

O recrutamento de magistrados e a inclusão de pessoa com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça

The judge's recruitment in the Brazilian judiciary and the inclusion of the disabled person: a reflection in the light of the theory of justice

Luciano Athayde Chaves*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

1. Introdução

O recrutamento dos magistrados sempre ocupou um lugar importante no desenho da organização do Poder Judiciário no Brasil, inclusive pela relevância que esse tema desperta nas interações entre o judiciário e a sociedade, mas também naquelas entre o judiciário e a política. Não é por outra razão que, até hoje, os critérios de seleção dos juízes, mesmo em relação à composição da Suprema Corte, constituem objeto de debates e críticas.¹

O desenvolvimento das instituições republicanas, por seu turno, implicou, em princípio, em uma consideração teleológica no sentido de que, pelo menos para a *magistratura profissional de carreira*, os juízes deveriam ser escolhidos dentre os melhores candidatos submetidos a um concurso, o qual, estruturado em diversas fases, teria, pelo menos em tese, a condição de revelar a meritocracia dos escolhidos. Isso sucede nomeadamente naqueles modelos organizacionais de forte influência francesa², como se vê no modelo adotado no Brasil.³

* Doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR) e mestre em Ciências Sociais (UFRN). Professor do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN. Juiz do trabalho. E-mail: lucianoathaydechaves@gmail.com.

1 ZAFFARONI, 1995, p. 141 e ss.; DALLARI, 1996, p. 21 e ss.

2 GARAPON, 1999, p. 57

3 cf. art. 93, Constituição Federal.

Essa realidade, ainda que não completamente alterada, sofreu importantes mudanças, nomeadamente com a introdução de regras assecuratórias de uma participação diferenciada de pessoas com deficiência (PcD), seguindo-se uma tendência contemporânea de se garantir oportunidades a esse estrato social. Nesse sentido, apontam normas internacionais e internas, as quais delineiam uma série de instrumentos de inclusão para a PcD no mercado de trabalho, constituindo-se em políticas públicas que atuam de forma positiva, com perfil, portanto, de ações afirmativas, produzindo uma discriminação que representaria uma justa medida para as incapacidades que a PcD teria para disputar vagas no mercado de trabalho.

No cenário brasileiro, como acentuam Antonia Maria Gimenes et al,⁴ as estatísticas oficiais (Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) apontam existir, em 2010,⁵ 45,6 milhões de pessoas que declaram possuir alguma deficiência, nada menos do que 23,9% da população brasileira, constituindo-se um grande desafio a inclusão desse contingente, de forma adequada, no mercado de trabalho.

É preciso, contudo, refletir como essas ações afirmativas se ajustam ao valor de *igualdade* (inclusive de oportunidades) que se apresenta como substrato fundamental nas sociedades democráticas e, por outro lado, se os referenciais teóricos que lidam com o problema da justiça distributiva confirmam ou negam essa dimensão das ações afirmativas na seleção de servidores públicos, em especial dos juízes.

A questão é relevante se levarmos em conta que essas políticas públicas ainda recebem críticas, as quais se fundam, precipuamente, no princípio da igualdade, a partir da ideia de meritocracia. E mais: no caso da magistratura, pelas importantes funções que desempenha na vida social, em especial na composição dos conflitos, que critérios de *discriminação inversa* ou *reversa*⁶ seriam justos e apropriados para assegurar o pleno exercício dessa profissão, dadas suas peculiaridades.

4 GIMENES et al, 2015, p. 3

5 Esses dados do Censo de 2010, do IBGE, estão disponíveis em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religioao_deficiencia/default_caracteristicas_religioao_deficiencia.shtm. Acesso em: 14 mar. 2018.

6 Adota-se esse conceito no sentido que lhe emprega Paulo Gustavo Gonet Branco (2003, p. 133): “A *discriminação reversa implica selecionar, previamente, uma categoria de pessoas para receber certos bens, que, de outro modo, seriam disputados por uma coletividade mais ampla. A discriminação reversa envolve decisão de beneficiar um segmento da população, no momento de distribuir cargos, vagas em universidades, contratos com governos, promoções no serviço público. Esses bens e interesses ficam subtraídos do alcance dos não-beneficiados pela política em causa*”.

