

## ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: UM PASSO NO CAMINHO DA INCLUSÃO

### REASONABLE ADAPATATION: A STEP IN THE PAT OF INCLUSION

Jose Maria Ferreira (Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – BAURU-SP).

#### **RESUMO**

A Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência preconiza que para a eliminação da discriminação é indispensável adotar medidas positivas para possibilitar a inclusão, com a finalidade de eliminar as barreias sociais, tendo-se em vista que toda a sociedade e também o sistema de produção foram projetados e construídos para o ser humano considerado normal, com total desprezo às diferenças, excluindo-se do processo produtivo milhares de pessoas com deficiência.

As empresas deverão proceder á adaptação razoável nas suas unidades de produção, em instalações, máquinas e equipamentos para minimizar o impacto negativo na contratação das pessoas com deficiência.

A adaptação razoável representa direito fundamental das pessoas com deficiência, dando densidade ao princípio da igualdade, especialmente, no seu viés positivo.

Os custos não podem servir para justificar a ausência da adaptação razoável. Há necessidade de balanceamento entre os princípios sempre que houver choque de direitos fundamentais, de um lado, a atividade do empresário, o exercício da livre iniciativa, e, de outro, o direito fundamental das pessoas com deficiência, a observância do princípio da igualdade, o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, e outros princípios constitucionais.

**PALAVRA CHAVE:** PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL; IGUALDADE MATERIAL;

#### **ABSTRACT**

The Internaticional convention of deficient people advocates that for the elimination of the discrimination is indispensable adopt the positive measures for allow the inclusion, in order to eliminate the social barriers, keeping in mind that every society and also the

production system were designed and built for the normal human being, in total disregard of the deficiencies, excluding of the production process thousands of people with disability.

The companies should undertake reasonable adaptations on their units of production, in installations, machines and equipment, to minimize the negative impact on the hiring of people with disability.

The reasonable adaptation is a fundamental right of the deficient people, giving density to the principle of equality, especially in your positive side.

Costs can not be used to justify the absence of implantation of reasonable adaptation. There is need for counterbalancing between principles whenever shocks the fundamental rights, by one side there is the activity of the entrepreneur, the exercise of free enterprise and over the other side there is the fundamental right of deficient people, the observance of the principle of equality, the social value of work, human dignity and other constitutional principles.

**KEY WORD: PEOPLE WITH DISABILITIES, REASONABLE ADAPTATION, MATERIAL EQUALITY.**

## **ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: UM PASSO NO CAMINHO DA INCLUSÃO**

### **INTRODUÇÃO**

A Convenção Internacional da ONU sobre as Pessoas Com Deficiência traz como direito fundamental a necessidade de adaptação razoável para o fim de possibilitar a contratação, em situação de igualdade material, com objetivo de eliminar a discriminação.

A Constituição Federal de 1.988 no artigo 7º, inciso XXXI, proíbe toda e qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Um dos princípios mais importantes da Constituição Federal de 1.988 corresponde ao princípio da igualdade, especialmente, em relação a sua face positiva ou material, estando expresso no artigo 5º, caput, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Pode-se afirmar que a Constituição Federal no que concerne ao princípio da igualdade e também no que tange a proibição de discriminação, não carecem de nenhuma

norma para dar-lhe efetividade, visto que são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

A acessibilidade das Pessoas Com Deficiência corresponde a direito fundamental, havendo necessidade de implementação urgente de todas as condições indispensáveis para a efetiva inclusão, não apenas nos logradouros, praças, prédios públicos, mas, também, em todas as demais instalações, especialmente, nos locais de trabalho.

Saliente-se que a Constituição Federal tem como núcleo fundamental a dignidade da pessoa humana, princípio que irradia os seus valores e normatividade por todo o sistema. Além disso, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, podemos dizer que toda a espécie de discriminação é odiosa, não contribui para o desenvolvimento da sociedade,

## **AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.**

As pessoas com deficiência representam uma grande parte da população e encontram muitas barreiras em razão do preconceito em nossa sociedade. Mesmo com o avanço das idéias os homens não conseguem conviver com as diferenças, sendo indispensável em muitos casos que a norma jurídica através da força do Estado possibilite a inclusão das pessoas vulneráveis.

Não há um conceito para as pessoas com deficiência que não sofra a interferência dos avanços da técnica, seja em relação à medicina que pode recuperar o movimento de membros, o movimento de braços, pernas, inclusive, a utilização de próteses, assim como, recuperação de sentidos, tais como, a audição, visão, etc. Também, as tecnologias evoluem, com a possibilidade de operar máquinas com computadores, nas mais variadas espécies de trabalho, desde colheita na lavoura, o manuseio, estocagem e montagem nas indústrias, enfim, em todas as atividades humanas o avanço possibilita o exercício de qualquer trabalho sem dificuldades, mesmo que a pessoa apresente algum tipo de deficiência.

Na verdade o que sempre se buscou demonstrar é que a deficiência não é apenas um critério médico, na medida em que o aparelho biológico, quando apresenta alguma deficiência, pode ser compensado com a utilização de equipamentos que possibilitam o exercício de diversas atividades, as quais, não seriam possíveis sem a sua utilização.

Saliente-se que não é o grau da incapacidade que leva à exclusão das pessoas com deficiência nos diversos períodos da história, mas, sobretudo, a maneira como cada sociedade, em particular, adota para a sua convivência, e as atitudes adotadas em relação a cada incapacidade. Esse comportamento da sociedade em todos os continentes tem variado no decorrer do tempo, e não há homogeneidade, sendo encarado de diversas formas.<sup>1</sup>

A sociedade foi construída para as pessoas consideradas como sendo o padrão normal, sem nenhuma preocupação com as pessoas com deficiência, sob o enfoque do aparelho biológico, impossibilitando o acesso, e com esta atitude, alijou do convívio social todas aquelas pessoas que não se enquadravam no protótipo para o qual a sociedade foi desenhada. Esta atitude insensível não levou em conta sequer que o próprio homem apresenta muita fragilidade em relação aos demais animais, com a necessidade de abrigos, equipamentos, utensílios, vestes, contudo, o desenho obedeceu o protótipo, sem considerar as diferenças, numa cruel demonstração do individualismo acerbado e falta de solidariedade, numa ideologia capitalista, preocupada extremamente com o lucro.

Apesar disto, há fortes indícios de que nossos ancestrais pré-históricos em determinadas localidades buscavam integrar a pessoa com deficiência na sociedade, através de técnicas com próteses, possibilitando a convivência social. Há indícios que datam de 2.300 anos A.C. encontrados no Cazaquistão de uma prótese tibial confeccionada com uma pata de carneiro utilizada por vários anos para suprir a ausência de um dos pés, tratando-se dos restos ósseos de uma mulher, conforme estudos de Hernandez Gómez (1977) p. 8).<sup>2</sup>

A civilização egípcia também nos deixou amostras de que não praticava a eliminação das pessoas com deficiência, pois, na tumba de Tutankamon, no século XIV a.C. há a figura de um barco funerário com um anão. Também se verifica a figura de um príncipe da XVIII dinastia (aproximadamente 1400 anos a.C.) com indícios de seqüelas de poliomielite, visto que o pé direito era atrofiado e se utilizava de uma espécie de muleta, ficando claro que essa incapacidade não lhe impedia de ser príncipe.<sup>3</sup>

Esses avanços, contudo, sempre ocorreram com a evolução da medicina, demonstrando uma preocupação individual com a cura e desenvolvimento de próteses. No entanto, apesar dos avanços da medicina, não houve a preocupação de uma mudança na sociedade, com a eliminação das barreiras que impedem a acessibilidade.

