

4

A reserva legal de vagas em concursos públicos e a necessidade de adaptação razoável pela Administração Pública: reconhecimento e inclusão social das pessoas com deficiência

Resgatando o que foi desenvolvido nos capítulos anteriores, demonstrou-se que, na visão teórica proposta por Honneth (2003, p. 155), partindo das perspectivas doutrinárias de Mead e Hegel, a reprodução da vida social desenvolve-se sob um imperativo de reconhecimento recíproco dos indivíduos, de modo que a autorrelação prática entre os atores sociais seria concebida a partir da perspectiva de seus parceiros de interação, como destinatários sociais.

É o sentimento de orgulho do grupo ou de honra coletiva, tal como a igualdade de condições com os demais membros sociais, na condição de reflexo de um reconhecimento jurídico que confere aos indivíduos a sensação de pertencimento social.

Assim sendo, as transformações experimentadas pela sociedade ao longo dos tempos adviriam das lutas moralmente motivadas de grupos sociais, representativas de sua busca por reconhecimento e valorização no meio coletivo.

As pessoas com deficiência, como demonstrado anteriormente, representam um grupo de indivíduos que ainda trava lutas constantes em busca de seu reconhecimento social, sendo necessárias medidas inclusivas pelo Poder Público como forma de garantir-lhes o adequado resgate do sentimento de pertencimento social e desenvolvimento pleno de suas potencialidades.

A reserva legal de vagas nos concursos públicos às pessoas com deficiência, prevista no art. 37, VIII da Constituição Federal, representa instrumento valioso escolhido pelo constituinte na busca por um reconhecimento recíproco satisfatório, ao mesmo tempo em que reflete os valores inclusivos norteadores do Estado brasileiro.

No entanto, a reserva legal de vagas pura e simplesmente não se apresenta como mecanismo singular e autossuficiente para inclusão social.

Com isso se quer dizer que a reserva seria inócua se o Estado não se adaptasse efetivamente para incluir as pessoas com deficiência, eis que as barreiras, de ordem arquitetônica, cultural, moral e comportamental permaneceriam intactas, fazendo com que o dispositivo se tornasse letra morta, desprovido de qualquer eficácia normativa.

A mera previsão constitucional de um determinado direito ou garantia sem que esse se traduzisse como componente ativo dos princípios norteadores de um Estado desvirtuaria a realidade fática e a própria força vital da Constituição.⁴²

A acomodação razoável introduzida no ordenamento nacional pela CDPD traduz-se como instrumento indispensável a ser utilizado no caso concreto para promover os ajustes de ordem prática, para efetiva fruição de direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência, dentre os quais, o acesso e a garantia do trabalho.

Assim, no presente capítulo, pretende-se demonstrar que, como norma constitucional, a reserva legal de vagas mencionada no art. 37, VIII, de fato, representa um avanço à garantia de acesso da pessoa com deficiência ao trabalho, o que igualmente contribui para um reconhecimento recíproco satisfatório e ampliação do horizonte normativo de uma coletividade, em razão da valorização da diversidade e do fortalecimento do sentimento de pertencimento social.

Não obstante, deve o Poder Público ir além e orientar-se para alcançar uma adaptação razoável na Administração Pública, que também se afigura como diretriz com *status* constitucional, em razão de a aprovação do documento internacional ter sido sistematizada nos termos do art. 5º, §3º, podendo ser compreendida como as modificações e ajustes necessários e adequados que não

⁴² A força vital e eficácia de uma Constituição, tal como teorizado por Hesse (1991, p. 18-19): “[...] assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Mas a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. [...], pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).”

acarretem ônus indevido ou desproporcional, observados caso a caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com os demais sujeitos sociais, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

4.1. Previsão constitucional do art. 37, VIII da Constituição Federal: alcance, reflexos e finalidade integrados à teoria do reconhecimento

Tecidas essas considerações iniciais, no que se refere ao Estado brasileiro e ao tratamento dispensado às pessoas com deficiência, a Constituição Federal de 1988 garante o direito ao trabalho na condição de direito social (art. 6º, *caput*), ao mesmo tempo em que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (art. 6º, XXXI), estabelecendo ser de competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e da União a legislação sobre proteção e integração social desse grupo (art. 24, XIV).

Ainda no âmbito da Lei Fundamental, há menção expressa em seu art. 37, VIII de previsão, a ser definida em lei, de reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, lei esta também responsável por definir os critérios de admissão das pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos⁴³.

⁴³ No que tange ao trabalho da pessoa com deficiência no setor público observa-se que o sistema jurídico nacional adotou um sistema de reserva de postos de trabalho em concursos públicos, de quota-contratação. (Lorentz, 2006, p. 370-386). De acordo com a autora, citam-se como possibilidades inclusivas das pessoas com deficiência, além do sistema de quota em concursos públicos, os sistemas de: isenção ou redução de tributos; de ajuda para adaptação, de complementação salarial; de cooperativas sociais; de quota-contribuição e o de quota-terceirização. No sistema de isenção ou redução de contribuições há incentivo ao empregador para que empregue profissional com deficiência, por intermédio da redução ou mesmo isenção total da carga tributária ou de contribuições previdenciárias. No sistema de ajuda para adaptação as entidades governamentais concedem aos empregadores numerário ou linha de crédito de financiamento para adaptação do ambiente laboral às pessoas com deficiência, propiciando sua inserção. No sistema de complementação salarial, empregador ou entidade governamental complementa a renda da pessoa com deficiência, que tem a possibilidade laboral de menos horas diárias. Pelo sistema de quota-contribuição o empregador opta pela obrigação de despende numerário em vez de contratar profissional com deficiência, que será revertido para programas assistenciais destinados às pessoas com deficiência. No sistema de cooperativa de trabalho, as pessoas com deficiência organizam-se em cooperativas com a finalidade de alcançar melhores oportunidades de trabalho ou de venda de produtos por elas mesmas fabricados. No sistema de quota-terceirização há previsão mínima de admissão de pessoas com deficiência e que laborem sob a modalidade de trabalho protegido, como ocorre com o menor aprendiz.

Assim procedendo, o constituinte reforça seus valores diretivos, fundamentos e princípios norteadores, pautados por um modelo inclusivo de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), apta a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Desse modo, tem-se que a reserva de percentual de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência deve espelhar a normalidade da conduta que lhe é inerente, sob pena de reduzir-se a mero prognóstico, como dito por Lassalle (2001), mera folha de papel⁴⁴.

Sendo o inciso VIII do art. 37 da Lei Fundamental norma de eficácia contida (Gugel, 2006, p. 71) implica considerar que o constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à matéria, deixando à margem da discricionariedade do instrumento legislativo infraconstitucional mera parcela de atuação restritiva, nos termos do que for estabelecido pelo diploma legal regulador.

Os cargos e empregos públicos, por força do disposto no art. 37, I e II da Constituição Federal, são acessíveis a todos que preencham os requisitos em lei, sendo que a investidura nas vagas depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo/emprego, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Assim, é encargo da lei regular o funcionamento bem como as normativas gerais sobre os certames públicos, definindo as particularidades e complexidades do cargo/emprego, objeto do concurso, remuneração, classe de ingresso, número de vagas disponibilizadas e aquelas reservadas nos termos do art. 37, VIII.

⁴⁴ Sobre a força normativa e simbólica dos direitos humanos, Neves (2005, 17) menciona: “A força normativa dos direitos humanos diz respeito, em primeiro lugar, à concretização das respectivas normas, sejam constitucionais ou legais no âmbito dos Estados, sejam jurídico-internacionais ou jurídico-globais. A concretização, por sua vez, concerne à construção do sentido da norma jurídica a ser aplicada, judicial ou extrajudicialmente, a um caso jurídico determinado (Müller, 1994, 1995: esp. 166 e ss.). [...] A força simbólica, que se refere ao sentido conotativo, latentes, dos respectivos textos ou discursos normativos pode, como já afirmado acima, contribuir para a intensificação da força normativa de preceitos jurídicos. Mas a força simbólica de textos normativos no processo constituinte ou legislativo, em convenções e tratados internacionais ou em outras formas de ordem jurídica, assim como em discursos políticos, pode dirigir-se exatamente ao encobrimento da insuficiente força normativa dos respectivos institutos jurídicos ou mesmo prejudicá-la.”

Com base no §2º do art. 24 da Constituição Federal, aos entes federados é possível a suplementação de legislação federal, podendo regular, no que se refere à reserva prevista no art. 37, VIII, quais cargos e percentual devem ser reservados, sem se descuidarem da normatização geral atribuída à União.

Publicada a Lei Federal n. 7.853/1999 e seu Decreto regulamentar n. 3.298/1999, que tratam, dentre outras matérias, do apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, restou assegurada a adoção de medidas pelo Poder Público quanto à promoção de ações eficazes que proporcionem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas com deficiência e a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho a seu favor nas entidades da Administração Pública e do setor privado.

A Lei Federal n. 7.853/1999 elegeu valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito (art. 1º, §1º), entendendo a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade, competindo ao Poder Público e a seus órgãos assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, proporcionem seu bem-estar pessoal, social e econômico (art. 2º).

