



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Ano 9, nº1
(Jan./Jun. 2017)

O efetivo exercício do trabalho no serviço público pelas pessoas com deficiência por meio do mandado de injunção¹

Carlos César Sousa Cintra²

Milena Sousa de Oliveira³

RESUMO

O direito das pessoas com deficiência experimentou durante os séculos uma evolução que ganhou notória força na década de 80, quando esse grupo logrou consignar suas reivindicações na agenda internacional, obtendo a aprovação de tratados e convenções em seu favor. Dentre eles, destaca-se a Convenção de Nova Iorque, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio na condição de emenda constitucional. Sob suas luzes, foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), com o escopo de assegurar os direitos das pessoas com deficiência, dentre eles, o direito ao trabalho. Trabalhar é exercício produtivo da cidadania, porém, a despeito das conquistas em relação a esse direito, ainda há muito a ser feito para que ele seja, de fato, implementado. Especificamente ao trabalho no âmbito público, a Constituição Federal promove a primeira ação afirmativa, no sentido de reservar vagas para pessoas com deficiência

1 Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

2 Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado. E-mail: cccintra@gmail.com

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará, em 2004. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Assessora Jurídica do Procurador Geral de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: milenasousaoliveira@gmail.com

em concursos públicos. Entretanto, uma vez admitidas nos cargos ou empregos públicos, as pessoas com deficiência, muitas vezes, enfrentam dificuldades para exercer as atribuições do cargo, dada a ausência de adaptações adequadas nas respectivas instituições. Não somente a ausência de equipamentos adequados, mas a falta da regulamentação necessária para guiar a ação do administrador público pode vir a se tornar obstáculo à concretização desse direito. Nesse momento, o mandado de injunção aparece, na condição de garantia constitucional, a fim de provocar o Poder Judiciário a fornecer a norma do caso concreto, a solucionar o impasse que impede as pessoas com deficiência de exercer aquilo que constitucionalmente lhes é de direito: trabalhar.

Palavras-chave: *Direito. Trabalho. Deficiência. Público. Injunção.*

1 INTRODUÇÃO

O direito das pessoas com deficiência experimentou, em sua evolução, diferentes estágios. Nos primórdios, predominava uma completa intolerância, quando a deficiência era concebida como impureza ou castigo. Na fase seguinte, identificada com o modelo médico, a deficiência passou a ser encarada como algo a ser curado, para que, lograssem figurar nos tratados e convenções internacionais. Mas recentemente, alçando o *status* de figura disciplinada pelo direito positivo⁴, a deficiência chega a ocupar posição de destaque no nosso sistema normativo.

Por sua vez, os direitos das pessoas com deficiência acompanham os mesmos influxos dos direitos universais da pessoa humana. Por meio de sua análise, percebe-se nitidamente a ênfase dada à tolerância, ao respeito pelas diferenças e à inclusão social.

⁴ Cf. art. 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Art. 2º, da Lei nº 13.135/2015; Lei Complementar nº 142/2013.

Tais valores, porém, não comportam mais qualquer interpretação inclinada ao assistencialismo, mas incentivam uma postura ativa, promocional e inclusiva⁵.

Pois bem, um dos principais vetores de inclusão social das pessoas com deficiência é o direito ao trabalho. Com efeito, trabalhar é o exercício produtivo da cidadania, integrando o homem ao meio social ao qual pertence, agregando-lhe valor para além do econômico. Trata-se, ao mesmo tempo, de fundamento da República Federativa do Brasil e de direito social⁶. Muito mais do que um dever, consiste em direito inerente à dignidade humana, ao qual somente se admite restrições em circunstâncias excepcionalíssimas. Nascer com deficiência ou adquiri-la no decorrer da vida não deve ser fator discriminante que autorize a restrição do direito ao trabalho.

Nesse sentido, a Constituição Federal, arrimada nos princípios da solidariedade e igualdade material, promove a primeira medida afirmativa no sentido de determinar a reserva de vagas (art. 37, inciso VIII), a qual se encontra associado diretamente ao direito de acesso aos cargos públicos e à investidura via concurso público, consignados nos incisos I e II, do mesmo artigo. No entanto, acesso ao cargo público significa, para além do mero ingresso (viabilizado mediante a reserva de vaga), o exercício efetivo das funções inerentes ao cargo.

Muito embora a previsão da reserva legal de vagas represente uma vitória das pessoas com deficiência contra a abissal desvantagem em que concorriam nos concursos públicos, ela não serve para lhes assegurar o próximo passo dentro do serviço público. Hoje, a pessoa

5 A esse respeito, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da Unesco (1995), consignou que "(...) a tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa, fundada no conhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro" E ainda, a tolerância "(...) não é uma concessão, condescendência, indulgência (...) nem (significa) renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito (...)" (UNESCO, 1995, art. 1º).

6 CF/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa";

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

com deficiência ingressa na instituição pública de maneira isonômica em relação aos demais. Há lei lhes assegurando esse direito. Todavia, o ordenamento brasileiro carece do instrumental normativo que busque tutelar, de fato, o exercício pleno das atribuições legais por parte das pessoas com deficiência investidas em cargo público.

Durante anos, as pessoas com deficiência empreenderam verdadeira jornada rumos aos tribunais a fim de garantir, via Poder Judiciário, direito que lhes fora assegurado constitucionalmente, por meio do preceptivo constitucional supracitado, associado ao direito de acesso aos cargos públicos e à investidura via concurso público. Superada essa primeira barreira⁷, cumpre caminhar rumo à concretização do direito ao efetivo exercício das funções inerentes ao cargo então ocupado.

Assim, cabe investigar, portanto, se a legislação nacional, pertinente aos órgãos e carreiras públicas, dispõe de mecanismos para amparar o direito do servidor com deficiência no que concerne ao efetivo exercício do cargo que ocupa, e como as instituições públicas tem resolvido a questão após receber essas pessoas em seus quadros.

