

O DEFICIENTE E O TRABALHO SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

MARIA CRISTINA MATTIOLI(*)

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é, indubitavelmente, a Constituição-cidadã, na medida em que garantiu àqueles sob sua proteção a aplicação de todos os preceitos necessários ao exercício de direitos em sua plenitude. Entre eles, os direitos humanos, fundamentais a todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, portadores de deficiência, crianças e adolescentes, idosos, presos etc. Incluiu, todos, no conceito de pessoa, circundadas pela sua dignidade. Esta, contudo, não é alçada imediatamente, quando do nascimento da pessoa humana. Medidas de ação política, imbuídas dos mais altos valores sociais, devem ser implementadas a fim de que a pessoa humana seja, de fato, digna, em todos os seus sentidos.

Atingir a *dignidade humana* não é tarefa fácil. Um dos caminhos é através do *trabalho*⁽¹⁾. Este, aliás, é o fundamento das teorias sociais da Igreja Católica, ao sustentar que o ser humano somente atinge sua dignidade através do trabalho. Não é sem outra razão que a Campanha da Fraternidade de 1999 teve por título "*Sem trabalho ... por quê?*", apresentando clara crítica ao desemprego. Sob a rubrica "*Um 'não' à dignidade humana*", o texto-base da campanha, no seu item 117, acrescenta que "*A fé cristã vê que a situação de desemprego, um dos rostos da exclusão social, fere diretamente a ética, pois dificulta e, não raro, impede a vida digna. Além disso, teologicamente, está em flagrante contradição com o projeto de Deus, descrito em Gênesis (1, 26-28). Neste seu projeto, Deus trata o homem e a mulher como sua imagem e semelhança, dotados, portanto, de especial dignidade, com inteligência e compreensão, afeto e amor, vontade e liberdade, responsabilidade e sede de felicidade. O desemprego contradiz,*

(*) Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Bauru. Professora-pesquisadora do Centro de Pós-Graduação da Universidade do Sagrado Coração. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Doutoranda em Direito pela PUC-SP.

(1) Viver é trabalhar. É agir por si só. É construir um mundo melhor. Mas há homens e mulheres que jamais poderá dizer: "Isto foi feito por mim! Com minhas próprias mãos!". Esta a realidade de muitos dos deficientes.

também, o primeiro princípio clássico da Doutrina Social da Igreja, ou seja, "a destinação universal dos bens" para que todas as pessoas tenham vida digna. Não sendo apenas conjuntural, o desemprego passa a ser uma "situação de permanente violação da dignidade das pessoas (...), e mesmo de uma situação de violência institucionalizada"⁽²⁾.

Entendendo que o trabalho é fundamental para o exercício da cidadania e também para o alcance da dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos pilares de sustentação da ordem econômica nacional a valorização do trabalho, com a finalidade de propiciar existência digna e distribuir justiça social, através da redução das desigualdades sociais. Assim, o critério fundamental para um discernimento a respeito de uma estrutura social é a dignidade humana. É justa uma sociedade que se pauta pela dignidade todas as pessoas e, portanto, a defende e a promove. E as perguntas básicas, evidentemente, estão relacionadas com a situação dos pobres e dos fragilizados. Questões como estas: em que medida essa sociedade protege os pobres, os enfermos, os inferiorizados; como lhes é útil e lhes dá possibilidade de agir pessoalmente de forma responsável; em que medida cria e facilita laços de solidariedade? A justiça zela para que todas as pessoas tenham seus direitos reconhecidos e cumpram seus deveres, tenham o suficiente para levar uma vida autônoma, digna, responsável, participem da vida da sociedade e usufruam dos frutos do trabalho de todos, não sofram de qualquer discriminação e tenham acesso à informação, à cultura, à saúde, à educação básica e continuada⁽³⁾.

É evidente, portanto, que a Constituição Federal trata — e determina que sejam tratados — com igualdade homens e mulheres, independentemente, de cor ou defeitos físicos, uma vez que, perante Deus homens e mulheres são perfeitos, feitos à sua imagem e semelhança. Não é menos verdadeiro dizer, neste sentido, que sendo iguais, mereçam igualdade de oportunidades. Logo, num avanço sem precedentes, criaram-se, a partir da norma constitucional, linhas básicas do processo de integração do portador de deficiência à sociedade e ao mercado produtivo nacional, para que ele também tivesse acesso pleno à dignidade humana, através do seu trabalho. Em linhas gerais, estabeleceu o constituinte que todos aqueles que forem portadores de algum tipo de deficiência sejam contemplados pela sociedade e pelo Poder Público e terão acesso a trabalhos dignos, compatíveis com sua condição e sem discriminação de qualquer ordem.