Em seu art. 3º, III, a Lei Federal n. 7.853/1999 incumbiu aos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, no âmbito de sua competência e finalidade, tratamento prioritário e adequado às matérias afetas à inclusão social das pessoas com deficiência, tendentes a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas, especificamente no que tange à formação profissional e trabalho, a saber: a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns; c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência; e, 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 regule a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

Como se pode observar, a legislação federal manteve seu viés mais declaratório quanto ao pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência, sem estipular expressamente quantitativos ou índices pertinentes à reserva de vagas às pessoas com deficiência nos concursos públicos (Gugel, 2006, p. 72).

O percentual em destaque restou proposto no Decreto Federal n. 3.298/1999 que, em seus arts. 37 a 44⁴⁵, disciplinou a regulamentação da participação das

⁴⁵ Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

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

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

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

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

II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;

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

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

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

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

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

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

I - ao conteúdo das provas;

II - à avaliação e aos critérios de aprovação;

III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e

IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

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

peessoas com deficiência nos concursos públicos no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta federal.

Note-se que o Decreto Federal n. 3.298/1999 apresenta conteúdo marcado por conotação típica do modelo biomédico de compreensão da deficiência, como se observa dos seus arts. 3º e 4º, na medida em que a associa a uma 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 humano⁴⁶.

Art. 43. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.

§ 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;

II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;

III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;

IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e

V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

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

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

⁴⁶ Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

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

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

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

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

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

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

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

De fato, tanto a Lei Federal n. 7.853/1999 quanto o Decreto Federal n. 3.298/1999, em virtude de sua própria edição cronológica são anteriores à CDPD⁴⁷, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008, conforme o procedimento previsto no art. 5º, §3º da Constituição Federal e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que introduziu, dentre outros, o modelo social de compreensão da deficiência no cenário nacional.

Pela concepção do modelo biomédico, apresentado pelo Decreto Federal n. 3.298/1999, há uma relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência.

Entretanto, como já apontado no capítulo anterior, a vivência por intermédio de um corpo deficiente não pode ser resumida tão somente a um apanhado de doenças e lesões pré-definidas em perícia biomédica, mas compreendida como uma relação de desigualdade imposta por um ambiente inserto de barreiras, físicas ou não, a um corpo com impedimentos.

Como ressaltado no capítulo anterior, não se pretende com essa assertiva antagonizar ou excluir os modelos médico e social de compreensão do fenômeno da deficiência entre si, porquanto se tratam de perspectivas distintas para cognição e interpretação de um mesmo fato.

Reforça-se, portanto, que o modelo social não pretende negar bens e serviços biomédicos às pessoas com deficiência ou mesmo impedir o diagnóstico, reabilitação e tratamento de lesões ou impedimentos físicos, sensoriais ou mentais, até porque a Administração Pública, em seu *munus*, pauta-se pelo

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

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

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

⁴⁷ Por força da conceituação do artigo 1 da CDPD, pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo, que podem ser de natureza física, mental, intelectual ou mesmo sensorial, que, em interação com diversas barreiras, podem causar obstrução de sua efetiva e plena participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

princípio da legalidade, sendo necessária atuação objetiva e vinculada pelo Poder Público quanto aos impedimentos de ordem corporal sujeitos à tutela assistencial do Estado.

A proposta do modelo social consiste em desafiar, como visto anteriormente, a supremacia e inquestionabilidade do modelo biomédico, retirando o foco da lesão ou do impedimento de natureza clínica para repercuti-lo em como a sociedade se posiciona frente a uma pessoa com impedimentos⁴⁸.

Nas palavras de Barbosa et al. (2010, p. 46), ao comentarem o conceito de deficiência introduzido pelo modelo social nas perícias médicas oficiais caracterizadoras do benefício da prestação continuada, previsto no art. 203, V da Constituição Federal, confirma-se que:

Com esse novo conceito, o desafio para o BPC está em estabelecer em que medida os saberes biomédicos e sociais sobre a deficiência devem se combinar no processo pericial. Por um lado, os saberes biomédicos têm centralidade na avaliação de quais impedimentos corporais são elegíveis; por outro lado, o fato de o BPC estar amparado em princípios constitucionais de promoção da igualdade faz com que o modelo social se revigore para a assistência social às pessoas deficientes no Brasil.

Retornando à temática da reserva de vagas, segundo Gugel (2006, p. 76), a mesma destina-se aos candidatos com deficiência classificados e aprovados em certame público, tendo como objetivo garantir suas nomeações, sendo que o balizamento a ser utilizado para nomeação deve atender a ordem de classificação no certame, mediante alternância e proporcionalidade entre a lista geral de aprovados e a lista especial, que contém relação dos candidatos com deficiência aprovados, em relação ao número de vagas a serem preenchidas⁴⁹.

⁴⁸ Nesse sentido, vide anotações sobre a ADPF n. 182, mencionadas na nota de rodapé n. 38. Dentre os pedidos postulados na referida ADPF pela Procuradoria-Geral da República, consta requerimento para que seja declarado pelo Supremo Tribunal Federal de que a definição de deficiência estabelecida no art. 20, § 2º da Lei Federal n. 8.742/1993, para fins de concessão do benefício da prestação continuada, não teria sido recepcionada pela CDPD, por ater-se a um conceito meramente biomédico de deficiência.

⁴⁹ A título ilustrativo, Lorentz (2006, p. 391) sustenta haver quatro grandes posições em âmbito nacional sobre a forma de classificação e nomeação de candidatos com deficiência aprovados dentro do percentual de reserva de vagas. A primeira corrente opta pela nomeação simultânea, ou seja, a cada nomeação de candidato da lista da classificação geral deveria ser nomeado um da lista de candidatos com deficiência aprovados constantes da lista especial. A segunda vertente defende que a cada bloco de candidatos da lista de classificação geral, deveriam ser nomeados os candidatos aprovados na lista especial, aplicando-se a proporcionalidade da quota. Por sua vez, uma terceira corrente defende a nomeação inicial e exclusiva apenas dos candidatos da lista geral, para posteriormente, garantir-se a nomeação dos candidatos com deficiência, constantes da lista

Ainda no âmbito da legislação federal, a Lei Federal n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais determina em seu art. 5º, § 2º ser assegurado às pessoas com deficiência o direito de inscrição em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; reservando-se, nessas situações, até vinte por cento das vagas oferecidas no concurso.

Logo, dentro da perspectiva do conteúdo do § 2º do art. 24 da Constituição Federal, resta subentendido que os entes federados (Estados, Municípios e Distrito Federal e respectivos órgãos de sua administração direta e indireta) sujeitam-se à destinação de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência em patamares que poderão incidir entre cinco a vinte por cento das vagas oferecidas no certame, mas nunca inferior a cinco por cento, competindo a essas entidades disciplinar, mediante instrumento legislativo, quais os índices a serem aplicados.

Assim sendo, considerando o teor do art. 37 e respectivo §1º do Decreto Federal n. 3.298/1999 que, a um só tempo, assegura à pessoa com 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 seja portador e prevê reserva de, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas, em face da classificação obtida, os entes federados não poderão promover reservas de vagas inferiores ao patamar estabelecido no diploma federal.

As disposições do Decreto Federal n. 3.298/1999 e da Lei Federal n. 7.853/1999 permanecem válidas, devendo ser contextualizadas e harmonizadas com a CDPD, em virtude de seu *status* de emenda constitucional, o que permite considerar a aplicabilidade imediata das normas ali ratificadas pelo Estado Brasileiro, que devem orientar as medidas e políticas sociais a serem adotadas em território nacional.

Mas por que se faz necessário reservar vagas em concurso público para pessoas com deficiência? Qual a finalidade dessa medida?

especial. E, por fim, a quarta corrente, defende exatamente o oposto, a saber, pela nomeação inicial de todos os candidatos da lista especial, para em seguida, promover-se a nomeação dos candidatos constantes da lista de classificação geral.

Ao comentar a categoria do trabalho na perspectiva da doutrina marxista, Lancilotti (2003, p. 52; 54) o identifica como atividade orientada a um fim para produção de valores de uso, com apropriação do natural para satisfação das necessidades humanas, sendo o trabalho considerado condição histórica que define e caracteriza o ser humano.

Com a divisão do trabalho manual e intelectual, surge a cisão entre prazer e trabalho, fruição e produção, culminando com a constituição das históricas classes antagônicas: burguesia e proletariado.

Dentro dessa sistemática, o trabalho transforma-se em capital, proporcionando intermediação da força dele proveniente em detrimento de um salário pago ao trabalhador que, desse modo, garante sua sobrevivência, mediante satisfação de necessidades básicas e aquisição de produtos e serviços.

O desenvolvimento do sistema capitalista e a inserção de novos modelos produtivos, marcados pela economia de mercado, globalização e sociedade de consumo, igualmente modificaram a perspectiva do trabalho, que deixou de limitar-se como mero vínculo responsável pela garantia de sobrevivência do trabalhador.

Não obstante as alterações provenientes do avançar histórico no que tange ao processo do trabalho, restou mantida a ideia de que somente aquele indivíduo que vende sua força de trabalho e integra o círculo produtivo (produção x consumo) pode ser considerado cidadão. Competente seria, portanto, o indivíduo rentável ao sistema, propiciando-lhe respeito e valorização de sua condição humana.

É inquestionável, portanto, que o trabalho na sociedade contemporânea traduz uma dimensão irrefutável à realização social dos indivíduos, na medida em que lhes permite inclusão social e reconhecimento entre os seus pares, como expressão de sua subjetividade e de suas potencialidades como atores sociais, ao mesmo tempo em que se aperfeiçoa um horizonte normativo pela estima social conferida ao trabalhador.

Vale dizer, com a força produtiva do trabalho, o indivíduo vê-se reconhecido como sujeito ativo e contributivo no meio coletivo, ainda que eventualmente marginalizado ou excluído pelo sistema social, haja vista que nem

todas as formas de trabalho são valorizadas pelo corpo coletivo de forma equivalente.

Portanto, exercer um labor também imprime ao indivíduo uma sensação de pertencimento de grupo.

É cediço que a identidade individual e social constrói-se pela internalização e adoção de papéis e regras sociais, transmitidas pela via de costumes, valores e tradições concretas, organizadas a partir de uma rede de reconhecimento estruturada pelo diálogo (Cittadino, 2003).

A autora, em seu texto “Liberdade, Identidade e Direito. Sobre a indelével marca humana em Philip Roth”, reafirma como um dos traços fundamentais da modernidade a possibilidade de o indivíduo ser capaz de autorreflexão e crítica, para o fim de que a identidade seja construída a partir de sua inserção em um estilo de vida compartilhado, pela rede de reconhecimentos firmados no desenvolver da existência humana, isso não significa uma lógica de aprisionamento, na medida em que cada indivíduo guardaria em si a capacidade de refletir sobre sua própria subjetividade, endossando valores ou libertando-se de compromissos morais⁵⁰.

Honneth, conforme mencionado nos capítulos anteriores, resgata a teoria hegeliana dos trabalhos de juventude de Jena para construir uma sociologia do reconhecimento intersubjetivo, por considerar que os conflitos de ordem moral, existentes no meio coletivo, são essencialmente caracterizadores da força motriz das mudanças sociais que devem ser interpretadas a partir dessa luta por reconhecimento intersubjetivo (Mattos, 2006, p. 88).

Por intermédio do reconhecimento bem sucedido nas esferas do amor, direito e solidariedade, como padrões universais de interação (Mattos, 2006, p. 98) um indivíduo poderia ser considerado autorrealizado e, assim, usufruir de *standards* de uma vida considerada bem sucedida.

Como bem sintetizado por Assy & Feres (2009, p. 708):

⁵⁰ Nesse sentido, para Cittadino (2008) o processo de atribuição de direitos não estaria adstrito tão somente a uma herança cultural comum, sendo possível aos indivíduos, em razão da sua capacidade de autocrítica, afastar-se de suas próprias tradições e aprender a compreender o próximo a partir de sua própria perspectiva.

Para Honneth, o amor como forma primária de reconhecimento recíproco, inicialmente descrito por Hegel como *ser-si-mesmo em um outro* ganha uma dimensão de processo psicológico de desenvolvimento individual por meio da mirada psicanalítica da pediatria de Winnicott. [...]

É a partir da experiência do amor como forma primária de reconhecimento que adquirimos autoconfiança individual, base essencial para a participação do indivíduo na vida pública.

A segunda etapa do reconhecimento jurídico, que na nomenclatura de Mead se dá por meio do conceito do outro generalizado. Ao reconstruir a teoria da auto-realização prática hegeliana à luz da psicologia social empírica de Mead, Honneth pretende produzir um sistema de eticidade composto por distintas etapas de reconhecimento, correspondentes aos níveis de autonomia. [...]

[...], na contribuição particular do outro generalizado de Mead, o reconhecimento jurídico funciona como proteção social para a dignidade humana. O reconhecimento jurídico é o reconhecimento efetivo no âmbito do direito positivo de que os outros indivíduos de uma mesma comunidade também possuem direitos. “Direitos são, de certa maneira, as pretensões individuais cuja satisfação por parte de um outro generalizado posso esperar” (Honneth, 1992.a). [...] Tal reconhecimento por parte da comunidade, por meio da concessão de direitos, leva-o a uma atitude positiva para consigo mesmo, o que Mead nomeia de auto-respeito.

[...]

A estima social é a terceira etapa de reconhecimento, na qual os indivíduos adquirem a capacidade de “referir positivamente a suas propriedades e capacidades concretas (Honneth, 1992.a). Em Hegel, a forma de reconhecimento que proporciona a estima recíproca se dá na concepção de eticidade. Honneth identifica a mudança histórica do conceito de honra em direção a sua variação moderna: o “prestígio” social.

Sem o reconhecimento do parceiro de interação, o indivíduo, autonomamente, não conseguiria adquirir as condições estruturantes dessa existência considerada satisfatória (Honneth, 2003, p. 274):

As formas de reconhecimento do amor, do direito e da solidariedade formam dispositivos de proteção intersubjetivos que asseguram as condições de liberdade externa e interna, das quais depende o processo de uma articulação e de uma realização espontânea de metas individuais de vida; além disso, visto que não representam absolutamente determinados conjuntos institucionais, mas somente padrões comportamentais universais, elas se distinguem da totalidade concreta de todas as formas particulares de vida na qualidade de elementos estruturais.

[...], tanto a relação jurídica quanto a comunidade de valores estão abertas a processos de transformação no rumo de um crescimento de universalidade ou igualdade. [...]: o que pode ser considerado condição intersubjetiva de uma vida bem-sucedida torna-se uma grandeza historicamente variável, determinada pelo nível atual de desenvolvimento dos padrões de reconhecimento.

Ao se considerar o trabalho como um fenômeno igualmente necessário à realização social dos indivíduos, ainda que não se constitua em esfera de reconhecimento propriamente dito, observa-se sua importância para a rede de

reconhecimento destinada à formação da identidade subjetiva dos membros sociais, como expressão da dignidade do ser humano.

Em uma sociedade de massas, tipicamente capitalista, a eficiência e a rentabilidade do trabalhador tornam-se conceitos valorizados, ao passo que a dificuldade de compreensão da sociedade quanto às potencialidades das pessoas com deficiência impede-lhes o regular acesso e a participação na condição de sujeitos produtivos, frustrando-lhes o necessário reconhecimento de suas identidades individuais e de grupo.

Segundo Anache (1994), há uma espécie de determinismo do meio social sobre a pessoa com deficiência, na medida em que são estabelecidas oportunidades pela sociedade para o desenvolvimento dos indivíduos no meio coletivo, mas desde que o façam mediante compartilhamento de sistema de normas padronizadas e consideradas adequadas para todos, sendo que o fracasso ou sucesso na manutenção dessas normas afetaria a integridade social e psicológica dos atores sociais.

Nesse sentido, Pastore (2000, p. 15-16; 19) comenta:

[...] a deficiência, assim, tem suas raízes ligadas muito mais ao meio social e ao tratamento que as pessoas dispensam aos portadores de deficiência do que às suas limitações. [...]

Com frequência, o preconceito transforma-se numa construção social que torna uma barreira efetiva e que vai muito além da limitação objetiva (Boonie e Monahan, 1997). [...]

Pelo fato de as pessoas se fixarem nos atributos e não nos seres humanos, há uma tendência de se definir os portadores de deficiência como incapazes de comandar o cotidiano de uma casa, trabalhar, ganhar dinheiro, ser independente, ter um carro, etc.

A concepção equivocada quanto ao fenômeno da deficiência, como apontado no capítulo anterior, deriva de uma construção cultural da sociedade, fruto de uma normalização (adestramento) dos corpos e na recusa dessa sociedade em aceitar a diversidade do corpo humano.

A narrativa biomédica, primeira guinada para a garantia dos direitos aos deficientes, no século XIX (Barbosa et al., 2010, p. 43-44), valorizou sobremaneira a cultura da normalidade, na medida em que buscou explicar a deficiência em termos científicos, sendo que na ausência de uma cura ou

tratamento, as práticas biomédicas favoreceriam o simulacro da normalidade do corpo com impedimentos.

Embora a perspectiva médica tenha libertado o estudo da deficiência de um caráter religioso (de punição, castigo divino), exerceu uma nova forma de controle (docilidade) do corpo com impedimentos, ao descrever as limitações (lesões) como desvios da natureza padrão e que necessitariam ser reorganizados para o funcionamento tido por regular ou normal.

Daí a importância em se compreender a deficiência dentro da perspectiva do modelo social, que afirmou a insuficiência da biomedicina para enfrentar a questão da deficiência como um desafio de direitos humanos (Barbosa et al., 2010, p. 44), marcado pela dificuldade da sociedade em valorizar a diversidade corporal e aceitá-la como mais uma das variadas formas de se estar no mundo.

Na concepção do modelo social, a normalidade corresponderia a um valor alicerçado em ideais do sujeito produtivo para o capitalismo, sobre os quais se fundamentavam as ações biomédicas de intervenção dos indivíduos com lesões e as políticas públicas de bem-estar (Diniz, 2007, p. 36).

Com a perspectiva introduzida pelo modelo social, reforça-se a necessidade de se promover o reconhecimento intersubjetivo das pessoas com deficiência, como grupo social a ser respeitado no meio coletivo, garantindo-lhe o acesso e o usufruto do direito ao trabalho.

Por tais motivos, não apenas a garantia de acesso ao trabalho é direito fundamental a todo e qualquer indivíduo, sendo expressão de uma “boa vida”, como também a reserva legal de vagas nos concursos públicos, traduz-se em expressão necessária de um reconhecimento intersubjetivo satisfatório.

Isso porque, ao se reservarem vagas em certames públicos às pessoas com deficiência, busca-se medida inclusiva, de reconhecimento do valor subjetivo desse grupo vulnerável, que ainda encontra dificuldades de se inserir na sociedade por meio do mercado de trabalho.

Não obstante, como afirma Lorentz (2006, p. 369) a inclusão da pessoa com deficiência por intermédio do trabalho não pode ser efetuada de forma isolada, com a mera previsão de postos empregatícios, sob pena de a medida inclusiva ser transformada em simples medida de inserção. Associada à oferta de trabalho

devem ser acrescentadas duas outras condições mínimas: acessibilidade ampla e educação inclusiva.

O termo acessibilidade relaciona-se à equiparação de oportunidades entre os indivíduos, com e sem deficiência, nas mais diversas esferas da vida, proporcionando qualidade de vida, segurança, convivência e interação entre todos. Especificamente sobre a acessibilidade, a CDPD traz em seu art. 9º:

Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
- b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

- a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;
- b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;
- c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;
- d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;
- e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;
- h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

Segundo Paula (2008, p. 32), a acessibilidade mencionada na CDPD como princípio geral:

[...] precisa ser compreendida em seu sentido amplo, como ingresso e permanência aos meios físicos e aos de comunicação (desenho universal) e aos sistemas, políticas, serviços e programas implementados pela comunidade.

Assim, acessível será o bem ou serviço com idêntico alcance para todas as pessoas, de modo que sejam eliminadas quaisquer barreiras, de ordem física, cultural, entre outras, que impeçam sua fruição irrestrita pelos indivíduos.

Como será demonstrado no tópico seguinte, a adaptação razoável de bens e serviços limitada ao ônus indevido, traduz-se como mecanismo apto a resguardar a acessibilidade, no que se refere à fruição de direitos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência.

4.2. Adaptação razoável e ônus indevido em relação à Administração Pública: um horizonte além da reserva de vagas às pessoas com deficiência

A CDPD introduziu o modelo social de compreensão da deficiência no âmbito nacional, juntamente a outros conceitos extremamente importantes para concretização do reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeitos participantes da sociedade, a saber, a adaptação razoável ou acomodação razoável e o ônus indevido ou desproporcional.

Embora não se tratem de conceitos usualmente aplicados ou originários do direito brasileiro, representam considerável avanço na implementação e efetivação dos direitos humanos para as pessoas com deficiência, com o que se evidencia a necessidade de sua aplicabilidade.

Para os propósitos da Convenção, em seu artigo 2, a adaptação razoável é identificada como:

[...] as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

Denota-se, portanto, que a adaptação ou acomodação razoável correlaciona-se à efetividade dos direitos humanos e liberdades fundamentais atribuídos às pessoas com deficiência.

Assim, muito mais do que assegurar a aquisição de novos direitos, a finalidade da adaptação razoável é ver “na prática” a operacionalização das liberdades fundamentais e dos direitos humanos às pessoas com deficiência mediante modificações e ajustes necessários e adequados, seja pelo Poder Público, seja pela iniciativa privada, que não acarretem ônus indevido ou desproporcional a quem tem o dever de adaptar.

Dentro dessa finalidade, essas modificações e ajustes englobariam tanto arranjos, técnicas, tecnologias, revisões de procedimentos, readequação de atividades, enfim, tudo o que fosse indispensável, para alteração do ambiente material ou normativo, necessários à satisfação do dever de adaptar ou acomodar, isto é, a adaptação razoável funcionaria como um mecanismo destinado a assegurar o gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, para fins de concretização dessas garantias às pessoas com deficiência.

Nas palavras de Martel (2011, p. 104):

A adaptação razoável, como exhibe a casuística estrangeira e internacional, acontece normalmente para excepcionar um ato normativo geral, ou regras gerais de entes particulares, acomodando-os às necessidades de uma pessoa, na singularidade dos obstáculos que um corpo ou uma mente enfrentam.

O conceito inovador harmoniza-se com o modelo social de compreensão da deficiência, na medida em que, se este a define como proveniente de sistemas excludentes, tratando-se de um problema político e social (Medeiros & Diniz, 2004, p. 2), somente com a eliminação dessas barreiras poder-se-á alcançar uma sociedade inclusiva e que, por consequência, prestigie o reconhecimento de todas as identidades.

Juntamente ao conceito de adaptação razoável desenvolveu-se o de ônus indevido ou desproporcional, correspondente a um fator limitativo do dever de acomodar, nos termos mencionado no artigo 2 da CDPD. Ambos os conceitos seriam, portanto, indissociáveis, na medida em que haveria, em princípio, o dever de adaptar até o limite de um ônus indevido ou desproporcional.

A adaptação razoável revela-se de fundamental importância para a construção de uma sociedade plural e democrática, na medida em que sua recusa, quando exigida e necessária, configura discriminação por motivo de deficiência, radicalmente vedada pela CDPD e caracterizada como:

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

Nesse sentido, tal como identificado por Martel (2011, p. 91):

Daí a singularidade do conceito de acomodação razoável, pois, ao modificar o conteúdo da discriminação, “demonstra o reconhecimento das barreiras ambientais como uma causa evitável das desigualdades experienciadas pelas pessoas com deficiência” (DINIZ *et.al.*, 2009, p. 70; EMENS, 2008, p. 877).

Para Aparecido Júnior (2009, p. 161), não seria necessário que houvesse uma conduta intencionalmente voltada à exclusão da pessoa com deficiência para que fosse caracterizada a discriminação, sendo suficiente a mera omissão do agente em implementar medidas tendentes à igualação das pessoas nessas condições.

Ainda em relação à adaptação razoável, a CDPD menciona em seu artigo 5, ao tratar da igualdade e da não-discriminação das pessoas com deficiência, que “a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”, sendo que o artigo 14, dispondo sobre a liberdade e segurança das pessoas com deficiência, afirma que:

2. Os Estados Partes assegurarão que, se pessoas com deficiência forem privadas de liberdade mediante algum processo, elas, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, façam jus a garantias de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e sejam tratadas em conformidade com os objetivos e princípios da presente Convenção, inclusive mediante a provisão de adaptação razoável.

A origem da adaptação razoável e do ônus indevido encontra suas raízes no direito estadunidense e no canadense, sendo atualmente também desenvolvida nos

países europeus e da União Europeia, que igualmente se valem do conceito, ainda que de forma não uníssona (Martel, 2011, p. 92-93).

O berço do instituto no direito estadunidense pode ser identificado no *Equal Employment Opportunity Act*, em 1972, cuja finalidade consistia em combater a discriminação no mercado de trabalho, sendo que as primeiras decisões judiciais em que a ideia subjacente à adaptação razoável apareceu versavam sobre a temática da discriminação religiosa⁵¹. Posteriormente, com a aprovação do *Americans with Disabilities Act – ADA*⁵², em 1990, os conceitos passaram a ser aplicados judicialmente também na proteção e efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

A trilha jurisprudencial adotada pela Suprema Corte estadunidense no que se refere à adaptação razoável e ao ônus indevido, em matéria de discriminação por motivo de deficiência, apresentou-se tímida, permitindo, em especial, neste último caso, uma interpretação limitante do ADA, bem como restritiva do que seriam propriamente a adaptação razoável e o ônus indevido.

Demanda judicial interessante e que reflete essa vertente é o caso Vande Zande, citado por Martel (2011, p. 95). Lori Vande Zande, cadeirante, apresentava em razão de sua condição escaras que a impediam de ir regularmente ao trabalho, tendo postulado ao seu empregador (Estado de Wisconsin) (1) o rebaixamento de uma pia de cozinha para que pudesse fazer uso do utensílio tal como seus colegas de trabalho, eis que acabava por utilizar apenas a pia rebaixada existente no banheiro adaptado, o que para a demandante caracterizava um padrão de estigmatização no ambiente laboral; e, (2) a restituição de horas de licença saúde referente a período em que o empregador recusou-se a permitir que trabalhasse integralmente em casa.

⁵¹ Martel (2011, p. 93) identifica dois casos emblemáticos com temática religiosa, nos quais a Suprema Corte norte-americana valeu-se, ainda que de forma embrionária, da compreensão da acomodação razoável, a saber: o caso *Yoder* e o caso *Sherbert v. Verner*. Na primeira demanda, decidiu-se que as famílias, integrantes da comunidade *Amish*, teriam direito de descumprir a legislação estadual que instituíra a compulsoriedade escolar até os 16 anos de idade. No segundo caso, a Suprema Corte entendeu que a denegação do seguro desemprego à integrante de comunidade sabática, que recusara ofertas de emprego que lhe exigiam labor no dia de descanso e culto, feria indevidamente a manifestação da liberdade religiosa.

⁵² Trata-se de lei versando sobre direitos civis, aprovada pelo Congresso estadunidense, destinada a combater a discriminação por motivo de deficiência.

