A TUTELA ESPECÍFICA COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DO ACESSO AO EMPREGO PÚBLICO PELAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

IVANA APARECIDA GRIZZO RAGAZZI*
TELMA APARECIDA ROSTELATO**

Recebido para publicação em 14.08.2008

RESUMO: O presente estudo ocupa-se em avaliar a intrincada questão da reserva de vagas nos empregos públicos, para as pessoas portadoras de deficiência, demonstrando a preocupação do legislador constituinte para com a inclusão social destas pessoas, através do direito social ao trabalho, enfocando para tanto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao qual, de certa maneira, é atribuída a responsabilidade pelo alicerçamento dos demais princípios constitucionais, mormente o da igualdade, que é brevemente comentado, além de delinear os aspectos voltados à efetivação dos direitos da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho, enfocando os instrumentos processuais disponíveis no nosso ordenamento, englobados o processo individual e o coletivo, originando deste os interesses e direitos transindividuais, que se classificam em coletivo, difuso e individual homogêneo. Para a coleta de dados, utilizou-se os institutos jurídicos que tratam do tema e de questões correlatas, bem como de doutrinas nacionais e estrangeiras, revistas, jurisprudências e outras publicações. Por fim, concluem que para a efetivação do direito ao emprego público, às pessoas portadoras de deficiência, faz-se necessária a observância à tutela específica, de modo a implementar-se a adequada prestação jurisdicional, desencadeando o atingimento à justiça e com isso viabilizando definitivas transformações no mercado de trabalho, por implementar o efetivo cumprimento dos desideratos constitucionais, que propugnam pela disponibilização de meios aptos para acessibilidade ao mercado de trabalho, sobretudo pela reserva de vagas para os empregos públicos, disponibilizadas às pessoas portadoras de deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Deficiente. 2. Emprego Público. 3. Vagas Reservadas.

ABSTRACT: The present study intends to evaluate the intricate issue of the reserve of openings in civil services for people with disabilities, manifesting the legislator worry with respect to the social inclusion of these ones through the work social right, considering for that the human person dignity constitutional principle to which, in a certain way, is atributed the responsibility for the sustentation of the further constitutional principles, mainly the equality which is briefly mentioned here, and also featuring the aspects involving the effectuation of disabled person rights in the labour economics, approaching the procedure instruments available in our ordainment comprehending the collective and individual process originating from these ones, the interests and overindividual rights which are classified in collective, diffuse and homogeneous individual. To the data collection and gathering of information, were utilized the juridical institutes which carry the subject and mutually related points, as well as national and foreign doctrines, magazines, jurisprudences and other editions. Finally, it concludes that to the effectuation of the right of civil service to disabled people, it is imperative the observance to the specific tutelage in order to put into effect the appropriate jurisdictional instalment, commencing the achievement to the justice and therefore making viable definitive labour economics changes through implementing the effective fulfillment of the constitutional desiderata which advocate themselves by making available the suitable paths to accessibility to labour markets mainly by the reserve of openings for civil service made available to disabled people.

KEY WORDS: 1. Disable People. 2. Civil Service. 3. Reserve of Openings.

* Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino. Advogada. E-mail: ivanaragazzi@hotmail.com.

** Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional de Sorocaba-SP. Professora de Direito do Consumidor da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva-SP. Procuradora Jurídica Municipal. E-mail: telma.rostelato@ig.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo propor uma reflexão a respeito da efetiva usufruição do direito ao trabalho, pelas pessoas portadoras de deficiência, no que pertine ao emprego público, considerando-se a reserva de vagas, disciplinada pelas Leis nº.s: 7.853/89 e 8.112/90, bem como pelo Decreto nº. 3.298/99.

Para tanto, preliminarmente necessário será demonstrar que o direito ao trabalho, constitucionalmente resguardado, ampara-se nos princípios da dignidade e da igualdade.

Na seqüência, será abordada a abrangência da pessoa portadora de deficiência, salientando que, justamente com a finalidade de assegurar tratamento igualitário a estas pessoas, foi-lhes concedido o direito de ocupar vagas nos empregos públicos, reservando-lhes vagas em cargos, cujas funções não sejam incompatíveis com sua deficiência, isto com o fim precípuo de sedimentar e/ou resgatar a dignidade das mesmas, assim possibilitando-lhes a inclusão social, refletindo transformações no mercado de trabalho.