Se homens e mulheres "perfeitos" ainda são alvo de discriminação, que se dirá daqueles que seriam ditos, a *contrario sensu*, "imperfeitos"⁽⁴⁾ ...

(2) A Fraternidade e os Desempregados: *Sem trabalho ... por que?*, Texto-Base, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Campanha da Fraternidade — 1999, Editora Salesiana Dom Bosco-SP, 1999, p. 59.

(3) *Idem*, p. 66.

(4) Olhando bem, toda ou quase toda a organização que nossas sociedades oferecem aos deficientes, baseia-se num equívoco: o da desigualdade. E ninguém jamais se pergunta se, no locante àquilo que torna o homem "homem", tal desigualdade, pelo contrário, não assinala o negativo de nós mesmos. De nós, que agimos como se conhecêssemos os graus da perfeição física e psíquica. Mas que perfeição? E em que medida?

Neste esteira, o contexto cultural apresenta a mais negativa das influências: a desvalorização, que varia em sua intensidade conforme a cultura e a sociedade em que se apresenta, podendo ser ostensiva ou sutil. Os nazistas constituem exemplo claro da primeira ao assassinar pessoas consideradas "deficientes" por não preencherem os requisitos da superioridade ariana. Ou aquela sutileza ao apontar uma pessoa deficiente, bem-sucedida, como alguém menos afortunado que o resto das pessoas.

Ora, tendo como característica primordial o seu intuito protetivo, o Direito do Trabalho procura reduzir as desigualdades naturais entre empregados e empregadores, através de um conjunto de normas de natureza compensatória e que tenham por fim equilibrar a relação trabalho-capital. É evidente que, o caso de um empregado portador de deficiência, este desequilíbrio será ainda maior. Este fato exige do Estado não só um conjunto de normas legais compensatórias, mas também a introdução de medidas de ações afirmativas⁽⁵⁾, eliminando a discriminação — consequência lógica da *rejeição*⁽⁶⁾ — e garantindo a participação do portador de deficiência no mercado de trabalho, a fim de que, como todos os homens e mulheres, também alcance a plenitude de sua dignidade humana através do trabalho⁽⁷⁾.

Estas considerações são fundamentais para que se examine o panorama do deficiente sob a ótica do Direito do Trabalho.

(5) Entenda-se por *ação afirmativa* uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de alterar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.

(6) A rejeição do deficiente pelas outras pessoas traduz, em sua essência, uma barreira atitudinal, explicável através das qualidades que são veneradas por uma cultura e que são inexistentes em certos grupos. A sociedade moderna, neste sentido, acentuou demais a importância do intelecto racional e do físico, diminuindo a ênfase nos assuntos da espiritualidade. Essas são consequências naturais da idade da razão, com sua ciência e tecnologia em avanço e um materialismo preeminente. Descartes nos deu o conceito de dualidade corpo-mente no século XVII, e nós dele temos usado e abusado desde então. Em algum lugar, ao longo desta linha, o aspecto espiritual de nosso ser se perdeu (...) As pessoas deficientes são incapacitadas por uma sociedade materialista de uma forma diferente do que por uma espiritualista. Conforme "Entretendo a Deficiência: a manifestação, a psicologia, a reabilitação", Carolyn L. Vash, Ph.D., Livraria Pioneira Editora — Editora da UDP-SP, p. 34. Desta forma, a não rejeição do deficiente induz à eliminação da discriminação no ambiente familiar, escolar, social e também no ambiente de trabalho. Não é sem razão que as pessoas com deficiência querem ser tratadas como *iguais* e, neste sentido, valem ser registradas algumas regras no tratamento de pessoas com deficiência mental, por exemplo: 1) você deve agir naturalmente ao dirigir-se a uma pessoa com deficiência mental; 2) não as ignore; cumprimente e despeça-se delas normalmente, como faria com qualquer pessoa; 3) dê atenção a elas, converse e vai ver como será divertido; 4) não superproteja; deixe que ela faça ou tente fazer sozinha tudo o que puder, ajude apenas quando for realmente necessário; 5) não subestime sua inteligência; as pessoas com deficiência mental levam mais tempo para aprender, mas podem adquirir muitas habilidades intelectuais e sociais; 6) as pessoas com deficiência mental, geralmente, são muito carinhosas; 7) deficiência mental não deve ser confundida com doença mental. Site da internet: www.entreamigos.com.br.

(7) Como diriam muitos deficientes: "Não podia renunciar à dignidade de ganhar a vida com meu próprio trabalho. Agora que consegui, me sinto diferente".

FRAGMENTOS DA HISTÓRIA

Deficiente é um termo relativamente recente. Mas não é tão recente aquilo a que faz referência; isto é, a pessoa em situação física ou psíquica deficitária, em relação aos demais.

No mundo greco-romano

Na antiguidade, utilizavam-se os termos “mutilado” ou “defeituoso” porque o deficiente era considerado um ser de características físico-psíquicas insuficientes para ser considerado “pessoa”. Assim, era insegura sua posição social: se não era pessoa, sequer podia ter direitos e, por conseguinte, ou era eliminado ou sobrevivia como escravo.

Plutarco refere que em Esparta os débeis e deformados eram condenados a ser atirados à “Apoteta”, um rochedo perto de Tigete. Sinal evidente de que nem para a cultura grega, nem para a cidade de Esparta, especialmente, era útil manter a vida de um ser que a natureza, desde a nascença, lhe havia negado solidez corporal e saúde.

Nisto, a cultura romana, fortemente influenciada pela grega, não diferia muito. O rochedo Tarpéia de onde se jogavam os defeituosos passou para a história.

Seja como for, quem fosse de algum modo deficiente em relação aos demais, não era reconhecido pelo “paterfamilias”. Por conseguinte, não entrava a fazer parte da família. Era exposto em algum lugar público. A única esperança de viver era precisamente ser comprado como escravo.

No mundo greco-romano existe um só testemunho escrito a favor do deficiente. Pelo ano 400 a. C., *Lísias* escreveu uma oração: “Pelo Inválido”, em que tomava atitude a favor de um inválido. O autor, porém, não especifica de que invalidez se tratava. Talvez inválido por velhice. Mas o fato é que esse documento pode ser mencionado como o primeiro ato oficial a favor de um deficiente.

No antigo povo hebreu

A Bíblia fala de várias deficiências, sobretudo relacionadas com o culto. No Levítico encontra-se uma relação de defeitos físicos que incapacitavam para o ofício sacerdotal: “Pois nenhum homem deve se aproximar para oferecer sacrifícios, ...quer seja cego, coxo, desfigurado ou deforme, que tenha o pé ou a mão fraturados, ou seja corcunda, anão ou tenha aibugem, herpes, pragas purulentas ou seja eunuco...” (Lv 21, 18-20).

A lepra, por exemplo, é o tema dos Capítulos 13 e 14 do Levítico na grande seção que trata da pureza e impureza em relação ao culto. Quem fosse declarado leproso permanecia em estado de impureza ritual e devia ficar fora do acampamento ou povoado. Quando sarasse, precisava apresentar-se ao sacerdote para que comprovasse a cura, a fim de ser readmitido na comunidade. A segregação a que eram submetidos os leprosos

tornava sua vida dura e difícil. Diferente era a condição dos cegos. A cegueira pode ocorrer ao nascimento por permissão divina (Ex 4, 11), por acidente, a modo de castigo (Gn 19, 11; Dt 28, 28-29), ou por provação divina, como no caso de Tobias (Tb 2, 10). Existe um provérbio que proíbe aos cegos entrar no templo (2 Sm 5, 8), mas parece ser uma metáfora, porque o Evangelho o desmente (Mt 21, 14) e o próprio contexto é duvidoso (2 Sm 5, 6). A lei protegia os cegos (Lv 19, 4). Ajudá-los era uma boa ação (Jó 29, 15).

Os tempos messiânicos se definem como o tempo da libertação de todas as deficiências que alligem a vida humana: "Então se abrirão os olhos dos cegos, e os ouvidos dos surdos se desobstruirão. Então o coxo saltará como o cervo, e a língua do mudo cantará canções de alegria..." (Is 35, 5-6).

Na Idade Média

Nem sempre as comunidades cristãs foram fiéis aos ensinamentos e exemplos de Jesus. Junto ao amor generoso de grandes santos como Francisco de Assis e ao compromisso de muitas instituições cristãs, há no povo comportamentos de marginalização, segregações injustas, preconceitos contra os deficientes, especialmente os leprosos.

Na Idade Média, os leprosos ainda eram rejeitados por medo de contágio. A esta marginalização, entretanto, se acrescentava uma justificativa moral: uma doença tão grave só podia ser infligida por Deus a pecadores públicos. A única terapia possível era levá-los ao arrependimento.

Depois que a lepra desapareceu quase completamente, os leprosários encheram-se com outras categorias de "anormais", de rejeitados, de indivíduos perigosos: indigentes, incapazes, loucos, idiotas... Essas pessoas mereciam reprovação e, por conseguinte, suscitavam repulsa, medo, horror. Pelo comum, consideravam-se mais próximos dos animais que pessoas.

Em alguns casos, todavia, os débeis mentais foram revalorizados e lhes foi atribuída uma função característica na sociedade. É a mencionada teoria do idiota "para-raios" ou o idiota do povoado, investido da função importante de atrair sobre si a ira divina, afastando assim as desgraças da população.

Datam da Idade Média as "festas dos bobos" ou "festas dos loucos", que proporcionavam a possibilidade de expressar o que a insensatez sugeria. Os bufões e loucos da corte tiveram, durante muito tempo, junto aos "grandes", um papel análogo ao do "porta-voz da verdade", com a imunidade que a irresponsabilidade outorga a quem está privado da razão. "Um verdadeiro idiota é a metade de um profeta", afirma um provérbio hebraico.

No Renascimento e nos séculos seguintes, considerado o nível de mentalidade e de acolhimento, o deficiente não conhece modificações sensíveis.

Na sociedade moderna

A cultura na sociedade industrial urbana, dominada pelo critério da eficiência, da lógica do aproveitamento, do mito da racionalidade, tende a rejeitar, a marginalizar todas as falhas improdutivas.

Mas também é necessário dizer que, apesar desses perigos e tendências, cresce, hoje, na humanidade, uma nova consciência e um forte interesse junto às pessoas portadores de deficiências. Prova disso é a declaração da ONU — Organização das Nações Unidas sobre os direitos dos deficientes. As declarações verbais, entretanto, custam a tornar-se realidade.

O deficiente não alcançou ainda a sua emancipação plena, sua inserção na sociedade deixa vazios enormes; a inserção no mundo do trabalho, dado como exemplo, é apenas uma exceção.

Como na antiguidade, também hoje, em nossa cultura, existe certa ambivalência de atitudes em relação ao deficiente: reprovação e valorização; rejeição e proteção. Novamente, cai como luva às mãos, o exemplo dos crimes nazistas, perpetrados contra todos aqueles homens, mulheres e crianças, a quem se negava valor humano. O sentimento de rejeição ganha espaço na escola, nos hospitais, nos cinemas, nas igrejas, nos transportes públicos, criando, em decorrência, premissas de segregação. Em muitos locais, ainda, o deficiente não é aceito como "pessoa" e, portanto, cria um problema.

Enfim, mitos e superstições de todo gênero condicionaram, ao longo dos séculos, e ainda hoje condicionam, o próprio comportamento da família. O deficiente é considerado uma vergonha, uma maldição para a família e, por isso, se oculta aos olhos dos outros. Assim, por exemplo, na África crê-se que a criança surda-muda está destinada a ocultar algum segredo revelado por espíritos supremos. Em algumas regiões da Nigéria crê-se que uma alma foi obrigada ao mutismo perpétuo porque na vida precedente deu ouvidos a maus conselheiros. Desta maneira, o deficiente é afastado de todos como "malvisto dos deuses".

Nas sociedades modernas, portanto, é com dificuldade e estupor que dá-se conta que também os deficientes devem ser considerados capazes de fazer alguma coisa e, portanto, que possam ser úteis à coletividade. É por aceitar o deficiente como *pessoa* que ele tem direito à vida, à cidadania, à integração social (família, escola, trabalho). É direito do deficiente desfrutar de todas as suas potencialidades e capacidades.

LEGISLAÇÃO RELATIVA AO TRABALHO DE PESSOAS PROTADORAS DE DEFICIÊNCIA

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, embora não faça menção expressa ao deficiente, estabelece em seu artigo XXIII — 1 que, "*toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego*". Específica, contudo, é a *Resolução XXX/3447*, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU — Organização das Nações Unidas em 9.12.75, que disciplina a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo que os direitos proclamados nessa declaração são aplicáveis a todas as pessoas com deficiências, sem discriminação de idade, sexo, grupo étnico, nacio-

nalidade, credo político ou religioso, nível sócio-cultural, estado de saúde ou qualquer outra situação que possa impedi-la de exercê-las, por si mesmas ou através de seus familiares.

Não foi sem razão, portanto, que a ONU, em 1981, como resultado do Ano Internacional dos Portadores de Deficiência criou o Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, aprovado pela ONU — Organização das Nações Unidas — em 1982, destacando os direitos dessas pessoas às mesmas oportunidades que os demais cidadãos têm, de desfrutar, igualmente, de melhores condições de vida resultantes do desenvolvimento econômico e social.

A *Convenção n. 111 da OIT — Organização Internacional do Trabalho*, promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19.1.68, trata da discriminação em matéria de emprego e profissão e estabelece, em seu artigo 1º:

Artigo 1º

1. Para os fins desta Convenção, o termo “Discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades, ou tratamento, emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país-membro concernedente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.

A *Convenção n. 159 da OIT — Organização Internacional do Trabalho*, por sua vez, promulgada no Brasil através do Decreto n. 139, de 22.5.91, cuida da política de readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência. Em seu art. 4º, preceitua que “*a dita política será baseada no princípio da igualdade de oportunidade entre trabalhadores portadores de deficiência e os trabalhadores em geral. Será respeitada a igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras portadoras de deficiência. Não serão consideradas como discriminatórias, com relação aos trabalhadores em geral, especiais medidas positivas que visem garantir a efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento entre eles e trabalhadores portadores de deficiência*”.

A *Constituição Brasileira de 1988*, como norma diretriz em nosso ordenamento jurídico, representou o início do processo de reversão da dura realidade do portador de deficiência. Ao caracterizar o Estado Brasileiro como “Democrático de Direito”, fez representar a participação de todos os indivíduos na sua concreção diária, bem como elevou a cidadania, a digni-

dade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho a fundamentos da nação, objetivando o bem comum, através da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução de desigualdades sociais. Estas diretrizes fundamentais foram efetivadas da seguinte forma:

1) proibindo qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, inciso XXXI);

2) prevendo que será reservado por lei um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, e definindo critérios de admissão (art. 37, inciso VIII);

3) prevendo a criação de programas de prevenção e atendimento especializados para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como a integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho, convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (art. 227, parágrafo 1º, II);

4) conferindo à assistência social a incumbência de habilitar e reabilitar essa pessoa, promovendo sua integração à vida comunitária (art. 203, IV);

5) prevendo uma renda mensal vitalícia e oferta de escolas especializadas (art. 203, V e art. 208, III).

Inicialmente, todas estas normas não passavam de normas programáticas, sem a devida regulamentação e tenentes à ineficácia. Todavia, nos últimos dez anos, após a promulgação da Constituição vigente, grande transformação tem sido realizada para implementar os programas traçados. Isto se deve não só à transformação da mentalidade brasileira para o problema, como também às ações implementadas pelo governo. Assim é que, dentro dos limites de sua competência, cada ente da administração pública editou normas a respeito da criação de mercados e condições de trabalho, uma vez que a competência para estabelecer normas de direito do trabalho é exclusiva da União.

Neste sentido, a punição à discriminação no acesso ao trabalho veio regulamentada pela Lei n. 7.853, de 24.10.89. O seu art. 8º considerar crime punível com reclusão de um a quatro anos e multa, obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência, bem como negar-lhe, sem justa causa, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

O acesso aos cargos públicos veio regulamentado pela Lei n. 8.112, de 11.12.90, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União. No art. 5º, parágrafo 2º, previu que *“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”*⁽⁸⁾.

(8) A proporcionalidade dos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiência, garantidas as adaptações necessárias para a sua participação nos concursos públicos e definidos os critérios de sua admissão, também está presente na Constituição do Estado de São Paulo, art. 115, IX e regulamentada pela Lei Complementar n. 683, de 18.9.92, que fixa, no seu art. 1º, o percentual de até 5%, além de outras recomendações.

Para o setor privado, a *Lei n. 8.213, de 24.7.91*, no artigo 93, estabeleceu limites para contratação de portadores de deficiência. Neste sentido, a empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2 a 5% por cento dos seus cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas na seguinte proporção: 1) até 200 empregados = 2%; 2) de 201 a 500 empregados = 3%; 3) de 501 a 1.000 empregados = 4%; 4) de 1.001 empregados em diante = 5%. Referida lei está complementada: a) pela *Portaria n. 4.677 do MTPS, de 29.7.98*, que conceitua o beneficiário reabilitado; b) pela *Resolução n. 630 do INSS, de 20.10.98*, que estabelece uma sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, para assegurar o preenchimento das vagas reservadas, excluindo o segurado acidentado do trabalho; c) pelo *Decreto n. 2.172, de 5.3.97*, que impõe pena de multa à infração a qualquer dispositivo da *Lei n. 8.213, de 24.6.91*, a ser aplicada pela fiscalização do INSS; d) através da *Ordem de Serviço Conjunta n. 90, de 27.10.98*, estabeleceu-se a sistemática da fiscalização, avaliação e controle das vagas destinadas ao beneficiário reabilitado e à pessoa portadora de deficiência habilitada, adotando os conceitos e procedimentos.

Além destas garantias de acesso ao mercado formal e direto de trabalho — através de *concursos públicos* para acesso ao serviço público e seleções para a admissão, sob a forma de regime de emprego (art. 442, CLT), para a iniciativa privada e também para o âmbito público, de acordo com a competência estabelecida pelo art. 114, Constituição Federal, há duas novas formas de criação de postos de trabalho para os portadores de deficiência: a) através de entidades assistenciais; b) sob a égide de uma cooperativa social.

A primeira, vem regulada pela *Portaria GM/TEM n. 772, de 26.8.99*, que prevê a possibilidade de o portador de deficiência, regularmente registrado por entidade assistencial, prestar serviços à empresa, com fins terapêuticos ou de desenvolvimento de capacidade laborativa. Se essa prestação não se estender por mais de seis meses, é reconhecida como treinamento visando à capacitação e inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho, não caracterizando vínculo empregatício com o tomador ou com a entidade sem fins lucrativos, de natureza filantrópica.

A segunda, através da recente *Lei n. 9.867, de 10.11.99*, que dispõe sobre a criação de cooperativas sociais, inclui aquelas formadas por portadores de deficiência.

DEFINIÇÃO DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

Nos termos do *Decreto n. 3.298, de 20.12.99*, que regulamenta a *Lei n. 7.853, de 24.10.89*, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências, considera-se *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 (art. 3º). Diferencia a *deficiência permanente da incapacidade*.

Como *deficiência física* considera a 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.

Entende constituir *deficiência mental* o 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: comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer, trabalho, deficiência múltipla — associação de duas ou mais deficiências (art. 4º, incisos I e IV).

De um modo geral, portador de deficiência é qualquer indivíduo que apresente uma limitação física ou mental que o traga abaixo do padrão-modelo fixado pelo grupo social. Não se pode, contudo, confundir o conceito médico com o conceito jurídico de deficiente. O primeiro, traz em si as manifestações patológicas, enquanto que o último diz respeito às conotações sociais e culturais do problema. Baseado nas atitudes sociais, culturais e morais do deficiente — seu *status* na sociedade — o Direito busca a análise e o regramento de condutas a ele relativas. Deve-se anotar, neste sentido, que deficiência e incapacidade, sob o aspecto jurídico, não são expressões sinônimas. A incapacidade, no plano do Direito, está atrelada ao aspecto da vontade e à capacidade de expressá-la. Incapaz é, pois, aquele que não pode expressá-la adequadamente. Tal, contudo, não se verifica no deficiente que pode, na grande maioria das vezes, exprimir sua vontade, sem qualquer vício.

É por esta razão que, no plano do Direito do Trabalho, o portador de deficiência física ou mental pode estar apto a celebrar um contrato de trabalho, desde que expresse, livremente, sua vontade e desde que sua deficiência não obste a realização do trabalho oferecido.

Porém, o que se observa é que, apesar de toda a legislação permitir e garantir o acesso destas pessoas ao trabalho, de pouco vale sua formação profissional, diante da dificuldade do empresariado em entender que as limitações daquelas não implicam, necessariamente, a redução de sua competência. Na verdade, este trabalhador procura, com afincos, desenvolver suas aptidões e, não raro, desenvolve outras com maior perfeição.

Permitida a contratação de um trabalhador portador de deficiência física ou mental, sua remuneração deve ser idêntica àquele que desempenhar idêntica função, com idêntica produtividade e mesma perfeição técnica.

Assim, a disposição do art. 461, CLT, é de todo aplicável a este trabalhador, que não pode ter sua remuneração diminuída em função da diminuição de sua capacidade física ou mental por força de uma deficiência.

Desta forma, não é sem razão que, desde o início, deve ser assegurado direito ao portador de deficiência de inscrever-se em concurso público para provimento de cargos, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência que é portador. Esta garantia estende-se até as condições em que se realize a prova, incluindo não só as facilidades necessárias, mas também àquelas relativas ao acesso livre e desimpedido aos locais de realização dos exames.

Aliás, o ambiente de trabalho é outro fato de obstáculo à contratação de um portador de deficiência, em especial o físico. Sem dúvida, as barreiras arquitetônicas representam grande dificuldade de acesso aos locais de trabalho. Devem elas ser eliminadas a fim de que a acessibilidade possa ser atingida. Afinal, dificultam elas não só fisicamente a vida do portador de deficiência, mas também todo o aspecto psicológico de seu cotidiano, na medida em que se vê oprimido por um ambiente de trabalho que não lhe é adequado. O rompimento deste obstáculo pode se dar através de ações concretas, legitimadas pelo Ministério Público, impondo às empresas as modificações físicas necessárias para a adaptação de um portador de deficiência.

Vários são, pois, os programas instituídos pelo governo federal, bem como pelos governos estaduais, a fim de assegurar a inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. Entre eles, deve ser lembrado o PADEF — Programa de Apoio a Pessoas Portadoras de Deficiência, da Secretaria de Emprego e Relações do Trabalho em São Paulo, que orienta e encaminha esses profissionais ao mercado de trabalho. Deve ser registrado, porque importante, que nenhum destes programas faz distinção ao trabalho do portador de deficiência física ou mental, aplicando-se-lhe igualdade de oportunidades e condições.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, o que se conclui é que o portador de deficiência não está desprotegido pela legislação. Leis existem e de boa qualidade, de tal sorte a eliminar barreiras da discriminação e, através de ações afirmativas, inseri-lo no mercado de trabalho. A partir daí, deve ser considerado um trabalhador como outro qualquer, em igualdade de condições, para galgar outros postos e atingir sua tão almejada *dignidade* através do trabalho humano. Entretanto, todo este ordenamento jurídico mencionado, não lhe garante a inserção definitiva no posto de trabalho conquistado. Aliás, garantir-lhe esta definitividade seria tratá-lo com proteção muito maior em relação àquele outro trabalhador não portador de deficiência. A igualdade de condições e oportunidades não pode levar a desigualdades extremadas.

De qualquer sorte, como o que se garante é o posto de trabalho para uma pessoa portadora de deficiência, a própria *Lei n. 8.213, de 24.7.91*, ao estabelecer percentuais de contratação, esclarece, no artigo 93, § 1º, que

“a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato, por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderão ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”, ou seja, a dispensa só poderá ocorrer após a contratação do substituto.

Porém, não basta somente a proteção do Estado. Necessária se faz a mudança de mentalidade da sociedade, de tal sorte a acolher, no seu seio, o portador de deficiência como uma pessoa capaz de ser sujeito de direitos, tanto quanto as “outras”; sem que seja rejeitada ou discriminada. Infelizmente, o empresariado ainda não se integrou neste processo, de forma espontânea, daí por que as ações afirmativas — como a obrigatoriedade da contratação e punição pelo descumprimento desta norma — ainda são medidas coercitivas, mas de cunho educacional, visando, forçosamente, à alteração da compreensão dos fatos.

Mas o mais importante é lembrar que “todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão).