

DEBATES SOBRE DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS

Após a Segunda Guerra Mundial, em reação às atrocidades do nazismo, tem início o movimento de internacionalização dos direitos humanos. Fala-se na reconstrução destes direitos, a partir da ideia de reaproximação entre os valores éticos e os jurídicos, bem como da força normativa das normas principiológicas, especialmente aquela da dignidade da pessoa humana. Passam a interagir, de forma complementar, diversos sistemas internacionais e regionais protetivos de direitos humanos. A dignidade humana surge como superprincípio e grande paradigma das Constituições contemporâneas. Nas Constituições ocidentais atuais, nota-se a presença de cláusulas abertas, viabilizando o diálogo entre o Direito Internacional e Constitucional, com vistas ao fortalecimento dos direitos humanos. Sua conjuntura é resultado de lutas e movimentos sociais, o que confere à matéria objeto desta obra atualidade e relevância social.

gramma



ISBN 978-85-5686-304-2

VOL. 1

1

Célia Barbosa Abreu
Fábio Carvalho Leite
Manoel Messias Peixinho
Organizadores



DEBATES SOBRE

DIREITOS HUMANOS

FUNDAMENTAIS

VOLUME 1

Célia Barbosa Abreu
Fábio Carvalho Leite
Manoel Messias Peixinho
Organizadores

DEBATES SOBRE
**DIREITOS
HUMANOS**
FUNDAMENTAIS

VOLUME 1

Célia Barbosa Abreu
Fábio Carvalho Leite
Manoel Messias Peixinho
Organizadores

grammar

© Célia Barbosa Abreu, © Fábio Carvalho Leite e © Manoel Messias Peixinho

Gramma Livraria e Editora

Conselho Editorial: Bethania Assy, Francisco Carlos Teixeira da Silva, Geraldo Tadeu Monteiro, Gláucio Marafon, Ivair Reinaldim, João Cézar de Castro Rocha, Lúcia Helena Salgado e Silva, Maria Cláudia Maia, Maria Isabel Mendes de Almeida, Mirian Goldenberg e Silene de Moraes Freire.

Coordenação Editorial: Gisele Moreira, Magno Carvalho e Débora de Castro Barros

Capa: Paulo Vermelho

Diagramação: Julio Cesar

Acompanhamento Gráfico: Evelyn Costa

D286 Debates sobre direitos humanos fundamentais / coordenação [de] Célia Barbosa Abreu, Fábio Carvalho Leite, Manoel Messias Peixinho. – Rio de Janeiro: Gramma, 2017.
v.1, 388 p.; 23 cm.

ISBN 978-85-5968-303-5 (obra completa)
ISBN 978-85-5968-304-2 (v.1)

1. Direitos e garantias individuais. 2. Direitos humanos (direito internacional público). 3. Liberdade pública - Brasil. 4. Direitos econômicos e sociais - Brasil. 5. Jurisdição constitucional - Brasil. 6. Constituição - aspectos sociais - Brasil. I. Abreu, Célia Barbosa, coord. II. Leite, Fábio Carvalho, coord. III. Peixinho, Manoel Messias, coord. IV. Título.

CDD
341.272

Gramma Livraria e Editora

Rua da Quitanda, nº 67, sala 301

CEP: 20.011-030 – Rio de Janeiro (RJ)

Tel./Fax: (21) 2224-1469

E-mail: contato@gramma.com.br

Site: www.gramma.com.br

Todos os direitos reservados.

A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação de direitos autorais. (Lei 9.610/98)

A editora não se responsabiliza pelo conteúdo da obra nem pelas fontes consultadas.

Sumário

Apresentação

Célia Barbosa Abreu, Fábio Carvalho Leite
e Manoel Messias Peixinho

XIII

Capítulo 1

Crise de Representação e Demandas de Participação: lembranças de junho de 2013 e depois

Adriano Pilatti

- | | |
|--|----|
| 1.1. E o inesperado fez uma surpresa | 4 |
| 1.2. O solipsismo do poder constituído | 12 |
| 1.3. Depois do vendaval | 29 |

Capítulo 2

A questão do acolhimento dos refugiados no mercado de trabalho brasileiro

Ana Flávia Costa Eccard e Leonardo Rabelo de Matos Silva

- | | |
|---|----|
| 2.1. Das Crises | 35 |
| 2.1.1. Das possibilidades de resolução da crise | 37 |
| 2.2. Do mercado de trabalho brasileiro | 39 |
| 2.3. Do acolhimento e da hospitalidade | 42 |
| 2.4. Conclusão | 45 |

Capítulo 3

O Direito de Não Saber como decorrência do direito à intimidade

Caitlin Mulholland

- 3.1. O caso 49
- 3.2. Do direito à intimidade: proteção da privacidade desde o princípio "the right to be let alone" ao direito de não saber 50
- 3.3. Da natureza da responsabilidade civil dos laboratórios de análises clínicas 53
- 3.4. Do nexo de causalidade 54
- 3.5. Da qualificação do dano moral 56
- 3.6. Da configuração da responsabilidade por parte do hospital 58
- 3.7. Conclusão 61

Capítulo 4

O valor do consentimento como autorregulação: notas iniciais sobre o consentimento informado na gestação de substituição

Carolina Altoé Velasco

- 4.1. O valor do consentimento como autorregulação 64
- 4.2. O consentimento na gestação de substituição 70
- 4.3. Conclusões parciais 74

Capítulo 5

A responsabilidade solidária & multifacetada diante das pessoas com deficiência no direito brasileiro

Célia Barbosa Abreu e Isaac Marscio do Couto Bemerguy

- 5.1. Conceito de pessoa com deficiência 79
- 5.2. Os modelos de tratamento endereçados às pessoas com deficiência 81

- 5.3. Convenções internacionais endereçadas à pessoa com deficiência 84
- 5.4. A compreensão da responsabilidade solidária e multifacetada diante da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio 87

Capítulo 6

Oferta obrigatória de Planos de Saúde Individuais e Familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação

Célia Barbosa Abreu e Dalton Robert Tibúrcio

- 6.1. O direito fundamental à boa regulação 105
- 6.2. Os serviços de assistência privada à saúde 110
- 6.3. A técnica da autorização de funcionamento como meio de atuação do regulador frente à dificuldade de acesso aos serviços de saúde suplementar 114
- 6.4. A restrição ao direito fundamental à livre iniciativa 119
- 6.5. Discricionariedade regulatória e o seu controle 123
- 6.6. Conclusão 128

Capítulo 7

A crítica aos Direitos do Homem. Notas à luz das anarchical fallacies de Jeremy Bentham

Maria Clara Calheiros

- 7.1. A proclamação da declaração dos direitos do homem e do cidadão e as críticas coetâneas 135
- 7.2. Os argumentos de Bentham contra a declaração dos direitos do homem 138
- 7.3. A actualidade e contínua relevância das críticas de bentham aos direitos do homem 149
- 7.4. Algumas controvérsias na prática actual dos Direitos Humanos 153
- 7.5. Notas finais 160