Os pedidos fundamentados no ADA foram rechaçados pelo *Chief Judge Posner*⁵³ da Suprema Corte estadunidense em sede de apelação, causando polêmica pela ausência de análise efetiva dos custos e benefícios que as medidas de adaptação trariam, associados a uma interpretação limitada acerca da estigmatização e dano moral experimentados pela demandante, bem como das diretrizes e finalidade do ADA, que é justamente impedir a discriminação por motivo de deficiência.

No âmbito canadense, os conceitos de adaptação razoável e de ônus indevido advieram de uma importação da jurisprudência estadunidense, sendo que, inicialmente, o Canadá apresentava tradição jurídica deveras conservadora quanto à discriminação por motivo de deficiência, em especial, por não reconhecer doutrinas como a do impacto adverso⁵⁴. Entretanto, o direito canadense trilhou caminho mais abrangente que os Estados Unidos, sendo atualmente considerado referência singular na construção jurisprudencial sobre o tema da adaptação ou acomodação razoável (Martel, 2011, p. 98).

Isso porque a construção do tema pela jurisprudência canadense buscou correlacionar os conceitos de adaptação razoável e de ônus indevido de forma indissociável.

Assim, ao contrário do que identificado pela tradição estadunidense, que permitia uma adaptação não razoável em si mesma, ainda que os ônus fossem mínimos, como ocorrido no caso *Vande Zande*, em que o custo para rebaixamento da pia era de apenas cento e cinquenta dólares; para a jurisprudência canadense, a não razoabilidade da acomodação ou adaptação dependeria sempre da prova do ônus indevido.

⁵³ Segundo Martel (2011, p. 95), para Posner: “[...] a dificuldade residiria em definir o termo razoável. Para a demandante, razoável seria a acomodação *eficaz* para o indivíduo. Os custos não entrariam na definição de razoável, mas de ônus indevido. Posner discordou. Sugeriu que razoável fosse interpretado como uma adjetivação que enfraquece acomodação, ou seja, no sentido que a palavra é aplicada no direito civil (*e.g.* esforço razoável, diligência razoável), indicando um empreendimento ordinário, sem significar a realização do máximo possível ou do máximo desejável (*Id.*). [...] Na concepção de Posner, o exame dos custos entra em cena em um segundo momento, no qual quem requisita a acomodação deve demonstrar que ela é: (a) eficaz e (b) proporcional aos custos. Já o sujeito passivo do dever de acomodar pode apresentar duas escusas: (a) custos excessivos em relação aos benefícios e (b) impossibilidade diante de sua real condição financeira (*Id.*).”

⁵⁴ Tal como mencionado no capítulo anterior, a discriminação por impacto adverso tem lugar quando se observam medidas ou políticas públicas que, a princípio, possuem uma vertente inclusiva, porém, revelam-se prejudiciais aos grupos minoritários que por elas seriam beneficiados.

Desse modo, para a Corte canadense sempre existiria um ônus no dever de acomodar, em princípio, aceitável. Somente quando este fosse considerado indevido não haveria o dever de acomodar pelo sujeito passivo. Ainda, não apenas o empregador seria sujeito passivo do dever de acomodar como também sindicatos, condomínios residenciais, entre outros, haja vista que a discriminação por motivo de deficiência não estaria atrelada apenas às relações empregatícias mas a todos os espaços públicos, e em algumas vezes, privados, por traduzir-se a acomodação razoável “em um processo de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo” (Martel, 2011, p. 98).

Assim, na efetivação da acomodação razoável, as partes envolvidas demonstrariam a um só tempo a necessidade e os pedidos de adaptação, em se tratando do sujeito solicitante, em contrapartida à demonstração do ônus, por aquele que tem o dever de adaptar.

Por sua vez, no que tange à caracterização do ônus indevido, a construção da Corte canadense estabeleceu ao longo dos anos, segundo apontamentos de Martel (2011, p. 98):

[...] seis fatores a serem considerados na aferição do ônus indevido no ambiente de trabalho: (a) custos financeiros; (b) impacto em acordos coletivos conquistados pelos trabalhadores; (c) questões relativas à disposição e ao animo do empregado para o trabalho; (d) permutabilidade da estrutura material de trabalho e da organização dos trabalhadores; (e) porte do empregador; (f) segurança. Em situações concretas, analisa-se o *peso* que será conferido a cada um dos fatores (Central Alberta Dairy Pool v. Alberta).

Desse modo, na compreensão do ônus indevido ou desproporcional, a jurisprudência canadense absteve-se dos padrões interpretativos norte-americanos, procurando identificar e utilizar conceitos como “minimal impairment” (existência de meios menos lesivos aos direitos constrictos) para fins de acomodação razoável, na medida em que havendo a necessidade de adaptação e descaracterizado ou não comprovado o ônus indevido, haveria proporcionalidade e adequação à acomodação realizada.

A despeito das possíveis interpretações e aplicabilidade atribuídas ao conceito de adaptação razoável e de ônus indevido nos Estados Unidos e Canadá, sua adoção pela CDPD revela tendência mundial, escolhida pelos países integrantes da ONU, em utilizar esses instrumentos como mecanismos de inclusão

e combate à própria discriminação por motivo de deficiência, seja por impacto direto ou adverso, justamente porque a um só tempo, a adaptação razoável reconhece as barreiras sociais que impedem a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, típica do modelo social de compreensão da deficiência, e ainda otimiza a oferta e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência.

Ademais, o artigo 4 da CDPD obriga os entes signatários (Estados Partes) a atuar de maneira positiva para a implementação de seus dispositivos que, segundo Aparecido Júnior (2009, p. 162), incluem:

Além das já citadas obrigações de modificar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes que constituírem discriminação (item “1”, alínea “b”) e realização e promoção de pesquisas e desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal destinados a atender às necessidades específicas das pessoas com deficiência (item “1”, alíneas “f” e “g”), este artigo afirma expressamente que as disposições da Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos (item “5”).⁵⁵

No cenário brasileiro, a CDPD, como mencionado anteriormente, restou introduzida no âmbito jurídico por força do procedimento descrito no art. 5º, §3º da Constituição Federal, o que lhe garantiu *status* de norma constitucional.

Assim, pode-se considerar que a produção legislativa existente e a que venha a ser produzida devem se adaptar e ser interpretadas em conformidade com os enunciados descritos do documento internacional e seu protocolo facultativo, sob pena de não-receptividade e consequente incompatibilidade com a Constituição Federal⁵⁶, sendo que “as diretrizes interpretativas sugeridas” da CDPD “têm como base a inclusão e a participação igualitária e digna de todos os seres humanos nos mais diversos espaços” (Martel, 2011, p. 104).

⁵⁵ A definição do que seria desenho universal encontra-se estabelecida no artigo 2 da CDPD: “‘Desenho universal’ significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O ‘desenho universal’ não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.”

⁵⁶ Corroborando essa constatação, Aparecido Júnior (2009, p. 154) menciona: “[...] se a razão do controle de constitucionalidade é garantir a supremacia da Constituição Formal, de modo a resguardar a sistematização hierárquica do ordenamento e a própria segurança jurídica da Nação, e o tratado internacional inserido no ordenamento brasileiro sob o procedimento do §3º do art. 5º integra, como visto, a própria Constituição formal, nada mais lógico que a consequente possibilidade do controle de constitucionalidade sob seu fundamento”.

Por certo, parte do conteúdo da CDPD tem caráter programático. Entretanto, no que se refere à adaptação razoável haveria autoaplicabilidade do conceito, considerando-se sua finalidade, inerente à garantia de exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, como mecanismo impeditivo de uma discriminação por motivo de deficiência.

Ao sugerir um modelo interpretativo do binômio adaptação razoável e ônus indevido ou desproporcional pelo ordenamento jurídico nacional, Martel (2011, p. 106-107) identifica o primeiro conceito como direito fundamental, em razão tanto da orientação da CDPD quanto da concepção de discriminação, na medida em que se existe o direito de não ser discriminado, há por via reflexa o dever de não discriminar, sendo que o direito à acomodação razoável estaria adstrito, acaso existente, ao limite do ônus indevido ou desproporcional.

Isto é, já se vislumbra inicialmente a mesma lógica adotada pela jurisprudência canadense, de que toda a adaptação ou acomodação razoável demanda um ônus, em princípio, devido ou proporcional. Em sendo desproporcional tal ônus ou indevido, carece o demandante do direito à adaptação bem como desnecessário o dever de acomodar.

Desse modo, a aplicabilidade do conceito da acomodação razoável é medida indiscutível tanto nos cenários legislativo, judicial ou mesmo político brasileiros, sendo necessário ao administrador público sua incorporação para fins de políticas públicas no que se refere às pessoas com deficiência.

Por tratar-se a adaptação razoável e o ônus indevido ou desproporcional de conceitos extremamente inovadores nacionalmente, em razão de sua gênese estrangeira, ainda não se faz possível determinar com precisão qual será a vertente adotada pelo sistema jurídico nacional quanto à sua interpretação e alcance.

É inegável que a análise do que se reputa razoável bem como do que seria indevido ou desproporcional no dever de acomodar demanda um exame caso a caso, até por ser a adaptação razoável típica de um processo dialógico, tal como identificado pela jurisprudência canadense (Martel, 2011, p. 98).

Ademais, em situações de conflito caberá ao Judiciário intervir na resolução da lide apresentando interpretação sobre o alcance e extensão dos conceitos no caso em concreto.

O que se deve ter em mente é que a orientação da Carta Magna, que se encontra fundada em um modelo inclusivo de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), apta a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), associada aos preceitos da CDPD e seu protocolo facultativo, ratificados pelo Brasil, enseja uma interpretação inclusiva e democrática ao binômio adaptação ou acomodação razoável e ônus indevido.

E para quem é devida a acomodação razoável? Os destinatários titulares do direito à adaptação razoável seriam as pessoas com deficiência, assim identificadas pelo grupo de indivíduos enquadrados de acordo com o “modelo social aglutinado a componentes do biomédico” de deficiência (Martel, 2011, p. 105).

No que tange ao sujeito passivo do dever de acomodar estariam incluídos não apenas o Poder Público em sua multiplicidade de órgãos e ramificações como também as pessoas naturais e os entes privados, tais como empresas, associações, organizações sindicais, na medida em que a adaptação razoável não se limita às relações empregatícias apenas, abarcando quaisquer situações em que verificada discriminação por motivo de deficiência.

Recapitulando, a CDPD revela em seu artigo 1 que pessoas com deficiência são aquelas que apresentam impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou mesmo sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem causar obstrução de sua efetiva e plena participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ainda que identificado o impedimento corporal, de natureza clínica, componente de um modelo biomédico interpretativo, a deficiência passa a ser compreendida em sua repercussão social, ou seja, em como a sociedade se posiciona frente a uma pessoa com esses impedimentos.

A grande dificuldade para a aplicação prática do dever de acomodar, quando necessário, advém do entendimento sobre o que seria razoável⁵⁷, bem como sobre o que seria indevido nesse dever (Martel, 2011, p. 105).

Dificuldade, por sinal, também experimentada pelos países com tradição na utilização dos conceitos referidos (Estados Unidos e Canadá), os quais possuem interpretações distintas sobre a razoabilidade e a proporcionalidade tanto da adaptação quanto do ônus devido para tanto, como se pôde observar das demandas judiciais ilustradas anteriormente⁵⁸.

Sendo a adaptação postulada caso a caso como forma de aperfeiçoar a fruição de direitos humanos e liberdades fundamentais, tanto seu exame bem como ao que corresponderia o ônus indevido ou desproporcional, igualmente demandarão apreciação da situação *in concreto* por quem tem o dever de adaptar e pelo próprio Judiciário, quando instigado a pronunciar-se.

Seguindo a linha interpretativa proposta por Martel (2011, p. 105) quanto à compreensão do binômio adaptação razoável e ônus indevido, a qual se utiliza da investigação de Humberto Ávila quanto ao significado de razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, identificam-se três acepções do termo razoável, a saber:

- (a) razoabilidade como equidade: diretriz que exige que os enunciados gerais e abstratos sejam apreciados à luz das singularidades do caso concreto, impondo harmonização do enunciado com as particularidades. Indicaria a *justiça particular*.
- (b) razoabilidade como congruência: é necessário um afinamento entre os enunciados normativos e suas condições externas de aplicação, exigindo-se uma causa real que justifique a adoção do enunciado;
- (c) razoabilidade como

⁵⁷ Pereira (2006, p. 312-318) identifica controvérsia quanto à possibilidade ou não de tratar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como noções equivalentes. Ambos estariam, de fato, associados à ideia de justiça material, moderação e racionalidade, servindo como parâmetros de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, decisões judiciais e leis. De origem históricas diversas, a autora aponta que na jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal não estabelece distinção concreta entre os referidos princípios, havendo certa tendência em tratá-los como categorias intercambiáveis. Não obstante, a autora enfatiza tratar-se de conceitos distintos, o que também é defendido por Ávila (2011), sendo que a proporcionalidade estaria afeta ao exame tripartite efetuado historicamente pelo direito alemão, consistente na aferição das relações entre fins e meios através de um juízo sobre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por sua vez, a razoabilidade teria significado menos preciso, empregada a outros juízos de ordem substantiva que transcenderiam à análise da relação entre fins e meios e à correlata verificação do trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das restrições a direitos.

⁵⁸ Para a jurisprudência americana, razoável seria um fator limitante da adaptação, associado ao que seria usual exigir de um indivíduo. Por sua vez, na tradição canadense, razoável estaria relacionado ao máximo de esforço possível para alcançar a adaptação necessária, limitada pelo ônus indevido (Martel, 2011, p. 106).

equivalência: atua vinculando duas grandezas, a medida e o critério que a dimensiona (*e.g.*, a pena e o ato cometido) (ÁVILA, 2009, p. 156 e ss.). Usa-se também a razoabilidade como aquilo que é ordinário, corriqueiro. [...] Dentre as acepções identificadas por Ávila (2009), acredita-se que a razoabilidade como equidade é a que mais se aproxima da adaptação razoável, uma vez que indica o amoldamento de enunciado geral e abstrato às particularidades do caso.

Em relação à razoabilidade compreendida como equidade, Ávila (2010, p. 156-157) ilustra que:

Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições prevista em sua hipótese satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. [...] Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral.

[...]

Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral.

A sugestão para a utilização da razoabilidade compreendida como equidade para fins de caracterização da acomodação exigida pela CDPD permite concluir pela aplicação de medida de forma mais justa possível, adaptando a legislação, o ato normativo, por meio de ajustes e modificações necessários ao caso concreto, de forma a permitir a máxima e eficaz fruição dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, limitados ao ônus indevido.

Acaso assim não o fosse, a orientação da CDPD seria apenas norma de conteúdo programático, o que, efetivamente, não corresponde à finalidade do instrumento da adaptação razoável, que é tornar eficaz o gozo ou exercício, em igualdade de oportunidades com os demais sujeitos sociais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência.

Na identificação do que corresponderia ao ônus indevido ou desproporcional, na trilha da pesquisa efetuada por Martel (2011, p. 106), sugeriu-se que sua interpretação seja promovida tomando-se por referência, como visto no parágrafo anterior, a razoabilidade da acomodação como uma adaptação eficaz para o ambiente material e normativo frente às necessidades da pessoa com deficiência, impondo-lhe o mínimo de segregação e estigma possível. Isso porque

ambos os conceitos, adaptação razoável e ônus indevido, caminham conjuntamente, porquanto não se pode falar em adaptação razoável quando existente ônus desproporcional ou indevido.

Do mesmo modo, como apontado anteriormente, em toda adaptação ou acomodação haverá um ônus a quem tem o dever de acomodar, para fins de evitar a discriminação por motivo de deficiência. Tal ônus, em princípio, deve ser considerado devido ou proporcional.

A prova da desproporcionalidade do ônus, imposta a quem possui o dever de adaptar, exime-o da acomodação, porquanto esta prescinde de sua razoabilidade.

Recapitulando o que foi dito, a adaptação razoável corresponde a um processo dialógico, à proporção que as medidas necessárias mais aptas são solicitadas por aquele que sofre a discriminação por motivo de deficiência em razão da ausência do ajuste necessário, frustrando-lhe o gozo eficaz de um direito ou liberdade fundamental.

Acaso houvesse a implementação da medida ou ajuste postulado, não haveria a discriminação e, conseqüentemente, poder-se-ia considerar integralizado o exercício do direito tido por violado ou desrespeitado. Para aquele responsável pelo dever de adaptar, quando entendida desnecessária a medida ou o ajuste razoável postulado, incumbir-lhe-ia a obrigação de comprovar a desproporcionalidade de seu ônus, seja porque a medida solicitada não será eficaz, seja porque “a adaptação bloqueia o fim pretendido” ou ainda porque a comparação entre os custos e benefícios não seria justificável (Martel, 2011, p. 107).

O exame, como visto, será efetuado observando-se o caso em concreto, competindo ao solicitante demonstrar a necessidade e eficácia do ajuste ou transformação que se pretende razoável, justamente porque aquele que experimenta a deficiência na sociedade pode identificar que barreiras devem ser transpostas ou elididas para o gozo de um direito humano ou liberdade fundamental.

Nesse sentido, a título de exemplo, observe-se recente sentença do Primeiro Juizado Especial Cível de Taguatinga, referente à Ação de Reparação de Danos,

postulada por H.F.S. em face de A.W.G. (Autos n. 2011.07.1.012065-7), na qual restou reconhecido procedente o pedido de indenização por danos morais no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), acrescido de juros moratórios legais a partir da citação e correção monetária. Na oportunidade, o juízo singular consignou que a autora, pessoa com deficiência visual, teve violado seu direito constitucional à acessibilidade, configurando discriminação com violação a direitos de sua personalidade.

A fim de melhor compreender o caso, a situação fática que se afigurava era a seguinte: H.F.S., pessoa com deficiência visual (baixa visão), buscou matricular-se na academia de ginástica A.W.G., tendo sido impedida de fazê-lo diante da recusa do estabelecimento em oferecer um atendimento diferenciado à autora nos primeiros dias de atividade física, consistente na disponibilização de um funcionário para acompanhar-lhe até que a autora se acostumasse à disposição física dos aparelhos de musculação. Embora constasse do termo de adesão do referido estabelecimento a previsão de orientações iniciais aos novos alunos, no que poderia ter sido incluída a situação da autora, sua matrícula foi condicionada à contratação de um serviço de “personal trainer”, o que, no entendimento do juízo singular, configurou discriminação por motivo de deficiência, eis que a disponibilização de funcionário *in casu* caracterizar-se-ia como adaptação razoável, não se podendo aduzir qualquer desproporcionalidade do ônus imposto à academia. Ademais, a filha da autora, profissional da área de Educação Física comprometera-se a acompanhar a mãe em alguns dias da semana na realização das atividades físicas.