---

<sup>1</sup> DIAZ, Antonio Leon Aguado. História De Las Deficiências. Madri: AZ Editores, 1.995, p. 24

<sup>2</sup> DIAZ, 1995, p. 38

<sup>3</sup> DIAZ, 1995, p. 42

Pode-se afirmar que apesar de haver discriminação a sociedade se preocupou, em determinados momentos, com a inclusão das pessoas com deficiência, visto que no decorrer da história houve avanços e recuos, evoluindo a passos lentos a eliminação das barreiras sociais.

No entanto, sempre foram muito tímidas as ações referentes à inclusão das pessoas com deficiência, havendo uma dívida histórica muito elevada, e, por isso, a necessidade urgente de se avançar para possibilitar a inclusão das pessoas com deficiência.

O grande desafio é não ficar preso ao modelo de sociedade que não teve a preocupação da inclusão, bastando verificar os centros urbanos, praças, ruas, prédios públicos, prédios particulares, enfim, todas as construções, as quais, não têm as mínimas prioridades em relação ao acesso das pessoas com deficiência.

Mesmo com uma Constituição que traz como princípio de maior peso a dignidade da pessoa humana, vários direitos fundamentais, o princípio da igualdade, a proibição da discriminação, mesmo assim, constatamos que pouco foi realizado. Até mesmo após a ratificação da Convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência, muitos relutam em efetuar as adaptações razoáveis, até a efetiva implantação do desenho universal.

## **A CONVENÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL**

A convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência da ONU preconiza no artigo 27 que deve ser assegurado às pessoas com deficiência a possibilidade de conseguir trabalho e se manter nele, com as mesmas oportunidades dadas às demais pessoas, devendo, o ambiente de trabalho ser aberto, inclusivo e acessível. Traz diversas garantias para a proibição da discriminação nas empresas privadas e também no serviço público.

Uma importante conquista das pessoas com deficiência é a necessidade de realização de adaptação razoável, para evitar a discriminação na admissão do trabalhador que apresenta alguma espécie de deficiência, assim como, para permitir que este exerça qualquer profissão em igualdade de condições com outros trabalhadores. Com efeito, conforme preconiza a Convenção Das Pessoas Com Deficiência até que seja implantado o desenho universal, há obrigatoriedade da adaptação razoável.

Em se tratando de tratado internacional, conforme ensina a doutrina, deve-se num primeiro momento atribuir o significado comum da palavra, em vez de seu significado técnico jurídico, dando-se mais importância para o sentido corrente do termo.<sup>4</sup>

Adaptar corresponde à necessidade de tornar harmoniosa a realização de determinada atividade; amoldar determinada peça, objeto, máquina, permitindo o seu uso por outras pessoas que estavam impedidas em razão de alguma deficiência; acomodar um determinado estabelecimento para possibilitar nova utilização, com a participação de mais pessoas; adaptação social com eliminação de barreiras; possibilidade do equipamento biológico interagir com o ambiente de trabalho.<sup>5</sup>

Desta forma, pode-se dizer que adaptação razoável significa toda aquela que possibilita a integração da pessoa ao meio ambiente de trabalho, com acessibilidade, que possa ser realizado, considerando-se as possibilidades do empregador, com uso do bom senso, sendo a adaptação aceitável, suficiente, de boa qualidade, possibilitando que o trabalho possa ser realizado com segurança, desde que os gastos não sejam excessivos, comprometendo-se o desenvolvimento do empreendimento, justificando-se em razões sólidas.<sup>6</sup>

Os tratados internacionais também devem ser interpretados em seu conjunto, observando-se o contexto, devendo o intérprete utilizar-se de todo o arsenal disponível para a delimitação do sentido comum das palavras.<sup>7</sup>

Cumprir notar que a própria Convenção no artigo 2º traz a definição de adaptação razoável salientando que “significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido”

Os Estados se comprometem a adotar todas as medidas necessárias para garantir a efetiva implementação da adaptação razoável, com o objetivo de promover a igualdade e eliminar a discriminação das pessoas com deficiência.

---

<sup>4</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso De Direito Internacional Público. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 272

<sup>5</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1.983, pág. 43

<sup>6</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, página 1615

<sup>7</sup> MAZZUOLI, 2012, p. 272

O preâmbulo da Convenção das pessoas com Deficiência demonstra a preocupação em eliminar as barreiras que impedem a efetiva inclusão das pessoas com deficiência, não permitindo a igualdade material, deixando salientado que há necessidade urgente de se incentivar e influenciar a “promoção, a formulação e avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência”. Também ficou evidenciado no preâmbulo da Convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência a contribuição valiosa das pessoas com deficiência para toda a sociedade, bem como, a preocupação com a promoção dos seus direitos humanos, e de suas liberdades fundamentais, assim como, a efetiva participação da sociedade, com a finalidade de ressaltar que isso tudo implicará na sintomática percepção de verdadeiros integrantes e participantes da sociedade, para a concretização do desenvolvimento econômico e social, contribuindo para a erradicação da pobreza.

Isto demonstra que a verdadeira preocupação da Convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência é eliminar as barreiras que vedam o acesso das pessoas com deficiência em todos os âmbitos sociais, especialmente, no ambiente de trabalho, impedindo a verdadeira inclusão.

A Convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência da ONU ingressou no ordenamento jurídico Brasileiro, com aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme redação do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, com equivalência às Emendas Constitucionais. No âmbito deste trabalho, não há espaço para as discussões a respeito desta inovação, mesmo porque a Convenção Internacional após a sua aprovação foi Ratificada pelo Poder Executivo.

Em razão disso ingressou no ordenamento jurídico interno como Emenda Constitucional, tratando-se de direito fundamental das Pessoas Com Deficiência.

O princípio da igualdade em seu viés positivo traz como consequência a necessidade de exigências ao empregador para que implemente todas as condições necessárias para evitar a discriminação no ambiente de trabalho, especialmente, em relação às pessoas com deficiência. Pode-se afirmar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui normatividade suficiente para exigir que não haja discriminação no local de trabalho, impondo ao empregador o ônus de eliminar barreiras que impeçam a acessibilidade no local de trabalho, devendo elaborar as adaptações necessárias em máquinas e equipamentos. Desta maneira, a Convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência ratificada pelo Estado

Brasileiro, após aprovação pelo Congresso Nacional, deu maior densidade aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e também ao princípio da igualdade, assim como, às regras que proíbem a discriminação na admissão das pessoas com deficiência.

Em se tratando de uma Convenção Internacional, com muitos Estados signatários, o argumento que sempre vem à tona quando se determina melhorias no meio ambiente do trabalho de que haverá prejuízos para as empresas brasileiras, dificultando a concorrência, caem por terra, não merecendo créditos. Esses argumento referente ao custo dos produtos pode apresentar relevância, contudo, não pode ser preponderante para inviabilizar as despesas com a adaptação razoável. Este problema será tratado mais adiante, porém, neste ponto é bom deixar clara a relevância de ser a matéria tratada em uma Convenção Internacional, visto que, não apenas no âmbito de determinado Estado será observada a necessidade da adaptação razoável, mas, de todos aqueles signatários da Convenção Internacional.

#### **A IGUALDADE MATERIAL NA ADMISSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.**

Os princípios na atualidade apesar dos valores que representam, também possuem força normativa. Os princípios são enunciados abertos, os quais possibilitam o diálogo, permitindo a coexistência harmoniosa entre eles; são ajustáveis às situações fáticas que apresentam conflitos na sociedade.

A abrangência dos princípios são superiores às regras jurídicas, permitindo maior abstração e amplitude para os temas mais relevantes no ordenamento jurídico, contudo, eles têm densidade suficiente para a concretização, com a efetiva aplicação na realidade fática.<sup>8</sup>

A Constituição Federal de 1.988 positivou diversos valores como princípios constitucionais, com força normativa suficiente para a sua efetiva implementação, sendo que no ápice encontra-se como princípio de maior peso a dignidade da pessoa humana. Implica que a pessoa humana deve ser privilegiada, com o efetivo desenvolvimento da personalidade, portanto, além dos direitos de defesa, o Estado deve disponibilizar as prestações sociais, compreendendo, inclusive, o dever de legislar para incluir pessoas ou grupos vulneráveis.

O valor máximo positivado como princípio a irradiar por todo o ordenamento jurídico foi a dignidade da pessoa humana, sendo o ser humano a prioridade da República Federativa do Brasil. Bastava o princípio da dignidade da pessoa humana, com normatividade

---

<sup>8</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 2ª tirag. (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág.18



suficiente para exigir do legislador, do executivo, do judiciário, assim como, de toda a sociedade, a total proteção do ser humano.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana obriga o Estado a assegurar a todos os seres humanos as condições que propiciem o pleno desenvolvimento da personalidade, seja através de prestações positivas ou negativas.<sup>9</sup>

Com objetivo de não deixar dúvidas quanto à normatividade e efetiva concretização do princípio da Dignidade da Pessoa Humana o Constituinte positivou outros princípios, sendo um dos mais importantes o princípio da igualdade.

Na verdade, apesar de passados vários anos da promulgação da Constituição Federal, está longe de se dizer que este princípio foi concretizado na realidade, com a sua efetiva implementação em nossa sociedade extremamente desigual. A desigualdade social é imensa, com falta de moradias dignas para as pessoas, falta de trabalho, falta de comida, falta de condições básicas de saúde, falta de acessibilidade para as pessoas com deficiência, etc.

Não há dúvidas em relação à importância fundamental do princípio da igualdade, em todos os seus aspectos. A própria igualdade jurídica, proibindo que as distinções entre as pessoas tenham razoabilidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A razoabilidade exige que qualquer distinção, ou critério de desigualdade entre pessoas, bens ou grupos, apresente relevância, não podendo ser destituída de valor, sem justificção, visto que há necessidade de haver congruência entre os meios e fins, portanto, toda e qualquer diferenciação normativa exige razoabilidade e racionalidade, sendo vedado ao legislador, apesar do mandato popular, no exercício de suas atribuições e competências como tal, cometer arbitrariedade, fazendo discriminação indevida, que não seja necessária e justificável, em relação às pessoas e bens, observando sempre o interesse de toda a sociedade, com amparo na moral e no bem-estar dessa sociedade.<sup>10</sup>

A simples igualdade jurídica, muito importante para o Estado Democrático de Direito, não soluciona a questão da desigualdade fática. Sempre que houver a obrigatoriedade de um tratamento desigual definitivamente, quando um indivíduo ou grupo de pessoas encontram-se em situação de real desvantagem social e econômica que exige prestações do Estado, ou necessidade de reconhecimento, pode-se afirmar que há um direito subjetivo ao

---

<sup>9</sup> MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental. 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75

<sup>10</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 157

tratamento desigual, assim, quando o Estado deixar de implementar as condições necessárias, através de ações, políticas públicas, pode-se exigir do próprio Estado, por meio da Jurisdição, a implementação das condições para atender às pessoas ou grupo, sempre que demonstrada “uma razão suficiente” para a exigibilidade ou admissibilidade de um tratamento desigual.<sup>11</sup>

Na dinâmica social muitas vezes o princípio da igualdade cria muitas distorções, potencializando a desigualdade, em razão de privilégios criados pelo próprio direito, com a aplicação da igualdade formal, sendo indispensável que esta situação imperfeita seja objeto de crítica, e que sejam utilizados os mecanismos do próprio direito para cessar essas incorreções, devendo corrigir as falhas e, para tanto, causar desequilíbrio, exatamente para proporcionar a inclusão daquelas pessoas fragilizadas no convívio social.<sup>12</sup>

A aplicação do princípio da igualdade material exige a correção das desigualdades existentes na sociedade, com a “igualdade de oportunidades (*equality opportunity*) e de condições de vida”, com o objetivo de assegurar a “liberdade real ou liberdade igual”. Apenas possuem a liberdade real aqueles que têm acesso a bens e serviços indispensáveis, não se limitando apenas a uma razão básica, mas, também, necessidade de moradia digna, acesso à educação, cultura, trabalho, saúde, etc.<sup>13</sup>

Não é apenas o Estado que deve observar o princípio da igualdade, mas, também, os particulares, sendo dever do Estado legislar para exigir dos particulares a observância do princípio da igualdade, salientando-se que a lei deve criar distorções para o fim de possibilitar a igualdade material.

Ocorre, porém, que há situações nas quais os princípios possuem densidade suficiente para a sua efetiva concretização, especialmente, quando há normas de direitos fundamentais que dão substância aos princípios. No caso em comento, em relação ao trabalho das pessoas com deficiência, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, a regra da proibição de discriminação nas relações de trabalho, e o direito fundamental que exige a adaptação razoável e a inclusão das pessoas com deficiência. Desta forma, não há como se ancorar na ausência de legislação para a efetiva inclusão das pessoas

---

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 416/420

<sup>12</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 347

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 430

com deficiência. Não há dúvidas de que o legislativo em nosso sistema constitucional possui a competência para legislar, contudo, se não o faz, ou, se o faz de forma insuficiente, o que não se pode admitir é que a Constituição Federal não tenha normatividade. Ocorre, porém, que em se tratando de direitos fundamentais, não é possível aguardar a vontade da maioria parlamentar, deixando que a discricionariedade torne-se um dogma, com a preponderância do arbítrio, com total menosprezo para os direitos fundamentais.

A igualdade na admissão de pessoas não se limita apenas e tão somente na observância das mesmas condições para todas as pessoas, ou seja, um princípio da igualdade formal. Não é possível admitir a arbitrariedade na discriminação, naquelas hipóteses em que se admite que em decorrência da própria deficiência, a qual impede o exercício de determinada função, como dirigir um automóvel, para permitir nessas hipóteses que haja a discriminação. Nestes casos sempre se exige critério seguro, não sendo permitida a tomada de decisão sem o exercício da “razoabilidade e congruência para justificar um tratamento desigual, banindo toda e qualquer diferenciação arbitrária”.<sup>14</sup>

Mas a igualdade no que concerne á admissão de pessoas com deficiência nas relações de trabalho não pode se resumir ao efetivo controle e verificação de forma segura e razoável na aferição das funções que afastam pessoas com determinadas deficiências do se exercício. Deve sempre ser observada a proibição da discriminação em razão da falta de acessibilidade, devendo sempre ser verificada a oportunidade real a todos os pretendentes às vagas. A contratação não pode ser feita discricionariamente pelo empregador, sem possibilidade de questionamento dos interessados que não foram escolhidos. Na verdade, sempre que houver pessoas com deficiência, assim como, pessoas que pertencem a outros grupos vulneráveis, que estão concorrendo às vagas no emprego, não é crível que apenas pessoas que não pertençam a grupos vulneráveis, sejam os contratados. Especialmente no caso das pessoas com deficiência, não é possível admitir que não sejam contratadas, sob alegação de que as cotas previstas em lei estão preenchidas.

No caso específico das pessoas com deficiência é bom esclarecer que somente haverá igualdade na admissão de empregados quando forem eliminadas barreiras que impedem a locomoção e acesso, impossibilitando o pleno exercício da igualdade material. Na realidade a adaptação razoável exigida pela Convenção Internacional da ONU Das Pessoas Com

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Igualdade Como Direito Fundamental Na Constituição Federal de 1.988: Aspectos Gerais E Algumas Aproximações Ao Caso Das Pessoas Com Deficiência. In: Ferraz. Carolina Valença...{Et al}. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, página 85.

Deficiência é o único instrumento capaz de minimizar a discriminação. Sem a efetiva implementação desta conquista das Pessoas Com Deficiência não haverá igualdade material na admissão.

Somente a observância de todos os direitos fundamentais sociais, não apenas daqueles que constam do catálogo da Constituição Federal, mas de todos, inclusive, aqueles que não constam da Constituição, podem conduzir a ampliação das liberdades, especialmente, da liberdade fática, na medida em que os direitos sociais são os únicos meios de causar desequilíbrio naquelas situações em que há diferenças gritantes entre as pessoas, não podendo suportar o convívio social com tão drásticas desigualdades, sob pena de ruptura de todo o sistema, visto que as desigualdades não são suportáveis.

A existência dos direitos sociais, mesmo que não figurem dentro do elenco da Constituição, desde que sejam materialmente fundamentais, não implicam na redução das liberdades, ao contrário, são ferramentas importantes, especialmente no que concerne à efetivação e concretização do princípio da igualdade material.<sup>15</sup>

A adaptação razoável, enquanto não estiver totalmente implantado na sociedade o desenho universal, corresponde a direito fundamental do trabalhador, sendo o meio eficiente para a inclusão das pessoas com deficiência, bem como, um importante instrumento contra a discriminação. Não estamos a sustentar que todas as medidas existentes são importantes, como no caso a lei de cotas, a qual tem por objetivo a igualdade positiva. No entanto, há a exigência da adaptação razoável, a qual apresenta relevância insuperável, na medida em que possibilita a efetiva concretização do princípio da igualdade nas relações de trabalho, em razão da acessibilidade, e por possibilitar o exercício de um número maior de funções.

Não é crível sustentar que o empregado possa ser impedido de exercer determinada profissão em razão de falta de adaptação. Então, pode-se dizer que toda e qualquer adaptação que possa ser realizada pelo empregador para possibilitar o exercício de determinada função com a finalidade de eliminar a discriminação e concretizar a igualdade material, deve ser realizada.

## **O DIREITO FUNDAMENTAL À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL**

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. rev. atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2.009, página 83

A história revela certa preocupação com o reconhecimento dos direitos humanos, apesar de constatarmos até os dias atuais muitas agressões que nos deixam perplexos. No entanto, em que pese avanços e recuos, constata-se que todos os Estados procuram positivar determinados direitos humanos em suas Constituições, especialmente, garantias referentes à liberdade, à vida, mas, também, direitos às prestações sociais.

Apesar de alguns doutrinadores sustentarem que os direitos fundamentais são apenas aqueles que constam do catálogo previsto na Constituição Federal, ou através de Emendas à Constituição, bem como, pela ratificação de Tratados Internacionais, após a sua aprovação pelas duas Casas do Congresso Nacional, com quorum qualificado, a Constituição Federal no artigo 5º, parágrafo 2º, traz a possibilidade de abertura, para a noção de fundamentalidade material, não se limitando apenas aos direitos fundamentais catalogados e nem mesmo apenas aqueles promulgados através de Emendas à Constituição, ou, ainda, aqueles decorrentes de ratificação de Tratados Internacionais aprovados por maioria qualificada pelas duas Casas do Congresso Nacional. Também não se limitam àqueles direitos fundamentais extraídos de outros dispositivos Constitucionais fora do rol de direitos Constitucionais. Assim, a abertura permite que outros direitos fundamentais, não constantes do texto, apenas em razão da fundamentalidade, sejam reconhecidos como direitos fundamentais. Eles podem ser extraídos dos princípios constitucionais.<sup>16</sup>

No caso presente, evidente que se trata de direito fundamental a adaptação razoável, na medida em que entrou em nosso ordenamento jurídico em razão da Ratificação do Tratado Internacional da ONU das Pessoas Com Deficiência, após aprovação por quorum qualificado pelas duas Casas do Congresso Nacional. Por outro lado, ele poderia ser extraído do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como, do Princípio da Igualdade, do Princípio do Valor Social do Trabalho.

A Constituição Federal de 1.988 trouxe como princípio fundamental e de maior peso a Dignidade da Pessoa Humana, e, para concretizar este princípio, como não poderia deixar de ser, traz os direitos sociais fundamentais. Evidente a opção por um modelo de Estado social, com o objetivo de valorizar o ser humano, a democracia, a participação popular, a cidadania, o valor social do trabalho, a inclusão de grupos vulneráveis, mesmo porque, somente com o acesso às prestações materiais, com moradia, trabalho, educação, saúde, alimentação, haverá

---

<sup>16</sup> SARLET, 2.009, pág. 75

possibilidade plena de participação efetiva na sociedade, com a eliminação das desigualdades sociais.<sup>17</sup>

O indivíduo mais necessitado é aquele que mais valoriza os direitos fundamentais sociais que lhes dão garantia de uma vida com dignidade, sem opressão, sem discriminação. Este indivíduo tem todo o interesse em ser incluído na sociedade, para não ser obrigado a viver numa situação miserável, abaixo do mínimo existencial, com falta de condições mínimas de uma vida digna, ficar de fora do processo produtivo. A pessoa necessita de acesso aos bens materiais, educação, saúde, para poder participar efetivamente da sociedade, na produção econômica, na vida cultural, política, etc.

O trabalho na atualidade tem importância fundamental para a Dignidade da Pessoa Humana, mesmo porque, representa a distribuição de riquezas, com acesso aos bens materiais, para a pessoa que trabalha e sua família. As pessoas com deficiência tem o direito fundamental ao trabalho, com dignidade.

Os direitos fundamentais sociais tem importância fundamental, na medida em que ninguém possui liberdade de escolha na sociedade se não contar com o acesso aos bens materiais mínimos para a sua sobrevivência, para uma existência digna.

O exercício da liberdade somente é possível quando as pessoas têm condições reais e efetivas de fazer as suas escolhas, para isso, é indispensável que tenha a sua disposição todos os bens materiais, alimentos, moradia, trabalho, educação. Quando esses bens não são colocados à disposição das pessoas, há apenas uma mera liberdade jurídica.<sup>18</sup>

A liberdade, num primeiro momento, corresponde a direito de defesa do indivíduo em face do Estado, contudo, somente existe a liberdade efetivamente quando a pessoa têm condições e acesso aos meios materiais indispensáveis para uma vida digna, com alimentos, moradia, instrução, cultura, trabalho. Caso contrário não há liberdade fática, visto que, haverá apenas a liberdade formal, uma mera fórmula vazia.<sup>19</sup>

A existência dos direitos fundamentais sociais fortalecem a participação democrática e a liberdade dos cidadãos, mesmo que eles estejam fora da Constituição, constituindo como importante mecanismo de inclusão social.

Os direitos sociais nem sempre possuem a concretude suficiente para a sua implementação, visto que em muitos casos os contornos não são delimitados, razão pela qual

---

<sup>17</sup> SARLET, 2009, p. 83

<sup>18</sup> ALEXY, 2008, p. 506

<sup>19</sup> ALEXY, 2008, pág. 506

muitos sustentam a necessidade de delimitação dos seus contornos com a finalidade de dar mais substância aos dispositivos constitucionais.<sup>20</sup>

O estudo dos direitos fundamentais tem evoluído para tornar mais claras e exequíveis as normas e princípios a eles relativos; há necessidade de delimitar o âmbito de proteção, limites e limites dos limites. Devido a importância dos direitos fundamentais, o estabelecimento dos contornos, para possibilitar a efetiva aplicação, com a finalidade de tornar mais passível de controle, somente é possível mediante balizas que conformam o seu conteúdo. Quanto mais límpida e precisa a delimitação do seu conteúdo e sua abrangência, mais se estará avançando para o aperfeiçoamento da proteção dos direitos fundamentais.<sup>21</sup>

No caso da adaptação razoável a Convenção Internacional diz expressamente que há necessidade de adaptação razoável até que venha a ser implantado o desenho universal. Conforme já foi salientado, o princípio da dignidade da pessoa humana que ilumina todo o ordenamento jurídico, e também possui normatividade, assim como, o princípio da igualdade, especialmente a igualdade material, além das regras referentes à proibição de discriminação, já seriam suficientes para exigir a adaptação razoável. No entanto, a Convenção Internacional ratificada após a aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional, traz expressamente este direito fundamental das pessoas com deficiência, dando mais concretude aos princípios constitucionais.

A adaptação razoável nas empresas para afastar a discriminação nas relações de trabalho das pessoas com deficiência atende ao comando do artigo 1º, da Constituição Federal, que diz expressamente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho da livre iniciativa, o pluralismo político, assim como, aqueles objetivos fundamentais preconizados no artigo 3º, referentes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, e, especialmente, a promoção do bem de todos, com a eliminação de todas as formas de discriminação.

## **A VINCULAÇÃO DO EMPREGADOR AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

<sup>20</sup> AGRA, Walber De Moura. Direitos Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). Tratado De Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 vol., p. 552

<sup>21</sup> SARLET, 2009, p. 387

No que tange à inclusão das pessoas com deficiência importante destacar o princípio do valor social do trabalho, visto que o trabalho permite a participação da pessoa no desenvolvimento econômico e social do país. Por outro lado, a doutrina tem sustentado há muito tempo a aplicação imediata dos direitos fundamentais pelos particulares.

A evolução da sociedade com a compreensão de que o trabalho humano contribui para o desenvolvimento da personalidade da pessoa traz uma obrigação para o Estado de proporcionar e assegurar a opção individual, através de mecanismos que possibilitem o pleno emprego, assim como, o desenvolvimento da livre iniciativa.

Somente o trabalho livre é capaz de fazer o homem desenvolver plenamente e “projetar a sua personalidade no trabalho” e para que isso ocorra “é necessário que o Estado assegure a opção individual de cada um”.<sup>22</sup>

Não há dúvidas que num estado capitalista o objetivo é o lucro, tendo-se em vista que o trabalho é um componente da produção, estando os envolvidos sujeitos às leis do mercado, o que implica reconhecer a necessidade do empregador de reduzir custos, para a manutenção da empresa.

A livre iniciativa, apesar do interesse econômico, não tem o respaldo da Constituição Federal quando visa única e exclusivamente o lucro, sem importar com o bem estar dos trabalhadores, com a sua evolução social, a salubridade do meio ambiente do trabalho, a estabilidade econômica dos trabalhadores. Na verdade, somente é viável a livre iniciativa quando observado o valor social do trabalho, o desenvolvimento econômico e social dos trabalhadores. Não é admissível a busca desenfreada do lucro, sem atender às necessidades dos trabalhadores.

Quando a livre iniciativa é desenvolvida com vistas a promover o interesse da justiça social encontra legitimidade na Constituição Federal, sendo vedada a busca exclusiva de lucro e promoção pessoal do empresário, em detrimento da valorização do trabalhador, salientando-se que até mesmo o Estado somente pode desenvolver atividade econômica, desde que justificada, quando a finalidade essencial seja promover o interesse da justiça social e a dignidade da pessoa humana.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1.988, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 1 vol., p. 473

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1.988). São Paulo: Malheiros, 1.999, pág. 768



A livre iniciativa, conforme disposto no artigo 170 da Constituição Federal, não se encontra no mesmo patamar que o trabalho humano, o qual foi potencializado, visto que a livre iniciativa encontra-se de forma singela, enquanto foi atribuída ao trabalho humano uma qualificação, ou seja, deve ser valorizado, com precedência sobre todos os demais valores. Assim, a livre iniciativa merece tratamento como fundamento da República Federativa do Brasil enquanto bem socialmente valioso.<sup>24</sup>

A valorização do trabalho na Constituição Federal não serve apenas para assegurar as garantias, mas, também, indica um avanço para a correção de distorções e permite assegurar a conquista do trabalho a todos os componentes da sociedade, especialmente a inclusão no mercado formal, com acesso à educação e maior distribuição de rendas.<sup>25</sup>

Essa valorização do valor social do trabalho, para o fim de garantir o desenvolvimento da personalidade do ser humano, não se limita a determinadas pessoas, mas, a toda a sociedade, e deve garantir a inclusão de todos os grupos sociais. A empresa não está agindo em conformidade com a Constituição Federal quando impede que determinados grupos de pessoas sejam contratadas, visto que a livre iniciativa somente é aceitável e tem legitimidade quando contribui para o desenvolvimento da sociedade, com a inclusão de todos os grupos vulneráveis, promovendo a dignidade da pessoa humana.

Então, pode-se afirmar que o empregador não pode se esquivar de efetuar a adaptação razoável sob o argumento de que haverá ônus que o impossibilita a realização da adaptação razoável. Conforme salientado, o que justifica a livre iniciativa é a valorização do trabalho humano, a verdadeira integração do trabalhador na empresa, com a inclusão de todas as pessoas, todos os grupos vulneráveis. Para possibilitar a inclusão das pessoas com deficiência há necessidade de se efetuar a adaptação razoável.

Nas relações privadas, especialmente, quando as relações sociais são desiguais, não encontram equilíbrio, havendo pessoas ou grupo de pessoas em situação desfavorável, comprometendo o exercício da liberdade fática, devido a total falta de nivelamento entre as partes contratantes, em razão da dependência econômica, social, técnica, não há possibilidade de prevalecer a autonomia privada, em sua concepção liberal, com fulcro na liberdade formal dos contratantes. Nestas situações, para possibilitar o desenvolvimento de uma relação

---

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1.988. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198

<sup>25</sup> BOCORNY, Leonardo Raupp. A Valorização do Trabalho Humano no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 71

balanceada, na qual a liberdade contratual possa prevalecer, impõe-se a aplicação imediata do princípio da igualdade, a fim de possibilitar o consenso livre de vícios que possam macular a relação contratual e prevalecer a autonomia privada, entendendo-se esta como a conjugação da liberdade e igualdade material das partes.<sup>26</sup>

Sempre que houver assimetria nas relações privadas, especialmente quando uma das partes tem poder sobre as outras, ou sobre determinado grupo de pessoas, especialmente, quando há grupos vulneráveis, destacando a desigualdade fática, fica evidenciada a necessidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais entre os particulares. Também naquelas questões que envolvem as opções existenciais das pessoas, sempre a tutela dos direitos fundamentais entre os particulares será mais intensa.<sup>27</sup>

Toda a sociedade é destinatária dos direitos fundamentais sociais, não se limitando apenas ao Estado como tal, não excluindo ninguém do campo de abrangência como destinatário ou titular das normas; podem ser invocados os direitos fundamentais de forma direta e imediata, sem necessidade da intervenção do legislador.

Os direitos fundamentais são dirigidos a toda a sociedade, não sendo direcionado apenas ao Estado, portanto, todos os setores da sociedade, incluídas as pessoas jurídicas de direito privado, particulares, são destinatários dos direitos sociais, ninguém podendo escapar de sua força vinculante.<sup>28</sup>

Os direitos fundamentais e também os sociais, especialmente aqueles fundamentais, em princípio obrigam o Estado, visto que num primeiro momento se tratavam de direitos de defesa do indivíduo contra o próprio estado, contudo, aqueles centros de poder da iniciativa privada, os quais exploram atividades econômicas, são destinatários dos direitos fundamentais sociais, justificando a eficácia direta e imediata desses particulares aos direitos fundamentais. Sendo assim, essa eficácia direta e imediata, tendo em vista as diversas situações deve sempre ser analisada mediante o caso concreto.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Livraria Almedina, 1.999, p. 185-186

<sup>27</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed. 3ª tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, página 328/329

<sup>28</sup> NEUMER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental: In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.226

<sup>29</sup> SARLET, 2009, pág. 380

Em princípio o custo dos direitos sociais prestacionais é arcado pelo Estado. O nosso Estado é uma Democracia Social, visto que a nossa Constituição Federal tem como norte a dignidade da pessoa humana, como norma fundamental, de maior peso, e para dar concretude ao princípio traz um elenco de direitos fundamentais; apesar de preconizar que a livre iniciativa constitui um dos fundamentos do Estado, realça a importância da valorização do trabalho humano, dando-lhe prevalência, ou seja, a livre iniciativa somente é justificável, desde que respeite o valor social do trabalho. Todos aqueles que exploram a atividade econômica, bem como, a força de trabalho, são obrigados a observar o princípio da valorização do trabalho, devendo arcar com os custos dos direitos sociais.

Dependendo da opção ideológica os juristas se dividem entre aqueles que entendem que os direitos sociais devem ser disponibilizados sem nenhuma relação com os custos econômicos, e aqueles que entendem que apenas os direitos sociais fundamentais devem ser oferecidos, e mesmo assim, observando-se o mínimo existencial e a reserva do possível. Uns argumentam que as normas possuem densidade suficiente para a judicialização em caso de serem negados pelo Estado, enquanto outros sustentam que se trata de normas programáticas, sem normatividade. Tudo isto demonstra a necessidade urgente de uma nova dogmática jurídico-constitucional, não podendo ser realizado através de modelos, em razão das características de cada local, visto que mesmo dentro do território de um determinado Estado, as normas de direitos fundamentais para uma determinada região não coincidiria com a de outras regiões, especialmente, no caso do Brasil, com dimensões territoriais continentais, com diferenças econômicas gritantes, não seria possível uma uniformização das necessidades. Em razão destes problemas, a metodologia mais correta seria recortar na própria lei, qual o núcleo essencial, ou seja, delimitar o núcleo essencial de cada prestação a ser concedida aos indivíduos.<sup>30</sup>

Em princípio pode-se afirmar que os contornos dos direitos sociais poderiam ser estabelecidos pela lei, com a participação de toda a sociedade, contudo, nem sempre as escolhas da maioria parlamentar atendem as necessidades reais de toda a sociedade, visto que na sociedade civil uns têm maiores poderes de negociação que outros, especialmente, em razão da posição estratégica que alguns ocupam. Por outro lado, é muito difícil estabelecer os conteúdos dos direitos sociais fundamentais que sejam sempre aplicáveis à sociedade, tendo em vista a dinâmica social, trazendo, amiúde, novas necessidades.

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260

Afirma-se na doutrina que os direitos sociais que não correspondem estritamente a direitos fundamentais, necessitam da intermediação do legislador, e, portanto, em certa medida estão afetos à reserva do possível, ou, então, dependem da discricionariedade do legislador. Assim, argumenta-se que os direitos sociais que não são fundamentais, em princípio, não podem prejudicar o desenvolvimento econômico, não sendo possível arruinar as finanças públicas. As escolhas feitas no limite das necessidades da sociedade devem ser realizadas pelo legislador eleito democraticamente, sendo vedado ao Judiciário modificar as decisões discricionárias tomadas pelas maiorias parlamentares, sob pena de agravamento das desigualdades, salvo nas hipóteses de direitos fundamentais sociais, quando a questão envolve o mínimo existencial.<sup>31</sup>

O legislador e todos os demais poderes constituídos estão vinculados aos direitos fundamentais, inclusive, no que concerne ao núcleo essencial dos direitos sociais e da imposição referente à justiça social. A inobservância do mínimo existencial corresponde afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não há nenhuma possibilidade de restrição no que concerne ao mínimo existencial, visto que o núcleo existencial mínimo exigível dos direitos à prestação para uma vida digna não pode ser postergado sob a objeção da reserva do possível.<sup>32</sup>

O mínimo existencial deve corresponder às necessidades para uma vida humana com dignidade que permita o desenvolvimento da personalidade no meio social, devendo atender aos padrões qualitativos mínimos. A existência humana digna proporcionada pelo mínimo existencial deve corresponder a padrão superior que a mera existência física, devendo sempre ter como vetor a dignidade da pessoa humana. Não se pode aceitar o mínimo existencial como o mínimo vital, especialmente numa concepção estritamente liberal.<sup>33</sup>

Os direitos fundamentais sociais não podem ser limitados pelo custo econômico, devido a sua grande importância, para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A solução, quando envolve a necessidade de custos elevados para a concessão de direitos fundamentais deve ser encontrada através do sopesamento entre os princípios, de um

---

<sup>31</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 133/134

<sup>32</sup> SARLET, 2009, p. 352

<sup>33</sup> SARLET, 2009, p. 352

lado, a liberdade fática, e, de outro, os princípios relativos à competência decisória do legislador eleito democraticamente, da separação de poderes, e, também, os princípios da liberdade jurídica de terceiros, bem como, em relação aos demais princípios de direitos fundamentais sociais e os interesses coletivos. Na verdade para se buscar a solução é indispensável que seja desenvolvida uma dogmática individual para cada direito fundamental. Em se tratando de direitos fundamentais mínimos, ou seja, nas hipóteses que se busca assegurar o mínimo existencial, a solução deve ser buscada no sopesamento dos princípios, tendo sempre como ponto de partida a liberdade fática, quando esta determinar a necessidade de implementação da prestação, sejam elas, moradia, educação, trabalho, saúde, alimentação.

34

Para a teoria externa, ao contrário da teoria interna, os direitos fundamentais não têm os limites aprioristicamente estabelecidos, o que permite a distinção entre os direitos fundamentais e os seus limites, visto que o direito existe ilimitado e separado o seu limite, sendo que apenas após as restrições ele torna-se limitado. O direito existe *prima facie*, antes da sua limitação e pode ocorrer que alguns direitos não sofram limitações; a posição definitiva, se não houver limitação, somente ocorrerá após o seu exercício. Essa teoria, ao contrário da interna, possibilita o sopesamento quando ocorrer o choque entre princípios de direitos fundamentais.<sup>35</sup>

A teoria externa dos direitos fundamentais, em que pese não possa chegar a resultados diferentes daqueles da teoria interna, obedecendo aos valores existentes em determinado sistema constitucional, ela se mostra mais adequada para a solução dos conflitos de direitos fundamentais, especialmente, naquelas hipóteses nas quais há necessidade de preponderar a inclusão de grupos vulneráveis.<sup>36</sup>

Os Princípios Constitucionais são normas abertas e que possuem plasticidade para amoldar as diversas situações que a realidade social reclama, especialmente, o Princípio da dignidade da pessoa humana, cujos raios direcionam todo o sistema jurídico. Os direitos fundamentais sociais dão concretude aos princípios constitucionais. Por outro lado a dignidade da pessoa humana, por si só, como princípio constitucional, exige que o Estado

---

<sup>34</sup> ALEXY, 2008, p. 512

<sup>35</sup> SARLET, 2009, p. 389

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 309.

implemente todas as condições necessárias para o desenvolvimento da personalidade de cada uma das pessoas residentes no país, especialmente, em relação à educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, entre outros.

Conforme já foi salientado, há necessidade de sopesamento entre os princípios constitucionais para o fim de resolver os conflitos quando há colisão, e nestas situações, o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma enorme importância, na medida em que corresponde ao “principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”. Sempre deve-se buscar a solução que esteja em conformidade com os valores humanitários.<sup>37</sup>

Não existe um valor absoluto que prepondere sobre os demais na ordem constitucional, contudo, a dignidade da pessoa humana figura como norte que direciona todos os demais, os seus raios servem para orientar toda a ordem jurídica, visto que corresponde ao objetivo prioritário da Constituição.<sup>38</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido como um superprincípio a orientar todo o sistema normativo, emanando o substrato material e vinculando todos os poderes, devendo o intérprete estar atento para o seu conteúdo axiológico e conferir-lhe normatividade. As normas constitucionais devem ser concretizadas, não podendo nenhuma interpretação desprezar a sua força normativa, diminuindo a sua importância e seu conteúdo material, devendo o intérprete atribuir mais eficácia, extraíndo mais normatividade e dando mais concretude quando se trata de norma instituidora de direitos fundamentais.<sup>39</sup>

Importante destacar que na interpretação constitucional, os direitos fundamentais também irradiam por todo o sistema, dando-lhe unidade, são expansivos. Há uma mudança radical no próprio sentido da constituição, qual a de um sistema de valores, deixando de ser vista apenas como um mero sistema de normas no positivismo clássico para, num passo adiante, transmudar-se num sistema de princípios. Nessa transformação pela qual passou a própria dogmática constitucional, com a superação da hermenêutica dedutivista para a hegemonia normativa e hierárquica dos princípios, tendo precedência na sua realização o princípio da proporcionalidade, traz como consequência o surgimento de novos conceitos,

---

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. A Ponderação De Interesses Na Constituição. 1ª edição segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2002, p.75

<sup>38</sup> SARMENTO, 2002, p. 75

<sup>39</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 9ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59

quais sejam, o da “concordância prática”, “pré-compreensão” e “concretização”. Ao contrário do método de interpretação positivista que nada acrescentava ao conteúdo da norma, o método atual, com fundamento na nova hermenêutica, concretiza o preceito constitucional. Há uma ponderação de valores pelo intérprete, com a conseqüente consideração dos princípios, os quais representam a essência da própria Constituição.

Os custos da adaptação razoável devem ser arcados pelo empregador, conforme previsto na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, a qual foi ratificada após a sua aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional, por maioria qualificada, não havendo dúvidas quanto à eficácia direta e imediata.

O que poderá gerar conflito entre normas de direitos fundamentais refere-se apenas e tão somente à proporção dos custos, não podendo ser no montante que inviabilize os negócios, impossibilitando o desenvolvimento da atividade do empregador.

Os casos concretos deverão ser solucionados, conforme mencionado, com o exercício do postulado da proporcionalidade, através do sopesamento entre os princípios constitucionais.

O postulado da proporcionalidade exige a utilização dos meios adequados para a realização dos fins, sendo que a adequação deve ser necessária e proporcional. O meio necessário deve ser aquele que traga o menor prejuízo possível em relação aos direitos fundamentais, com um mínimo de restrições. A proporcionalidade, em sentido estrito, deve potencializar o meio que implica na ocorrência de vantagens superiores em relação às desvantagens.<sup>40</sup>

O exame da proporcionalidade em sentido estrito remete ao questionamento referente aos benefícios colhidos em relação à promoção do fim, qual seja, há necessidade de guardar proporcionalidade entre os prejuízos e o meio empregado. A intensidade da restrição dos direitos fundamentais deve ser comparada e proporcional com a importância da realização do fim almejado. Há uma alta dose de subjetividade no exame em decorrência da complexidade das questões, razão pela qual a solução que se tem procurado nesses casos é a verificação da restrição aos direitos fundamentais do cidadão, como efeito colateral, em relação aos meios adequados para se atingir uma finalidade pública.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161

<sup>41</sup> ÁVILA, 2009, p. 176

Tendo-se em vista que o empregador exerce atividade lucrativa, com exploração da mão-de-obra, para alcançar o lucro, não há como se esquivar dos custos do empreendimento, mesmo porque, conforme já foi salientado, o exercício da atividade privada, a livre iniciativa, está sempre subordinada ao valor social do trabalho. Além disso, a Convenção Internacional das Pessoas Com Deficiência preconiza que o empregador deve proceder à adaptação razoável, com o objetivo de inclusão do Trabalhador. A Convenção Internacional foi ratificada e ingressou no ordenamento jurídico como Emenda Constitucional, visto que aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional, por maioria qualificada. Trata-se de direito fundamental das pessoas com deficiência, cujo destinatário é o empregador.

A questão cinge-se ao valor dos custos para a implantação da adaptação razoável, a qual deve ser realizada pelo empregador, atendendo ao postulado da proporcionalidade. Os maiores grupos econômicos com certeza têm obrigação mais acentuada, na medida em que dificilmente poderão argumentar com os custos da implantação da adaptação razoável. Aliás, sempre que estiver em jogo o princípio da igualdade material, é indispensável a análise com observância do postulado da proporcionalidade, especialmente, a proporcionalidade em sentido estrito. No caso presente como se trata da inclusão de pessoas, no sopesamento dos princípios, devem ser resguardados os direitos fundamentais, com a conquista do maior número de vantagens, com a menor restrição possível.

Não há dúvidas de que há o conflito da liberdade contratual do empregador, o exercício da livre iniciativa, o direito de propriedade, o direito dos demais trabalhadores, contudo, de outro lado, há o direito fundamental das pessoas com deficiência, a igualdade material, a dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar, assim, que não é possível exigir a implantação da adaptação razoável que inviabilize o negócio, a qual seja possível de atingir. No entanto, não é possível aceitar a ausência de adaptação razoável com o objetivo de privilegiar o lucro do empregador.

O empregador somente poderá se esquivar de efetuar a adaptação razoável quando demonstrar a impossibilidade de conseguir o desenvolvimento do empreendimento, em razão dos altos custos para a sua implantação. Na realidade, não é possível aceitar o argumento de que a empresa está passando por dificuldades e, por isso, não têm condições de arcar com a implantação da adaptação razoável.

## **CONCLUSÃO**

A Convenção Internacional das Pessoas com deficiência exige do empregador a implantação da adaptação razoável com objetivo de impedir a discriminação na contratação



das pessoas com deficiência. Trata-se, assim, de direito fundamental das pessoas com deficiência. Na realidade esta Convenção foi ratificada após a sua aprovação por maioria qualificada nas duas Casas do Congresso Nacional.

A Constituição Federal assegura o princípio da dignidade da pessoa humana, com posição de destaque sobre os demais princípios. A normatividade deste princípio se irradia por todo o sistema jurídico, razão pela qual todas as normas de direitos fundamentais devem ser efetivadas, com objetivo de assegurar o desenvolvimento pleno da pessoa humana, e para possibilitar a inclusão das pessoas, com a implantação da igualdade material.

O empregador não pode se esquivar de efetuar a adaptação razoável sob o argumento de que o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado. Na realidade, conforme salientado, a Constituição Federal assegura a valorização do trabalho humano, o qual, encontra-se em patamar mais elevado que a livre iniciativa. Tendo em vista a assimetria que há no contrato de trabalho, o empregador deve observar e implementar os direitos fundamentais do trabalhador. O empregador deve adotar todas as medidas para evitar a discriminação das pessoas, a fim de permitir o acesso de todas as pessoas ao trabalho, sem nenhuma distinção, sem discriminação. Para isso, em relação às pessoas com deficiência, é indispensável a adaptação razoável. Aliás, a Convenção Internacional, ratificada pelo Estado Brasileiro, aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional, por maioria qualificada, impõe ao empregador a realização da adaptação razoável.

Tendo-se em vista que pode haver conflito entre princípios constitucionais há necessidade de sopesamento, mesmo porque, não há princípios absolutos, porém, a dignidade da pessoa humana tem prevalência sobre os demais. Os direitos fundamentais também têm relevância na interpretação visto que conferem unidade ao sistema. Há necessidade de uma interpretação construtiva, com a finalidade de concretizar a constituição.

As cotas são importantes, contudo, trata-se de um mínimo de pessoas que são contratadas, e, mesmo assim, apenas em algumas atividades. Na realidade, a adaptação razoável corresponde a um importante mecanismo para a inclusão social e as empresas são obrigadas a efetivarem a sua implantação, não podendo servir como desculpa os custos econômicos da sua implantação. São várias as medidas que podem e devem ser adotadas para possibilitar o trabalho de pessoas cegas, com mobilidade reduzida em membros, paraplégicos, enfim, impossível mencionar todos os casos. O importante é salientar que o acesso das pessoas com deficiência no local de trabalho deve ser privilegiado, com a possibilidade das pessoas com deficiência exercerem as funções em igualdade de condições com as demais pessoas.

Na verdade todos os recursos técnicos existentes que possibilitam a adaptação razoável devem ser efetuados pelo empregador. A situação concreta de cada empregador deverá ser analisada, com modificações em máquinas, equipamentos e outros utensílios que possibilitem o exercício de diversas funções pelas pessoas com deficiência. Aliás, todas as deficiências devem ser observadas, com a possibilidade de inclusão do maior número de pessoas no mercado de trabalho. Não é aceitável e não atende ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade que as empresas deixem de efetuar a adaptação razoável em razão de haver preenchido as vagas referentes à cotas de pessoas com deficiência.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 416/420

AGRA, Walber De Moura. Direitos Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). Tratado De Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 vol., p. 552

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1.988, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 1 vol., p. 473

BOCORNY, Leonardo Raupp. A Valorização do Trabalho Humano no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 71

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 430

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 309.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 157

DIAZ, Antonio Leon Aguado. História De Las Deficiências. Madri: AZ Editores, 1.995, p. 24

DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Livraria Almedina, 1.999, p. 185-186

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1.983, pág. 43

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1.988. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, página 1615

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental. 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso De Direito Internacional Público. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 272

NEUMER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental: In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.226

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 9ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 2ª tirag. (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág.18

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In:LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 347

SARLET, Ingo Wolfgang. Igualdade Como Direito Fundamental Na Constituição Federal de 1.988: Aspectos Gerais E Algumas Aproximações Ao Caso Das Pessoas Com Deficiência. In: Ferraz. Carolina Valença...{Et al}. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, página 85.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. rev. atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2.009, página 83

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed. 3ª tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, página 328/329

SARMENTO, Daniel. A Ponderação De Interesses Na Constituição. 1ª edição segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2002, p.75

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. rev. e atual. nos trmos da reforma constitucional (até a emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1.988). São Paulo: Malheiros, 1.999, pág. 768

TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 133/134