Não obstante esteja longe de representar o que realmente se esperava da legislação regulamentadora das carreiras públicas, no sentido de prever condições diferenciadas de trabalho ao servidor com deficiência física, a Lei nº 8.112/90, alterada pela Lei nº 9.527/97, passou a estabelecer, no art. 98, §2º, a concessão de horário especial ao servidor “portador de deficiência”, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário, benefício extensivo ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

Em uma análise perfunctória do problema, a solução mais fácil parece ser adaptar as atribuições do cargo às limitações da pessoa. É nesse sentido que a Lei nº 8.112/90 prevê o instituto da readaptação,

⁷ A entrada no serviço público, via percentual de vagas assegurado por lei, ainda encontra obstáculos em algumas unidades federativas, mormente nos municípios, diante da ausência de lei definidora do percentual correspondente.

em seu artigo 24, segundo o qual o servidor que sofrer limitações em sua capacidade física ou mental será investido em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis, verificada em inspeção médica. A mencionada lei ainda determina que se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

De seu turno, a maioria da doutrina administrativista brasileira⁸, ao comentar o instituto de que ora se cuida, apenas o inclui como uma das formas de provimento derivado horizontal de cargo ou emprego público, sem, no entanto, debruçar-se sobre o aspecto constitucional da matéria, principalmente sob as luzes dadas pela Convenção de Nova Iorque e pela Lei nº 13.146/2015.

De fato, a readaptação não deve ser manejada como burla à regra do concurso público – à semelhança de institutos já retirados do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a transferência e a ascensão –, mas como uma última tentativa da Administração de aproveitar as capacidades laborativas do servidor que possui maiores restrições físicas ou mentais, impostas por problemas de saúde⁹.

Na maioria das situações, subtrair atribuições inerentes a determinado cargo, por força das limitações vividas pelo seu ocupante, afeta-lhe a dignidade, à medida que representa, em última instância, discriminação baseada na deficiência. Seria esvaziar de sentido o direito de acesso aos cargos públicos, previsto pela Constituição Federal, Convenção de Nova Iorque e agora pela Lei nº 13.146/2015.

Nesse contexto, o servidor com deficiência, ocupante de determinado cargo público, que resta impedido de exercer suas atribuições

8 Por exemplo, MELLO, 2010. p. 311.

9 Neste ponto, importante frisar que há uma distinção entre a situação dos servidores com deficiência (seja ela existente antes ou depois do ingresso nos quadros públicos) e a dos servidores que simplesmente encontram-se acometidos de alguma doença que os tenha incapacitado temporariamente. É essa distinção que deve marcar o tratamento destinado ao servidor acometido de doença ou moléstia que o tenha incapacitado (ainda que temporariamente) daquele servidor com deficiência, de modo que a readaptação não se mostra como a solução adequada para solucionar o problema de que ora se cuida. Quando uma pessoa com deficiência visual ou auditiva, por exemplo, ingressa por concurso no serviço público, a Administração deve fornecer o instrumental necessário para que ela exerça as atribuições do cargo que está ocupando e não “readaptá-la” para outra função inferior. O mesmo raciocínio vale quando o servidor, por qualquer motivo, passa para a condição de pessoa com deficiência: a Administração não deve proceder (pelo menos, não de imediato) à sua readaptação.

legais – para além do prejuízo individual – deixa uma lacuna na prestação do serviço público a ser devolvido à sociedade que, como é de comezinha sabença, verte um preço altíssimo para subsidiá-la. Cuida-se, pois, de ofensa ao direito da pessoa com deficiência, de graves repercussões para a Administração Pública em geral.

Assim, tem-se que o instituto da readaptação, na maior parte das situações em que for empregado para solucionar problemas pertinentes às limitações de servidores com deficiência, estará contrariando a Convenção de Nova Iorque, que alçada à categoria de Emenda Constitucional, ensejará o vício da inconstitucionalidade.

O que se espera, portanto, é que a Administração dirija esforços no sentido de fornecer ao servidor com deficiência o aparato necessário ao exercício das funções de seu cargo e não de um mais “simples” ou inferior ao seu. A readaptação serve, portanto, via de regra, para solucionar limitações temporárias, decorrentes de problemas de saúde, precedida de licença médica. É possível que, em casos pontuais, a Administração dela se valha como último recurso, porém, nunca poderá ser utilizado sem antes haver ações inclusivas dirigidas a preservar a igualdade de condições de trabalho entre servidores com e sem deficiência.

Apesar de estar ciente de que essa é a diretriz correta a ser seguida, muitas instituições encontram sérios problemas em implementá-la. E isso ocorre por uma razão muito simples: não há regulamentação que norteie as condutas administrativas necessárias à adequação do cargo e de suas atribuições à condição da pessoa com deficiência. Na ausência de lei específica sobre o tema, a solução deve ser buscada, logo, por via judicial, através de instrumento constitucional específico: o mandado de injunção (MI).

Para demonstrar a compatibilidade do *mandamus* com o problema apresentado, o presente escrito examinará o mandado de injunção como garantia constitucional do direito das pessoas com deficiência, através de um breve histórico do instituto.

Em seguida, serão apresentados os requisitos do mandado de injunção, especialmente no que tange à ausência de norma regulamentadora (gerando omissão inconstitucional) e o trabalho dos deficientes como uma vertente do exercício regular da cidadania.

Por derradeiro, dedicar-se-á atenção aos efeitos do *writ*, com o advento da Lei 13.300/2016, revelando-se ele meio mais adequado à concretização desse direito.

2. MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O mandado de injunção é uma inovação da Constituição de 1988, contida no artigo 5.º, inciso LXXI, tendo por fim assegurar direitos e prerrogativas decorrentes da soberania, cidadania e nacionalidade, cujo exercício esteja obstado pela ausência de norma regulamentadora. Posicionado no título dedicado aos “direitos e garantias fundamentais”, possui a natureza de lídima cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, CF/88).