O presente artigo se propõe a pensar sobre essas questões, a partir do aporte teórico oferecido por Ronald Dworkin, John Rawls e Amartya Sen, os quais se destacam por suas contribuições no campo do liberalismo político e da justiça distributiva e cujas linhas principais se constituem o esforço empreendido na primeira parte.

A partir desses referenciais, o presente esforço apresenta, na segunda parte, as principais fontes e características das políticas públicas sobre o acesso diferenciado da PcD no mercado de trabalho privado e no setor público, com especial destaque para aquelas aplicáveis ao Poder Judiciário, a partir das deliberações do Conselho Nacional de Justiça.

Ao final, faz-se um contraste entre essas regras e os aportes teóricos estudados, com o propósito de demonstrar se tais políticas se ajustam ao que a teoria da justiça admite como *discriminação inversa* para oferecer justa oportunidade àquelas PcD, ainda que se trate de função tão complexa e específica como a magistratura.

2. A justiça distributiva como uma questão fundamental em um ambiente democrático e os fundamentos para a aceitabilidade de ações afirmativas

Nas sociedades contemporâneas, em especial nas democráticas, o problema da justiça distributiva assume especial relevância porque os recursos e as oportunidades não atendem, em igual medida, a todos. Assim, é a escassez um problema a ser enfrentado por qualquer agrupamento social que tenha na igualdade entre os indivíduos um valor estruturante da ordem política, social e jurídica.

No caso das sociedades capitalistas, o problema da escassez de oportunidades de trabalho é estratégico para o sistema de reprodução do capital, na medida em que a abundância de postos de trabalho poderia comprometer a curva de rentabilidade do modo de produção, dada a inversão da *mais-valia*, que pressupõe a existência de um *exército de reserva*.⁷

Nessa ambiência, em que a igualdade assume uma pretensão de universalidade, o problema da justiça se relaciona com os critérios de distribuição dos recursos, justificando ou não as eventuais diferenças. Assim, a questão não é, em linha de princípio, admitir que exista a desigualdade, ponto que já se constitui lugar comum. O desafio teórico e prático é o de

7 MARX, 1996, p. 41

se estabelecer parâmetros aceitáveis e universais para que a eventual diferença no tratamento de indivíduos – que deveria ser, *a priori*, igualitário – receba argumentação bastante para a sua defesa no espaço da política, onde os acordos e os consensos devem ser construídos em um regime de democracia.

Na abordagem liberal, que pressupõe essa igualdade como *regra de ouro*, uma alegoria tem sido bastante utilizada como ponto de partida para a reflexão sobre justiça distributiva. Trata-se da fábula de Esopo que narra os diferentes comportamentos de uma formiga e uma cigarra.⁸

Na fábula, a formiga se dedica durante todo o verão ao trabalho intenso, ao passo em que a cigarra apenas se ocupa de frivolidades. Com a chegada do inverno, contudo, somente a formiga está devidamente preparada para enfrentar as dificuldades da estação, alimentando-se de tudo o que foi cuidadosamente armazenado nas longas jornadas empreendidas nas estações pretéritas. A cigarra, não tendo adequadamente se preparado, passa por dificuldades, privada até do alimento, já que não teria se preparado para os dias de necessidade. Este dever de se preparar para os momentos difíceis constitui a lição moral da narrativa ficcional, ao mesmo tempo em que traça as linhas do papel que a *responsabilidade* assume dentro do paradigma da igualdade.

Nada obstante, a ortodoxia que essa moral distributiva aponta resulta considerar que todos os indivíduos possuem as mesmas condições de escolhas ou mesmo estão em um mesmo patamar de realização de seus projetos, o que nem sempre sucede. Por isso, o *liberalismo político*, na abordagem, por exemplo, de Ronald Dworkin, sublinha que o papel do Estado deve ser considerado para que as condições eventualmente discrepantes entre as pessoas sejam, de alguma forma, levadas em conta nos critérios de distribuição dos recursos. O problema, contudo, reside na forma e na intensidade como o Estado intervém no terreno da liberdade e da igualdade. Este, talvez, seja o ponto sensível do problema da justiça.