Proceder-se-á, ainda, a análise dos instrumentos destinados à efetivação dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, previstos na legislação processual, objetivando demonstrar o extenso rol disponibilizado no nosso ordenamento, frisando a necessidade de alcance ao acesso à justiça e não apenas à jurisdição, o qual se faz necessário para a consagração da inclusão social desta categoria de pessoas.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Estabelecido no art. 1º., inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana, o qual vem justapor-se aos outros tantos princípios constitucionais, destacando-se por constituir-se o alicerce dos demais e, ainda, por representar um dos baluartes do Estado Democrático de Direito. A proteção da pessoa humana não se completa se não lhe for garantida a preservação de sua dignidade. E esta preservação à dignidade da pessoa humana implica na preservação e respeito à integridade física e moral, bem como à individualidade e espiritualidade do ser humano.

A dignidade, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet[1], mantém estreita relação com as manifestações da personalidade humana. Então, a preservação dos mais íntimos sentimentos

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-4.

devem ser respeitados, porque transcendem a pessoa, atingem o "eu" de cada ser humano, não podendo haver qualquer marginalização, seja de que pessoa for, sobre qual aspecto for, incluídas portanto, as pessoas portadoras de deficiência.

Neste viés, independentemente da natureza da deficiência, o que deve preponderar é a concepção de que todos têm direito a um tratamento igualitário, digno, saliente-se que o Estado tem o dever de atuar para o atingimento desta finalidade; pois o direito à dignidade constitui previsão constitucional.

Além disso, verifica-se nos ensinamentos de Lafayette Pozzoli[2] que o cristianismo ao retomar o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, pela evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação.

Desse modo, há muito tempo a preservação da dignidade da pessoa humana vem sendo tratada, incutida nos direitos humanos, inclusive verifica-se na obra de Roberto Bolonhini Júnior[3], no item intitulado: "A Dignidade Humana como fonte mater dos direitos", que após as grandes guerras mundiais houve a inserção valorativa que aplicou características que enfocam mais a existência que o patrimônio.

O resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, visa alcançar a felicidade, como ensina Antonio Rulli Neto[4]:

> (...) A formação da idéia de Estado moderno agrega a felicidade como um dos objetivos a serem alcançados, dentro da afirmação da dignidade eminente da pessoa humana e na liberdade consistente na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

A preocupação com a salvaguarda dos direitos da pessoa portadora de deficiência tem abrangência internacional, verificada na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada em dezembro de 2006 pela ONU, e ficou disponível para assinaturas a partir de março de 2007, da qual o Brasil teve participação ativa na sua elaboração,

[2] POZZOLI, Lafayette. Pessoa Portadora de Deficiência e cidadania. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** Luiz Alberto David Araujo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais**,** 2006, p. 185.

[3] BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais – As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: Editora ARX, 2004, 40-1.

[4] RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza Editores, 2002, p. 65.

presumindo sua ratificação em breve. Os princípios insertos na aludida Convenção, em seu artigo terceiro[5], são os seguintes:

> Princípios gerais
> a) O respeito **da dignidade inerente**, a autonomia individual, incluída a liberdade de tomar as próprias decisões, e a independência das pessoas;
> b) **A não discriminação**;
> c) A participação e inclusão plenas e efetivas na sociedade;
> d) **O respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e a condição humanas**;
> e) A igualdade de oportunidades;
> f) A acessibilidade;
> g) A igualdade entre o homem e a mulher;
> h) O respeito à evolução das faculdades dos meninos e as meninas com deficiência e de seu direito a preservar sua identidade. **(grifos nossos)**

Assim, a dignidade humana constitui-se princípio geral dos direitos das pessoas com deficiência, rechaçando qualquer espécie de discriminação, não obstante o amplo rol protetivo da dignidade humana, faz-se necessária atuação estatal para sua efetivação.

3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Antes de qualquer consideração, é preciso esclarecer que apontamos algumas colocações, ante tema tão profundo e vasto, destacando que o direito à igualdade está no rol dos direitos fundamentais, elencados no artigo 5.º da Constituição Federal.

Através da análise textual do artigo acima citado, transparece de modo único, que a igualdade abrange a **todos**[6]**,** sem distinção de raça, credo, poder aquisitivo, opção sexual, compleição física e quaisquer diferenças inerentes ao ser humano, ou seja, devendo estabelecer direito a tratamento equânime aos cidadãos (conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais).

Esta forma igualitária no trato com o ser humano é denominado de igualdade formal ou igualdade perante a lei, destacado por Francisco Campos[7]:

> Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em conseqüência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.

[6] Na acepção do termo: em sua inteireza.

[7] CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II, p. 30, *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 3ª. ed., 11ª. tiragem, 1998, p. 11.

O direito à igualdade, focada no atual texto constitucional vem disciplinada, não mais como um dos direitos individuais e sim como princípio constitucional. Para aclarar sua abrangência, Celso Ribeiro Bastos[8] dimensiona o seu alcance no texto constitucional, explicitando que a função do aludido princípio é a de informar e acondicionar todo o restante do direito, de maneira que se assegura o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade de todos perante este direito.

Com isso, conclui-se que a igualdade não assegura nenhuma situação específica, mas garante o indivíduo contra má utilização que possa ser feita, no âmbito da ordem jurídica.

Depurando-se brilhante escólio acima, fica fácil perceber que o direito à igualdade é o norte de todo texto constitucional, e, assim é a igualdade perante a lei ou igualdade formal, que vem tratada em mais dispositivos constitucionais, como por exemplo, no inciso XXXI do artigo 7.º da Constituição Federal, que abomina a discriminação do trabalhador, sob qualquer enfoque, quando de sua admissão. A pessoa portadora de deficiência não pode, nesse passo, sofrer qualquer espécie de discriminação, com relação ao seu contrato de trabalho.

Assevera Luiz Alberto David Araujo[9] que, incluem-se o local de trabalho, condições de salubridade e periculosidade, horário, jornada, etc., além da admissão e salários, mesmo porque: "Antes de tudo, possibilitar o efetivo acesso à Justiça a todos, é coroar com brilhantismo o princípio da igualdade (...)"[10]

Por fim, o constituinte originário preocupado em proteger grupo de pessoas que são mais vulneráveis que os demais, como as gestantes, os indígenas, os portadores de deficiência, estabeleceu vantagens, sem qualquer caráter preestabelecido, sem qualquer "regalia", tendo como único objetivo dispensar tratamento diverso a eles com o fim tão somente de proporcionar efetiva igualdade na lei, ou ainda, igualdade material, princípio como já dito, basilar.

[8] BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1982, passim.

[9] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** 3ª. ed. rev., ampl. e atual., Brasília: CORDE, 2003, p. 77.

[10] PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 42.

3.1 INCLUSÃO SOCIAL ATRAVÉS DO DIREITO AO TRABALHO

Chega a ser intrínseca e inerente a condição humana a nosso ver, o exercício de um ofício, de um trabalho. Ele dignifica e enriquece. Ao desenvolver um trabalho, a pessoa humana se sente "viva" e totalmente ordenada, inserida e incluída no meio social, é componente que faz e escreve a história.

A participação do homem nos meios de produção, entendendo-se esse como qualquer exercício de labor: físico, mecânico, intelectual ou qualquer outro que se possa estabelecer, como sendo sua real participação no seio de sua sociedade, onde interage, integra e se insere.

Ao entender fazer parte dessa "engrenagem", a pessoa trabalha porque precisa do numerário para sobreviver, mas acima e antes de tudo, consegue sentir-se "inteira" e "plena" no meio social; onde não é mais alijada, e nem é vista por alguns como um "estorvo", que outrora era sua angularização perante o corpo social, porque, vale destacar novamente, o trabalho dignifica o homem.

Para reiterar, Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli[11] asseveram que:

> Na sociedade moderna, portanto, a pessoa que não tem acesso ao mercado de trabalho está excluída do convívio social. O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência desenvolve-se sob o manto protetor do princípio da igualdade...

É cediço, que sua ausência, e não é necessário ser culto e grande conhecedor de ciências, para sabermos que o exercício de uma profissão consegue resolver de uma só vez vários quadrantes de nossa vida, pois assim, nos sentimos incluídos na sociedade, cria considerável independência. (grifo nosso), visto que, o direito ao trabalho, é inerente ao ser humano, e assim o sendo, por conseguinte, à pessoa portadora de deficiência.

Elucida muito bem Luiz Alberto David de Araujo[12] ao afirmar:

> A pessoa portadora de deficiência, quer mental (quando possível), quer física, tem o direito ao trabalho, como qualquer outro indivíduo. Nesse direito está compreendido o direito à própria subsistência, forma de afirmação social e pessoal do exercício da dignidade humana. O trabalho pode tanto se desenvolver em ambientes protegidos (como oficinas de trabalho protegidas), como em ambientes regulares, abertos a outros indivíduos.

[11] ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência – direitos e garantias**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2.ª ed, 2005, p.327.

[12] ARAUJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 47.

Outrora, é triste afirmar, mas é a realidade dos fatos, as pessoas portadoras de deficiência, eram segregadas do convívio social, pela própria família e pela sociedade, em suas várias vertentes, englobando, por certo, suas relações empregatícias.

Felizmente, está acontecendo uma mudança de mentalidade, e, atualmente, existem aqueles que prestigiam e apostam na capacidade destas pessoas, investindo em sua diversidade e pleno desenvolvimento humano, enquanto seres que interagem e acontecem, de igual forma e por vezes até melhor que aquelas que não são deficientes.

Há exemplos significativos na história, como Beethoven e Aleijadinho, que se destacaram por sua genialidade, a despeito de suas "diversidades"

Em nosso tempo, bem ilumina essa visão os dizeres de Romeu Kazumi Sassaki[13]:

> Uma empresa inclusiva é, então, aquela que acredita no valor da diversidade humana, contempla as diferenças individuais, efetua mudanças fundamentais nas práticas administrativas, implementa adaptações no ambiente físico, adapta procedimentos e instrumentos de trabalho, treina todos os recursos humanos na questão da inclusão, etc.

Há que se concluir, nesse passo, a tudo colocado até aqui, que as pessoas portadoras de deficiências não poderão, de modo algum, se sentirem incluídos socialmente se retiramos delas sua capacidade de autodeterminação e interação nos quaisquer meios de produção, sem contar com o fato de que seu desempenho e atuação no trabalho está diretamente conectado com sua dignidade e igualdade, princípios sagrados encontrados em qualquer Estado Democrático de Direito.

4 RESERVA DE VAGAS NOS EMPREGOS PÚBLICOS

A obrigatoriedade constitucional quanto à reserva de vagas aos cargos e empregos públicos, à pessoa portadora de deficiência se traduz no direito à igualdade e sua inclusão social através do trabalho.

É o teor do artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal:

> Artigo 37. (...) VIII- A lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão.

[13] SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão - Construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA Editora e Distribuidora LTDA, 1997, p. 63.

Através da análise do artigo acima transparece que a contratação da pessoa portadora de deficiência no setor público é um pouco mais complexa, tendo em vista que no setor privado pode, o empregador dispor das contratações, sem a necessidade de realização de regras determinadas em editais.

A fim de regulamentar esse dispositivo constitucional, foi editada a Lei n.º 7.853/89, que estabeleceu a cerca do apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência –CORDE, instituindo tutela jurisdicional de interesses difusos ou coletivos, disciplinando, ainda, a atuação do Ministério Público, que estabelece crimes e dá outras providências.

O ingresso em concurso público federal é regido pelo Decreto n.º 3.298/99, artigos 37 e 40, onde determina o direito do portador de deficiência em inscrever-se no concurso em iguais condições com os demais candidatos.

Para dar efetividade ao determinado na Constituição Federal, artigo 37, inciso VIII, a Lei n.º 8.112/90, dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, determinando a reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência o percentual de até 20% (vinte por cento), das vagas oferecidas no concurso.

A fim de evitar percentuais ínfimos que a expressão até 20% pode legitimar, o Decreto n.º 3.298/99 a respeitar a reserva mínima de 5%. Assim, os concursos públicos federais devem destinar o preenchimento de suas vagas às pessoas portadoras de deficiência entre o mínimo de 5% e o máximo de 20% sobre o total.

Destaque-se que a pessoa portadora de deficiência, tendo em vista a necessidade de se igualar aos demais candidatos, concorrerá a todas as vagas e, assim serão divulgadas duas listas de aprovados, uma geral com a pontuação de todos e outra com a relação aos candidatos portadores de deficiência. Assim, o inscrito nas vagas reservas, se aprovado na listagem geral, não fará uso da reserva de vagas.

É salutar destacarmos, que tanto na Legislação Previdenciária Social (parágrafo 1.º do artigo 93 da Lei 8.213/91 e parágrafo 1.º do artigo 141 do Decreto n.º 3.048/99, que a regulamenta), como que dá apoio às pessoas portadoras de deficiência, Lei n.º 7.853/89 c/c com o Decreto n.º 3.298/99 e Instruções para Fiscalização do Trabalho, são unânimes em determinar que a dispensa do portador de deficiência só poderá acontecer desde que se efetive contratação de substituto em condições semelhantes.

Tal posicionamento se comunga com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal, no qual assegura proteção a pessoa portadora de deficiência e tratamento equânime. Poderá ocorrer, ainda, quando o número de vagas oferecidas for muito pequeno e não alcançar o mínimo de 5%. Se assim acontecer, arrendondar-se-á, para o próximo número inteiro. É o teor do Decreto n.º 3.298/99, artigo 37, parágrafos primeiro e segundo.

5 INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

O rol de direitos que contemplam a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência é bastante extenso, inclusive como já fora relacionado, a reserva de vagas no emprego público, visando sacramentar o direito constitucional à dignidade, por garantir condições equânimes de participação no trabalho, vem regulamentada pelas Leis nº.s: 7.853/89 e 8.112/90 e pelo Decreto nº. 3.298/99.

Não raras vezes, entretanto, deparamo-nos com situações que causam estarrecimento, face o alijamento ao exercício deste direito pelas pessoas portadoras de deficiência, consubstanciando-se afronta a este Direito Fundamental, que alicerça o ordenamento jurídico.

Mas apenas estarrecer-se não é suficiente, motivo que conduz à necessária averiguação dos instrumentos previstos na legislação processual, destinados à sua efetivação, verificamos na obra de Canotilho[14], que:

> O sentido global resultante da combinação das dimensões.objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais é o de que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjectiva cuja violação lhe permite exigir a protecção jurídica. Isto pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justicialidade o direito subjectivo e se passe a incluir no espaço subjectivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidos. O princípio da protecção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjectiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas ilegalmente lesadas (cfr. Art. 202.º/2, que se refere, precisamente, 'a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos').

Com isso, pode-se afirmar que não basta garantir direitos, é necessária a efetivação dos mesmos. Neste mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira[15] assevera que: "(...) querer que

[14] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 276-7.

[15] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** - oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico."

Logo, a efetivação dos direitos sociais está atrelada ao resguardo do princípio da dignidade. Aliás, Luiz Antonio Rizzatto Nunes[16] pondera que para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º. da Constituição Federal.

5.1 TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA

A proteção da pessoa portadora de deficiência requer a prestação específica do pleiteado, portanto a singela reparação de determinado dano demonstra-se insuficiente para a satisfação do interesse pretendido. A tutela específica corresponde ao cumprimento da obrigação que se constitui objeto da lide.

A sentença não pode vir estabelecer conversão em perdas e danos, por exemplo, haja vista que não estaria entregando ao litigante o que este requereu, logo não haveria acesso à justiça, mas tão-somente existiria acesso à jurisdição.

Glauco Gumerato Ramos[17] estabelece a diferenciação entre a prestação jurisdicional e a justiça, ao asseverar que:

> Atualmente, já está vencida a idéia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja a verdadeira significação da acepção jurídica de acesso à justiça. Hoje, muito mais do que o acesso aos tribunais, de fundamental importância, mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em sociedade onde o direito é realizado de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja também, como reflexo da atuação das grandes políticas públicas a serem engendradas pela respectiva atuação executiva, não olvidando, é claro, do escorreito regramento a ser imprimido pela atuação legiferante.(...)

Saliente-se ainda, do latim *"justitia suum cuique distribuit"*[18], que significa: a justiça dá a cada um o que é seu; desta assertiva subentende-se estar em conformidade com o direito e

[16] RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao código de defesa do consumidor – direito material (arts. 1º. a 54)**. São Paulo: saraiva, 2000, p. 16-7.

[17] RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da Assistência Jurídica ao necessitado no Brasil **Revista do Advogado. Cinqüentenário da Lei de Assistência Judiciária.** São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo [AASP], nº 59, jun./00, p. 76.

[18] NUNES, Rodrigues. **Grande dicionário jurídico RG – FENIX**. São Paulo: RG Editores Associados, 1995, p. 302.

esta conformidade decorre da pretensão de dar a cada um o que é seu, tanto que diversos jurisconsultos, tais como Ulpiano, Justiniano, sinteticamente assim definiram a justiça.

Assim, a justiça é a intenção de dar a cada pessoa aquilo que lhe pertence. Entretanto, seria necessário definir o que pertence à cada um. Ora, o princípio da justiça é invocado exatamente para dirimir a disputa entre partes que invocam ao Estado a prestação jurisdicional para que lhes seja dado aquilo que é seu.