A exata compreensão do MI e das razões pelas quais ele se presta a solucionar o problema neste trabalho apresentado requer sejam tangenciados dois pontos importantes da história deste instituto: (1) era preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre as diversas forças que influenciavam a Assembleia Nacional Constituinte e (2) a elaboração da Carta de 1988 foi um dos marcos decisivos no processo de redemocratização do país, protagonizado pela implementação de garantias aos direitos sociais, conferindo-lhes eficácia plena.

A fim de amenizar as não raras polêmicas que surgiam durante os debates na constituinte, era comum que se previsse genericamente um direito, remetendo à legislação infraconstitucional sua regulamentação. A grande vantagem deste tipo de técnica foi a celeridade que se conferiu à elaboração da Constituição de 1988, cuja promulgação era urgente após duas décadas de massacres às liberdades

individuais. A seqüela da adoção deste mecanismo, porém, foram as inúmeras omissões causadas pela ausência de norma regulamentadora (Pfeiffer, 1999).

Com efeito, as remissões à regulamentação infraconstitucional eram extremamente necessárias à época da elaboração da Carta de 1988. Havia invariavelmente uma lógica de negociação política, com o escopo de contornar maiorias não solidificadas. Por isso, já antevendo as inevitáveis omissões em que o legislador pós-constituente poderia incorrer, a Constituição implementou dois instrumentos que vieram aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade já instalado – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção – mecanismos de integração dos direitos fundamentais, a fim de resgatá-los da ineficácia gerada pela inércia legislativa.

Além do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, era necessário instrumento hábil a combater as ofensas aos direitos fundamentais causadas pela omissão legislativa. Contudo, o único meio de que se dispunha, em época anterior a 5 de outubro de 1988, era apenas a pressão política. Os juristas mais atentos ao assunto lamentavam a apatia processual quando se tratava de omissão regulamentar¹⁰.

Um dos pontos nodais do processo de redemocratização nacional consistia na mudança radical da compreensão acerca das normas instituidoras de direitos sociais, até então concebidas como meras declarações de intenções, eternamente dependentes de ulterior atuação dos Poderes Constituídos, mediante a edição de atos ou elaboração de norma regulamentadora. Essas preocupações reverberaram nas

¹⁰ José Afonso da Silva, antes da promulgação da atual Carta Constitucional asseverava: Ao menos juridicamente, não se pode constringer o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo. Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindivável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente; primeiro porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem o direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição; segundo, e consequentemente, porque a omissão se revela como questão política, que escapa à apreciação judicial. (SILVA, 1992, p. 118).

discussões ocorridas no seio da Comissão Afonso Arinos, instituída pelo Decreto nº 91.450 de 18 de julho de 1985, culminando na redação atual do artigo 5º inciso LXXI.

Interessante perceber que, desde o nascedouro, o mandado de injunção encontra-se estreitamente vinculado aos direitos sociais. É o que se afere da redação da Sugestão de Norma Constitucional nº 315-8¹¹: “Art.(...) Parágrafo único – O acesso ao ensino básico é um direito público subjetivo, acionável contra o poder público mediante mandado de injunção”.

Essa breve digressão destina-se, pois, a reforçar que, a par das discussões travadas em torno da origem do instituto¹², ele surgiu a partir da preocupação do constituinte com a efetivação dos direitos decorrentes da soberania, cidadania e nacionalidade, mormente os de conteúdo social, cujo implemento reclama atuação positiva dos Poderes Estatais.

3. REQUISITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXX, traz em seu bojo o conteúdo do mandado de injunção, nos seguintes termos: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O primeiro requisito que a norma constitucional impõe para a utilização desse instrumento é a ausência de norma regulamentadora.

¹¹ No início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o Senador Virgílio Távora apresentou as Sugestões de Norma Constitucional nº 155-4 e nº 156-2, datadas de 27.03.1987, com a seguinte redação: 155-4: Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á ‘mandado de injunção’, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança; 156-2: a não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão; Essa proposta sofreu ainda algumas alterações, ao passar pelas Comissões de Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher e de Sistematização, na fase do Projeto de Constituição, até, finalmente, chegar ao texto atualmente vigente.

¹² Sobre a origem do instituto, ver PFEIFFER, 1999 e BITENCOURT NETO, 2009.

Ocorre que nem toda omissão significa uma inconstitucionalidade a ser combatida pelo mandado de injunção. Nesse sentido, importante refletir sobre certos aspectos da normatividade dos direitos sociais, cuja eficácia acaba por depender desse agir específico do legislador democrático.

Em seguida, o dispositivo assinala que a lacuna legislativa deve causar entrave ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas determinadas, relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No que atina ao presente estudo, cumpre, pois, investigar onde o direito ao trabalho por parte das pessoas com deficiência se inseriria dentro desse contexto.

3.1. Ausência de norma regulamentadora – omissão inconstitucional

O modelo de Estado de Direito democrático e social, adotado pela Constituição de 1988, é caracterizado pela consagração expressa de amplo rol de direitos fundamentais, dentre os quais direitos sociais a prestações fáticas¹³, cuja concretização enfrenta duas dificuldades principais: a) a necessidade de definição dos meios para possibilitar a concretização dos direitos a prestações genericamente expressos no texto constitucional; b) a submissão da eficácia dos direitos sociais a prestações fáticas a uma reserva econômica e financeira do possível.

Ao lado dos direitos a prestações fáticas, os direitos sociais podem vir expressos sob a forma de princípio, tal como ocorre com o direito à moradia¹⁴. Em casos tais, dada a fluidez e o conteúdo genérico

13 Comentando sobre a caracterização dos direitos sociais a prestações fáticas, Canotilho esclarece que uma significativa parte da doutrina chega a negar sua configuração como verdadeiros direitos. Porém sua correta compreensão exige uma mudança de função dos direitos fundamentais, de modo que o problema de sua efetivação não os reduz a simples apelo ao legislador (CANOTILHO, 2003, p 475).