Nessa linha problemática, apresenta Ronald Dworkin suas ideias de igualitarismo liberal, assentando alguns princípios de justiça distributiva que procuram harmonizar a ortodoxia da igualdade distributiva estrita e da liberdade com as demandas e características de uma sociedade complexa.

8 FERRAZ, 2007, p. 243.

O primeiro princípio é o de que o Estado deve tratar a todos com *igual respeito e consideração*, isto é, deve tratar a todos como iguais em atenção e respeito.⁹ Essa postura do Estado em relação aos indivíduos constituiria, aliás, a sua *virtude soberana*.¹⁰ Mas, o que implica, na prática, esse princípio? Como todo pensamento filosófico, não é possível estabelecer limites precisos e estanques para uma ideia de igualdade de respeito e consideração, como a trabalhada por Dworkin.¹¹ No entanto, é possível afirmar que esse princípio sugere que o Estado respeite as escolhas e os projetos de vida de cada um, emprestando a todos eles idêntico respeito, isto é, não impondo ao tecido social uma forma única de vida, de escolhas e de opções.

Disso resulta compreender que o Estado democrático não é um Estado de fins, isto é, “não tem por finalidade a consecução de alguma moral, religião ou filosofia específica a ser imposta às pessoas nas suas relações privadas”.¹² De outro lado, essa mesma concepção dialoga com algumas das linhas ortodoxas do liberalismo, ao assimilar a ideia de que ao indivíduo deve ser assegurada a liberdade para que ele faça as escolhas possíveis para a construção de seus projetos de vida,¹³ mas igualmente assuma a responsabilidade por essas escolhas. Nesse sentido, as diferenças resultantes dessas escolhas e da responsabilidade de exercê-las não seriam, em princípio, injustas.

Essa ênfase na liberdade/igualdade resulta na concepção da igualdade de recursos como sendo aquela possível de ser empreendida, já que, partindo os indivíduos de uma mesma porção de recursos, os diferentes resultados seriam o reflexo das suas diferentes escolhas, o que justificaria, como critério de justiça, as diferenças econômicas. Para ilustrar sua tese, Dworkin¹⁴ propõe um cenário ideal onde todos receberiam as mesmas condições de compra e teriam a liberdade para investir naquilo que

9 DWORKIN, 2005b, p. 283.

10 DWORKIN, 2005a.

11 FERAZ, 2007, p. 244.

12 POMPEU, SIQUEIRA, 2013, p. 620.

13 Em sua obra “*Justice for hedgehogs*”, indica Dworkin (2011) que deve haver um componente ético para o desenvolvimento desse projeto de vida que livremente abraça o indivíduo: “We have a responsibility to live well, and the importance of living well accounts for the value of having a critically good life” (DWORKIN, 2011, p. 196). Assim, não há um modo de vida melhor que outro. “Cada pessoa tem a igual liberdade e responsabilidade de construir um modelo de vida coerentemente aos seus valores mais relevantes e basilares” (POMPEU, SIQUEIRA, 2013, p. 617).

14 2005a

efetivamente valorizam. Somente assim, haveria a superação do “teste da cobiça”, já que as disputas (leilão) seriam o resultado das convergências de preferência e não de uma escolha arbitrária do Estado ou de outra fonte qualquer de poder. Assim, o mercado justificaria os resultados, seja pelas escolhas, seja pelos talentos¹⁵ no manejo dos recursos disponíveis.

Para os objetivos deste trabalho, sobressai-se um segundo princípio de justiça desenvolvido por Dworkin,¹⁶ segundo o qual a igualdade de tratamento, que se exige do Estado, também alcance as oportunidades, que são heterogêneas, dependendo de situações ou condições particulares de certos indivíduos. Neste ponto, deve-se compreender que, “às vezes, tratar as pessoas igualmente é a única maneira de tratá-las como iguais, mas, às vezes, não”.¹⁷ É nesse ponto que o liberalismo se abre, segundo o autor, para admitir que as limitações¹⁸ da PcD podem comprometer não somente a obtenção de um bom emprego, lucrativo e produtivo, mas também pode prejudicar a eficiência dos recursos de que eventualmente disponha. Essas desigualdades, que o mercado sozinho não equilibra, parece ser o terreno das ações afirmativas patrocinadas pelo Estado por onde se enfatiza a igualdade de oportunidades,¹⁹ aspecto que aproxima as ideias desse autor com as de John Rawls.

A justiça como equidade, defendida por Rawls,²⁰ parte da crítica ao utilitarismo,²¹ mas dela se afasta para alcançar uma matriz contratualista, que se revela no pacto fundante por meio do qual os indivíduos constituem as estruturas da sociedade. Assim, um panorama de justiça teria que se basear na posição de igualdade – equidade²² – de que todos desfrutariam nesse momento de eleição das escolhas dos direitos e deveres de uma

15 Sobre o tema, assinalou Dworkin: “Os talentos não são distribuídos igualmente, de modo que a decisão de uma pessoa de trabalhar numa fábrica e não em um escritório de advocacia, ou de simplesmente não trabalhar, será governada, em boa parte, mais por suas capacidades que por suas preferências de trabalho e lazer” (DWORKIN, 2005b, p. 291-2)

16 DWORKIN 2005b

17 DWORKIN, 2005b, p. 284.

18 Esse aspecto da capacidade é explorado, com maior ênfase, em Amartya Sen (2011).

19 DWORKIN, 2005b, p. 300.

20 BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 489.

21 O utilitarismo, que tem como principal expoente teórico o filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), constituiu-se um pensamento muito influente na justificação moral da atuação do Estado na promoção de medidas tendentes à realização do bem-estar comum ou felicidade coletiva, isto é, úteis.

22 Logo se percebe que equidade, aqui, assume uma semântica diferente do que a utilizada na tradição aristotélica (BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 489, nota 5).

sociedade. Para tanto, Rawls desenvolveu a ideia da posição original, a partir da qual, sob um véu de ignorância, isto é, sem ter conhecimento das particularidades de cada um (preferências, interesses, concepções de vida etc.), os indivíduos fariam suas escolhas em relação a instituições sociais básicas,²³ o que implica considerar que tal condição ofereceria um particular cenário para a equidade. Isso porque, sob o véu da ignorância, as opções seriam um *a priori*, isto é, independentemente de um porvir histórico, construindo, assim, um cenário no qual ninguém poderia se beneficiar de uma regra arbitrária para seus particulares interesses.

Assim, esse momento de equidade – manifestado na estrutura da posição original – vem marcado pela noção de que existem consciência e liberdade para deliberar sobre direitos e deveres, selecionando-se o que se julga melhor para compor o quadro institucional, princípios que serão respeitados e seguidos por todos.²⁴

Em Rawls, o pacto proporcionado pela posição original implica dois princípios de justiça: (i) o *princípio da igualdade* e (ii) o *princípio da diferença*. O primeiro reza que: “cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos”.²⁵ O tecido das *liberdades básicas* compreenderia as liberdades políticas e de associação, bem como a liberdade e integridade da pessoa, além dos direitos e liberdades protegidos pelo Estado de Direito. Esse rol de liberdades será defendido por Rawls a partir de dois critérios. O primeiro é histórico, isto é, leva-se em conta a trajetória das sociedades democráticas, identificando-se as liberdades nelas protegidas pelos respectivos regimes constitucionais. Trata-se, portanto, de uma categoria histórica. O segundo critério consiste na consideração daquelas liberdades que permitem o desenvolvimento adequado e o pleno exercício das faculdades da personalidade moral.

O princípio da diferença, por seu turno, sustenta que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: a) devem ser ligadas a funções e posições abertas a todos, em condições de justa igualdade de oportunidade; e b) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos na sociedade.²⁶

23 SEN, 2011, p. 84-5.

24 BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 494.

25 RAWLS, 2002, p. 144.

26 RAWLS, 2002, p. 144-5.

Neste ponto, percebe-se a complexidade da concepção de justiça em Rawls. A justiça como equidade implica considerar sua questão estrutural, baseada nas liberdades básicas e em acordo com o procedimento que conduz à seleção dessas liberdades, a partir da posição original. Nesse momento, as particularidades dos indivíduos não devem ser consideradas, pois todos são, *a priori*, iguais.²⁷

Os princípios de justiça informam as regras da *razão pública*, que é, de acordo com Rawls,²⁸ a razão de cidadãos iguais, os quais, como um corpo coletivo, exercem recíproco poder político estrito e coercitivo, aprovando leis e melhorando sua Constituição. Essa razão pública se relacionaria apenas com aqueles bens essenciais (essências constitucionais), que delineiam questões fundamentais, isto é, valores políticos, tais como: sistema eleitoral, o papel da religião, a propriedade e como garantir uma igualdade de oportunidades. Quanto a este último aspecto, a teoria rawlseana se abre para considerar, a partir do princípio da diferença, a questão da justiça material, como forma corretiva da justiça distributiva.

Se são compatíveis com a ideia de justiça desigualdades sociais e econômicas, resultantes do exercício de funções e posições abertas a todos, mediante justa oportunidade de acesso, também é de se considerar que diversos fatores, inclusive materiais, impedem o exercício dessa liberdade, especialmente se ausente a justa oportunidade.

De outro lado, esse mesmo princípio da diferença é temperado com a consideração de que certos indivíduos, diante de particulares situações (mais desfavorecidos), como a decorrente da própria deficiência física (que, via de regra, implica bloqueios ao progresso econômico do sujeito em faixa etária economicamente ativa), podem ser destinatários de maior benefício ou de diferenciada condição de acesso a oportunidades que têm o potencial de geração de renda e, portanto, de autonomia da pessoa.

Essas medidas de correção devem ser colocadas na esfera da política, porque não se pode, *prima facie*, estabelecer de modo arbitrário como essas correções serão feitas, até mesmo porque a justiça é uma categoria histórica. Assim, assegurar a justa oportunidade e oferecer maior benefício aos

27 Essa noção estrutural de igualdade pode ser observada na cabeça do art. 5º da Constituição Federal, ao anunciar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo-se a todos o direito de exercer direitos e liberdades básicos, como a vida, a igualdade, a segurança, a liberdade de pensamento, a religiosa, dentre outros.

28 RAWLS, 1996, p. 249

desfavorecidos, aspectos filosóficos centrais na questão das ações afirmativas, têm a ver com o debate político, mas, em linha de princípio, estão em acordo com a teoria da justiça em Rawls.

A questão da *aptidão ou capacidade do indivíduo* para realizar seu projeto de vida e desfrutar da liberdade proporcionada por uma sociedade com pretensão igualitária é um aspecto que ocupa papel de destaque na *Ideia de Justiça*, de Amartya Sen,²⁹ constituindo o “foco informacional” da sua teoria. Ao analisar a relação entre capacidades e recursos, pondera esse autor que “uma pessoa com grave deficiência não pode ser considerada em maior vantagem apenas porque tem maior renda ou riqueza do que um vizinho forte e são³⁰”.³¹

Segundo esse autor, a questão importante para a justiça distributiva, traduzida na igualdade de recursos (Dworkin) e de bens primários (Rawls) não asseguraria as oportunidades reais. Por isso, defende o deslocamento do foco de atenção da questão da justiça para o problema da capacidade, porquanto “pessoas diferentes podem ter oportunidades completamente diferentes para converter a renda e outros bens primários em características da boa vida e no tipo de liberdade valorizada na vida humana”.³² Nesse desiderato, articula quatro variações de contingências que prejudicam a conversão de renda e tipos de vida que as pessoas podem levar. A primeira diz respeito às *heterogeneidades pessoais*, relacionadas com as características físicas díspares, como idade,³³ gênero, deficiência, propensão a doenças etc., o que torna suas necessidades extremamente diversas e, dependendo do grau de limitação, totalmente incorrigível.

O problema nessa espécie de contingência tem a ver com o critério para estabelecer quais as necessidades especiais, decorrentes das inaptidões físicas, que devem ser tuteladas mediante ações corretivas. E, neste aspecto,

29 SEN, 2011.

30 Uma mostra ficcional dessa afirmação pode ser percebida no filme *Intocáveis* (*Intouchables*, França, 2011, dir. Oliver Nakashe), que descreve a construção de uma (improvável) amizade entre um milionário francês, tetraplégico, e seu enfermeiro. Nessa narrativa, percebe-se que os recursos de que dispõe o milionário tetraplégico não aplacam as fortíssimas limitações de que padece para realizar minimamente as tarefas mais básicas de um indivíduo. Nessas condições, necessitando de auxílio de um assistente ou enfermeiro a todo o momento, muitas liberdades básicas são comprometidas, apenar da diferença econômica positiva.

