. [...]” (ARAÚJO, *Proteção...*, op. cit., p. 31).

<sup>443</sup> De fato, uma pessoa cuja deficiência visual grave dificilmente estará capacitada para exercer a profissão de vigia – situação em que uma pessoa com deficiência imunológica (e.g., soropositiva) não encontraria óbice. Essa percepção ficou bem clara por ocasião do julgamento do AgR no RE n. 606728/DF em que a Relatora Carmen Lúcia manteve a decisão do Tribunal a quo: “‘Não vejo como, diante das próprias atribuições do cargo, excluir todos os portadores de necessidades especiais, tanto mais que a própria Polícia Civil deixa espaço para tal ilação quando estabelece que é função do agente penitenciário, dentre outras, executar outras tarefas correlatas. Há uma área não definida, na qual, a meu sentir, poderia ser incluído o deficiente. Ora, é incontroverso que o edital acostado a fls. 18/22 não reservou percentual de vaga para os deficientes, assim, contraria a Constituição Federal, a Lei n. 8.112/90 a Lei Distrital 160/1991, para não citar outras normas’ (fl. 147)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 606.728*. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Min. Carmen Lúcia. 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2012.).

<sup>444</sup> A temática encontra-se em ampla discussão hoje, justamente pelo precedente em sentido apostro aberto pelo Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) contra a Federação Internacional de Atletismo (FIAA), ao autorizar o

A CIF traz em seu anexo 4 vários exemplos de como fazer uso dos conceitos que adota. Um desses exemplos versa sobre o indivíduo com vitiligo na face, tratando-se de questão estética, sem outras implicações em sua saúde ou quanto à capacidade de executar tarefas. A cultura local, contudo, pode colocar este impedimento como barreira intransponível para o exercício de qualquer profissão. Assim, existe o impedimento e existe o estigma. Mas existiria a incapacidade laboral? Para fins de concessão de BPC, viu-se que sim, haja vista que, assim como o caso do soropositivo incapacitado pelo estigma e não pelas consequências da imunodeficiência adquirida, é a sociedade que está lhe impondo a condição de incapacitado. Mas, neste mesmo caso, em sendo prestado concurso público, seria ele considerado pessoa com deficiência e, mais, pessoa incapacitada para o trabalho? Ora, a existência de impedimento de longo prazo e de caráter estigmatizante é evidente, de forma que se trata de candidato elegível à vaga reservada. Contudo, tendo em vista que a política pública é direcionada à inclusão laboral, uma vez aprovado no concurso, referida pessoa com vitiligo facial não poderá ser considerada incapaz para o seu trabalho.

Outrossim, a noção de incapacidade laboral não se mostra variável apenas em função da manutenção de uma sistemática de políticas públicas, conforme visto no segundo capítulo: a própria noção de trabalho implica diversos significados, influenciando diretamente nas formas com que um direito ao trabalho pode vir a ser fomentado por meio do Estado e, por óbvio, exigido e cobrado, inclusive judicialmente, pela pessoa com deficiência.

Ciente disso, o legislador, no Decreto nº 3.298/99, além de afirmar que é “finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho [competitivo<sup>445</sup>] ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido” (art. 34), informou as modalidades de inclusão laboral:

---

velocista bi-amputado Oscar Pistorius a competir de igual para igual com atletas sem deficiência em uma Olimpíada. O feito histórico, ocorrido nas Olimpíadas de Londres, de 2012, e alcançado pelo atleta que utiliza duas próteses de fibra de carbono nos membros inferiores, teve por suporte laudos técnicos e avaliações que levaram os árbitros a concluir pela inexistência de vantagens sobre os demais competidores, sem deficiência. Pistorius, apelidado de “Blade Runner”, já havia sido autorizado a participar das Olimpíadas de Pequim, em 2008, mas não conseguiu se classificar. O atleta, porém, reabriu a discussão na final dos 200 metros T44 dos Jogos Paraolímpicos de 2012. Ao perder a medalha de ouro para brasileiro Alan Fonteles, o favorito reputou o resultado injusto, uma vez que as próteses do vencedor, por serem longas demais, lhe conferiam vantagem. (Vide: PINHEIRO, Aline. Tribunal Arbitral do Esporte se destaca nas Olimpíadas. Consultor Jurídico, Notícias, 4 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-04/tribunal-arbitral-esporte-fica-evidencia-olimpiadas>>. Acesso em: 30 ago. 2012. Ver também: BRASILEIRO supera Pistorius e leva ouro nas Paraolimpiadas. Revista Exame, 03 set. 2012. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/esportes/noticias/brasileiro-alan-fonteles-supera-pistorius-e-leva-ouro-nos-200-m-dos-paralimpicos-2>>. Acesso em: 06 set. 2012).

<sup>445</sup> A crítica à redação do dispositivo, carente desta complementação para sua melhor compreensão, é feita por Sasaki (SASSAKI, Romeu Kazumi. O acesso ao trabalho: análise à luz da inclusão. *Revista Nacional de*

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.<sup>446</sup>

Sasaki<sup>447</sup>, lembrando que a única diferença entre a colocação competitiva e a colocação seletiva é a dependência de procedimentos e apoios especiais nesta em face da mera possibilidade de uso de apoios especiais naquela, critica a previsão do §1º:

§ 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.<sup>448</sup>

É que o legislador teria institucionalizado um entendimento equivocado, deixando transparecer que tanto a colocação seletiva quanto o trabalho por conta própria “podem ser ‘intermediados’ por entidades beneficentes de assistência social, por eles [os trabalhos] não serem considerados competitivos”<sup>449</sup>. O autor também critica a diferenciação entre oficinas protegidas de produção e terapêutica feita pelo dispositivo nos §§ 4º, 5º e 6º<sup>450</sup>:

---

*Reabilitação – REAÇÃO*, n. 59, nov./dez. 2007, 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi&parametro=20936>>. Acesso em: 30 ago. 2012).

<sup>446</sup> BRASIL, *Decreto n. 3.298...*, op. cit., loc. cit.

<sup>447</sup> SASSAKI, *O acesso...*, op. cit., loc. cit..

<sup>448</sup> BRASIL, *Decreto n. 3.298...*, op. cit., loc. cit.

<sup>449</sup> SASSAKI, *O acesso...*, op. cit., loc. cit.

<sup>450</sup> Art. 35: “[...]. §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

[...]. O que existiu, no Brasil, foi um pequeno número de ‘oficinas protegidas de trabalho’, nas quais o desempenho dos participantes (alunos, clientes, assistidos, aprendizes e outros nomes) poderia ser de dois níveis: **quase competitivo** e **não-competitivo**, no mesmo espaço físico. O nível ‘quase competitivo’ corresponderia à expectativa de uma oficina protegida de produção e o nível ‘não-competitivo’, à de uma oficina protegida terapêutica. E por que ‘quase competitivo’? Porque, quando o participante vier a apresentar nível ‘competitivo’, ele deveria sair da oficina protegida e entrar no mercado de trabalho competitivo.

[...]. A propósito, é inadequado o adjetivo ‘terapêutica’. A idéia não é a de prestar serviços de terapia, tratamento clínico, cura etc. A idéia é a de que certas pessoas podem não apresentar o mínimo de produtividade, mas podem ocupar-se de atividades não-produtivas. Portanto, o termo correto que temos utilizado é ‘ocupacional’. Dentro de uma oficina protegida de trabalho, portanto, existem pessoas nos dois níveis de desempenho: ‘produtivo’ (quase competitivo) e ‘ocupacional’ (não-competitivo).<sup>451</sup>

Sasaki vai além ao concluir que ambas as propostas, de oficinas (de produção e terapêutica) e de níveis de desempenho (quase competitivo e não-competitivo), tangem ao trabalho e não à habilitação profissional, motivo inclusive pelo qual o §6º é contraditório ao permitir a interpretação *contrario sensu* de que existiria vínculo empregatício quando a pessoa com deficiência vai à oficina protegida de produção. Por fim o autor conclui:

[...] podemos dividir o trabalho da pessoa com deficiência em quatro tipos:

\* Trabalho competitivo tradicional: Aquele que é realizado com ou sem um mínimo de modificações ou ajustamentos no posto de trabalho ou na forma de execução das tarefas.