Capítulo 8

A participação das mulheres na formação do Estado Brasileiro no século XIX: paradoxos da história oficial

Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro Freire, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Semiramys Fernandes Tomé

- | | |
|--|-----|
| 8.1. O papel desempenhado pelas mulheres no contexto político-constitucional e social brasileiro do século XIX: aspectos gerais sobre a história oficial | 169 |
| 8.2. A participação ativa das mulheres na formação do estado brasileiro: em busca da história real | 173 |
| 8.3. A desmistificação e redimensionamento do atual paradigma histórico oficial sobre a participação das mulheres na formação do estado brasileiro: a real interferência das mulheres nos destinos políticos do país no século XIX | 180 |
| 8.4. Conclusão | 183 |

Capítulo 9

Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero y problemas de derecho internacional privado: el caso de la gestación por sustitución em Estados Unidos y su implicación em el Derecho Español

Daniel Borrillo

- | | |
|---|-----|
| 9.1. El ministerio publico ataca la resolución | 192 |
| 9.2. La corte de apelación o audiencia provincial (sentencia 826-11 del 23/11/2011) | 196 |
| 9.3. Derecho a la identidad única del menor | 196 |
| 9.4. Recurso ante el Tribunal Supremo | 198 |

Capítulo 10

Nem todo case é um hard case: reflexões sobre a resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade no Brasil

Fábio Carvalho Leite

- | | |
|---|-----|
| 10.1. Entre regras e princípios | 212 |
| 10.2. Liberdade de expressão e seus limites no Brasil: considerações sobre o quadro normativo | 215 |
| 10.3. Liberdade de expressão e direitos da personalidade: da doutrina para os tribunais | 220 |
| 10.4. Conclusão | 227 |

Capítulo 11

Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência: reconhecimento como chave da inclusão social

Heloísa Helena Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Júnior

- | | |
|--|-----|
| 11.1. A tardia emergência dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência | 235 |
| 11.2. Inclusão da pessoa com deficiência em lugar de integração | 240 |
| 11.3. A necessária mudança no tratamento da questão da deficiência | 245 |
| 11.4. O reconhecimento para além da questão filosófica | 251 |
| 11.5. Considerações finais | 255 |

Capítulo 12

Pacto de Não Concorrência após a extinção do contrato de trabalho

Ivan Simões Garcia e Leandro Borges Delatorre

- | | |
|--|-----|
| 12.1. Pacto de não concorrência e o fim do contrato de trabalho | 263 |
| 12.2. Legislação estrangeira e a posição jurisprudencial no Brasil | 267 |

Capítulo 13	
Desmilitarização e Direitos Fundamentais	277
<i>Manoel Messias Peixinho</i>	
13.1. Desmilitarização	278
13.2. Segurança pública	279
13.3. Perfil ideológico da polícia militar	281
13.4. Violência policial	284
13.5. O Corpo de Bombeiros	285
13.6. Propostas de emendas à constituição sobre a desmilitarização da Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros	286
13.7. Conclusão	287
Capítulo 14	
Cosmopolitismo Político e Constitucionalismo	
Global: o projeto de um Tribunal Constitucional	293
<i>Maria Lúcia de Paula Oliveira</i>	
14.1. Introdução: a democracia além das fronteiras	293
14.2. Direito cosmopolita e instituições jurídicas e políticas	297
14.3. Constitucionalismo global e soberania estatal	299
14.4. Instituições democráticas e constitucionalização do direito além das fronteiras nacionais: o projeto do tribunal constitucional internacional	303
14.5. Conclusão: direitos humanos, democracia e corte constitucional internacional	306
Capítulo 15	
Direitos Humanos e Democracia, hoje:	
sociedade da informação ou tempos de risco	309
<i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	
15.1. Do nosso tempo, à luz do jurídico-político	309
15.2. Construção das crenças	311

15.3. Ataques aos direitos humanos	312
15.4. O preconceito, grande inimigo dos direitos humanos	314
15.5. Calcanhar de aquiles dos direitos humanos e da democracia : a educação	316
15.6. Um exemplo brando : a questão do regime	317
15.7. Conclusões	321

Capítulo 16	
O novo Código de Processo Civil e a mutação	
constitucional pela atuação do legislador	325
<i>Pedro Paulo Carneiro Gasparri</i>	
16.1. A mutação constitucional e seus móveis	328
16.2. A mutação constitucional pela atuação do legislador	334
16.3. Conclusão	342

Capítulo 17	
Garantia do Direito à Propriedade Privada	
e a proteção do ambiente natural: direitos	
constitucionais compatíveis	347
<i>Ricardo Pereira Lira</i>	

Capítulo 18	
Cicloativismo e Políticas Públicas	351
<i>Wilson Madeira Filho e Fernando Barcellos</i>	
18.1. Cicloativismo no Brasil	352
18.2. A ação dos cicloativistas nas políticas públicas municipais	358
18.3. Considerações finais	367

Coordenadores	369
----------------------	-----

Direitos Humanos das pessoas com deficiência: reconhecimento como chave da inclusão social¹

Heloisa Helena Barboza²

Vitor de Azevedo Almeida Junior³

Introdução

A Constituição da República de 1988, marco do processo de redemocratização do Brasil, tem o grande mérito de acolher as pessoas vulneráveis, respeitadas suas peculiaridades, e procurar dar às mesmas a proteção de que necessitam para fruir das garantias e direitos que a todos são assegurados em igualdade de condições. Nessa linha, foram contempladas as crianças, os adolescentes e os idosos com disposições próprias, que atentam para suas especificidades. O mesmo poderia ser dito com relação às pessoas com deficiência, que receberam do constituinte atenção especial no que respeita a

¹ O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do projeto interdisciplinar e interinstitucional (UIFRJ, UFF, UERJ e FIOCRUZ) denominado "Uma perspectiva de justiça mais inclusiva: aplicação do enfoque dos funcionamentos à saúde, à educação, à tecnologia e aos direitos de pessoas com deficiências", aprovado pelo Programa de Apoio à Pós-Graduação e à Pesquisa Científica e Tecnológica em Tecnologia Assistiva no Brasil (PGPTA), por ocasião do Edital "Tecnologia Assistiva no Brasil e Estudos sobre Deficiência (PGPTA) Nº 59/ 2014", cujos autores deste artigo atuam, respectivamente, como coordenadora associada da Instituição UERJ e pesquisador vinculado ao projeto em andamento.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

³ Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Advogado.

sua integração à sociedade, a partir de sua habilitação e reabilitação. Nestes termos, a possibilidade de integração fica centrada, quase que de modo exclusivo, em cada indivíduo. Essa perspectiva veio a ser alterada de modo inovador e profundo no momento em que o Brasil aderiu à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, formalmente integrada ao direito brasileiro desde 2009. Por força da Convenção, dois efeitos se produzem: a questão da deficiência passa a integrar os direitos humanos e o modelo social de deficiência é introduzido no ordenamento nacional.