Na oportunidade, como visto, o juízo singular aplicou na fundamentação da decisão o conceito de adaptação razoável, apresentando, ainda, trecho de voto condutor, proferido em sede de julgamento do MS 9613 (Processo n. 98/0022827-6)⁵⁹, proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Delgado,

⁵⁹ Eis a ementa do julgado: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTAR. DEFICIENTE FÍSICO. UTILIZAÇÃO DA TRIBUNA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ACESSO NEGADO. ILEGALIDADE. IGUALDADE DE TRATAMENTO. VALORIZAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. 1. Concessão de mandado de segurança em favor de Deputada Estadual portadora de deficiência física para que sejam criadas condições materiais, com a reforma da Tribuna para lhe permitir fácil acesso, de expor, em situação de igualdade com os seus pares, as idéias pretendidas defender, garantindo-lhe o livre exercício do mandato. 2. Odiosa omissão praticada pelo Presidente da Assembléia Legislativa por não tomar providências no sentido de adequar a Tribuna com acesso fácil para a introdução e a permanência

anterior à assinatura e ratificação da CDPD pelo Brasil, mas que já antecipava enunciados sobre a matéria, compatíveis com a conceituação social de deficiência e mesmo quanto à necessidade de adaptação razoável como mecanismo impeditivo de medidas discriminatórias:

[...]

“ENUNCIADO N° 1: A Magna carta, assim como toda a legislação regulamentadora, é clara e contundente em fixar condições obrigatórias à integração das pessoas portadoras de deficiência, seja física, mental ou sensorial auditiva e visual, na sociedade, a fim de tornar o espaço acessível a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, no equipamento e mobiliário urbano, nos edifícios e sua mobília, nas modalidades de transportes públicos que impeçam ou dificultem a livre circulação de qualquer pessoa, regras essas a serem observadas na construção e logradouros e dos edifícios de uso público, assim como nos já existentes;

[...]

ENUNCIADO N° 7: deve-se abandonar a idéia de desenhar e projetar obras para homens perfeitos (Adônis), de beleza rara, quando a nossa sociedade é plural;

ENUNCIADO N° 8: de acordo com a Organização Mundial de Saúde - OMS, em estatísticas feitas para países do primeiro mundo, em cada dez pessoas no mundo, há uma com deficiência física, mental ou sensorial auditiva e visual;

ENUNCIADO N° 9: há de se procurar, o mais rápido possível, romper essas barreiras que causam obstáculos às PPD's (pessoas portadoras de deficiências), direcionando os esforços pelo reconhecimento do direito e pela aplicação efetiva daquilo que foi conquistado constitucionalmente e pelas organizações públicas e privadas nas suas respectivas esferas. Exige-se, pois, a aplicação rigorosa dessa garantia fundamental, inclusive na reelaboração das leis existentes e dos casos omissos, de modo a garantir tais conquistas, para uma mais rápida adaptação das pessoas com deficiência na

da impetrante em seu âmbito, a fim de exercer as prerrogativas do mandato em posição equânime com os demais parlamentares. 3. Interpretação do art. 227, da CF/88, e da Lei nº 7.853, de 24/10/89. 4. Da Tribuna do Egrégio Plenário Legislativo é que, regimentalmente, serve-se, obrigatoriamente, os parlamentares para fazer uso da palavra e sustentar posicionamentos e condições das diversas proposições apresentadas naquela Casa. 5. É a Tribuna o coração do parlamento, a voz, o tratamento democrático e necessário a ser dado à palavra de seus membros, a própria prerrogativa máxima do Poder Legislativo: o exercício da palavra. 6. A Carta Magna de 1988, bem como toda a legislação regulamentadora da proteção ao deficiente físico, são claras e contundentes em fixar condições obrigatórias a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade para a integração dessas pessoas aos fenômenos vivenciados pela sociedade, pelo que há de se construir espaços acessíveis a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente nas Casas Legislativas. 7. A filosofia do desenho universal neste final do século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam exercer, integralmente, suas atividades. 8. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido para reconhecer-se direito líquido e certo da impetrante de utilizar a Tribuna da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, nas mesmas condições dos demais Deputados, determinando-se, portanto, que o Presidente da Casa tome todas as providências necessárias para eliminar barreiras existentes e que impedem o livre exercício do mandato da impetrante. 9. Homenagem à Constituição Federal que deve ser prestada para o fortalecimento do regime democrático, com absoluto respeito aos princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do exercício livre do mandato parlamentar. (RMS 9613/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/1999, DJ 01/07/1999, p. 119)

sociedade, de modo a incluí-las para que possam ter uma vida como outra pessoa qualquer, resguardando-se-lhes todos os direitos de cidadão".

O caso apreciado pelo juizado especial cível de Taguatinga, de fato, envolvia questão afeta à adaptação razoável e não acessibilidade propriamente dita.

Conforme mencionado anteriormente, a acessibilidade corresponde à possibilidade de fruição irrestrita por todos os indivíduos, com e sem deficiência, de bens e serviços. Ou seja, acessibilidade correlaciona-se à vida de forma independente e participação plena de todos os aspectos da vida.

A adaptação razoável, por sua vez, constitui-se nas modificações e ajustes necessários e adequados, que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, destinados a assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Note-se que há uma diferença, por diversas vezes tênue, entre a acessibilidade e a necessidade de adaptação razoável.

Deve-se ter em mente que a acessibilidade constitui-se em garantia de acesso e de vida independente, que atinge todos os indivíduos, com e sem deficiência. Acessibilidade correlaciona-se ao desenho universal (vide nota de rodapé n. 51), à possibilidade de fruição de bens e serviços nos mais variados aspectos da vida; ao passo que a adaptação razoável traduz-se no ajuste ou modificação necessários para o gozo e exercício de direitos fundamentais, dentre os quais, a própria acessibilidade.

Na hipótese do julgamento da demanda de indenização por danos morais proposta por H.F.S., pessoa com deficiência visual (baixa visão), em face da academia de ginástica A.W.G, a recusa do estabelecimento comercial em oferecer um atendimento diferenciado à autora nos primeiros dias de atividade física, caracteriza situação em que se exige adaptação razoável da academia.

Isso porque o acesso aos equipamentos de musculação e à academia em si não lhe foi obstado. O condicionamento da matrícula de H.F.S. à contratação de um serviço de “personal trainer” — quando o próprio termo de adesão do referido

estabelecimento continha previsão de orientações iniciais aos novos alunos, no que poderia ter sido incluída a situação da autora — ocasionou discriminação por motivo de deficiência, na medida em que a disponibilização de funcionário caracterizar-se-ia como adaptação razoável, não se podendo aduzir qualquer desproporcionalidade de ônus imposto à academia.

No que tange à desproporcionalidade do ônus, Martel sugere um caminho a ser trilhado na esteira da jurisprudência canadense, por seu conteúdo mais rico e abrangente do que a tradição estadunidense. Desse modo, na identificação do ônus indevido ou desproporcional seria necessário o arbitramento de uma gama de fatores, dispostos em dois grupos:

O primeiro é justamente a finalidade buscada pela medida geral que se pretende excepcionar via acomodação. Se o objetivo da medida for frustrado ou obliterado de modo relevante, o ônus será indevido. Não basta a quem adotou a medida mostrar que ela foi tomada de boa-fé, de modo imparcial e igualitário. A defesa só será completa se for demonstrado que a adaptação bloqueia o fim pretendido. O segundo, a comparação minuciosa entre custos e benefícios. (Martel, 2011, p. 107)

Note-se, porém, que na comparação entre custos e benefícios, o fator econômico-financeiro não pode ser o único a ser levado em consideração, porquanto, como revela a autora, a finalidade da adaptação razoável é beneficiar um contingente de indivíduos que se veem alijados do gozo de determinados direitos e liberdades fundamentais, pelo que devem ser sopesados além dos custos monetários, os custos de estigmatização, os decorrentes da segregação diária das pessoas com deficiência.

Por certo, tratando-se do Poder Público, quando sujeito passivo do dever de acomodar, os custos econômico-financeiros devem ser considerados, haja vista os princípios norteadores da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput* da Carta Magna. Todavia, sua utilização como único fator de arbitramento do ônus indevido ou desproporcional, tornaria letra morta o conteúdo jurídico da adaptação razoável.

Nesse sentido, Aparecido Júnior (2009, p. 162) ressalta:

Tornando obrigatória a “adaptação razoável, e enfatizando a necessidade de observação da razoabilidade dos ônus a suportar para as adaptações imprescindíveis à eliminação das condições e situações de discriminação contra

pessoas com deficiência, o texto autoriza a realização de planejamento [...] par a implementação de seus comandos, ocasionando uma dupla consequência: o reconhecimento de que o contínuo atuar para a eliminação da discriminação contra pessoas com deficiência é uma das prioridades do Estado (como a saúde, educação, saneamento, etc.), e a imediata elisão do argumento da falta de recursos para implementar seus desideratos — [...]. O que não é lícito (agora de maneira muito mais clara que antes da incorporação formal do texto do Tratado à Constituição Federal) é simplesmente não tomar o Administrador ou Legislador providências para eliminar ou minorar a discriminação denunciada pela Convenção.

Relembre-se, por oportuno, que por se tratar tanto a adaptação razoável quanto o ônus indevido ou desproporcional de conceitos extremamente inovadores no cenário nacional, ainda não se faz possível determinar com precisão qual será a vertente adotada pelo sistema jurídico nacional quanto à sua interpretação e alcance, pois, como identificado, poucas são as decisões judiciais sobre o tema, não tendo sido localizada nenhuma decisão proferida especificamente sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, as ponderações formuladas servem como balizamentos sugestivos para aplicabilidade dos conceitos de adaptação razoável e de ônus indevido nos casos concretos, ressaltando que tanto o Legislativo quanto o Judiciário terão papel decisivo na efetivação da CDPD, este último, quando frustrado o diálogo entre o demandante da adaptação razoável e quem tem o dever de adaptar.

Feitas essas considerações, retoma-se ponto do presente estudo no qual se faz necessária a análise dos conceitos de adaptação razoável e do ônus indevido frente à reserva legal de vagas às pessoas com deficiência nos concursos públicos para ingresso em cargos e empregos públicos.

Restou identificado que as disposições do Decreto Federal n. 3.298/1999 e da Lei Federal n. 7.853/1999 permanecem válidas, devendo ser contextualizadas e harmonizadas com a CDPD, em virtude de seu *status* de emenda constitucional.

Assim sendo, o art. 37 do Decreto Federal n. 3.298/1999, ao tratar do direito da pessoa com deficiência 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, garante ao candidato valer-se da adaptação razoável caso lhe seja obstada participação no certame ou mesmo sua posse, em virtude de discriminação por motivo de deficiência.

Tal entendimento decorre do fato de que, sendo a adaptação razoável instrumento destinado a impedir a discriminação por motivo de deficiência ao mesmo tempo em que se destina a efetivar o gozo e fruição dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao Poder Público também é imposta a adaptação razoável para tornar acessível a realização das tarefas inerentes ao cargo, emprego, função, objeto do certame, quando compatíveis as atribuições que se pretende desempenhar e os limites e impedimentos corporais experimentados pelo candidato aprovado no certame.

Por certo, a teor do que dispõe o referido art. 37 do Decreto Federal n. 3.298/1999, deve haver compatibilidade entre as atribuições do cargo ou emprego público, objeto da reserva legal de vagas, e os impedimentos corporais experimentados pelo candidato. Acaso assim não o seja, caracterizar-se-á a desproporcionalidade do ônus, afastando-se o dever de acomodar pela Administração Pública.

Desse modo, seguindo a sistemática do art. 43 do Decreto Federal n. 3.298/1999, compete à Administração Pública, *in casu*, o órgão responsável pela realização do concurso demonstrar, desde logo, no edital regulador do certame a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar, com assistência de equipe multiprofissional, composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, que emitirão parecer acerca da viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas, bem como sobre a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize para realização das provas, dentre outras medidas.

Note-se que a referida equipe multiprofissional será também responsável por avaliar a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório, quando já nomeado para exercício do cargo ou emprego para o qual foi habilitado em concurso público, nos termos do art. 43, §2º do mencionado decreto federal, sendo que a análise dos aspectos relativos ao potencial de trabalho do candidato portador de deficiência obedecerá

ao disposto no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁶⁰, conforme previsto no art. 44 do indigitado decreto.

O que se deve ter em mente é que, havendo a compatibilidade entre as atribuições do cargo ou emprego e as limitações de ordem corporal experimentadas pelo candidato, ao Poder Público será devida a adaptação razoável do ambiente de trabalho, com a implementação dos ajustes e transformações necessários, para o regular exercício do labor para o qual o candidato tenha sido habilitado, por meio da aprovação em certame público, não podendo a Administração Pública valer-se de escusas para impedir sua nomeação quando aprovado dentro do número de vagas⁶¹.

⁶⁰ Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: (vide EMC nº 19)

I - assiduidade;

II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade.

§ 1º 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.

§ 3º O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, e somente poderá ser cedido a outro órgão ou entidade para ocupar cargos de Natureza Especial, cargos de provimento em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de níveis 6, 5 e 4, ou equivalentes. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 4º Ao servidor em estágio probatório somente poderão ser concedidas as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 81, incisos I a IV, 94, 95 e 96, bem assim afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Federal. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

⁶¹ Importante registrar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal modificou entendimento até então consolidado no sentido de que o direito à nomeação em vaga, objeto de concurso público, corresponderia à mera expectativa do candidato. Com o julgamento do mérito do RE n. 598.099/MS, em que reconhecida a repercussão geral da matéria, conforme ementa transcrita a seguir, passou-se a reconhecer como líquido e certo o direito à nomeação para o candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo certame, durante seu prazo de validade: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do

E nesse aspecto, a equipe multidisciplinar, responsável pela identificação da compatibilidade entre as atribuições do cargo/emprego e a deficiência do candidato deve descartar uma abordagem exclusivamente fulcrada no modelo

concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314)”

biomédico de compreensão da deficiência, para adotar uma perspectiva mais inclusiva, tal como proposto pelo modelo social de deficiência, em razão de sua inclusão pela CDPD, que se fez integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro.

Somente será afastado o dever de acomodar quando comprovado o ônus indevido ou desproporcional da medida. Como visto anteriormente, na comparação entre custos e benefícios inerentes à caracterização do ônus devido, o fator econômico-financeiro não pode ser o único a ser levado em consideração, devendo ser sopesados além dos custos monetários, os custos de estigmatização, os decorrentes da segregação diária das pessoas com deficiência, a necessidade de medidas inclusivas, a fruição dos direitos humanos e liberdades fundamentais, caso contrário o conteúdo jurídico da adaptação razoável seria letra morta.

Por fim, atente-se que, em se tratando de cargo ou emprego público integrante de carreira em que se exija aptidão plena do candidato não será possível a reserva legal de vagas, a teor do art. 38, II do Decreto Federal n. 3.298/1999, afastando-se, por consequência, o dever do Poder Público em efetuar as medidas de adaptação.

Nesse sentido, Martel (2011, p. 105):

[...] todas as pessoas com deficiência fazem jus à adaptação razoável, desde que possuam as competências, qualificações, títulos, etc., necessários ao cargo, função ou atividade para a qual pleiteiam a adaptação. Por exemplo, uma pessoa cega não poderá – até o momento – exigir adaptação razoável para a função de motorista de ônibus, eis que não detém, justificadamente, habilidades e certificações exigidas. Mas poderia fazê-lo para assumir o cargo de procurador do estado, caso aprovado em concurso e com as devidas qualificações universitárias. No tema, há um cuidado importante. A deficiência por vezes oblitera integralmente o exercício de algumas atividades, inexistindo uma acomodação razoável apta a ofertar alternativas. Porém, há um sem número de hipóteses nas quais é o hábito arraigado e já irrefletido que leva a imaginar que uma pessoa com determinada deficiência não poderá exercer certas atividades. Não se pode esquecer que um dos propósitos da adaptação razoável é justamente a abertura para revisão de práticas, hábitos, métodos com os quais se molda o ambiente.

Não se pode perder o foco quanto à finalidade da adaptação razoável, em razão de seu caráter inclusivo, de modo que sendo viável a adaptação e não havendo comprovação de um ônus indevido, as transformações exigidas para fruição do direito fundamental devem ser implementadas.

Sendo a adaptação razoável mecanismo que igualmente concorre para um satisfatório reconhecimento intersubjetivo (autorrealização) dos indivíduos com deficiência no meio social, seus benefícios são extensíveis não apenas a quem postula a medida inclusiva, mas a todo aquele que potencialmente seria atingido por ela, bem como à sociedade como um todo, haja vista que a acomodação razoável visa obstar situações discriminatórias, ao mesmo tempo em que contribui para uma ampliação do horizonte normativo de uma comunidade.

De fato, Minow (2008) argumenta que as adaptações efetuadas em prol de uma única pessoa com deficiência podem reverter em benefício de outros indivíduos que, num primeiro momento, sequer cogitaram ser atingidos por tal necessidade. Ambientes adaptados serviriam igualmente para integrar pessoas com e sem deficiência.

Sendo o direito ao trabalho direito fundamental, sua efetiva fruição pelas pessoas com deficiência contribui para a rede de reconhecimento destinada à formação da identidade subjetiva dos membros sociais, como expressão da dignidade do ser humano. Do mesmo modo, a reserva legal de vagas às pessoas com deficiência nos concursos públicos revela-se como medida inclusiva, de reconhecimento do valor subjetivo.

Ciente de que é o sentimento de orgulho do grupo ou de honra coletiva, tal como a igualdade de condições com os demais membros sociais, na condição de reflexo de um reconhecimento jurídico que confere aos indivíduos a sensação de pertencimento social, as barreiras, de ordem arquitetônica, cultural, moral devem ser transpostas para que a sociedade se torne cada vez mais inclusiva e ampliado seu horizonte normativo.

Nesse sentido, a adaptação razoável revela-se como instrumento indispensável para construção de uma sociedade plural, democrática e inclusiva.