31 SEN, 2011, p. 287.

32 SEN, 2011, p. 289.

33 Sobre as dificuldades da inserção das pessoas com mais idade (ou, como prefere a autora, envelhecidas) no mercado de trabalho, cf.: CHAVES (2006).

resulta a crítica à capacidade como foco da justiça, já que as inaptidões são de tipos diversos e de diversas intensidades. Se há, como acentua Sen, menor espaço para discussão quando se trata de determinadas situações de acentuada limitação (como a cegueira), o mesmo não sucede quanto à pleora de possibilidades que o problema da deficiência – e de se seus variados graus – pode envolver.³⁴

A segunda variação envolve a *diversidade no ambiente físico*, influenciada por questões ambientais, como as climáticas ou mesmo acesso ou deslocamento. Essa variação pode justificar, por exemplo, o aporte de maior renda para pessoas que desenvolvem atividades em locais de difícil acesso ou inóspitos.

As *variações no clima social* também se constituem, de acordo com Sen, uma contingência para a questão da justiça material, tendo em vista a influência que as condições sociais, como saúde pública, estrutura de ensino gratuito, níveis de criminalidade exercem sobre os projetos de vida dos indivíduos.³⁵

Por fim, temos as *diferenças de perspectivas relacionais*, que se prendem aos padrões de comportamento, inclusive estéticos, de uma sociedade, que pode implicar maior demanda por bens – e renda para obtê-los – para que a igualdade possa ser plenamente exercida, sem os constrangimentos de convivência social com uma ostensiva apresentação de desigualdade.³⁶

Sublinha Sen que essas circunstâncias contingentes – e de grande influência no estudo das capacidades – podem não aparecer de forma isolada, já que possível existir ‘acoplamento’ entre elas. Por exemplo, a desnutrição gerada pela pobreza associada à privação do trabalho em razão da desnutrição.

Essas considerações justificariam, na visão desse autor, a adoção de políticas públicas com foco assistencial, em ordem a oferecer a esses grupos a possibilidade de ‘reconversão’, ou seja, a utilização de bens adicionais, em especial de renda, para a superação dessas contingências.

34 Essa questão será retomada na próxima seção deste trabalho, onde se procurará explorar a complexidade das ações afirmativas de inclusão da PcD no mercado público de trabalho, em especial nos quadros da magistratura.

35 SEN, 2011, p. 289.

36 Essa contingência apresentada por Amartya Sen se mostra ainda mais complexa, se considerarmos o elevado grau de consumo nas sociedades modernas, bem como a considerável taxa de banalização de mercadorias e de mudança dos padrões estéticos.

Seria possível objetar que uma teoria da justiça baseada na capacidade não teria o potencial de se constituir em abordagem estrutural de justiça, principalmente porque seria difícil a construção de consensos sobre a diversidade de capacidades. Assim, a valorização de algumas diferenças de talentos reflete situações que somente podem ser administradas pelo mercado (Dworkin), não sendo um problema estrutural, portanto.

Nada obstante, pode-se sustentar que o estudo da capacidade é importante para as formulações de correção substancial no panorama da justiça distributiva, ainda que, como sustentam Pompeu e Siqueira,³⁷ constitua-se critério relevante para a realização da justa oportunidade, esta sim elementar à justiça.

Nessa linha, a contribuição de Sen pode ser considerada como um diálogo com as teorias de Dworkin e Rawls, em especial no aprofundamento dos critérios de correção e nas justificativas para a formulação de políticas públicas (como as ações afirmativas), que esse autor busca apresentar de forma mais detalhada.³⁸

Veja-se, por exemplo, o que sucede com o estudo das inaptidões físicas, de especial relevo para este trabalho. Explorando as *heterogeneidades pessoais*, Sen apresenta uma especial consideração quanto a essas incapacidades, indicando que, no mundo, há aproximadamente seiscentos milhões de PcD e que não apenas sofrem com a baixa renda, mas também pelo fato de que sua liberdade para uma vida boa está comprometida de muitas maneiras diferentes. