

Proteção jurisdicional coletiva da pessoa com deficiência

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

Programa de Pós-Graduação - DTB5837 - Direitos e Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos e sua Tutela Jurisdicional (2023)

AGENDA

PARTE 1

1. Evolução histórica no tratamento da pessoa com deficiência
2. Proteção constitucional, infraconstitucional
3. Declaração da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência
4. Ações Afirmativas
5. Discriminação positiva

PARTE 2

1. Sistema de cotas legais a serem cumpridas pelas empresas
2. Penalidade pelo não cumprimento da cota legal
3. Função social da empresa
4. Análise de casos concretos e de jurisprudência dos Tribunais do Trabalho

Terminologia adequada

Evolução ao longo do tempo

- A palavra “**deficiente**” é pejorativa porque o fato de se possuir uma deficiência não significa ser de “todo” deficiente (*Sidney Madruga*)
- O termo “**excepcional**” foi utilizado na EC 1, de 1969 – está ligado aos “superdotados” (não abarca todos tipos de deficiência)
- “**Portador de deficiência**” foi adotada como correta por muito tempo, nunca de forma pejorativa. Porém, é um termo ultrapassado, pois a deficiência não se carrega, não se porta, como se fosse um objeto
- “**Pessoas com necessidades especiais**” também caiu em desuso. O adjetivo “especial” não constitui uma característica especial das pessoas com deficiência – qualquer um pode ser referido como tal/ termo impreciso

- Terminologia adequada hoje: **pessoa com deficiência** (adotada oficialmente pela Assembleia Geral das Nações Unidas, acolhida na redação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência)

Capacitismo

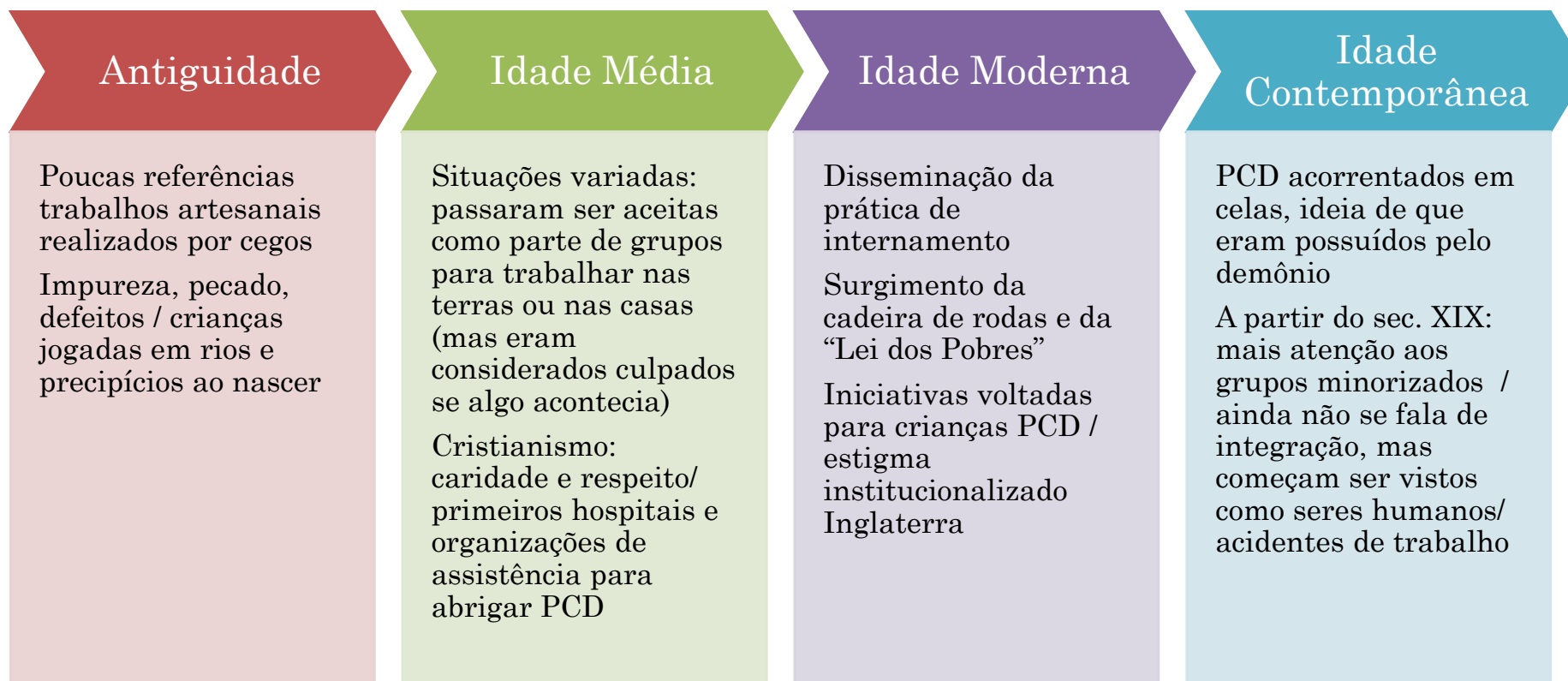


O termo “**capacitismo**”, relativamente recente, designa o olhar preconceituoso, que vê a Pessoa com Deficiência como um ser não igual e, portanto, incapaz: para estudar, trabalhar e ser sujeito de sua vida.



O olhar capacitista considera que o corpo só é considerado “normal” quando obedece a regras biológicas muito definidas e cristalizadas.

Evolução histórica



Destaque para
Idade
Contemporânea

Séc. XIX: pessoas com deficiência passam ser vistas como seres humanos donos de sentimentos e capazes de viver de forma decente

Aumento do número de acidentados no trabalho em virtude da Revolução Industrial (agregou ao trabalho às origens de deficiências)

Fortalecimento das práticas assistencialistas

Dinamarca: criação da Sociedade para Lar dos Defeituosos

Alemanha: escola de ofício para crianças PCD

EUA: iniciativas voltadas para amparar marinheiros e fuzileiros navais

Destaque para Idade Contemporânea

Incremento da assistência a pessoas com deficiência em todo o mundo.

Aprovada a primeira lei no mundo destinada à proteção das pessoas acidentadas no trabalho.

Criação de vários instrumentos de ajuda: bengalas, bastões de apoio, calçados especiais, muletas, coletes, próteses, macas, camas móveis, cadeiras especiais, carros adaptados, etc.

Fim Primeira Guerra: associações de multilados e de profissionais de reeducação (+ pagamento de pensões, distribuição de próteses, Projeto não foi ampliado internacionalmente.

Fim Segunda Guerra: novo Projeto de inovações sociais foi proposto.

Sobre o projeto do pós Segunda Guerra

“Todo esse estado de coisas motivou a formação de consciência das nações em torno da criação de organismo internacional cujo objetivo principal estivesse voltado para a manutenção da paz. Surgiu, então, a Organização das Nações Unidas, fundada em 24 de outubro de 1945, que firmou tal compromisso desde o preâmbulo de seu principal documento constitutivo, a Carta das Nações.”

BRANDÃO, Claudio. p. 43.

Acreditava na produtividade potencialmente igual

Recusa das medidas de cota aplicadas às empresas privadas

Colocação seletiva no meio competitivo para os trabalhadores com deficiência produtivos

Constituição de oficinas protegidas de trabalho para as pessoas consideradas pouco produtivas ou desempregadas

Constituição de único organismo/comitê para promover a coordenação de todas políticas públicas

Tendência à equiparação de direitos

O nascimento de uma nova era

Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD

- Aprovação definitiva do modelo biopsicossocial da deficiência (Modelo Social)
- Acabou com o Modelo Médico
- A maior mudança nasceu de sociólogos com deficiência (Paul Hunt fundou a primeira organização política)

Distinção dos modelos

- Aspecto biológico: compreendido como a falta total ou parcial de um membro
- Aspecto social (*disability*): desvantagem da restrição da atividade provocada por uma organização social

O nascimento de uma nova era

Movimento de Vida Independente

- EUA + Inglaterra
- O movimento buscava responder:
 - Ideia de barreiras físicas e psicológicas
 - Reduzidas expectativas de realização pessoal
 - Estigma, prejuízos às pessoas com deficiência e discriminação
 - Necessidade de que fosse as próprias pessoas com deficiência que assumissem a responsabilidade do que lhe afetam
 - Processo de capacitação, conscientização e autonomia pessoal

A integração da pessoa com deficiência afirmou-se a partir de:

- Duas Grandes Guerras
- Fortalecimento do movimento pelos Direitos Humanos
- Avanço Científico

Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Definição art. 1º

- Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Conceitos importantes

- deficiência é um conceito em evolução
- resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atividades e ao ambiente
- discriminação por motivo de deficiência (art. 2): qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência (abrange recusa de adaptação razoável)
- direito ao trabalho e emprego (art. 27): em igualdade de oportunidades / trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível
- Interpretação segundo a norma internacional de direitos humanos (art. 31)

Princípios balizadores

1. igualdade e não discriminação (art. 5)
2. respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas plena e efetiva participação e inclusão na sociedade
3. respeito pela diferença e pela aceitação como parte da diversidade humana e da humanidade
4. a igualdade de oportunidades
5. a acessibilidade
6. a igualdade entre o homem e a mulher
7. respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade (art. 3)

+ Princípios

- Princípio da interpretação *pro homine*
- Princípio da máxima efetividade
- Princípio da interpretação autônoma
- Interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos
- Princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo

Internalização da CDPD ao ordenamento jurídico pátrio com natureza de emenda constitucional, por meio do Decreto 6.949/2009 → Status de emenda constitucional

- CDPD e seu Protocolo Facultativo foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro em conformidade com o procedimento descrito no art. 5, parágrafo 3 da CF.
- dotada de supremacia em relação à legislação infraconstitucional, encontra-se no topo da hierarquia de nosso ordenamento jurídico
- os critérios atuais estão profundamente enraizados no modelo médico e reabilitador, não havendo evoluído, por ora, ao modelo social

Tratamento das normas de direitos humanos

conjunto de princípios consagrados pela jurisprudência internacional

garantir a máxima efetividade no direito internacional dos direitos humanos

primazia da norma mais favorável ao indivíduo, seja de origem nacional ou internacional

- Incompatibilidade entre o rol taxativo de deficiências do Regulamento da Previdência Social e a Convenção das Nações Unidas (Estados signatários se obrigam adotar todas as medidas para modificar ou revogar leis que constituírem discriminação contra PCD)

- Declaração de Cave Hill, 1983
- Declaração de Cartagena das Índias, 1992
- Declaração de Manágua, 1993
- Declaração de Salamanca, 1994
- Declaração de Pequim, 1995
- Declaração de Quito, 1998
- Carta para o Terceiro Milênio, 1999
- Declaração de Washington, 1999
- Declaração de Pequim sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência num Novo Século, 2000
- Declaração Internacional de Montreal sobre a Inclusão, 2001

Declarações Internacionais

- Declaração de Saporó, 2002
- Declaração de Caracas, 2002
- Declaração do Decênio das Pessoas com Deficiência (2006-2016)
- Carta de Santos, 2008
- Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2030

Declarações Internacionais

Ações Afirmativas

Nas palavras de Sidney Madrugá,
*“a adoção única e exclusiva do
princípio da não discriminação se
afigura insuficiente para proteger e
promover a igualdade de
oportunidades entre grupos ou
coletivos historicamente
discriminados”*

- Direitos humanos baseados na **dignidade da pessoa humana**
- Nova visão que leve em consideração **critérios universais como igualdade e liberdade**, e também as diferenças plurais de indivíduos e grupos, especialmente em razão das condições subumanas de **fome e pobreza** que se apresentam no mundo moderno
- Concretizam o princípio jurídico da **igualdade substancial** e proporcionar incremento de maiores oportunidades aos excluídos da escala social
- **Relação da deficiência com a pobreza**: pobreza associada com deficiência física potencializa a exclusão, devido à forma como o trabalho está organizado (Colin Barnes)

Ações afirmativas na CDPD

“conjunto de políticas públicas e provadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” Maria Aparecida Gugel

- Art. 5º, item 4 da CDPD: *“as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias”*
- Art. 27, item 1, “h”, *“promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas”*

Medidas afirmativas na CDPD

(...) “Políticas de inclusão” e a sua adoção leva a redução da pobreza e propicia o aumento da produtividade social das pessoas com deficiência Massami Uyeda

De acordo com Filipe Venade de Sousa, as medidas são:

- Específicas – “em função do contexto do direito consagrado em causa e das circunstâncias concretas das condições de vida atuais das pessoas com deficiência”
- Necessárias – devem corresponder às finalidades legítimas e adequadas
- Que objetivem “acelerar ou alcançar à igualdade de facto das pessoas com deficiência”
- Serão consideradas discriminação positiva, uma vez atendidos os demais pressupostos

Discriminação positiva

- Item 4 do art. 5 CDPD: faceta contemporânea mais avançada ao não considerar discriminatória adoção de medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar efetiva igualdade
- Igualdade que autoriza, se necessário, o tratamento diferenciado por meio da adoção de ações afirmativas



Sistema de cotas e penalidades

Sistema de cotas legais a serem cumpridas pelas empresas

- No Brasil, a Lei de Cotas (Lei 8.213/91) estabelece que empresas com 100 ou mais funcionários devem reservar de 2% a 5% das vagas para pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da previdência social¹². A proporção varia de acordo com o número total de funcionários¹²:
 - Até 200 empregados: 2%
 - Entre 201 e 500: 3%
 - Entre 501 e 1000: 4%
 - A partir de 1001: 5%

Penalidade pelo não cumprimento da cota legal

As penalidades para empresas que não cumprem a cota legal: multas que variam de R\$ 3.100,06 a R\$ 310.004,70.

As penalidades proporcionais ao esforço da empresa em cumprir as cotas.

Sugestão de incentivos para empresas que superam as cotas estabelecidas.

Função Social da Empresa

- O papel social das empresas na promoção da inclusão.
- A importância de uma abordagem equilibrada entre responsabilidade social e viabilidade econômica.
- Limite da Intervenção Estatal
- A empresa não deve substituir o papel do Estado na criação de políticas de emprego.
- Os limites financeiros e práticos que as empresas podem enfrentar.

Base de Cálculo: Negociação Coletiva

- Argumentação a favor da negociação coletiva na definição das cotas.
- Destacar a importância de flexibilidade para atender às especificidades de cada empresa.
- Privilegiar a autonomia das partes envolvidas na negociação coletiva.
- **Vantagens da Negociação Coletiva**
- Maior aderência às particularidades da empresa e do mercado.
- Estímulo à participação das partes interessadas na construção de soluções mais eficazes.

Proposta de Penalidades Graduadas

Abordagem sobre penalidades proporcionais ao esforço da empresa em cumprir as cotas.

Sugestão de incentivos para empresas que superam as cotas estabelecidas

Casos Concretos - Jurisprudência

- AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA CONVENCIONAL. COTA PARA APRENDIZES E PORTADORES COM DEFICIÊNCIA. ATIVIDADE DE MOTORISTA. LIMITAÇÃO DE SETORES OU FUNÇÕES QUE INTEGRARIAM A BASE DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DOS ACIONADOS PARA DISPOR SOBRE DIREITOS DIFUSOS DE TRABALHADORES NÃO EMPREGADOS. NÃO ADERÊNCIA AO TEMA 1046 (ARE 1121633). JURISPRUDÊNCIA DO TST E DO STF. No julgamento do ARE 1121633 foi fixada a seguinte tese: São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. Contudo, o Ministro Relator ressaltou que (...) **considero oportuno assentar que a discussão travada nos presentes autos não abrange a validade de políticas públicas de inclusão da pessoa com deficiência e dos jovens e adolescentes no mercado de trabalho, que são definidas em legislação específica**, (g. N.) o que foi ratificado nas decisões proferidas em Reclamações ajuizadas, nas quais ficou consignado que os direitos relativos à aprendizagem profissional e aos portadores de deficiência têm previsão no Texto Constitucional (arts. 7º, XXXI e XXXXIII, e 203, IV, e 227, § 1º, II) Disposições que foram consignadas no art. 611-B, da CLT (incisos XXII e XXIII), incluído pela Lei n. 13.467/2017, com o intuito de estabelecer que não podem ser objeto de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho para promover a supressão ou a redução dos mencionados direitos. Em razão desses elementos, o entendimento da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, do TST, é no sentido de que as entidades sindicais dos empregados e patronal não possuem legitimidade para transigir sobre matéria relativa a interesses difusos de trabalhadores não empregados, no caso, aprendizes e pessoas com deficiência. Assim sendo, outro caminho não há que não seja pela declaração de nulidade da cláusula convencional firmada pelos acionados (13ª) do Acordo Coletivo de Trabalho 2022/2024, em face à referida ausência de legitimidade. (TRT 5ª R.; Rec 0000734-82.2023.5.05.0000; Dissídios Coletivos; Relª Desª Ana Paola Santos Machado Diniz; DEJTBA 09/10/2023)

Tema 1.046 da Repercussão Geral



"São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis"



Voto relator – Debater

Referências bibliográficas

- BARNES, Colin. Deficiência, trabalho e proteção social: aplicação do modelo social. In MARTINS, Bruno Sena; FONTES, Fernando (Org.). p. 83.
- ALVES, Rubens Valtecídes. **Deficiente físico: novas dimensões da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 1992. p. 18-32 *apud* MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. **Lei de Cotas : pessoas com deficiência : visão empresarial**. São Paulo: LTr, 2010. p. 25.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista *in* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**, coord. FERRAZ, Carolina Valença *et al.* São Paulo: Saraiva, 2012.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos : o direito do trabalho uma ação afirmativa**. São Paulo, LTr, 2006.
- LEAL, Carla Reita Faria. **A proteção internacional do direito do trabalho da pessoa com deficiência**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. 2008.

Referências bibliográficas

- MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos : ótica das diferenças e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. **Lei de Cotas : pessoas com deficiência : visão empresarial**. São Paulo: LTr, 2010.
- ORTEGA, Maria Lucia Jordão. **Amplitude do conceito de “deficiente”**. In: Revista Trimestral de Direito Público.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIBAS, João. **Preconceito contra as pessoas com deficiência: as relações que travamos com o mundo**. São Paulo: Cortez, 2007. v. 4: Preconceitos.