\* Trabalho competitivo apoiado: Aquele que é realizado, em suas quatro modalidades, com modificações ou ajustamentos de médio ou grande porte, incluindo tecnologias assistivas, tanto nos ambientes de trabalho como nas formas de execução das tarefas. Este tipo de procedimentos especiais e apoios especiais é admitido pelo artigo 35 do Decreto n. 3.298, de 20/12/99.

\* Trabalho quase-competitivo: Aquele que é executado em instituições sociais, cooperativas sociais, oficinas protegidas de trabalho e organizações similares, por pessoas com deficiência que ainda não apresentam (mas têm potencial para apresentar) nível competitivo de produtividade.

\* Trabalho não-competitivo: Aquele que é executado em instituições sociais, cooperativas sociais, oficinas protegidas de trabalho e organizações similares, por pessoas com deficiência que ainda não apresentam (mas têm potencial para apresentar) nível quase-competitivo de produtividade num primeiro momento e poderão desenvolver esse nível e, posteriormente, o nível competitivo em alguns casos.<sup>452</sup>

Nesta classificação proposta por Sasaki, evidente fica que o trabalho competitivo tradicional e o trabalho competitivo apoiado refletem as condições em que o

---

individual que considere o desenvolvimento biopsicossocial da pessoa.” (BRASIL, *Decreto n. 3.298...*, op. cit. loc. cit.)

<sup>451</sup> SASSAKI, *O acesso...*, op. cit. loc. cit., grifo no original.

<sup>452</sup> *Ibid.*, loc. cit.

trabalho é tomado pela legislação em sentido estrito, ou seja, quando demonstra relevância econômica para fins de aquisição dos meios de subsistência, revelando seguramente uma capacidade de emancipação econômica. Já o trabalho quase-competitivo e não-competitivo, embora sejam formas de efetivar o direito ao trabalho em seu sentido amplo, não se vinculam imediatamente a um potencial econômico hábil para a subsistência – diferenciando-se dos trabalhos existentes no sentido amplíssimo, desenvolvidos enquanto atividade ocupacional, lazer, terapia etc., que não visam a emancipação econômica.

Ou seja, sob esta perspectiva, o §2º do artigo 21-A da Lei 8.742/93, incluída pela Lei 12.470/2011 se revela restritiva de direitos, uma vez que a remuneração na condição de aprendiz não tem, a princípio, o poder nem a finalidade de conferir emancipação econômica à pessoa com deficiência – ressalvada, obviamente, a comprovação material de que o contrato de aprendizagem está distorcido. Sob este viés, mais do que mera medida assistencial, o BPC ganha contornos de política de inclusão laboral não só das pessoas com deficiência, mas de todas as que, encontrando-se em situação de miserabilidade, almejam ter (re)conquistada sua capacidade laboral para fins de emancipação econômica.

Com isso, também fica evidente que a reserva de vagas em concurso público e as cotas na iniciativa privada têm por base a efetivação do direito ao trabalho em sentido estritíssimo (vinculado a um contrato de emprego), pelo que se mostra lícito exigir da pessoa com deficiência a superação da nota de corte estipulada pelo edital de concurso e, durante o estágio probatório, apresentar um desempenho compatível com as exigências do cargo<sup>453</sup>.

Nesse aspecto, vale ressaltar que é dever do empregador promover, dentro do que se mostre razoável, conforme as balizas hermenêuticas dadas, todas as medidas necessárias para que a pessoa com deficiência exerça o seu labor (condições de acessibilidade e mobilidade no ambiente laboral, procedimentos e apoios especiais, jornada de trabalho adaptada etc.). Isso porque o direito ao trabalho corresponde necessariamente ao trabalho digno, sendo-lhe inerente a possibilidade de obtê-lo, conservá-lo e nele progredir<sup>454</sup>. Daí que, evidentemente, a proibição de discriminações ilícitas não se encerra no processo de seleção. De fato, a avaliação do desempenho do empregado somente pode ser feita à luz das competências exigidas para o cargo e no contexto dos instrumentos e possibilidades colocadas

---

<sup>453</sup> Veja-se, a propósito os artigos 41, 43 e 44 do Decreto n. 3.298/99 bem como os incisos do artigo 20 da Lei n. 8.112, este à luz da Emenda Constitucional nº 20 que alterou o artigo 41 da CR/88.

<sup>454</sup> Esse é, ademais, o entendimento que se depreende do Decreto 3.298/99, no qual destaca-se o 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.”. (BRASIL, *Decreto n. 3.298...*, op. cit., loc. cit.)

à disposição, mostrando-se, pois, injusta a desconsideração da condição de pessoa com deficiência para fins de promoção na carreira ou de compensação remuneratória.

Assim, todo o processo de aferição dos impedimentos e de avaliação de seu caráter estigmatizante no contexto em que a pessoa está inserida é obrigação assumida pelo Estado, cabendo a ele fomentar a habilitação profissional, certificando as atividades que podem (ou não) vir a ser exercidas profissionalmente pela pessoa com deficiência – sempre com vistas a todas as precauções que a incapacidade, enquanto conceito negativo, implica. Aliás, o mesmo diga-se acerca dos reabilitados pela Previdência Social e que, como se pode agora perceber, foram também contemplados pela política pública de discriminação positiva na iniciativa privada (art. 93, da LBPS) inicialmente por uma indistinção entre deficiência e incapacidade<sup>455</sup>.

Quanto à seleção e avaliação do empregado especificamente no setor privado, ao mesmo tempo em que existem diversas formas de efetivar a contratação e gerir a relação de emprego, podendo-se contar com serviços profissionais ou mesmo entidades não-governamentais para adaptação e ambientação eventualmente necessárias, a segurança que a pessoa com deficiência tem de que estará sendo levada a sério profissionalmente e, portanto, sendo respeitada em seu direito ao trabalho, está primeiro em sua competência e bom relacionamento profissional e, segundo, nas medidas de promoção, amparo e fiscalização estatal, funções às quais o Estado, por meio dos seus vários órgãos, não pode se furtar sob pena de efetivação e responsabilização judicial, inclusive de seus agentes.

Não se nega que na efetivação do direito à inclusão e ao trabalho da pessoa com deficiência bem como na execução das políticas públicas previstas, observa-se grandes dificuldades para todas as partes envolvidas: as pessoas, as empresas e o próprio Estado. Todavia, a progressiva adoção de pontos de conexão e consenso, sobretudo quanto a questões basilares, como a obtenção de um referencial teórico para o conceito de pessoa com deficiência (em evolução), permite avançar rumo a um entendimento maior sobre a proteção e efetivação de direitos de todas as pessoas e ao aprimoramento da democracia.

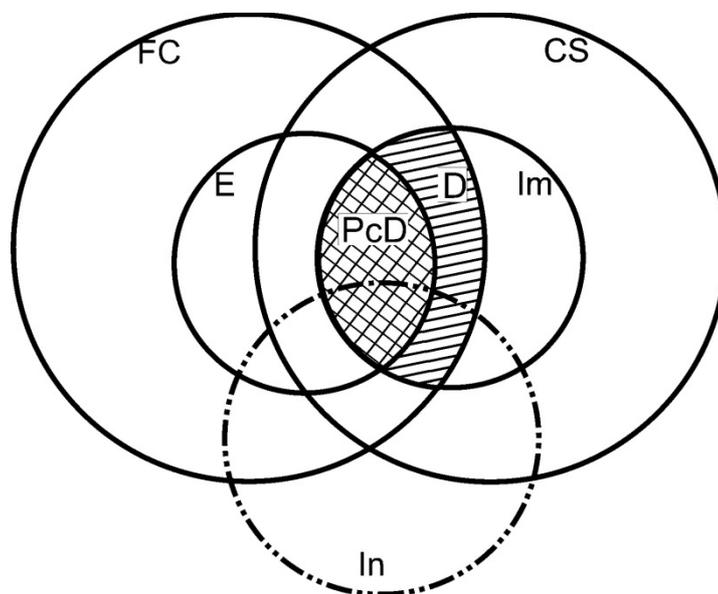
Finalmente, no fito de reunir, sintetizar, fixar e instrumentalizar elementos conceituais mínimos à compreensão da ideia de pessoa com deficiência trazida pela ONU e,

---

<sup>455</sup> Necessário ressaltar que, além das medidas de habilitação e reabilitação profissional pelo Estado serem quase inexistentes no país, a pessoa com deficiência é discriminada neste processo. É que na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.10.2010, nos artigos 386 e 387, a pessoa com deficiência ocupa as duas últimas de sete posições na ordem de prioridade no Programa de Reabilitação Profissional, ficando condicionado às possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e às características locais (BRASIL. *Instrução Normativa...*, op. cit., loc. cit.).

de maneira mais prática, auxiliar na percepção de quem pode vir a ser assim caracterizado, foi possível, à luz do estudo empreendido e com vistas à efetivação do direito fundamental ao trabalho, confeccionar o seguinte quadro sinótico:

Figura 1 – Quadro sinótico



**FC** = Fatores contextuais

**E** = Estigma

**CS** = Condições de saúde

**Im** = Impedimentos

**D** = Deficiência (Relação negativa: impedimento + fator contextual [barreira])

**PcD** = Pessoa com Deficiência (deficiência + estigma)

**In** = Incapacidade para o trabalho (habitual, almejado, que garanta emancipação econômica, competitivo-tradicional, competitivo-apoiado, quase-competitivo, não-competitivo, etc. conforme o vetor jurídico adotado)

## CONCLUSÃO.

O que se entende por pessoa com deficiência para fins de efetivação de seu direito ao trabalho? – foi, basicamente, a pergunta que este estudo teórico-científico, operado à luz da cidadania e tendo por base a ordem jurídica nacional, se propôs a investigar.

Considerando que o Decreto Legislativo nº 186/2008 inseriu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, na ordem jurídica nacional, com *status* material e análogo-formal de emenda constitucional, consoante previsões do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição, fato é que hoje se encontra vigente a posição segundo a qual pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Contudo, ao contrário do que a tradução do legislador deixa transparecer, dando ares de definição estrita, à luz de um controle de convencionalidade foi possível observar que a posição convencional não informa que *pessoas com deficiência são*, mas sim que *pessoas com deficiência abrange, inclui, compreende*. Portanto, trata-se em verdade de uma construção conceitual de tessitura aberta, plástica, dúctil, declaradamente em desenvolvimento e cuja instrumentalidade é estimulada pela própria ONU, no intuito de alcançar seu propósito maior de promover, proteger e assegurar os direitos de *todas* as pessoas com deficiência. Cuida-se, assim, do que se denomina de conceito jurídico indeterminado, com zonas de penumbra e zonas de certeza negativa e positiva, e que ganha densidade na medida em que é colocado cada vez mais em interação com a realidade material.

Todo este processo hermenêutico, porém, deve ser pautado de modo a refletir o modelo social de deficiência, afeto ao paradigma inclusivo, segundo o qual a deficiência não diz respeito a uma dada realidade corporal que gera desvantagem social sendo, por isso, merecedora de tratamento para fins de normalização e reintegração social; mas corresponde sim ao produto das relações sociais traçadas em uma sociedade que, uma vez estruturada sobre modelos de normalidade, mostra-se insensível à diversidade humana, minorando e excluindo a pessoa por sua diferença.

É sob este viés que a referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência coloca-se como verdadeiro norte axioteleológico, pois se pode verificar que a própria expressão pessoa com deficiência é o resultado de um longo processo metalinguístico, técnico-científico e político-ideológico, o qual contou com a participação de representantes

das pessoas a que se refere, conferindo legitimidade e consistência (autoafirmativa) a este signo linguístico que, mais do que oferecer uma definição ou fornecer um termo para representá-los, visa reunir essa minoria em torno de um signo de identificação. Ademais, a expressão escolhida, refletindo o paradigma da inclusão, põe a pessoa em primeiro lugar e a deficiência como inerente a essa sua condição humana – algo que, sem ser motivo de orgulho ou vergonha, induz o respeito à diferença que os valores de alteridade e tolerância exigem.

De fato, percebeu-se que a noção de pessoa com deficiência é um elaborado complexo, que ora faz uso de elementos muito especializados de certas áreas da ciência e ora, nem tanto, e que também traz em si uma forte carga valorativa, imbuída de toda uma perspectiva histórico-sociológica, de modo que a construção conceitual oferecida pela ONU tende a refletir esse conteúdo multidimensional, reunindo elementos biopsicossociológicos, sociológicos, estatísticos e também de discricionariedade legislativa.

Nesse sentido, por impedimento deve-se entender a falta ou anormalidade de uma estrutura ou função do corpo (incluindo as funções mentais), caso em que o termo anormalidade diz respeito unicamente a uma variação significativa das normas estatisticamente estabelecidas pela média da população. Trata-se, como já observado, de um conceito novo e bastante técnico obtido pela OMS, no fito de diminuir a ambiguidade deste universo de discussão. Nesta seara, vale dizer também que, com o advento da CIF, da OMS, a ideia de deficiência, enquanto objetivação de um impedimento, foi substituída pela noção de limitação de atividade, assim entendidas as dificuldades que um indivíduo pode ter na execução de atividades, dando uma perspectiva individual da funcionalidade. O termo desvantagem também foi substituído pela ideia de restrição de participação, vinculado aos problemas que o indivíduo pode apresentar quando envolvido em situações da vida real em comparação com um indivíduo sem o impedimento.

Com isso, através do modelo biopsicossociológico de saúde, funcionalidade e deficiência adotado pela CIF, a noção de deficiência é alçada, juntamente com as noções de saúde e funcionalidade, a um plano relacional de mútua implicação, pela qual saúde corresponde a um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade; funcionalidade indica os aspectos positivos da interação entre um indivíduo, com dadas condições de saúde, e seus fatores contextuais; enquanto que a deficiência se refere aos aspectos negativos dessa mesma relação. Nesse âmbito, condições de saúde é termo genérico para doenças, lesões, perturbações, traumatismos e circunstâncias como gravidez, estresse etc., inclusive impedimentos. Fatores contextuais são o contexto

completo da vida do indivíduo, dividido em condições pessoais, tais como idade, sexo, nível social, etc., e em condições ambientais, relacionadas a todos os aspectos do mundo externo ao indivíduo, tais como o ambiente físico, atitudes, valores, leis etc. Estes fatores contextuais ambientais, nessa perspectiva relacional, podem vir a ser considerados concretamente como facilitadores, caso em que sua ausência ou presença melhoram a funcionalidade e reduzem a deficiência de uma dada pessoa; ou como barreiras, hipótese na qual sua ausência ou presença limitam a funcionalidade e causam a deficiência.

Com isso, em sendo a CIF uma classificação universal das características de saúde das pessoas dentro do contexto das situações individuais de vida e dos impactos ambientais, não só a noção de deficiência universaliza-se como também, com isso, torna-se incapaz de servir de baliza à identificação de uma categoria sociológica, que é a minoria composta pelas pessoas com deficiência. De fato, ao míope caberia a condição de pessoa que tem deficiência, não fossem as órteses oculares como fator facilitador a praticamente eliminar qualquer limitação de atividade ou mesmo restrição de participação, que eventualmente o contexto ambiental lhe impusesse – tal como o estigma da deficiência.

Assim, em razão da diversidade de propósitos, é que a ONU, com base no inestimável legado da CIF, distinguiu as *pessoas que têm deficiência* das *pessoas com deficiência* através da verificação de barreiras com uma qualidade específica, qual seja, seu potencial de obstrução das pessoas que têm deficiência na plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas – uma restrição de participação específica. Tem-se, pois, um elemento puramente sociológico, vinculado à noção de estigma, assim entendido como aspecto das relações sociais estabelecidas por pessoas que apresentam certo atributo, o qual é visto, em uma dada sociedade em geral, como elemento distintivo suficiente para que os tornem desacreditados ou desacreditáveis, deslocando-os, assim, de diversas formas, dessa sociedade.

Ademais, tendo o estudo adotado a cidadania como vetor de análise, pode-se observar que é através da noção de estigma que se permitiu um aprofundamento do conceito de minoria, não mais apenas sob a perspectiva numérica ou de sub-representação, mas também vinculado a grupos estigmatizados, os quais se mostram socialmente vulneráveis, não por hipossuficiências ligadas a aspectos objetivos e pontuais das relações sociais, mas porque a ampla e generalizada negação do direito à diferença, enquanto elemento subjetivo intrínseco a sua condição humana, os coloca à margem da possibilidade, quer jurídica, quer concreta, quer cultural ou psicológica, de exercer ou, antes disso, de subjetivar a cidadania.

O conceito de pessoa com deficiência trazido pela ONU, assim, apresenta-se com um propósito muito maior e que, à luz da cidadania, se coloca de maneira bastante clara: o de instruir o conceito de pessoa com deficiência com elementos essenciais a estabelecê-lo como critério de *discrímen* suficiente a justificar discriminações positivas, contramajoritárias, afetas a uma concepção de democracia que não equivale à ditadura da maioria, mas como substrato social, político, jurídico e institucional sobre o qual se é unicamente possível conceber a realização plena dos direitos humanos – os quais, viu-se, também não são um fim em si mesmo, mas instrumentos de concretização do bem comum, conjunto das condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana.

Deve-se acrescentar que a alusão à natureza física, mental, intelectual ou sensorial do impedimento não revelou fundamento científico-sanitário, mostrando-se mais ligada a uma tradição genérica da luta pelos direitos das pessoas com deficiência do que a uma injustificável e contraditória restrição a pessoas com impedimentos de ordem metabólica, genética, *e.g.*, com causa ou manifestação generalizada ou não identificada. Por fim, quanto à exigência do longo prazo do impedimento, tem-se que a manifestação dos seus efeitos (limitação de atividade e/ou restrição de participação) deve ser suficiente para não confundir-la com condições de saúde outras, como gravidez, uma perna quebrada etc. Aliás, estes fatores – natureza do impedimento e tempo de produção de efeitos – não só se mostram essenciais na distinção em relação às pessoas com necessidades especiais, como compreendem o principal âmbito no qual o legislador nacional tem a possibilidade (senão o dever) de moldar as políticas públicas consoante a otimização dos seus efeitos, seja estipulando uma lista específica ou geral de impedimentos, seja graduando o tempo mínimo pelo qual o impedimento deve produzir seus efeitos.

De fato, os critérios para concessão de eventuais isenções fiscais às pessoas com deficiência podem não ser os mais razoáveis, *e.g.*, para a tutela do direito à saúde ou à educação das mesmas. Da mesma forma, para a efetivação do direito ao trabalho da pessoa com deficiência ponderações específicas se mostram necessárias.

A primeira reside no fato de que, à falta de um conceito legal específico de pessoa com deficiência neste âmbito, importava na aplicação do conceito geral de pessoa portadora de deficiência, prevista pela combinação dos artigos 3º e 4º do Decreto nº 3.298/99 – o qual, não se coadunando com o conceito convencional recebido com força de emenda constitucional, embora vigente, deixou de ter aplicação válida, senão pelo rol previsto nos incisos do artigo 4º, a constituir zona de certeza positiva legalmente estabelecida acerca da

natureza dos impedimentos, podendo ser ampliado, mas jamais restringido. Outra observação importante tange à compreensão da noção de impedimento de longo prazo, o qual, à falta de regulamentação legal específica, por analogia ao artigo 20, §10, da LOAS, deve corresponder àquele que produz efeito por no mínimo dois anos.

Passando-se à segunda variável da equação, se uma vez estabelecido que o estigma para identificação de uma minoria deve ser observado em uma sociedade em geral, de outra forma, para a identificação de uma pessoa com essa minoria específica, imprescindível se faz que a deficiência apresente seu potencial estigmatizante em concreto. Disso, para a aplicação de políticas públicas de discriminação positiva no âmbito laboral para pessoas com deficiência, é preciso que esta deficiência apresente potencial estigmatizante – ou seja, tenha o poder de produzir efeitos obstrutivos diretos ou indiretos – no âmbito laboral.

Nesta linha, é primordial que se tenha em mente que deficiência e incapacidade são constructos culturais e jurídicos completamente distintos. A incapacidade, enquanto negação da capacidade, além de ser de difícil comprovação, surge sempre de uma presunção feita em relação a uma dada competência circunscrita, tornando-se impossível declará-la sem que haja uma delimitação de contexto: civilmente, penalmente, para executar esta tarefa, para desempenhar aquele trabalho ou ofício, para manusear com a destreza necessária estes instrumentos, para exercer sua profissão habitual, para garantir seu próprio sustento e de sua família (emancipação econômica), para arcar com as responsabilidades deste cargo etc. Deve-se lembrar, ademais, que a noção de incapacidade, enquanto constructo jurídico, diferentemente da de capacidade, não está atrelada à natureza, de modo que a maior ou menor coincidência ou mesmo a total discrepância entre a capacidade de fato e a incapacidade atribuída é determinada em função de valores jurídicos vigentes.

Nesse passo, deve-se ter em mente que a efetivação do direito humano e fundamental do trabalho, uma vez tomado como princípio constitucional e, portanto, vinculado ao seu sentido mais lato, não se esgota na mera alienação da força de trabalho por meio de relação empregatícia, mas abarca as mais diversas formas da pessoa garantir seu sustento vital, externar sua cosmovisão, fazendo-se coisa no mundo, e também como *locus* político privilegiado e indispensável de interação humana e, portanto, de participação cidadã. O trabalho, assim, em sua essência, somente ganha contornos e conteúdo sob a perspectiva de quem trabalha, mostrando-se algo inerente a seu existir na natureza, no mundo e entre homens, fixando-se como instância elementar à formação de uma identidade pessoal e social.

Daí que distinções didáticas como as de trabalho competitivo tradicional, competitivo apoiado, quase-competitivo e não-competitivo somam-se à percepção do trabalho como um valor individual, social e constitucional maior, mais palpável e, por isso, mais útil à verdadeira efetivação do direito humano e fundamental ao trabalho, contribuindo para uma visão mais harmônica da sistemática constitucional. Harmonia esta a que o legislador, o administrador, o jurista e o próprio cidadão devem estar atentos na obtenção deste objetivo comum de construir uma sociedade mais livre, justa, solidária e, por isso, mais inclusiva.

Da mesma forma, a adequada compreensão do conceito de pessoa com deficiência mostra-se de suprema importância, sobretudo como critério de *discrímen*, a conferir a máxima efetividade dos direitos fundamentais dessa minoria, legitimando inclusive instrumentos políticos e jurídicos de discriminação positiva a otimizar as interações recíprocas entre justiça e democracia – processo este que inclui o direito ao trabalho, enquanto condição *sine qua non* à conquista da cidadania plena pela pessoa com deficiência, assim entendida também sob a perspectiva de apropriação psicológica desse *status*, da liberdade e segurança de poder de fato participar do mundo e compartilhá-lo em espírito de fraternidade, ou seja, enquanto mais *um de nós, um dos nossos*, todos membros da *família humana*.

Sem negar que todo discurso se produz dentro de um contexto ideológico, é de se reconhecer que a expressão pessoa com deficiência não é exceção à refratariedade e disputa que todo signo implica enquanto coisa interposta na relação sujeito-objeto. Por isso, em atenção à razão comunicativa e plural que deve instruir todo processo democrático, deve-se dizer que principalmente aos formadores de opinião cumpre fomentar o uso democrático e transparente da linguagem em um crescente processo de esclarecimento. Assim como a noção de pessoa com deficiência figura como um conceito em evolução, o próprio conhecimento pode ser entendido como um processo de progressivo desvelamento de novas perspectivas de uma realidade – seja ela apreendida ou construída. Daí que a ausência de sinonímia entre todas as expressões e conceitos investigados ao longo do estudo só evidencia o fato de que o jurista trabalha principalmente nas fronteiras do mundo jurídico, seja aprofundando institutos, seja extraindo e efetivando o comando normativo, seja operando a transposição científica de novos fenômenos para o mundo jurídico. Nesse passo, lembrando a lição de Eduardo Bittar, segundo a qual toda obra é um labor de linguagem, bem como a máxima de Wittgenstein de que os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo, necessário concluir que invulgar é a importância da linguagem e, nela, dos conceitos, para o mundo jurídico, não se mostrando diferente com esta instigante ideia de pessoa com deficiência.