A determinação: este objeto pertence a esta pessoa, advém de um juízo de valor, que é o da justiça, que para ser aplicada necessita ponderar diversos aspectos que exercem influências sobre si, e no caso específico da pessoa portadora de deficiência, estes aspectos influentes recaem sobre o exame daquilo que carece o litigante para que possa exercitar seus atos rotineiros, com dignidade.

Não apenas a prestação jurisdicional, mas a adequada e efetiva prestação jurisdicional que se traduz no acesso à justiça, se faz necessária. Luiz Guilherme Marinoni[19] afirma que:

> (...) o acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações do direito substancial.

Com isso, como pondera Raquel Schlommer Honesko[20], se não houverem políticas públicas que forcem o cumprimento da lei que se destina à reserva de vagas nos empregos públicos, para as pessoas portadoras de deficiência, o caminho é recorrer à prestação jurisdicional, cujo representante deve observar os preceitos que sustentam o ordenamento jurídico, a fim de que suas decisões manifestem o acesso à justiça, e uma vez já salientado, há casos como quando da pretensão formulada pelas pessoas portadoras de deficiência, em que deve ser concedida a tutela específica, para que se implemente efetivação dos direitos, pois:

> (...) não há dúvida de que a tutela específica protege de modo mais adequado o direito material. A tutela dirigida a evitar o ilícito é, evidentemente, muito mais importante que a tutela ressarcitória. No caso de dano, principalmente de conteúdo não-patrimonial, o ressarcimento na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja

[19] MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4ª. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 28.

[20] HONESKO, Raquel Schlommer. **Direitos Fundamentais, Processo e pessoa portadora de deficiência: a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de inclusão social.** 2007. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2007, p. 86.

> monetizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação.[21]

De forma similar, dispõem os artigos 461 do Código de Processo Civil e o 84 do Código de Defesa do Consumidor, "*in verbis*":

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
>
> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Em suma, estes dispositivos asseguram a concessão da tutela específica da obrigação e somente quando requerido pelo autor ou sendo impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, converte-se em perdas e danos, conforme dispõe o parágrafo 1º. do art. 461 do CPC e parágrafo 1º. do art. 84 do CDC.

A legislação confere ainda, amplos poderes ao juiz, para efetuar as determinações de medidas necessárias à efetivação da tutela específica (ou a obtenção do resultado prático equivalente), como se verifica no parágrafo 5º. do artigo citado. Diante disso, percebe-se a tendência em conceder o que o demandante pede e não apenas em se prestar a tutela jurisdicional, podendo-se afirmar que se não for concedido o que se pediu, não equivale à justiça, sedimenta-se apenas a prestação jurisdicional.

5.2 PROCESSO INDIVIDUAL E PROCESSO COLETIVO

Através do disposto no art. 5º., inciso XXXV da Constituição Federal, verifica-se a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, em busca da prestação jurisdicional. A pessoa portadora de deficiência que se deparar com efetiva lesão ou ameaça de violação de seus direitos, pode pleitear judicialmente que tal lesão não se implemente ou que cesse, através de determinação judicial, a fim de que a atuação do causador, o responsável por este dano, seja extirpada.

O acesso à esta prestação jurisdicional pode se dar individualmente, havendo casos em que se verifica o enquadramento de diversas pessoas, na iminência de sofrer ameaça de seus

[21] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC).** Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 70

direitos, ou mesmo tendo já seu direito efetivamente violado, casos estes em que a legislação confere-lhes a possibilidade de pleitear a prestação jurisdicional na forma coletiva, ou seja, para proteção dos denominados interesses (direitos) transindividuais.

5.2.1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O direito brasileiro vem apresentando evolução na ampliação do acesso à jurisdição, tanto que, com a institucionalização de certos instrumentos como o direito de ação, na forma como foi trazido pela Constituição vigente, verifica-se ampliação do acesso a todos: significando que engloba pessoa física, jurídica, entes despersonalizados, tais como condomínio de apartamentos, espólio e massa falida, que são os direitos transindividuais, no qual se inserem os direitos e interesses difusos, coletivos e os individuais homogêneos, classificando José Marcelo Menezes Vigliar[22], como sendo os direitos transindividuais gênero do qual advêm aquelas espécies citadas.

5.2.1.1 DIREITO COLETIVO

Os direitos e interesses coletivos, os quais ressalve-se, recebem tratamento como tendo significado sinônimo, são definidos como sendo aqueles indivisíveis e pertencentes a pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas umas às outras por vínculo jurídico preciso.

A tutela coletiva dos direitos e interesses vem sendo encaixada no disposto no art. 5º., inciso XXXV da Constituição Federal, posto que não há menção no sentido de que se trate de direito individual, apenas lesão ou ameaça a direito, com isso a legislação processual vem sofrendo inovações, face a inserção da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85).

A Lei referenciada trata genericamente, em seu preâmbulo, sobre a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, fazendo remissão aos direitos e interesses difusos e coletivos, em geral. Através da MP nº. 2.180-35/2001; acresceu-se a este rol, a proteção aos danos causados por infração da ordem econômica e da economia social e também por danos à ordem urbanística.

[22] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública.** 5ª. ed. rev. e ampl. com jurispudência. São Paulo: Atlas, 2001, p. 44.

Constante de previsão expressa, no art. 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, a Ação Civil Pública passou então a integrar diversas legislações infraconstitucionais, o que ocorreu para tutela dos direitos das crianças e adolescentes; dos consumidores; da probidade administrativa; da ordem econômica; dos interesses das pessoas portadoras de deficiência, para o qual centramos nossa análise.

A Lei 7853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. A respeito, José Marcelo Menezes Vigliar[23] assevera que os aspectos processuais mais relevantes da Lei nº. 7853/89 consistem em diminuir as condições que marginalizam os portadores de deficiência, buscando minorar as desigualdades que surgem nas suas relações.

Saliente-se que, todas as formas de defesa dos interesses transindividuais estabelecidos na Lei 7.3423/85 (LACP) são aplicáveis à Lei 7853/89, a qual expressa a possibilidade de defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, logo trata-se de instrumento, cujo ajuizamento pode-se concretizar pela via coletiva e esta assertiva sustenta-se ainda, pelo que preconiza o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, *"in verbis*": "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."; indubitável portanto, o acesso à justiça, pela via coletiva, para este desiderato.

Como visto, para a defesa dos direitos transindividuais, no âmbito coletivo, as pessoas devem estar ligadas umas às outras por uma relação jurídica. É o caso de associação de pessoas portadoras de deficiência que, verificando a inexistência de previsão de reserva de vagas num edital de Concurso Público, ou a reserva em número inferior àquele definido pela legislação, intenta Ação Civil Pública, com o objetivo de se fazer cumprir os preceitos legais, afastando-se a violação aos direitos daqueles associados.

5.2.1.2 DIREITO DIFUSO

Além dos direitos coletivos, encontramos no art. 81, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, os direitos e interesses difusos, que, por sua vez, são definidos como sendo

[23] VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 135.

aqueles indivisíveis e pertencentes a pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas umas às outras por circunstâncias fáticas.

José Marcelo Menezes Vigliar[24], por sua vez, define-os:

> (...) difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de ser determinados ou determináveis e se encontram ligados por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar, com precisão, a quem pertençam, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo indeterminado.

Assim, mesmo que não se torne possível quantificar a intensidade do interesse de cada indivíduo que integra o grupo, em determinados aspectos tais interesses coincidem.

Exemplo disso, quando publicado edital de Concurso Público, para preenchimento de vagas em determinado órgão público, no qual não há previsão de vagas para pessoas portadoras de deficiência, afrontando portanto, expressa disposição legal, embora não seja possível afirmar com precisão quem são as pessoas que têm seu direito ameaçado, não podendo ser determinados, mas encontram-se numa mesma situação.

5.2.1.3 DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

No mesmo plano dos direitos difusos e coletivos, encontramos os direitos individuais homogêneos, tratados no inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cuja definição de José Marcelo Menezes Vigliar[25] é a seguinte: "(...) originam-se não de uma idêntica relação jurídica, mas sim de circunstâncias fáticas. Não há, portanto, relação jurídica-base (ou básica) a unir os interessados."

Tratam-se de direitos divisíveis, e inclusive há tendência de se afirmar que não se tratam de direitos transindividuais, justamente por serem direitos referentes à pessoas determinadas ou determináveis e terem objeto divisível; não obstante, alicerçados na afirmação de Raquel Schlommer Honesko[26], podemos concluir que nos direitos difusos e coletivos a transindividualidade é intrínseca, enquanto nos direitos individuais homogêneos há inúmeras situações em que o prejuízo individual é muito pequeno, que poderia desmotivar o exercício

[24] VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 47.

[25] VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 54.

[26] HONESKO, Raquel Schlommer. **Direitos Fundamentais, Processo e pessoa portadora de deficiência: a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de inclusão social.** 2007. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2007, p. 108.

individual, momento em que a reunião de pessoas na mesma situação facilitaria o acesso ao judiciário, razão pela qual foi atribuída pelo legislador este "status" de direito transindividual aos direitos individuais homogêneos.