Estranhamente, a magnitude das alterações trazidas pela Convenção só se fez sentir efetivamente cerca de seis anos depois, por ocasião da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). O Estatuto busca efetivar a igualdade material das pessoas com deficiência, em consonância com o modelo social, ao disciplinar e instituir os meios de promoção e exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, indeclináveis quando se trata de inclusão social.

Para tanto, foi necessário intervir no regime de capacidade tradicionalmente adotado pela lei civil brasileira, que qualificava como absolutamente incapaz a pessoa com deficiência mental⁴, com base em presunção generalista, da qual resultava injustificável discriminação. A alteração das regras de capacidade repercute fortemente não só no Código Civil, como por todos os demais ramos do direito, que não tenham regulamentação especial.

Não obstante a vinculação direta do EPD à Constituição e seu amplo campo de incidência, a força normativa do Estatuto existe efetivamente em função do respeito da sociedade pelas pessoas com deficiência, vale dizer do reconhecimento, não apenas na aceitação comum, mas principalmente como entendido por pensadores como Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. Nessa ótica,

⁴ O art. 3º, da Lei 10.406/2002 (Código Civil), em sua redação original, estabelecia: Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

o reconhecimento torna-se a chave para a inclusão social, na medida em envolve a atribuição de um valor ao indivíduo que o toma para construção de sua identidade e autoestima. Por conseguinte, sem o reconhecimento social há o risco de as normas da Lei Maior e o EPD assumirem feição meramente programática, impedindo a implantação que se espera do modelo social.

Procura-se no presente trabalho apresentar o reconhecimento como conceito filosófico, ainda que brevemente, mas o bastante para demonstrar sua importância para o processo de inclusão da pessoa com deficiência, sem a qual não será possível o exercício de sua cidadania. Muitas serão as dificuldades a serem enfrentadas para aplicação adequada do EPD, que deverá incluir, necessariamente, a promoção do reconhecimento, sob pena de se frustrar a efetivação dos direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência.

11.1. A tardia emergência dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência

Os direitos humanos são fruto de árduo processo histórico de conquistas de liberdades e garantias inerentes à condição humana que foram ameadadas desde o início da era moderna, mas intensificados após o fim da Segunda Guerra Mundial⁵. A peculiar historicidade dos direitos humanos – próprio da compreensão do Direito como realidade sociocultural – é evidente a partir das contingencialidades sociais, econômicas e políticas a que se submete⁶,

⁵ Segundo Norberto Bobbio, o problema do reconhecimento dos direitos do homem “não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais, depois, o problema acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez mais ampla do mundo, do Estado de direito. Mas é também verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos” (*A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46).

⁶ Norberto Bobbio defende que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (*A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5).

bem como do tortuoso percurso de avanços e retrocessos para seu reconhecimento e afirmação.⁷

Embora o caráter histórico dos direitos humanos os submeta a um processo de reconhecimento, reconstrução e autoafirmação constantes, a depender, inegavelmente, das condicionantes socioculturais de cada época, consolidou-se na teoria constitucional uma perspectiva de “desenvolvimento gradativo, cumulativo de direitos, cronológico e linear”, catalogado por diversas *gerações* ou *dimensões*^{8,9}, de modo a explicar a evolução histórica dos direitos humanos. É célebre a distinção entre os chamados direitos de primeira geração, que se baseiam nos clássicos direitos individuais de liberdade do século XIX; em seguida, os ditos direitos sociais, econômicos e culturais, que caracterizam com a ascensão do Estado Social a segunda geração; e, por conseguinte, os direitos ligados à fraternidade e à paz como direitos da terceira geração.¹⁰

Apesar da não linearidade e cumulatividade entre os estágios evolutivos dos direitos humanos, observa-se que o recurso às dimensões é extremamente didático para demonstrar o percurso de afirmação dos direitos humanos. A complexidade dos processos de reivindicatórios e, por consequência, de reconhecimento dos

direitos inerentes ao ser humano demonstram, no entanto, a insuficiência da classificação, a ensejar um movimento guiado pelos vetores socioculturais permeados pelo contexto local e temporal no qual se situam.

Outra dificuldade de síntese dos direitos humanos reside na sua heterogeneidade, que é característica da amplitude de uma categoria cujo conteúdo abrange todos os interesses que se fundam no respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa, vinculando-se às condições históricas o seu florescimento¹¹. A superação do indivíduo abstrato, desapegado da realidade, em busca pela pessoa concretamente considerada dentro do âmbito de seu contexto social, no qual emergem as assimetrias e vulnerabilidades no tecido social, se apresenta como fator decisivo para o movimento de ampliação dos direitos humanos.¹²

Nesse contexto, com o fortalecimento da sociedade civil e, em especial para o mundo jurídico, da emergência de novos direitos e do progressivo reconhecimento de demandas de grupos até então excluídos ou invisíveis da sociedade, como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, deflagrou-se a imperiosa necessidade de reconhecimento dos direitos humanos voltados à tutela dos vulneráveis, que emergiram entre o alvorejar do século passado e o alvorecer do século XXI. Os chamados direitos humanos tardios se vinculam, portanto, à proteção e promoção de sujeitos historicamente vulneráveis e invisibilizados.

⁷ A doutrina tem convenido a utilização da locução “direitos fundamentais” para os direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional, ao passo que a expressão “direitos humanos” tem sido reservada o âmbito do direito internacional. V. por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

⁸ A teoria das dimensões dos direitos humanos foi desenvolvida por VASAK, Karel. *Les dimensions internationales des droits de l'homme: manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*. Paris: Unesco, 1980.

⁹ A doutrina dominante no Brasil prefere a substituição do termo “geração” por “dimensão”, já que aquela indicaria uma falsa alternância de direitos de fases ou gerações distintas, e não um processo cumulativo, de complementaridade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45. No presente trabalho se utilizou de forma indistinta os termos.

¹⁰ Observa-se que a doutrina já avançou na tradicional tripartição, inclusive já defendendo a existência de uma quinta geração de direito humanos. Por todos, cf. BONAVIDES, P. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, abr. / jun., 2008, p. 82-93.

¹¹ Nesse sentido, Norberto Bobbio leciona que “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações, etc.” (*A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18).

¹² Sobre o processo de multiplicação ou proliferação dos direitos do homem, comenta Norberto Bobbio: “Essa multiplicação (ia dizendo ‘proliferação’) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concretidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 63.

Esse movimento denota, como Norberto Bobbio já havia alertado, o desafio fundamental em relação aos direitos humanos na atualidade “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹³. Em outros termos, a mera enunciação legal dos direitos humanos não implica necessariamente que não há obstáculos à sua efetivação¹⁴. Pelo contrário, exige-se uma atuação energeticamente positiva dos Estados e da sociedade para a efetiva concretização dos direitos humanos dos vulneráveis, como se apresenta as pessoas com deficiências, os idosos, as mulheres, os transexuais, entre outros.