14 Por outro lado, não se pode desconhecer que, se uma Constituição diz, simplesmente, que a moradia é um direito social, tal expressão genérica não define, de modo completo, as feições do direito fundamental. Haverá, nesse caso, um direito sob a forma de princípio e que, considerado como um direito como um todo, pode gerar múltiplas posições jurídicas, quer sob a forma objetiva, como o dever de

desse direito, faz-se necessário que os requisitos desse direito sejam definidos, a fim de direcionar a atividade estatal à sua concretização.

Tais definições, ou pré-definições, à atividade executiva, cabem, em regra, à função legislativa, cujo detentor primário é, nos regimes democráticos, o Poder Legislativo, muito embora se reconheça a ampliação dessa função ao Poder Executivo¹⁵.

A par do embate existente entre as doutrinas que propõem que ao Poder Judiciário é dada a competência para conferir eficácia direta aos direitos sociais a prestações fáticas, enredando-se pela prática comumente denominada “ativismo judicial”¹⁶ e as outras que defendem o contrário¹⁷, o certo que é a exata medida da atuação do Poder Judiciário e da sua interação com as demais funções estatais, depende diretamente do que diz a Constituição positiva.

Ora, em Cartas analíticas quanto aos direitos sociais, como é o caso da Constituição de 1988, os direitos a prestações têm sua configuração dependente da intervenção do legislador democrático, que fará as escolhas políticas e as eleições das prioridades, em função dos recursos econômicos e financeiros, mas tal liberdade de conformação não significa insindicabilidade jurisdicional, na medida prevista pelo próprio texto constitucional.

Com efeito, a fundamentalidade dos direitos sociais gera uma série de consequências¹⁸, dentre elas a capacidade de gerar direitos suje-

legislar, que sob a forma subjetiva, como direitos de defesa e proteção ou direitos a prestações fáticas (BITENCOURT NETO, 2009, p. 35).

15 A transformação do Estado em prestador de bens e serviços trouxe à tona discussão sobre a atribuição de competência legislativa ao governo, tendo como fundamento sua alegada maior capacidade de dar resposta tempestiva tecnicamente adequada às múltiplas necessidades sociais dependentes de prestações estatais, ideia reforçada pela legitimidade democrática direta ou indireta do governo, seja em regimes presidencialistas ou semi-presidencialistas, seja em regimes parlamentares (BITENCOURT NETO, 2009).

16 BARROSO, 2003, p. 154-156.

17 ALEXY, 2002, p. 448.

18 Pode-se dizer em suma que os direitos sociais a prestações fáticas, pelo simples fato de constarem do texto constitucional, tem já as seguintes formas de eficácia, decorrente de sua normatividade fundamental: a) eficácia negativa, proibindo ações que lhes contrariem ou ofendam a igualdade material; b) eficácia interpretativa, guiando a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais; c) eficácia vinculativa, pautando a atividade do legislador democrático, seja quanto à obrigação de dar-lhes eficácia concreta, seja vinculando as opções legislativas a determinados parâmetros de concretização dos direitos fixados já em algumas Constituições; d) são fundamentos da possibilidade de restrição dos direitos, liberdades e garantias e da justificação da respectiva medida; e) são causa para declaração de

tivos a prestações. Esta, porém, por força da abertura constitucional quanto aos meios de sua efetivação e tendo em conta a reserva do possível, depende da intervenção do legislador democrático. Ocorre, contudo, que a tarefa de legislar, em função do pluralismo político e do princípio democrático, é eminentemente política. Diante disso, inevitável o aparente paradoxo: o legislador, num contexto de Estado de Direito, democrático e social, tem o dever ou a faculdade de legislar?

Essa questão é de essencial importância para a presente discussão, uma vez que o instrumento processual de que se cuida – o mandado de injunção – pressupõe a omissão inconstitucional como requisito para sua utilização.

De fato, a decisão de legislar é política. O legislador detém essa liberdade de conformação quando a Constituição já fez determinadas escolhas, já estabeleceu critérios ou já determinou as formas pelas quais o direito deve ser fruído. Dentro desses limites, o legislador exerce sua faculdade de legislar.

Entretanto, quando o exercício de determinado direito fundamental depende da existência de lei – seja pela necessidade de se fazerem escolhas primárias quanto aos meios de realização, seja por força da escassez de recursos financeiros – a decisão de legislar deixa de ser exclusivamente política.

Quando a ausência da norma regulamentadora ou sua incompletude gerar uma norma contrária à Constituição, haverá omissão legislativa inconstitucional¹⁹. Admitir que esse caso encerra uma mera faculdade de legislar é negar aos direitos fundamentais dimensão de eficácia que lhes é inerente pelo simples fato de constarem como tais na Constituição Federal e ela assim o estabelecer²⁰.

Ademais, tal eficácia não pode ser deixada à livre escolha de maiorias eventuais, uma vez que esta é exatamente uma das funções primordiais da fundamentalidade de um direito: limitar a vontade das maiorias²¹.

inconstitucionalidade por omissão (BITENCOURT NETO, 2009, p. 43).

19 DÍAZ REVORIO, p. 82-83.

20 Art. 5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

21 Assim se posiciona BITENCOURT NETO, 2009, citando porém doutrina que entende trata-se de faculdade de legislar: MENENDEZ, Ignacio Villaverde. La inconstitucionalidad por omisión de los

Entretanto, nem toda lacuna legislativa importa necessariamente em uma omissão inconstitucional. Há de se separar o dever geral de legislar do dever específico de legislar (CANOTILHO, 2003, p. 1033-1034). Esse exame tangencia necessariamente o estudo da natureza das normas constitucionais quanto à eficácia, de cuja vastidão de classificações doutrinárias, cumpre destacar apenas – dada a limitação do objeto do presente trabalho – que há normas dotadas do mais alto grau de generalidade e abstração, comumente denominadas normas dirigidas ao legislador, normas-fim, normas-tarefa ou normas programáticas e outras que já encerram todos os requisitos necessários à sua aplicação imediata (BITENCOURT NETO, 2009, p. 48).

O dever de legislar decorrente das primeiras normas (normas-tarefa), que possuem densidade jurídica mais fluida, depende em maior medida da ação política, da decisão do legislador; por outro lado, a Constituição pode impor ao Estado um dever específico de legislar, como, por exemplo, criação de procedimentos para obtenção de determinado benefício social (BITENCOURT NETO, 2009, p. 50).

Encontra-se também inserido no dever específico de legislar o dever de correção de leis vigentes, que se presta a sanar as chamadas “inconstitucionalidades deslizantes (BITENCOURT NETO, 2009, p. 51), bem como os erros de prognose do legislador²².

Além disso, o dever específico de legislar não necessariamente precisa estar explícito na Constituição. Em contrapartida, a previsão constitucional expressa de lei regulamentadora nem sempre aponta para um dever específico de legislar, como é o caso da norma que estabelece, por exemplo, que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social” (art. 195 § 4º, CF) (BITENCOURT NETO, 2009, p. 52).

sistemas legislativos, p. 122-124 e DIAS, Oscar. Breves observações sobre a influência da constituição portuguesa na constituição brasileira de 1988, p. 84.

22 O erro do legislador quanto a prognoses também pode gerar omissão legislativa inconstitucional superveniente, quando a lei é desproporcional no cumprimento dos objetivos constitucionais, impondo-se sua alteração, ou quando o meio escolhido pelo legislador é insuficiente ou inadequado à concretização de um direito fundamental (SILVA, 2003, p. 62-63).

Por fim, destaque-se que a omissão legislativa inconstitucional pode ser parcial, caso em que o legislador exclui, expressa ou implicitamente determinados grupos ou situações da regulação legal, sem que haja fundamento constitucional para tanto (BITENCOURT NETO, 2009, p. 53).

Postas essas premissas, observa-se que o mandado de injunção se apresenta como instrumento adequado à garantia do direito das pessoas com deficiência de exercer as atribuições do cargo público para o qual foram aprovadas em concurso e regularmente nomeadas, considerando que se trata de direito fundamental social, cujo exercício encontra-se obstado pela ausência de norma regulamentadora.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, doravante denominada “Convenção de Nova Iorque”, adotada pela Organização das Nações Unidas, de acordo com a Resolução nº 61/106 da Assembleia Geral foi o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI e o que teve as negociações mais céleres já registradas. A Convenção e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foram ratificados²³ pelo Brasil em 2008.²⁴

Assim, com envergadura de direitos fundamentais, a Convenção de Nova Iorque assegura às pessoas com deficiência, dentre outros direitos de ordem social, o direito à vida independente e inclusão na comunidade (art. 19), direito à educação (art. 24), habilitação e reabilitação (art. 26) e ao trabalho (art. 27).

Sobre o direito ao trabalho, os Estados signatários da Convenção

23 Entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008 e, internamente na condição de emenda constitucional, a partir do Decreto nº 6.949, publicado em 26 de agosto de 2009.

24 Importante destacar, nesse ponto, que a Constituição Federal de 1988, desde o texto original, já previa (art. 5º, § 2º) que os direitos e garantias nela expressos não excluíam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte. Avanço de inigualável valia para superar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento brasileiro adveio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º supramencionado. A partir de então, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais, o que significa aplicação imediata e eficácia plena desses direitos, conforme assegura o §1º do mesmo preceptivo.

de Nova Iorque devem reconhecer o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de condições com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência (artigo 27, da Convenção de Nova Iorque). Os Estados Partes deverão ainda salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros empregar pessoas com deficiência no setor público.

A Convenção de Nova Iorque possui instrumental normativo que se presta a solucionar essas questões: ela determina, em seu artigo 27, alínea “k”, promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

Ademais, o artigo 27, alínea “i”, assegura às pessoas com deficiência que sejam fornecidas adaptações necessárias e razoáveis para que possam exercer suas atribuições legais. Comando semelhante, porém mais específico e incisivo, consta do artigo 34, §1º, da Lei nº 13.146/2015, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

Isso porque a Convenção de Nova Iorque, artigo 27, alínea “i” (válida no Brasil na condição de Emenda Constitucional) assegura às pessoas com deficiência que sejam fornecidas adaptações necessárias e razoáveis para que possam exercer suas atribuições legais e não o contrário. Readaptar, na maioria dos casos, significa designar o servidor para que exerça atribuições inferiores, menos complexas o que, em análise mais detida, pode significar exclusão da pessoa com deficiência, contrariando o movimento internacional, ao qual o país aderiu, de inclusão dessas pessoas em todos os ambientes sociais.

A norma confere à legislação infraconstitucional a importante tarefa de concretizar a missão assumida pelos Estados Partes de salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas. É dizer, a inviabilidade do exercício desse direito, causada pela omissão do legislador em estabelecer tais medidas adequadas, seja ela parcial ou total, caracteriza, sem dúvida, a “ausência de norma regulamentadora”, requisito exigido pela norma do artigo 5º., inciso LXX para a utilização do mandado de injunção.

3.2. Direito de exercício das atribuições do cargo público por parte das pessoas com deficiência: uma vertente da cidadania

O direito de que ora se cuida é, a rigor, um direito de inclusão social. Não se trata de medida assistencialista ou protecionista, que muito mais marginaliza a pessoa com deficiência do que a integra à sociedade. Não se trata de meros “arranjos” administrativos ou soluções paliativas ao problema ora exposto. O que se busca é a verdadeira e definitiva inclusão, por meio da efetivação do direito de trabalhar, que se expressa, nesse caso específico, pelo real exercício das atribuições do cargo público.

Não se pode perder de vista a dimensão do direito perseguido: para além de assegurar a livre escolha do trabalho ou aceitação no mercado laboral, cuida-se de proporcionar ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível, especificamente, empregando pessoas com deficiência no setor público; possibilitando às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado e promovendo reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

Indiscutível o caráter social do direito ora em questão: direito a

prestações fáticas pelo Estado. O surgimento da figura do Estado promovedor coincide, não por acaso, com a virada teórica que culminou com a concepção moderna de cidadania.

Na perspectiva da teoria política, cidadania significa a vinculação dos indivíduos à comunidade política. Historicamente, identificam-se dois marcos fundamentais: cidadania antiga e cidadania moderna. Por eles balizaram-se as noções fundamentais de cidadania ativa e cidadania passiva.

A etimologia da cidadania já revela sua origem histórica, *polites*, em grego, que os romanos traduziam por *cives*. Em sua primeira concepção, possuíam cidadania apenas os homens que participavam do funcionamento da cidade-Estado, sendo, portanto, titulares de direitos políticos (COMPARATO, 1993).

Não obstante discordassem da forma de participação política, Platão²⁵ e Aristóteles²⁶ convergiam no ponto relativo ao dever de integração do cidadão a polis. Essa concepção clássica da cidadania ensejava um paradoxo entre a liberdade do cidadão e a sua submissão ao controle do Estado, a fim de que essa liberdade fosse exercida. Rousseau referia-se a esta liberdade como sendo tão severa quanto o jugo do tirano²⁷. Assim, após o desaparecimento da civilização greco-romana, deu-se a expansão territorial do poder político, culminando com a instauração regimes monárquicos por toda a Europa, contra os quais se forjaram novamente as concepções liberais de cidadania.

O indivíduo ressurgia como detentor de direitos por si só, não mais em razão de seu pertencimento à *polis*. Como assinalou Benjamin Constant já em 1819, na famosa conferência pronunciada no Ate-

25 Platão sustentava que a elite política, ou seja, os cidadãos que participavam ativamente do processo de decisão política, não deveriam ter vida privada, ao contrário do restante da população. (PLATÃO, 2003, p 143/144).

26 Aristóteles contestava a figura de cidadãos excluídos da vida pública, reduzidos à vida privada, defendendo que todos deveriam se dedicar à vida pública, em prol do bem comum, chegando ao extremo de entender que, por tal razão, todos eles deveriam se submeter à práticas comuns religiosas e à regulamentação bastante ampla da esfera privada. Para este filósofo, não se deveria considerar que um cidadão pertenceria a si próprio, mas à cidade (ARISTÓTELES, 2001, 113-115).

27 RUSSEAU, 2013, p. 30-31.

neu Real de Paris, na civilização greco-romana só se consideravam livres os homens que participavam diretamente da gestão da coisa pública, decidindo sobre a paz e a guerra, votando as leis, exilando um cidadão ou julgando da responsabilidade dos magistrados. Mas esses cidadãos, soberanos na esfera política, eram súditos obedientes da coletividade em sua vida privada.

No mundo moderno, ao contrário, a liberdade consiste não em participar da gestão da coisa pública, mas em não ser molestado abusivamente pelo Estado na vida privada. A essa independência individual, que constitui um fato sem precedentes na História, corresponde não propriamente uma servidão política, mas um estado de passividade. (COMPARATO, 1993).

Nesse momento, diferenciam-se os conceitos de cidadania civil e cidadania política, sendo esta última muito mais compreendida como uma “abdição” em nome dos representantes. No mundo antigo, as eleições eram completamente diferentes das que se realizam contemporaneamente. A representatividade política era uma espécie de legitimação para que o eleito exercesse determinada função pública, não necessariamente em prol dos que o elegeram.

Na Revolução Francesa, deu-se a completa separação entre o mandato civil e o mandato político. Os deputados eleitos pelo povo representam “a nação” e não as pessoas que os elegeram. A Declaração dos Direitos proclamou que “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação; nenhuma entidade, nenhum indivíduo pode exercer algum poder que não emane, expressamente, da nação” (art. 3º). E a Constituição de 1791 complementando o princípio, declarou que “a Nação (já agora com inicial maiúscula), da qual, unicamente, emanam todos os poderes, só pode exercê-los por delegação. A Constituição francesa é representativa (...)” (título III, art. 2º) (COMPARATO, 1993).

Importante notar que, desde o nascedouro, os conceitos de cidadania, soberania e nacionalidade – objetos do mandado de injunção – estavam visceralmente ligados.

Prosseguindo nesta breve digressão histórica, tem-se que a “nação”, enquanto titular da soberania, somente poderia exercê-la por meio da manifestação da “vontade do povo” e este, por sua vez, não era composto em sua totalidade por pessoas juridicamente capazes.

Além disso, nem todos os homens juridicamente capazes eram social ou economicamente capazes de concorrer ao exercício da soberania (COMPARATO, 1993). Extrai-se daí que a divisão entre cidadania ativa e passiva ainda se vinculava em grande medida ao critério censitário.

A sedimentação dos direitos civis caracterizou-se pela afirmação da sociedade perante o poder da monarquia absoluta. Em seguida, na Europa, a nascente economia de mercado começou a exigir que fossem criados direitos que a viabilizassem (BARRETO, 1993). Essa necessidade reverberou nos textos constitucionais, de modo que o Estado Democrático de Direito passasse a ser nitidamente marcado pelo aspecto social, sendo posteriormente por ele abrangido.

A par das críticas feitas à importação da teoria de Thomas H. Marshall às realidades latino-americanas e especificamente ao contexto brasileiro (BELLO, 2007), por meio dela a cidadania é compreendida, modernamente, como resultado do progresso em relação ao modelo liberal. Reconheceu uma sucessão cronológica de reconhecimento de direitos: no século XVIII, dos direitos civis (direito de propriedade, direitos de liberdade de expressão, pensamento, religião e de contratar, direito à intimidade e à privacidade, etc.); no século XIX, dos direitos políticos (direitos de votar e ser votado, de fiscalizar as condutas dos representantes do povo, de formar e integrar partidos políticos, etc.); no século XX, dos direitos sociais (direitos ao trabalho, à seguridade social, à educação, à saúde, à habitação, à associação sindical, etc.).

Desaparece, pois, o critério censitário e o Estado surge como promovedor da igualdade entre os cidadãos, por meio da qual a liberdade real é de fato exercida. Somente cidadãos verdadeiramente livres estarão aptos a participar das escolhas políticas.

Cidadania consiste, portanto, em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de participação. (COMPARATO, 1993). Compreender a cidadania em sua conceituação mais moderna é essencial para entender que o direito a trabalhar, mais especificamente, o direito ao exercício do cargo por parte das pessoas com deficiência encontra-se por ela abrangido, principalmente considerando que se trata de um vetor de inclusão social.

Com efeito, superado o abismo da desigualdade que separava as pessoas com deficiência do acesso aos cargos e empregos públicos – por meio da reserva constitucional de vagas em concursos públicos – outro abismo surge ainda mais largo: o real exercício das atribuições do cargo. Inviabilizar o exercício desse direito é, em última instância, inviabilizar também a participação e a inclusão social dessas pessoas e, por consequência, atingir-lhes fatalmente em sua cidadania.

4 A DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E O REFLEXO NO DIREITO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Já se demonstrou que o exercício das atribuições dos cargos públicos ocupados pelas pessoas com deficiência pode restar inviabilizado dada a ausência de norma que regulamente a adaptação delas à condição a que seu titular se encontra submetido. Também se explanou que esse direito decorre diretamente do exercício da cidadania, compreendida em sua versão mais moderna.

Dessa forma, diante da ausência de norma regulamentadora, que enseja omissão legislativa inconstitucional, tendo em vista que obsta o exercício de um direito fundamental, de conteúdo social, decorrente da cidadania, encontram-se presentes todos os requisitos exigidos pela Constituição para que se faça uso do mandado de injunção a fim de assegurar aos titulares desse direito o seu pleno acesso.

Entretanto, cabe aqui uma indagação: como o juiz, no caso

concreto, vai solucionar esse problema? A resposta a esse questionamento exige refletir sobre os efeitos da decisão proferida no bojo do mandado de injunção.

Sobre esse tema, a doutrina²⁸ costumava distinguir duas correntes:

não concretista, pela qual o mandado de injunção serviria apenas para comunicar da omissão ao Poder, órgão, entidade ou autoridade incumbida de legislar (vertente adotada pelo STF por 17 anos, inaugurada pelo MI n.º 107 de 1990); concretista, segundo a qual o Judiciário, ao julgar procedente a ação, deve editar a norma faltante ou determinar a aplicação de outra norma existente ao caso concreto (adotada pelo STF, marcando mudança drástica de entendimento, notadamente nos MI's 670 e 712, de 2007).

Esta última ainda poderia ser dividida, quanto aos sujeitos atingidos pela decisão, em:

geral (*erga omnes*), segundo a qual a decisão proferida valeria para todas as demais pessoas na mesma situação; individual, pela qual a decisão do Judiciário somente produziria seus efeitos para o autor da ação.

Quanto à concessão de prazo para o impetrado adotar as providências demandadas, divide-se ainda esta corrente em:

direta: o Judiciário implementa diretamente a solução, sem concessão de prazo ao impetrado para fazê-lo;
intermediária: ao julgar procedente a ação, o Judiciário assinala um prazo à autoridade competente para que produza a norma faltante. Nesse caso, esgotado o prazo, o Judiciário viabilizará ele mesmo o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa²⁹.

28 A respeito de como esse tema era abordado antes da lei n.º 13.300 de 23 de junho de 2016, ver PFEIFFER, 1999 e QUARESMA, 1999.

29 Sobre o tema, elucidativo o trecho do voto do Ministro Néri da Silveira (citado por Alexandre de Moraes (Moraes, 2008): "Há, como sabemos, na Corte, nos julgamentos dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção n.º 107, que entende deva o Supremo, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício dos direitos e liberdades contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando

Como visto, o STF sustentou entendimento de uma aplicação não concretista por muitos anos, fulminando as esperanças de quem considerasse o mandado de injunção uma “super e multifinalística garantia integradora da ordem jurídica, destinada a tornar-se especialmente no campo dos direitos econômicos e sociais, uma fecunda guardiã da efetividade do sistema constitucional democrático restaurado e ampliado em 1988”³⁰.

Após 2007, o Supremo mudou seu posicionamento para uma aplicabilidade concretista intermediária, oportunizando o legislador a possibilidade de suprir a omissão legal. A partir de então, a jurisprudência pátria acerca da eficácia das decisões em mandado de injunção passou a ser praticamente uníssona nesse sentido³¹.

A explanação detalhada de todas essas vertentes doutrinárias, porém, perdeu sua razão de ser diante da superveniência de legislação específica recente, que regulamenta os efeitos da decisão em mandado de injunção: Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016.

Extrai-se da leitura do artigo 8º³² que a lei adotou, via de regra, a corrente concretista individual intermediária. Assim, o judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, tem como primeira providência, de regra, a fixação de um prazo ao impetrado para que edite a norma. Num segundo momento, em caso de inércia do legislador, a própria Corte estabelecerá os parâmetros para o adequado uso do direito pleiteado.

sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7.ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça em 4 de abril de 1995, seção I, p. 8.256)” (Moraes, 2008, p. 175).

30 Quaresma, 1999, p. 82 – citada por Lúcio Machado Campinho. (Campinho, 2006).

31 Por exemplo BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Injunção nº 10000130670771000. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 23 maio 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71005618236. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 outubro 2015 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1017 RS. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 31 julho 2014

32 Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

5 CONCLUSÃO

Para quem está inserido no universo das minorias, não há conceito mais acertado do que aquele defendido por Rudolf von Ihering, ao afirmar que o direito é luta³³. E se há verdade nessa assertiva, conclui-se que cada avanço legislativo no sentido de reconhecer os direitos das pessoas com deficiências, inserindo-os, de início, na ordem jurídica internacional e, posteriormente, nas legislações internas, encerra uma importante vitória na luta das pessoas com deficiência.

Não obstante toda a evolução legislativa que conduziu progressivamente à ampliação dos horizontes políticos e jurídicos acerca da questão das pessoas com deficiência, o exame minudente da realidade conduz à inquietante constatação de que se faz necessária a efetiva concretização dos direitos já reconhecidos.

Com efeito, a ausência de norma regulamentadora que verse sobre as adaptações necessárias ao exercício das atribuições dos cargos ocupados por esses sujeitos, após regular aprovação em concurso público consiste, a rigor, em omissão inconstitucional.

Demais disso, o direito atingido, de conteúdo eminentemente social, diz respeito à inclusão e participação da pessoa com deficiência na sociedade, razão pela qual deve ser compreendido como consectário direto da cidadania. Nesse contexto, o mandado de injunção apresenta-se como importante ferramenta, não mais na conquista dos direitos, mas na sua efetiva concretização.

A eficácia da própria garantia constitucional, outrora ameaçada por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no passado, encontra-se plenamente estabelecida e fixada por recente regulamentação legal, conferindo ao Poder Judiciário o instrumental necessário para viabilizar o exercício do direito pleiteado.

Muito embora conscientes de que esse mecanismo da lei pode gerar debates em torno da intromissão do Poder Judiciário na esfera

33 IHERING, 2009, p. 22.

legislativa e, por consequência, sobre o princípio da separação dos poderes, as pessoas com deficiência possuem agora um poderoso arsenal para fazer valer, de fato e concretamente, o seu direito a trabalhar, especificamente, no serviço público.

Trata-se de mais uma medida direcionada à tão almejada eficácia dos direitos sociais. Na esteira de Amartya Sen (2010, p. 293), pode ser muito bonito afirmar que todo ser humano tem direito a trabalhar, mas se não houver sido caracterizado nenhum dever específico de um agente, esse direito não pode realmente “significar” grande coisa. Os direitos humanos, nessa concepção, são sentimentos comoventes, mas também são, rigorosamente falando, incoerentes. Dessa perspectiva, sem garantir-lhes a devida eficácia, essas pretensões seriam mais adequadamente vistas não tanto como direitos, e sim como nós na garganta.

THE EFFECTIVE EXERCISE OF THE PUBLIC SERVICE BY PEOPLE WITH DISABILITIES THROUGH THE WRIT OF INJUNCTION

ABSTRACT

The evolution of the rights of the persons with disabilities gained notorious improvements during the decade from 1980 and 1990. In this time, this group succeeded in including its requests in the international agenda, approving important international treaties and conventions in its favor. Among these, the most important is undoubtedly the New York convention, which was received into Brazilian legislature in the condition of a constitutional amendment. In the lights of this amendment, the Brazilian law of inclusion (law no 13.146; 2015) was enacted with the goal of securing the rights of the persons with disabilities, and included within these we can highlight the right to work. Although working can be seen as the productive exercise of citizenship, and in spite of the

great advances seen in respect to the access of persons with disabilities to the right work in Brazil, there is still a lot to be done for this right to be effectively implemented. Specifically to the work in public offices, the Federal Constitution promotes the first affirmative action in this direction by enforcing that a minimum number of the available jobs in the government be secured for persons with disabilities. However, after being admitted into the public office, the person with disability usually faces great difficulties in performing the appointed tasks in view of the absence of the proper adaptations of the public institutions for their particular situation. The problem is not limited to the lack of adequate equipment, but also the need of the necessary regulation to guide the actions of the public manager, which often becomes a great obstacle to the materialization of the important right. At this moment, the use of injunctions comes forth as a possible way to compel the Judiciary to provide a proper legal solution for the case in hand, and, consequently help these persons with disabilities to overcome the barriers that prevent them of exercising that which is constitutionally guaranteed for them: the right to work.

Keywords: *Right to work. Disabilities. Public Offices. Injunctions.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**, Livro 3, Cap. 1. Martin Claret. 6ª. Ed. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo. 2001.

BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 192:29-37, abr./jun 1993.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas**

normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7ª. Ed atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 154-156.

BELLO, Enzo. **Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social.** Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 8, n. 2, p. 133-154, jul./dez. 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais.** Podivm. 2009.Salvador.

CAMPINHO, L. M. (jun de 2006). Efetividade constitucional via mandado de injunção. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, 7 (8), pp. 171-190.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003 p 475.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania.** Lua Nova: Revista de Cultura e Política. Nº.28-29 São Paulo Apr. 1993.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas em el derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 61, jan/abr.2001.

IHERING. Rudolf Von. **A luta pelo Direito.** Tradução: João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PFEIFFER, R. A. **Mandado de Injunção.** São Paulo: ed. Atlas. 1999.

PLATÃO. **A República.** Livro 5. Martin Claret. Coleção A obra prima de cada autor. São Paulo. 2003.

QUARESMA, R. **O mandado de Injunção e a ação de inconstitucional-**

dade por omissão: teoria e prática. (3a ed.). Rio de Janeiro: Forense. 1999.

RUSSEAU, J.J. **Contrato Social**, livro I, cap. VII. Martin Claret. Coleção A obra prima de cada autor. São Paulo. 2013.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Companhia de Bolso. 2010.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

UNESCO (1995). **Declaração de Princípios Sobre a Tolerância**, de 16 de novembro de 1985. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf> acesso em 10 de outubro de 2016.