## REFERÊNCIAS.

- ACIDENTE de trânsito mata mais que guerra, diz OMS. Folha de S. Paulo, São Paulo, 13 maio 2003. Folha Mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u56744.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 2. ed. Coleção teoria & direito público. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- AMIRALIAN, Maria L. T.; et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*. v. 34, nº 1, fev. 2000, p. 97-103. São Paulo: USP, 2000, p. 98. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v34n1/1388.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2011.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, São Paulo: Boitempo, 1999.
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARANHA, Maria Salete Fábio. *Trabalho e emprego: instrumento de construção da identidade pessoal e social – por Maria Salete Fábio Aranha*. Série Coleção Estudos e Pesquisas na Área da Deficiência. v. 9. São Paulo: SORRI-BRASIL; Brasília: CORDE, 2003. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/arquivos/pdf/Trabalho\\_e\\_Emprego.pdf](http://portal.mj.gov.br/corde/arquivos/pdf/Trabalho_e_Emprego.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2012.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/protecao\\_const1.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/protecao_const1.asp)>. Acesso em: 17 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Barrados – pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. 1ª ed. Petrópolis: KBR, 2011.
- \_\_\_\_\_. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito, p. 207-219. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_; NEME, Eliana Franco. Proteção das pessoas com deficiência. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 732-733).
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Roberto Raposo (Trad.). Adriano Correia (Rev.téc.). 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ARISTÓTELES. *Política*. Torrieri Guimarães (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ARQUITETURA da destruição. Documentário de Peter Cohen. Alemanha: Universal, 1992, 1 DVD.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Marcus Penchel (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BETTO, Frei. *Deficientes físicos? Pode?:* comentário sobre o uso de expressões politicamente corretas. Estado de São Paulo. São Paulo, 02 maio 2001, apud Rede Saci. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi&parametro=782>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Sou eu o deficiente?* O Estado de S. Paulo, São Paulo, 08 ago. 2001 apud Observatório da Imprensa. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid150820013.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BIBLIA. Bíblia on line. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em 30 ago. 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLOG DO PLANALTO. *Governo lança plano nacional dos direitos da pessoa com deficiência*. 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/governo-lanca-plano-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 12 maio 2012.

BLOY, Marjie. The 1601 Elizabethan Poor Law. *Victorian web*, 12 nov. 2002 [S.l.:s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.victorianweb.org/history/poorlaw/elizpl.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). 13ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. Marco Aurélio Nogueira (Trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. *Qual socialismo?:* discussão de uma alternativa. 4. ed. Iza de Salles Freaza (Trad.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Michelangelo Bovero (Org.); Daniela Beccaccia Versiani (Trad.). 5. tir. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 3. ed. 2. tir. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2 ed. Brasília: MTE, SIT, 2007, p. 20-21. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/fisca\\_trab/inclusao\\_pessoas\\_defi12\\_07.pdf](http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf)>. Acesso em: 30 ago.

\_\_\_\_\_. *Características do emprego formal segundo a relação anual de informações sociais – 2010*: RAIS 2010. Brasília: MTE, 2010. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/rais/2010/arquivos/Resultados\\_Definitivos.pdf](http://www.mte.gov.br/rais/2010/arquivos/Resultados_Definitivos.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Imperio do Brazil, 25 mar. 1824*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 fev. 1891*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 jul. 1934*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 nov. 1937*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 set. 1946*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, 24 jan. 1967*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 out. 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 2.848, 7 dez. 1940 – Código Penal*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 914, 6 set. 1993*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 3.298, 20 dez. 1999*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 3.956, 08 out. 2001*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 6.949, 25 ago. 2009*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 7.612, 17 nov. 2011*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Instrução Normativa INSS/PRESS n. 45, de 06 ago. 2010*. Brasília: Dataprev, [s.d.]. Disponível em: <[http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45\\_1.htm#cp4\\_s1](http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm#cp4_s1)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Instrução Normativa INSS/PRESS n. 118, 04 nov. 2010*. Brasília: Dataprev, [s.d.]. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/INSS-PRES/2010/118.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 3.071, 01 jan. 1916*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 5.172, 25 out. 1966*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.179, 11 dez. 1974*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6179.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6179.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.853, 24 out. 1989*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.112, 11 dez. 1990*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.213, 24 jul. 1991*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.742, 07 dez. 1993*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.406, 10 jan. 2002*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.435, 06 jul. 2011*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.470, 31 ago. 2011*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm)>. Acesso em 30. Ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2063/2011*. Brasília: Câmara dos Deputados, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=516139>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. *Súmula n. 29, 13 fev. 2003*. Brasília: CJF, [s.d.]. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. *Pedido de uniformização de interpretação de lei federal n. 200543009020864/TO*. Requerente: Gerson Feitosa do Nascimento. Requerido: INSS. Relator: Marcos Roberto Araújo dos Santos. 31.01.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. *Pedido de uniformização de interpretação de lei federal n. 00058728220104013200*. Requerente: [s.n.]. Requerido: [s.n.]. Relator: Simone dos Santos Lemos Fernandes. 23.03.2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho nacional de política fazendária - CONFAZ. *Convênio ICMS 38, 30 mar. 2012*. Cuiabá: Receita Federal, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/2012/CV038\\_12.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/2012/CV038_12.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012;

\_\_\_\_\_. Constituição 1891. *Emenda Constitucional de 3 set. 1926*. Brasília: Câmara dos Deputados, [s.d.]. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-norma-pl.html](http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-norma-pl.html)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *Projeto piloto de incentivo à aprendizagem das pessoas com deficiência: orientações à fiscalização*. Brasília: MTE, 2008. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/fisca\\_trab/fiscatrab\\_projeto\\_aprendizagem2008.pdf](http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/fiscatrab_projeto_aprendizagem2008.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. *Isenção de IPI/IOF para pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda e autistas*. Brasília: Receita Federal, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/GuiaContribuinte/IsenIpiDefFisico/IsenIpiDefiFisicoLeia.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial n. 22.688/PE*. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Severino Tomé dos Ramos Neto. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. 02 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.112.886/SP*. Recorrente: Francisco Alves Nobre. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 12 fev. 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6/DF*. Requerente: ABRATI Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora Min. Carmen Lúcia. 08 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 606.728*. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Min. Carmen Lúcia. 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2012.).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Requerente: Democratas – DEM. Requerido: Conselho de ensino, pesquisa e extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Centro de seleção e de promoção de eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26 abr. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 30 ago. 2012. Voto do relator disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus n. 82.424/RS*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para acórdão: Min. Maurício Corrêa. 19 mar. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071-1/DF*. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Carlos Britto. 01 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução TSE n. 21.920, 19 set. 2004*. Florianópolis: TRE-SC, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/legislacao/normas-do-cadastro-eleitoral/res-tse-n-219202004/index.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASILEIRO supera Pistorius e leva ouro nas Paraolimpiadas. Revista Exame, 03 set. 2012. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/esportes/noticias/brasileiro-alan->

fonteles-supera-pistorius-e-leva-ouro-nos-200-m-dos-paralimpicos-2>. Acesso em: 06 set. 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002.

\_\_\_\_\_; AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi de. Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível, p. 170-185. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito*. 1. ed. Barigui: Boreal, 2011.

BRITO, Jaime Domingues. Pessoas com deficiência e o artigo 93 da Lei n. 8.213/91, p. 186-204. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.). *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. 1ª ed. Birigui: Boreal, 2010.

BUSCH, Hans-Christoph Schmidt am. Exteriorização e economia: a teoria hegeliana do trabalho e da sociedade civil, p. 88-112. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 11ª ed. rev. e atual. Florianópolis, Conceito Editorial, 2009.

CERVO, Katina Socal. *O direito fundamental ao trabalho na Constituição Federal de 1988*. 2008. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

CURRAN, John Philpot. Speech upon the Right of Election, 1790. *Speeches – with a brief sketch of the history of Ireland; and a biographical account of. Mr. Curran*. New York: I. Riley, 1811. v. 2. p. 235-236. Disponível em: <<http://books.google.com.br/>>. Acesso em 16.01.2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 26 ago. 1789. São Paulo: USP – Biblioteca virtual de direitos humanos, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

DEJOURS, Christophe. *O fator humano*. Maria Irene S. Betiol, Maria José Tanelli (Trad.). 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundações Getúlio Vargas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Conferências brasileiras: identidade, reconhecimento e transgressão no trabalho*. Ana Clara Fonseca Reis (Trad.); Maria Irene Stocco Betiol e Maria José Tonelli (Rev.Téc). São Paulo: Fundap: EAESP/FGV, 1999.

DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Reflexões sobre a versão em português da classificação internacional de funcionalidade incapacidade e saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, n. 10, out. 2007. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca; Fundação Oswaldo Cruz, 2007, p. 2507-2510. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n10/25.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

DIDEROT, Denis. *OEuvres: Les bijoux indiscrets*. Paris, Chez A. Berlin, Imprimeur-libraire, 1818, p. 361. Google Books, 7 nov. 2008. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=vw8wAAAAYAAJ&pg=RA1-PA361#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

DISPARAM casos de invalidez por acidente no trânsito. Folha de S. Paulo, São Paulo, 17 jan. 2012. Folha mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1035216-disparam-casos-de-invalidez-por-acidentes-no-transito.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

DWORKIN, Ronald. *A special supplement: taking rights seriously*. The New York Review of Books: Letters, 17 dez. 1970. New York: The new York review of books, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/1970/dec/17/a-special-supplement-taking-rights-seriously/?page=1>>. Acesso em 26 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Igualdade como ideal. *Revista novos estudos – CEBRAP* (online), n. 77, mar. 2007, p. 233-240. São Paulo: [s.n.]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100012>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. *14th amendment to U.S. constitution, 9 jul. 1868*. Washington D.C./EUA: Cornell University Law School, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>>. Acesso em: 31 jul. 2012).

\_\_\_\_\_. *American Constitution. First Amendment, 15 dez. 1791*. Washington D.C./EUA: Cornell University Law School, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt1toc\\_user.html](http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt1toc_user.html)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *American with disabilities act, 26 jul. 1990*. Washington D.C. /EUA: Department of justice, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ada.gov/pubs/ada.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Civil rights act*. 01 mar. 1875. Disponível em: <<http://chnm.gmu.edu/courses/122/recon/civilrightsact.html>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Civil rights act of 1964*. 01 jul. 1964. Washington D.C./EUA: Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil\\_rights\\_act.html](http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html)>. Acesso em: 19 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Executive Order n° 8802*, 25 jun. 1941. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-8802.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Executive Order n° 9346*, 27 maio 1943. Washington D.C./EUA: The American presidency project, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=16404#axzz1mpIf6DSI>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Executive Order n° 9981*, 26 jul 1948. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-9981.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Executive Order n° 10925*, 06 mar. 1961. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012

\_\_\_\_\_. *Executive Order n° 11246*, 24 set. 1965. Washington D.C./EUA: US Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 19 fev. 2012).

\_\_\_\_\_. *National labor relations act – NLRA*, 1935. Washington D.C./EUA: National Labor Relations Board, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.nlrb.gov/national-labor-relations-act>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Rehabilitation act, 26 set. 1973*. Washington D.C./EUA: Equal Employment Opportunity Commission, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/rehab.cfm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Brown v. Board of Education of Topeka* – 347 U.S. 483. Arguido em: 09 dez. 1952. Decidido em: 17 maio 1954. Cornell University Law School. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0347\\_0483\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Civil rights cases: United States v. Stanley; United States v. Ryan; United States v. Nichols; United States v. Singleton; Robinson et ux. v. Memphis & Charleston R.R. Co.* – 109 U.S. 3. Arguido em: [s.d.]. Decidido em: 16 out. 1883. Cornell University Law School, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0109\\_0003\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0109_0003_ZS.html)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States et al.* – 379 U.S. 241. Arguido em: 5 out. 1964. Decidido em: 14 dez. 1964. Cornell University Law School. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/379/241>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537. Arguido em: 18. abr. 1896. Decidido em: 18 maio 1896. Cornell University Law School. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0163\\_0537\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0163_0537_ZS.html)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

ESTATÍSTICAS nacionais de acidentes de trânsito. Rio de Janeiro: Via Seguras – associação brasileira de prevenção dos acidentes de trânsito, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.vias-seguras.com/os\\_acidentes/estatisticas/estatisticas\\_nacionais](http://www.vias-seguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

\_\_\_\_\_. *Democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (Trad.); Léa Porto de Abreu Novaes. et. al. (Supervis.). 2ª ed. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 15. ed. Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes (Trad.). 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GONDIM, Cláudia Gama. Da possibilidade de interdição parcial do portador de síndrome de down. *Direitonet*, [S.l.], 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5863/Da-possibilidade-de-interdicao-parcial-do-portador-de-Sindrome-de-Down>>. Acesso em 30 ago. 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17-23 apud GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. al.] *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. rev. ampl. atual. cf. novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUGEL, Maria Aparecida. *Benefício da prestação continuada e trabalho: mudanças da lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011*. [S.l.]: Phylos.net., 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/bpc-muda-31agosto2011/>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Benefício da prestação continuada e o projeto de lei do sistema único de assistência social*. [S.l.]: Phylos.net. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/bpc-projeto-lei-suas/>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *História da pessoa com deficiência*. [S.l.]: Phylos.net., 01 mar. 2011. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/pd-historia/>>. Acesso em: 11 jun.2012.

GUYADER, Alain Le. Claude-Henri de Saint-Simon: nascimento do intelectual orgânico da sociedade industrial, p. 137-166. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

HAAL, Evelyn Beatrice. *The friends of Voltaire*. [S.l.]: Smith Elder & co., 1906, p. 199, tradução nossa. Google Books, 12 maio 2008. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=uaUTAAAQAAJ&q=I+disapprove#search\\_anchor](http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=uaUTAAAQAAJ&q=I+disapprove#search_anchor)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Berilo Vargas (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro, Record, 2006, p. 311. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=mLWpb\\_tAxPQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=mLWpb_tAxPQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 19 fev. 2012.

HOBBS In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Reinaldo Guarany (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUTCHISON, Tom. *Archives of Disease in Childhood*. [S.l.]: The Journal of the British Paediatric Association, 1995; v. 73: 91-99. Disponível em: <http://adc.bmj.com/content/73/2/91.full.pdf+html>>. Acesso em: 12 maio 2012.

IMRIE, Rob. *Demystifying disability: a review of the International Classification of Functioning, Disability and Health*. *Sociology of Health & Illness*, v. 26, n. 3, 23 mar. 2004, p. 287-305. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9566.2004.00391.x/full>>. Acesso em: 13 maio 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 73. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_Religiao\\_De\\_ficiencia/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_De_ficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2012.

ISENÇÃO de IPI, IOF ICMS para deficientes – Guia Rápido de Isenção I. [S.l.]: Deficienteonline, [s.d.]. Disponível em: [http://www.deficienteonline.com.br/isencao-de-ipi-iof-icms-e-ipva-para-deficientes-guia-rapido-de-isencao\\_\\_\\_41.html](http://www.deficienteonline.com.br/isencao-de-ipi-iof-icms-e-ipva-para-deficientes-guia-rapido-de-isencao___41.html)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

JOÃO XXIII. *Encíclica pacem in terris*, Roma: Vaticano, 11 abr. 1963, Item 58. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_11041963\\_pacem\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html)>. Acesso em 21 fev. 2012.