Nessa perspectiva, o reconhecimento da deficiência como uma questão de direitos humanos foi tardio e se deu com a aprovação, em 30 de maio de 2007, da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, com suas consequentes implicações nos ordenamentos dos Estados partes. Essa inegável conquista se deve a uma evolução que vem ocorrendo no Direito desde a década de 1980, que contou com participação ativa das pessoas incapacitadas¹⁵. Merece registro o fato de se tratar da primeira convenção do século XXI sobre direitos humanos e ter resultado de um processo de elaboração diferente do geralmente verificado nos tratados sobre direitos humanos, na medida em que contou com a participação ativa e inédita da sociedade civil¹⁶,

¹³ *Id. Ibid.*, p. 23.

¹⁴ A respeito da enorme defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos do homem e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos, alerta Norberto Bobbio: “Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido, outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção”. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁵ BARRIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. In: BUENO, Luiz Cayo Pérez (dir.) *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Arandiz, 2009, p. 429-462.

¹⁶ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past

o que incluiu organizações não governamentais e representações de pessoas com deficiência.

A também denominada Convenção de Nova York foi ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, e, portanto, já se encontrava desde então formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

O propósito da Convenção expressamente previsto em seu art. 1 é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Trata-se, portanto, de norma que busca, sobretudo, a efetividade de seus comandos. O conceito de pessoa com deficiência é apresentado no mesmo dispositivo: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Deve ser destacado que a Convenção reconhece ser a deficiência “um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”¹⁷.

Os princípios gerais da Convenção encontram-se no art. 3, a saber: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da

or lodestar for the future? In: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 34, n. 2, 2007, p. 429-462.

¹⁷ Convenção, Preâmbulo, e.

humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

No plano infraconstitucional, foi promulgada, em 06 de julho de 2015, a Lei n. 13.146, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – marco legal sem precedentes no Brasil¹⁸. Os princípios, conceitos e definições presentes na Convenção devem orientar a interpretação da Lei n. 13.146/2015, sem que sejam preteridos, à evidência, os princípios constitucionais que em verdade se especializam nas normas da Convenção, de que é bom exemplo o princípio fundante da dignidade da pessoa humana.¹⁹

É com base nos propósitos e princípios albergados na Convenção, de inegável estatura constitucional, que as prescrições do Estatuto devem ser interpretadas de modo a buscar a sua máxima efetividade para o processo de inclusão social da pessoa com deficiência, no qual o reconhecimento se torna peça fundamental.

11.2. Inclusão da pessoa com deficiência em lugar de integração

A Constituição da República de 1988 preocupou-se em dar especial proteção aos vulnerados, em atenção às peculiaridades de cada grupo, como uma das formas de viabilizar o efetivo exercício dos direitos e garantias constitucionais pelas pessoas que se encontram em situações de vulneração, quando não vulneradas.

A proteção diferenciada de crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência constitui decorrência imperativa dos ditames

fundantes do Estado Democrático de Direito, os quais se irradiam por todo texto constitucional, a partir do Preâmbulo. Não obstante o debate sobre o Preâmbulo da Constituição²⁰, o Supremo Tribunal Federal entende que ali se encontra a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional, devendo a sociedade se organizar com observância dos mesmos, para consecução dos fins ali preconizados. De acordo com a doutrina, deve o Estado garantir tais valores, não apenas de modo abstrato, mas através de ações em favor de sua efetiva realização, de seu “exercício”, em direção dos destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico.²¹

Nessa linha, há que se assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. De igual modo, impõe-se garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dois dos fundamentos da República, a teor do seu art. 1º, incisos II e III, respectivamente.

A consagração de valores, por si só, não é suficiente para dar-lhes consecução, uma vez que a construção e desenvolvimento de uma sociedade que se propõe seja fraterna, pluralista e sem preconceitos se imbricam com profundas questões culturais complexas num país de notória diversidade nesse campo. Maiores são as dificuldades

¹⁸ Sobre o assunto permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas* – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249-274. Cf., ainda, BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-228.

¹⁹ Art. 3º, III, CRFB.

²⁰ Desde 1988, indaga-se: o Preâmbulo faz parte da Constituição da República? Conforme Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, o conjunto de afirmações ali contidas são palavras do constituinte que externam os valores e princípios fundamentais que serão tratados no texto constitucional. Não obstante, há quem o considere juridicamente irrelevante. O Preâmbulo constitui “o título de legitimidade da Constituição, quer quanto a sua origem, quer quanto ao seu conteúdo (legitimidade constitucional material)”, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, citado pelos autores. Parece inegável sua função auxiliar na interpretação dos dispositivos constitucionais, embora não prevaleça sobre os mesmos, os quais como assinalado, retomam e discorrem sobre o ali contido (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º v. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 408-409). Doutrina mais recente igualmente nega força normativa autônoma ao Preâmbulo, mas igualmente reconhece a possibilidade de ser “empregado como reforço argumentativo ou diretriz hermenêutica”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 363.

²¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº. 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, julg. em 8 mai.2008, publ. 17 out. 2008. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em 16 jan. 2017.

quando se trata de vulneráveis, sobre quem incide pesada carga de preconceções, com frequência apartadas da realidade, que acarretam um tratamento paternalista dos diferentes grupos, quando não o desconhecimento ou a invisibilidade de sua situação de fato.

Sob essa perspectiva, as pessoas com deficiência receberam tratamento na Constituição de 1988, no que respeita: à reserva de percentual dos cargos e empregos públicos (art. 37, VIII); à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (art. 40, § 4º, I e 201, 1º); à assistência social com o objetivo de habilitação, reabilitação e promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV); à garantia de um salário mínimo de benefício mensal, desde que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, V); à garantia de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III); à garantia de acesso adequado a logradouros e edifícios de uso público e a veículos de transporte coletivo, a depender de disposições legais infraconstitucionais (art. 227, § 2º e 244).

Como se constata, tais dispositivos revelam a preocupação do constituinte de integrar as pessoas com deficiência à vida comunitária, mas de uma forma assistencialista e reabilitadora. O reconhecimento de suas possíveis aptidões e competências e, principalmente, o incentivo ao pleno desenvolvimento individual, não foram cogitados. O mesmo é de ser dito com relação ao exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar dessas pessoas, que já então exigiam previsões expressas que lhes conferissem possibilidade de maior efetividade.

O sentido comum de “integrar” é “incluir um elemento num conjunto formando um todo coerente, [...] adaptar (alguém ou a si mesmo) a um grupo, uma coletividade, fazer sentir-se como um membro antigo ou natural dessa coletividade”²². “Incluir”, por sua vez, significa “encerrar, por dentro de, fazer constar de, juntar [...]

fazer figurar ou fazer de um certo grupo, uma certa categoria de pessoas [...] conter em si, compreender, conter, abranger”²³. Embora próximos, os dois termos guardam acentuada diferença quando se trata de pessoas com deficiência. No modelo então vigente, a reabilitação seria primordial, o indivíduo deveria adaptar-se à sociedade para ser recebido.

Por conseguinte, é preciso incluir as pessoas com deficiência, e não apenas integrá-las, para que tenham preservada sua dignidade, respeitadas suas especificidades ou diferenças individuais, ou seja, sem exigir sua reabilitação ou adaptação ao meio social. A área da Educação foi uma das primeiras onde se percebeu essa distinção e a necessidade de inclusão. Até então, as pessoas com deficiência eram ali designadas como “pessoas com necessidades especiais” (PNE), o problema era exclusivamente das pessoas que tinham “necessidades especiais” que as impediam de integrar-se no meio social. Nessa medida, as “pessoas portadoras de deficiência”, denominação que também lhes era atribuída, seriam integradas à sociedade o “tanto quanto possível”²⁴.

Esse entendimento foi mantido inicialmente para as pessoas com deficiência intelectual ou mental, mas posteriormente se ampliou para todas as pessoas com “necessidades especiais”, consagrando assim o princípio da normalização, o qual tornaria “acessíveis às pessoas socialmente desvalorizadas condições e modelos de vida análogos aos que são disponíveis de um modo geral ao conjunto de pessoas de um dado meio ou sociedade”²⁵.

²² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1594-1595.

²³ Esclarecem Chicon e Soares que houve um movimento em meados do século XX (1950), cuja tendência era aceitar as pessoas “portadoras de deficiência”, para integrá-las o “tanto quanto possível” à sociedade. Assim sendo, era necessário criar condições de vida para que a pessoa com deficiência se adequasse às condições normais da sociedade em que vivia. CHICON, José Francisco; SOARES, Jane Alves. *Compreendendo os Conceitos de Integração e Inclusão*. Disponível: <<http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/compreendendo-os-conceitos-de-integracao-e-inclusao/>>. Acesso em 10 jan. 2017.

²⁴ CHICON, José Francisco; SOARES, Jane Alves. *Compreendendo os Conceitos de Integração e Inclusão*. Disponível: <<http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/compreendendo-os-conceitos-de-integracao-e-inclusao/>>. Acesso em 10 jan. 2017.

²² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1630.

A integração tinha o objetivo de acabar com a prática de exclusão social que há séculos atinge as pessoas com deficiência, e que significava o banimento total dessas pessoas de qualquer atividade social, por serem consideradas inválidas, incapazes de trabalhar, portanto sem utilidade para a sociedade. Para tanto, buscava-se incorporar física e socialmente as pessoas com deficiência e oferecer-lhes os instrumentos existentes para o exercício da cidadania. Não obstante os propósitos bem intencionados, fato é que a integração dependia da capacidade de adaptar-se ao meio, de superar as barreiras físicas, programáticas e atitudinais presentes na sociedade que permanecia inerte²⁶. Nesta perspectiva, as pessoas com deficiência seriam especiais e deveriam se “normalizar” o quanto possível, vale dizer, se adaptar à “normalidade”. Essa noção transparece do disposto no art. 203, IV, da Constituição da República, acima citado²⁷.

Importante ponto de distinção entre as noções em pauta reside no fato da inclusão convocar a sociedade à ação, ou seja, exigir que a sociedade se adapte para acolher as pessoas com deficiência. De acordo com Romeu Kazumi Sassaki, a inclusão pode ser conceituada como:

[...] o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um

processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos.²⁸

De acordo com Sassaki, “o pano de fundo do processo de inclusão é o Modelo Social da Deficiência”, que requer se entenda a questão da deficiência por outra ótica. De acordo com o autor, “para incluir todas as pessoas, a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros”²⁹. Destaca o autor, em fins do século XX, que durante o período de transição entre a integração e a inclusão é inevitável a utilização de ambos os termos, ainda que com sentidos distintos, ou seja, para indicar as diferentes situações por eles designadas.³⁰

11.3. A necessária mudança no tratamento da questão da deficiência

A deficiência não deve ser pensada como uma questão de minorias. De acordo com o relatório mundial sobre deficiência, 15% da população mundial, cerca de um bilhão de pessoas, tem algum tipo de deficiência³¹. Em 2010, no Brasil cerca de 24% da população,

²⁶ CHICON, José Francisco; SOARES, Jane Alves. *Compreendendo os Conceitos de Integração e Inclusão*. Disponível: <<http://www.todosos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/compreendendo-os-conceitos-de-integracao-e-inclusao/>>. Acesso em 10 jan. 2017.

²⁷ Em 1990, aconteceu a Conferência Mundial sobre Educação para Todos e, em junho de 1994, na Espanha, ocorreu a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais: Acesso e Qualidade. Nesta conferência reuniram-se mais de 300 representantes de 92 governos e 25 organizações internacionais, sendo firmada a Declaração de Salamanca, sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, sendo assumida nova perspectiva, conforme item 4 da Declaração. Nessa nova perspectiva em matéria de Educação voltada para a inclusão em lugar da integração, assumiu-se que as diferenças humanas são normais e que, em consonância com a aprendizagem deve ser adaptada às necessidades da criança, ao invés de se adaptar a criança às suposições pré-concebidas a respeito do ritmo e da natureza do processo de aprendizagem. Disponível: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso: 10 jan. 2017.

²⁸ Diferentemente da integração, a inclusão institui a inserção de uma forma mais radical, completa e sistemática, cuja meta primordial é a de não deixar ninguém no exterior do ensino regular, desde o começo. As necessidades de todos os alunos devem ser atendidas por um sistema educacional que é estruturado em virtude dessas necessidades. “A inclusão causa uma mudança de perspectiva educacional, pois não se limita a ajudar somente os alunos que apresentam dificuldades na escola, mas apoia a todos: professores, alunos, pessoal administrativo, para que obtenham sucesso na corrente educativa geral”.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 41.

²⁹ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 41.

³⁰ *Id. Ibid.*, p. 43.

³¹ Dados que tomam como base as estimativas da população mundial de 2010. Informações extraídas do Relatório da Organização Mundial de Saúde (WHO) sobre pessoas com deficiência. Tradução disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em 23 ago. 2015.

algo em torno de 46 milhões de pessoas³², se enquadram nessa categoria. Sobre o assunto, bastante significativo o que afirma a Organização Mundial de Saúde (OMS):

A deficiência é parte da condição humana – quase todos nos estaremos temporária ou permanentemente incapacitados em algum momento da vida, e aqueles que alcançarem uma idade mais avançada experimentarão crescentes dificuldades em sua funcionalidade. A deficiência é complexa, e as intervenções para superar as desvantagens associadas a deficiência são múltiplas e sistêmicas – variando de acordo com o contexto.³³

Embora o processo de transição da integração para a inclusão seja nítido no campo da Educação, o “ponto de mutação” na matéria pode ser identificado na adoção pela Assembleia Geral da ONU, em 13 de dezembro de 2006, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)³⁴. Trata-se da primeira convenção do século XXI sobre direitos humanos e a oitava da ONU. De início, há três destaques que devem ser feitos em relação à Convenção: a) sua elaboração contou com significativa participação da sociedade civil, notadamente de Organizações Não Governamentais (ONG’s), e representações de pessoas com deficiência; b) seu propósito é proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente, portanto, inscrever a questão da deficiência na

pauta dos direitos humanos; c) a franca adoção do “modelo social” de deficiência, o que altera total e profundamente o entendimento e o tratamento legislativo da matéria.

O Brasil aderiu à Convenção em 2007, a qual foi ratificada pelo Congresso Nacional em 09 de julho de 2008, conforme Decreto Legislativo n.º 186, e promulgada pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Já se encontra desde então formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal.

A verdadeira dimensão da mudança promovida pela Convenção é entendida quando se considera a trajetória histórica da deficiência. Como esclarece Agustina Palacios, podem ser identificados três modelos de deficiência. O primeiro, denominado pela autora “modelo da prescindibilidade”, se caracteriza por uma justificação religiosa da deficiência e pela percepção de que a pessoa com deficiência nada tem a contribuir para a comunidade. Nessa visão, a deficiência torna o indivíduo improdutivo, verdadeira carga a ser arrastada pela família ou pela sociedade. As causas da deficiência são um castigo dos deuses por uma falha a moral, um pecado cometido pelos pais da pessoa com deficiência ou uma advertência quanto à proximidade de uma catástrofe.³⁵

Como natural decorrência da modernidade e da predominância da franca medicalização da sociedade que passa a se vincular a padrões científicos, constrói-se o segundo, o “modelo médico”, de acordo com o qual a deficiência é condição patológica, de natureza individual. A pessoa precisa, por conseguinte, de cuidados terapêuticos, de tratamento, de ser submetida a intervenções médicas, ser “reparada”, para tornar-se o quanto possível “normal”. Esse “modelo reabilitador” substitui a divindade pela ciência e admite como possível a contribuição da pessoa com deficiência para a sociedade,

³² Disponível: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-06-29/pessoas-com-deficiencia-representam-24-da-populacao-brasileira-mostra-censo>>. Acesso em 10 jan. 2017.

³³ Dados que tomam como base as estimativas da população mundial de 2010. Informações extraídas do Relatório da Organização Mundial de Saúde (WHO) sobre pessoas com deficiência. Tradução disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/user/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em 02 dez. 2016.

³⁴ A Convenção foi adotada em 13.12.2006 (A/RES/61/106) e aberta para assinatura em 30.03.2007. Entrou em vigor em 03.05.2008. Sobre a Convenção ver: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/the-10th-anniversary-of-the-adoption-of-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpdp-10.html#background>>. Acesso 12 jan. 2017.

³⁵ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi. Madrid: Cinca, 2008, p. 37.

na medida de sua “reabilitação” ou “normalização”. As deficiências, à luz da ciência, decorrem de causas naturais e biológicas e são situações modificáveis, havendo possibilidade de melhoramento da qualidade de vida das pessoas afetadas. Nessa perspectiva, desenvolveram-se os meios de prevenção, tratamento e reabilitação, que acabaram vinculados à compreensão de integração³⁶, como, aliás, se vê do art. 203, IV, da Constituição brasileira, acima citado. Esse modelo foi alvo de críticas, especialmente na década de 1960, em razão da “obstinação” em realizar intervenções para tornar o indivíduo “normal”.

O modelo médico, sem dúvida, propiciou melhor qualidade de vida para muitas pessoas com deficiência, em particular para crianças, mas subestimou suas aptidões para o trabalho, que não eram em regra sua preocupação central. Havia, em consequência, uma conduta paternalista de caráter protetor, mas que acabava por considerar as pessoas com deficiência com menor capacidade para trabalhar e gerir sua vida. Sua sobrevivência passava, assim, a depender da seguridade social e do emprego protegido, que seriam em muitos casos dispensáveis, caso não houvesse a discriminação pela sociedade, que se mantinha inalterada. Como no modelo anterior, o problema era exclusivamente do indivíduo. Não obstante a assistência social, as vicissitudes do modelo anterior perduram e muitas pessoas com deficiência se tornam objeto de diversão, como única opção para sobreviver.³⁷

A CDPD de 2008 inova ao adotar expressamente novo modelo de deficiência, o qual reconhece ser a deficiência um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (Preâmbulo, e). Em outras palavras, a deficiência deixa de ser um problema do indivíduo apenas.

³⁶ PALACIOS, Agustina. *Op. Cit.*, p. 67.

³⁷ *Id. Ibid.*, p. 68.

Os elementos que configuram o novo modelo foram assim apresentados pela CDPD. Conforme Romeu Kazumi Sasaki, os problemas das pessoas com deficiência não estão nelas tanto quanto estão na sociedade, que é chamada em razão dos problemas que cria para essas pessoas, “causando-lhes incapacidade (ou desvantagem) no desempenho de papéis sociais” em virtude das barreiras que impedem o acesso a serviços, lugares, informações e bens necessários ao desenvolvimento de suas potencialidades³⁸. Em outras palavras, a deficiência é um problema social, que exige intervenções na sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas – são predominantemente sociais. A raiz dos problemas não se encontra exclusivamente nas restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas também nas limitações ou impedimentos impostos pela sociedade, que não tem os meios/serviços/instrumentos adequados para que essas pessoas sejam consideradas incluídas na sociedade.

O modelo social surge em fins da década de 1970 nos Estados Unidos e na Inglaterra, no bojo de campanhas políticas por direitos civis, das quais participavam ativamente pessoas com deficiência, que buscavam por fim à discriminação que sofriam³⁹. Como assinala Agustina Palacios, a despeito das diferenças relativas a sua origem e justificação, os modelos inglês e norte-americano apresentavam semelhanças e muito influíram no âmbito internacional, podendo o movimento de vida independente ser considerado o antecedente imediato do modelo social, que seguiu seu próprio rumo.⁴⁰

³⁸ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Op. Cit.*, p. 44-45.

³⁹ O ativismo das pessoas com deficiência, principalmente as que se encontravam em instituições residenciais, que não mais admitiam serem consideradas como “cidadãos de segunda classe”, se integrava na ampla tradição de campanhas políticas por direitos civis. As atividades dessas pessoas impulsionaram mudanças políticas que reorientaram a atenção para o impacto das barreiras sociais e ambientais, como o transporte, a falta de acesso a prédios, as atitudes discriminatórias e os estereótipos culturais negativos que as tornavam inválidas. A participação política das pessoas com deficiência e suas organizações abriu um novo caminho na área dos direitos civis e de leis antidiscriminação PALACIOS, Agustina. *Op. Cit.*, p. 107-108.

⁴⁰ O emergente “movimento de direitos das pessoas com deficiência” ganhou força ao conjugar-se com a luta por direitos civis das pessoas negras e com as ações políticas de massas. Além disso, reproduziu as “pedras angulares” da sociedade americana – capitalismo de mercado, independência e liberdade política e econômica – com foco no movimento de “vida independente”. O movimento

No início de 2016 entrou em vigor no Brasil o EPD (Lei 13.146/2015), com o propósito precípuo de assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, vale dizer, promover e efetivar, sob o modelo social, a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira, a qual é para tanto ali convocada.

Inverte-se, de modo claro, o papel da sociedade. Em lugar do secular estado de espectador inerte passa a sociedade a ser agente das transformações que se impõem, constando da nova Lei os deveres que lhe cabem, na medida em que a deficiência se consubstancia na interação entre o impedimento de uma pessoa e uma ou mais barreiras, que obstruem sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁴¹. Outra não poderia ser a orientação a ser adotada pelo Brasil, República, constituída em Estado Democrático de Direito e que tem como fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República de 1988 instaurou uma nova era na proteção da pessoa humana, erigindo o princípio da dignidade da

reivindicava, ainda, o direito de definir suas próprias necessidades e serviços prioritários e se proclamava contrário à dominação tradicional dos provedores de serviços. Acentuaram-se, em consequência, o apoio mútuo, a "desmedicização" e a "desinstitucionalização", que se opunham ao domínio profissional e à provisão burocrática dos serviços sociais e sua escassez, quando se demandavam oportunidades para que as pessoas com deficiência desenvolvessem seus próprios serviços no mercado, que incluíam a reabilitação orientada para e por seus próprios objetivos, métodos e direção. O controle passaria para o consumidor desses serviços, em claro contraste com os métodos tradicionais dominantes. Paralelamente, no Reino Unido, o movimento se concentrou em mudanças na política social e na legislação de direitos humanos, mobilizando-se inicialmente contra a categorização tradicional como um grupo vulnerável necessitado de proteção. PALACIOS, Agustina. *Op. Cit.* p. 107-108.

⁴¹ São chamados todos os setores da sociedade, de modo coletivo ou individual. É o que se constata das definições estabelecidas para fins de aplicação do EPD, que delineiam os contornos da interação exigida, especialmente considerando como barreiras qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança (art. 3º, IV). A relação é meramente exemplificativa, cabendo destacar, dentre a classificação constante do referido dispositivo legal, a referência a "barreiras atitudinais", entendidas como atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas (art. 3º, IV, e).

pessoa humana ao posto de fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III). Tal princípio, além de conferir unidade de sentido e de valor, legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana⁴². Encontra-se implícita no texto constitucional a cláusula geral de tutela da pessoa humana em sua dignidade⁴³. A proteção constitucional é ofertada pelo direito brasileiro de dois modos: a) através da cláusula geral de tutela abstrata da pessoa humana em sua vulnerabilidade inerente, em todas as suas relações existenciais e patrimoniais e b) pela tutela específica e concreta daqueles que se encontram em situações de desigualdade, em razão de terem sua vulnerabilidade potencializada ou já estarem vulnerados por circunstâncias pessoais, como crianças e idosos. No caso das pessoas com deficiência a proteção se opera ao lhes serem propiciados instrumentos para o pleno desenvolvimento de suas competências e aptidões específicas, como uma das formas de sua real inclusão social.

11.4. O reconhecimento para além da questão filosófica

O modelo social implica a necessidade de reconhecimento, como concebido por Charles Taylor⁴⁴, para quem o "reconhecimento não é somente uma cortesia que devemos às pessoas, ele é uma necessidade humana vital". Para Taylor, "a negação do reconhecimento não corresponde somente a uma demonstração de desrespeito, pois ela tem uma consequência grave que é a de diminuir a capacidade que a pessoa, ou grupo de pessoas, que é objeto dessa negação, tem de construir sua autoestima"⁴⁵.

⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 107-111.

⁴³ Assim denominada por Gustavo Tepedino. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

⁴⁴ "O reconhecimento entrou no discurso filosófico na obra de Hegel, mas acabou preterido. Atribui-se a Charles Taylor o resgate do conceito em sua obra *The politics of recognition*". ASSY, Bethânia; FERES JUNIOR, João. *Reconhecimento*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). São Leopoldo, RS: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 705-710.

⁴⁵ TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In: *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton, 1994, p. 25. Disponível: http://elplandehiram.org/documents/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf. Acesso: 30 nov. 2016.

De acordo com Charles Taylor, a demanda por reconhecimento em alguns casos é urgente, visto que:

[...] as presumíveis ligações entre o reconhecimento e identidade, designando este último termo algo como o entendimento que as pessoas tem de quem são, de suas características definidoras fundamentais como um ser humano. A tese é que nossa identidade é parcialmente definida pelo reconhecimento ou sua ausência, frequentemente pelo falso reconhecimento (*misrecognition*) dos outros, e assim a pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer dano real, deturpação (*distortion*) efetiva, se as pessoas ou a sociedade que os circunda lhes reflete uma imagem limitada, humilhante ou desprezível deles próprios. O não reconhecimento ou o falso reconhecimento pode infligir dano, pode ser uma forma de opressão, encarcerando alguém num falso, distorcido e reduzido modo de ser.⁴⁶

Como esclarecem Bethânia Assy e João Feres Junior, o termo “reconhecimento”, em sua concepção filosófica é de origem alemã e tem na linguagem atual “sentido estritamente cognitivo: identificação de pessoa, coisa ou característica por saber prévio, seja ele produto de experiência direta ou não”. Destacam os autores que todos os significados de reconhecimento extrapolam o plano meramente cognitivo. Assim, reconhecer pode significar desde notar a presença de outra pessoa por sinais corporais, como também quer dizer “honrar alguém por seu valor”, como ocorre com o reconhecimento público de um grande cientista. O conceito filosófico de reconhecer carrega esses significados e não se refere apenas à simples identificação cognitiva de uma pessoa, pois tem como premissa desse ato a “atribuição de um valor positivo a essa pessoa, algo próximo do que entendemos por respeito”⁴⁷. Efetivamente, como sintetiza Daniel Sarmento: “o olhar do outro nos constitui”⁴⁸.

⁴⁶ *Id. Ibid.*, p. 25 (Tradução nossa).

⁴⁷ ASSY, Bethânia; FERES JUNIOR, João. *Op. Cit.*, p. 705-710.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade do pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241-278.

Nessa linha, é cabível afirmar que o “reconhecimento jurídico funciona como *proteção social para a dignidade humana*”, na medida em que “a dignidade é justamente a *concessão efetiva* de direitos no qual o sujeito se vê reconhecido como membro de uma sociedade”⁴⁹. Desse modo, “nossa auto-realização prática se concebe a partir de um reconhecimento recíproco normativo de nossos parceiros de interação”. Nesse processo, atualmente, o “prestígio social” ou “reputação social” torna-se a medida do reconhecimento público⁵⁰, e acaba por influenciar decisivamente na formação do autorrespeito.

O reconhecimento apoia-se numa visão de sociedade “amigável às diferenças”, na qual a “assimilação às normas da maioria ou da cultura dominante não é mais o preço do respeito igualitário”. Nancy Fraser expõe a tensão atualmente existente entre os defensores da linhagem filosófica da redistribuição e do reconhecimento, ressaltando a polarização em razão da dissociação, em alguns casos, entre as lutas reivindicatórias de ambos os lados. A aparente antítese entre os proponentes da redistribuição e do reconhecimento, amparados em argumentos binários como política de classe *versus* política de identidade e multiculturalismo *versus* igualdade social, são refutados pela autora, para quem a “justiça, hoje, requer *tanto* redistribuição *quanto* reconhecimento”. A complementariedade entre igualdade social e reconhecimento da diferença impõe a construção de um conceito amplo de justiça.⁵¹

Nancy Fraser propõe, ainda, o rompimento com o modelo padrão de reconhecimento, que o identifica com a identidade cultural específica de um grupo. Sustenta, portanto, tratar o “reconhecimento como uma questão de *status social*”, eis que “o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na

⁴⁹ MEAD, George Herbert, *apud* ASSY, Bethânia; FERES JUNIOR, João. *Op. Cit.*, p. 709.

⁵⁰ Axel Honneth identifica a mudança histórica do conceito de honra, que baseava a noção de “estima social”, considerada uma etapa do reconhecimento, para sua variação moderna: o “prestígio social”. A honra passa, desse modo, à esfera privada. *Apud* ASSY, Bethânia; FERES JUNIOR, João. *Op. Cit.*, p. 709.

⁵¹ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, 70, 2007, p. 101-103.

interação social". Nesse sentido e por via de consequência, entende que o não reconhecimento "não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social"⁵². O objetivo desse novo modelo de *status* preconizado se assenta na premissa de "desinstitucionalizar padrões de valoração cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a promovam". A ideia central é superar a subordinação do sujeito vulnerado, tornando-o um "parceiro integral na vida social, capaz de interagir com os outros como um par".⁵³

Charles Taylor e Axel Honneth compreendem o reconhecimento como um problema relacionado ao campo da ética, ou seja, a negação do reconhecimento induziria a uma "subjetividade prejudicada e a uma auto-identidade danificada". Nesse ponto, Nancy Fraser diverge dos dois teóricos acima mencionados, pois concebe o reconhecimento como uma questão de justiça. Para a autora, "é injusto que, a alguns indivíduos e grupos, seja negada a condição de parceiros integrais na interação social, simplesmente e virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural". Desse modo, a subordinação institucionalizada de *status* constitui uma "séria violação de justiça".⁵⁴

Nessa linha, defende Nancy Fraser que o "não reconhecimento é uma questão de impedimentos, externamente manifestados e publicamente verificáveis, a que certos indivíduos sejam membros integrais da sociedade"⁵⁵. A partir disso, adota-se um modelo abrangente e inclusivo de justiça que abarca as dimensões da redistribuição e do reconhecimento, não em um sentido de contrariedade, mas sim de complementariedade, como dito. Segundo a autora, a paridade de participação é o núcleo central do seu modelo formulado, sendo que a "justiça requer arranjos sociais que permitam a

todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros".⁵⁶

Nesses termos, a paridade de participação somente deve satisfazer duas condições, denominadas, por Nancy Fraser, de *condição objetiva* e *condição intersubjetiva*. Em primeiro lugar, a "distribuição dos recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a independência e voz dos participantes" – condição objetiva. Em seguida, a paridade participativa requer que "os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social"⁵⁷. Indispensável notar que ambas as condições mencionadas são necessárias para o efetivo alcance da paridade de participação. Por isso, afirma-se que "uma concepção ampla de justiça, orientada pela norma de paridade participativa, inclui tanto redistribuição quanto reconhecimento, sem reduzir um ao outro".⁵⁸

Indispensável, portanto, observar que o reconhecimento, para além de concepção de justiça, ultrapassa o discurso filosófico e adquire valor no terreno jurídico, a ser perseguido de modo a alcançar a efetividade das normas inclusivas destinadas às pessoas em situação de vulnerabilidade.

11.5. Considerações finais

As breves considerações acima permitem constatar que, além de constituir mais uma das fontes de legitimação, o reconhecimento ganha foro jurídico, na medida em que constitui fator indispensável, verdadeira chave, a ser incluído no processo de inclusão social das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, o reconhecimento assume papel indeclinável no combate à discriminação, entendida no EPD como toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento

⁵² *Id. Ibid.*, p. 107.

⁵³ *Id. Ibid.*, p. 109.

⁵⁴ FRASER, Nancy. *Op. Cit.*, p. 111-112.

⁵⁵ *Id. Ibid.*, p. 114.

⁵⁶ *Id. Ibid.*, p. 118.

⁵⁷ *Id. Ibid.*, p. 119.

⁵⁸ *Id. Ibid.*, p. 120.

ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas (art. 4º, § 1º).

Conforme já visto, o objetivo primordial do EPD é exatamente assegurar e promover, *em condições de igualdade*, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. O art. 1º do diploma protetivo já declina que é a paridade participativa que permite a inclusão social e pleno exercício da cidadania. O Direito é convocado para atuar como promotor necessário da inclusão ao viabilizar mecanismos de efetivação dos direitos assegurados na Lei inclusiva.

Capítulo 12

Pacto de não concorrência após a extinção do contrato de trabalho¹

Ivan Simões Garcia²
Leandro Borges Delatorre³

Introdução

Com a globalização, o surgimento de novas tecnologias se tornou imprescindível para o desenvolvimento econômico. Assim, como forma de garantir a competitividade entre as empresas, passa a ser imprescindível a conjugação do conhecimento com o capital e a força de trabalho. Neste diapasão, diversas alternativas são buscadas pelas empresas como forma de garantir a própria sobrevivência, tentando aperfeiçoar o processo de produção e a geração de riqueza. Um exemplo é a utilização da cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho, artifício cuja legalidade é muito discutida.

O problema a ser investigado pela presente pesquisa consiste em saber se, no exercício da liberdade contratual das partes no

¹Artigo construído a partir dos estudos da linha de pesquisa "Desenvolvimento, Regulação, Concorrência e Inovação", realizados na Universidade Candido Mendes, vinculado ao Curso de Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento.

² Professor membro do corpo docente permanente do Programa de Mestrado em Direito da UCAM. Professor Adjunto de Direito do Trabalho da UFRJ, UERJ, PUC-Rio, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Doutor em Filosofia pela UFRJ. Advogado. e-mail: professorivangarcia@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3991627142134710>

³ Mestrando em Direito pela Universidade Candido Mendes, na linha de pesquisa "Desenvolvimento, Regulação, Concorrência e Inovação" MBA em Direito Civil e Processo Civil pela FGV; Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Email: borgesdelatorre@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3917020202756873>.