É o caso das pessoas portadoras de deficiência que se inscreveram para Concurso Público, optando pelas vagas reservadas, e quando da convocação, embora tendo obtido classificação para tanto, não tiveram seu direito resguardado. São pessoas que se encontram numa mesma situação, mas não estão ligadas umas às outras, por relação jurídica; o objeto é divisível, mas a busca pela prestação jurisdicional, em âmbito coletivo, se perfaz com maior facilidade.

Neste viés, as pessoas portadoras de deficiência que tiverem tolhido o seu direito à reserva de vagas nos empregos públicos podem recorrer à via judicial, por meio do processo coletivo, entretanto deve ser observado o rol de legitimados ativos, já que os cidadãos não a integram, portanto necessária se faz a sua representação pelo rol dos legitimados (Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações, além da Defensoria Pública e Distrito Federal, acrescidos pela Lei 11.448/2007), nos termos do art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, é apropriado mencionar que, apesar de ampliado o rol dos legitimados ativos, concentra-se ainda, nas mãos dos membros do "parquet"[27], embora passados 22 anos da inserção no nosso ordenamento da Lei de Ação Civil Pública, justificado por Hely Lopes Meirelles[28] pelo fato de ocupar, o Ministério Público, condições mais favoráveis para a atuação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1) A legislação assegura o direito de reserva de vagas nos empregos públicos, para as pessoas portadoras de deficiência, de maneira a garantir-lhes a inclusão social, vez que o direito ao trabalho, constitucionalmente resguardado, resvala em outros princípios que se

[27] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** - oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114 (pesquisa de campo, efetuada na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, verificou-se que do total de ações civis propostas, entre 1987 e 1996, 60% delas foi incumbência do Ministério Público).

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança.** 24ª. ed. atual. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 163-166.

destinam a assegurar a felicidade da pessoa humana, em aspectos gerais, como a dignidade e a igualdade, que se torna possível, dentre outros, através do exercício de uma atividade laboral.

2) A inobservância da lei corresponde ao alijamento do direito ao trabalho, espécie de direito social, que lhes é garantido, desrespeitando-se consequentemente, os princípios constitucionalmente resguardados, da dignidade e igualdade.

3) O ordenamento dispõe de instrumentos destinados à efetivação destes direitos, podendo ser buscados individualmente ou em âmbito coletivo, na seara dos interesses transindividuais, dentre os quais enquadram-se os direitos: coletivos, difusos e individuais homogêneos, cada qual com suas características, estabelecidas pela legislação ordinária, visando afastar toda e qualquer afronta arbitrária.

4) Importante salientar que a legislação veio disponibilizar meios que se dirigem à conceder a tutela específica, ou seja, exatamente o que se pede, de maneira que se alcance o acesso à justiça, não apenas à jurisdição, vez que obriga-se a conceder tutela adequada, eficiente e efetiva.

5) Com isso, viabilizam-se as definitivas transformações no mundo do trabalho, as quais já se encontram abarcadas pela legislação, carecendo efetivar-se, por meio destes instrumentos, para que as pessoas portadoras de deficiência possam usufruir o direito de trabalhar e assim ser incluídas no seio da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** 3ª. ed. rev., ampl. e atual., Brasília: CORDE, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1982.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais – As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: Editora ARX, 2004.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II, p. 30, *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 3ª. ed., 11ª. tiragem, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência –garantia de igualdade na diversidade.** Rio de Janeiro: WVA, 2004.

HONESKO, Raquel Schlommer. **Direitos Fundamentais, Processo e pessoa portadora de deficiência: a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de inclusão social.** 2007. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4ª. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC).** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 24ª. ed. atual. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** - oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Rodrigues. **Grande dicionário jurídico RG – FENIX.** São Paulo: RG Editores Associados, 1995.

PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** Luiz Alberto David Araujo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais**,** 2006.

RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da Assistência Jurídica ao necessitado no Brasil **Revista do Advogado. Cinqüentenário da Lei de Assistência Judiciária.** São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo [AASP], nº 59, jun./00, p. 76.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao código de defesa do consumidor – direito material (arts. 1º. a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza Editores, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão - Construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA Editora e Distribuidora LTDA, 1997.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 5ª. ed. rev. e ampl. com jurispudência. São Paulo: Atlas, 2001.