JOHNSON, LYNDON B.. Commencement address at Howard University: ‘To fulfill these rights’, 4 jun. 1965 apud PUBLIC papers of the presidents of the united states. Lyndon B. Johnson, 1965, v. II, entry 301, pp. 635-640. Washington D.C./EUA: Government Printing Office, 1966. Disponível em: <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/650604.asp>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Wikiquote: [S.l.], [s.d.]. Disponível em: [http://pt.wikiquote.org/wiki/Immanuel\\_Kant](http://pt.wikiquote.org/wiki/Immanuel_Kant)>. Acesso em: 30 ago. 2012).

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELLOUGH, J. Edward. *Understanding Affirmative Action: politics, discrimination and the search for justice*, Washington D.C./EUA: Georgetown University Press, 2006.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Luís Carlos Borges (Trad.). 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. Revista Estudos Avançados. v. 11, nº 30, p. 55-65. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, maio-ago, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

LEÃO XIII. *Encíclica rerum novarum*. Roma: Vaticano, 15 maio 1891. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em 30 ago. 2012.

LITT, Marion Mills Miller. *Life and Works of Abraham Lincoln*. v. 9: Letters and telegrams. New York: Princeton, 1907. Disponível em: <[http://en.wikisource.org/wiki/Page%3ALife\\_and\\_Works\\_of\\_Abraham\\_Lincoln%2C\\_v9.djvu/56](http://en.wikisource.org/wiki/Page%3ALife_and_Works_of_Abraham_Lincoln%2C_v9.djvu/56)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Alex Marins (Trad). São Paulo: Martin Claret, 2005.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACPHERSON, Crawford Brough. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAPA da violência no trânsito. Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini (Diretores). São Paulo: Instituto avante brasil, [s.d.]. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/category/mapa-da-violencia-no-transito/>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. *Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo*. v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.restasusp.sibi.usp.br/pdf/rto/v19n2/08.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARX, Karl. *Manuscrítos Econômicos-Filosóficos* – Primeiro manuscrito. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1844/manuscrítos/cap01.htm>>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *O capital*. v. 1. pt. 3., J. Teixeira Martins e Vital Moreira (Trad.). Coimbra/Portugal: Centelha – promoção do livro, SARL, 1974. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1867/ocapital-v1/vol1cap07.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

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

\_\_\_\_\_. *Princípio da Isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 79-83, 1993.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa: o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Lei de cotas: pessoas com deficiência: a visão empresarial*. São Paulo: LTr, 2010.

MERCURE, Daniel. Adam Smith: as bases da modernidade, p. 115-136. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. Walter Weiszflog (Editor). São Paulo: Melhoramentos, 2007. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=trabalho>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

MIGEOTTE, Léopold. Os filósofos gregos e o trabalho na antiguidade, p. 17-36. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

MILLER, Ursula; ZIEGLER, Stefanie. *A dimensão inclusiva do PRSP*. Christoffel-blindenmission – CNM. Apoio: Banco Mundial. Teresa Couceiro (Trad.). Munique: Handicap International, jan. 2006. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/280658-1172608138489/MakingPRSPInclusive\\_pr.pdf](http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/280658-1172608138489/MakingPRSPInclusive_pr.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; SILVA FILHO, Ives Gandra Martins da (Coords.). *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho* – homenagem a Armando Casimiro Costa. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NERI, Marcelo [et al.]. *Retratos da deficiência no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003. Disponível: <<http://www.fgv.br>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di; BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das Classificações da OMS – CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 11, n. 2, Jun., 2008. São Paulo: 2008.

OLIVEIRA, Francisco de. Otium e negotium no tratado da república de Cícero, p. 213-221. In: NOGUEIRA, Adriana Freire (Coord.). *Otium et Negotium: as antitheses na antiguidade – Actas do IV colóquio da APEC*. Lisboa: Universidade do Algarve, 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/48043848/Otium-et-Negotium-As-Antitheses-na-Antiguidade>>. Acesso: 30 ago. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Communication n. 854/1999 – CCPR/C/75/D/854/1999*. France: Human Rights Committee, 26 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/09d49050a9b34aaac1256c6e0031b919?Opendocument>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Convention on the rights of persons with disabilities – A/RES/61/106*, 24 jan. 2007. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=61>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Declaração de direitos das pessoas deficientes, 09 dez. 1975*. São Paulo: USP – Biblioteca virtual de direitos humanos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em 30. Ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Declaration on the rights of disabled persons – Res. 3447 (XXX)*. Genebra/Suíça: ONU, 9 dez. 1975. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/res3447.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Declaration on the rights of mentally retarded persons – Res. 2856 (XXVI)*. Genebra/Suíça: ONU, 20 dez. 1971. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/res2856.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Minority rights: international standards and guidance for implementation*. Genebra/Suíça: ONU, 2010. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Enable: Convention on the rights of persons with disabilities*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=150>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Fact sheet on persons with disabilities*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>>. Acesso em 28 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. *History of disability and the United Nations*. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=121>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Res n. 2200A (XXI)*. Genebra/Suíça: ONU, 1966. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>. Acesso: 28 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Positive and full inclusion of persons with disabilities in all aspects of society and the leadership role of the United Nations therein* – Res. A/48/49. Genebra/Suíça: ONU, 20 dez. 1993. University of Minnesota Human Rights Library. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/resolutions/48/95GA1993.html>>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Monitoring the convention on the rights of persons with disabilities: Guidance for human rights monitors. Professional training series, n. 17.* Genebra/Suíça: ONU, 2010. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities\\_training\\_17EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Programa de ação mundial para as pessoas deficientes – 1982.* São Paulo: USP – Biblioteca virtual de direitos humanos, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/programa-de-acao-mundial-para-as-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Programa de Ação Mundial para as pessoas com deficiência.* Brasília: SICORDE, [s.d.]. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/progra\\_acao\\_mundial.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/progra_acao_mundial.asp)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Standard rules on the equalization of opportunities for persons with disabilities* – Res. A/RES/48/96. Genebra/Suíça: ONU, 20 dez. 1993. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r096.htm>>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Universal declaration of human rights* – A/RES/217. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *World programme of action concerning disabled persons – Res A/37/51, 03 dez. 1982.* Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=23>>. Acesso 10 maio 2012>. Acesso em: 30 ago. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Inter-american convention on the elimination of all forms of discrimination against persons with disabilities, 06 jun. 1999.* Washington D.C./EUA: OEA, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-65.html>>. Acesso em 18 abr. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convention n. 29: Convention concerning forced or compulsory labour, 28 jun. 1930.* Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312174:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312174:NO)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Convention n. 159: convention concerning vocational rehabilitation and employment (disabled persons), 20 jun. 1983.* Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312304:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312304:NO)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Recommendation n. 71: Recommendation concerning Employment Organization in the Transition from War to Peace*, 12 maio 1944. Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312409:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312409:NO)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Recommendation n. 99: Recommendation concerning Vocational Rehabilitation of the Disabled*, 22 jun. 1955. Genebra/Suíça: OIT, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312437:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312437:NO)>. Acesso em 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Recommendation n. 168: Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)*. Genebra/Suíça, 20 jun. 1983. Disponível em <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312506:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312506:NO)>. Acesso em: 30 ago. 2012

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Amélia Leitão (Trad. e Rev.). Lisboa: Ministério da Solidariedade e da Segurança Social – Instituto Nacional para a Reabilitação (INR), 2004. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF\\_port\\_%202004.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Constitution of the World Health Organization*. Nova Iorque/EUA: OMS, 22 jul. 1946, p. 1. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Guia do Principiante – Para uma Linguagem Comum de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde: CIF*. Lisboa: SNRIPD, 2005, p. 3. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/3275663/CIF-Guia-da-CIF>>. Acesso em 01 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *International classification of functioning, disability and health: ICF*. Genebra/Suíça: OMS, 2001, p.213. Roma/Itália: Istituto Nazionale di Statistica, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.disabilitaincifre.it/documenti/ICF\\_18.pdf](http://www.disabilitaincifre.it/documenti/ICF_18.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Towards a common language for functioning, disability and health: ICF – The International Classification of Functioning, Disability and Health*. Genebra/Suíça: OMS, 2002, p. 10, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icf/training/icfbeginnersguide.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

\_\_\_\_\_; BANCO MUNDIAL. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SEDPeD, 2012. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020_por.pdf)>. Acesso em: 06 maio 2012.

ORWELL, George. *1984*. Wilson Veloso (Trad.). 29ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

OXFORD English Dictionary. Exford: Oxford University Press, 2012. Disponível em: <<http://oxforddictionaries.com/definition/handicap?region=us&q=handicap>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

PART XIII of the Treaty of Peace of Versailles – Official Bulletin, v. 1, abr. 1919 - ago. 1920. Genebra/Suíça: International Labour Office, 1923. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/partxiii-treaty.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2012.

PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. 2 tir. São Paulo: LTr, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (Trad.); Eduardo Brandão (Rev. Trad.). 1 ed., 2 tir., Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERKINS, William M. *A treatise of the vocations: or callings of men, with the sorts and kindes of them, and the right use thereof*. Cambridge: University of Cambridge, 1605. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=RLyOAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=RLyOAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 13 mar. 2012. No original:

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

PINHEIRO, Aline. Tribunal Arbitral do Esporte se destaca nas Olimpíadas. Consultor Jurídico, Notícias, 4 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-04/tribunal-arbitral-esporte-fica-evidencia-olimpiadas>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariiedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PLATÃO. *A república*. Pietro Nassetti (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. *Diálogos IV*. Edson Bini (Trad.). Bauru: Edipro, 2011.

POSSENTI, Sírio; BARONAS, Roberto Leiser. *A linguagem politicamente correta no Brasil: uma língua de madeira? Polifonia*. v. 12, n. 2. Cuiabá: EdUFMT, 2006, p. 47-72, passim. Disponível em: <<http://cpd1.ufmt.br/meel/arquivos/artigos/245.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

PRADO, Eleutério Fernando da Silva. Pós-grande indústria: trabalho imaterial e fetichismo – uma crítica a A. Negri e M. Hardt. *Revista Crítica Marxista*. n. 17. Campinas: Editora Revan, 2003, p.109-130. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/critica17-C-prado.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

QUEIROZ, Antônio Carlos. *Politicamente correto & direitos humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_politicamente\\_correto.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_politicamente_correto.pdf)>. Acesso: 31 mar. 2011.

REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.

REILY, Lucia Helena. Soldados mutilados na história da arte: reflexões sobre a representação da deficiência à luz da psicologia social. In: *II Colóquio de Psicologia da Arte: a*

correspondência das artes e a unidades dos sentidos, 2007, v. 1, p. 1-14 – Anais online, São Paulo: Instituto de Psicologia da USP: Laboratório de estudos em psicologia da arte – LAPA, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ip.usp.br/laboratorios/lapa/versoportugues/2c65a.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. TJ gaúcho confirma interdição parcial de filho. Notícias. *Conjur*: São Paulo, 06 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-06/tj-gaúcho-confirma-interdicao-parcial-filho-uso-drogas>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

RIBAS, João Baptista Cintra. O que são pessoas deficientes. 6. ed. Coleção primeiros passos v. 89. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Verbatim, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Rousseau: vida e obra*. Lourdes Santos Machado (Trad.). Paul Arbousse-Batiste e Lourival Gomes Machado (Intro. e notas). 3ª ed. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SALAMITO, Jean-Marie. Trabalho e trabalhadores na obra de Santo Agostinho, p. 37-62. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTRE, Jean Paul. Sartre: vida e obra. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, p. 12-13 apud AQUINO, Rubim Santos Leão de... [et al]. *História das sociedades: das Sociedades modernas às sociedades atuais*. 36. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1997.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência?: Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos*. São Paulo: RNR, 2003, p. 12-16 apud Rede Saci, 14 jun. 2005. Disponível em: <<http://saci.org.br/?modulo=akemi&parametro=5497>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Deficiência mental ou deficiência intelectual?* Reação: Revista Nacional de Reabilitação, nov/dez. São Paulo: 2004. Disponível em <<http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/>>. Acesso em: 11 maio 2012.

\_\_\_\_\_. *Eufemismo na contramão da inclusão*. Reação: Revista Nacional de Reabilitação, ano XIV, n. 74, maio/jun. São Paulo: 2010, p.14-17. [S.l.]: Planeta educação, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1865>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 1999.

\_\_\_\_\_. O acesso ao trabalho: análise à luz da inclusão. *Revista Nacional de Reabilitação – REAÇÃO*, n. 59, nov./dez. 2007, 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi&parametro=20936>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

SCLIAR, Moacyr. Pequena história da usura. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 maio 1983. Banco de Dados Folha. Disponível em: <<http://almanaque.folha.uol.com.br/moacyrscliar1.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ALVES NETO, José de Souza. O controle de convencionalidade na perspectiva da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteaux, 2010, p. 7280-7299, grifos do autor. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

SÉGUIN, Elida. Minorias. In: SÉGUIN, Elida (Coord.). *Direito das minorias – Sociedade Brasileira de Vitimologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, cap. II. [S.l.]: The Project Gutenberg, 5 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/3300/3300-h/3300-h.htm>>. Acesso em: 14 mar 2012.

SPURK, Jan. A noção de trabalho em Karl Marx, p. 189-211. In: : MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Otto Marques da. *A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*. São Paulo: CEDAS – Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1987. Disponível em: <<http://www.visionvox.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 23-50. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1, 22ª ed, atual. por Arnaldo Süssekind e João Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

THE LIBRARY OF CONGRESS. American Memory – *The African American Odyssey: a quest for full citizenship – The depression, the new deal, and world war II*, part 1. Disponível em: <<http://memory.loc.gov/ammem/aahtml/exhibit/aopart8.html>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

THE NEW YORK TIMES. *Crippled children's home*, 6 fev. 1902. Philadelphia: NYT, 1902. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F40817FA3E5412738DDDAE0894DA405B828CF1D3>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

TRATADO de Paz, Versalhes, 28 jun. 1919. [S.l.]: Australasian Legal Information Institute, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1920/1.html>>. Acesso em 30 ago. 2012.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Pietro Nasseti (Trad.). Coleção a obra-prima de cada autor. v. 49. São Paulo: Martin Claret, verão 2002.

\_\_\_\_\_. *Ciência e política: duas vocações*. Jean Melville (Trad.). Coleção a obra-prima de cada autor. v. 80. São Paulo: Martin Claret, verão 2002.

WIKIPEDIA. *English poor laws*, 30 ago. 2012. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/English\\_Poor\\_Laws](http://en.wikipedia.org/wiki/English_Poor_Laws)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Ludwig Wittgenstein*, 30 abr. 2012. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: <[http://pt.wikiquote.org/wiki/Ludwig\\_Wittgenstein](http://pt.wikiquote.org/wiki/Ludwig_Wittgenstein)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Otium*, 13 ago. 2012. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Otium>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

WILLAIME, Jean-Paul. As reformas protestantes e a valorização religiosa do trabalho, p. 63-87. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Orgs.) *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2005.

WOODWARD, C. Vann. *The strange career of Jim Crow*. With a new afterwork by William S. McFeely. Commemorative edition. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

Disponível em:

<[http://books.google.com.br/books?id=u6Eirru04cgC&printsec=frontcover&dq=%22strange+career+of+jim+crow%22&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=u6Eirru04cgC&printsec=frontcover&dq=%22strange+career+of+jim+crow%22&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 31 jul. 2012.

WOOTTON, David. Liberty, metaphor, and mechanism: 'checks and balances' and the origins of modern constitutionalism. In: LIBERTY FUND INC. *Liberty and american experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund. Inc., 2006. Disponível em: <[http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1727&Itemid=27](http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1727&Itemid=27)>. Acesso em: 06 jan. 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El recheo dúctil: ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (Trad.). 9. ed. Colección estructuras y procesos : serie derecho. Madri/Espanha: Trotta, 2009.

ZOLA, Irving Kenneth. *Toward the necessary universalizing of a disability policy*. The Milbank Quarterly, v. 67, Supl. 2, Pt. 2, 1989, p. 401-428. Reimpressão v. 83, n. 4, 2005, p. 1-27, p. 19. Disponível em: <<http://www.milbank.org/about-the-fund/history/the-milbank-quarterly-centennial-edition>>. Acesso em: 13 maio 2012.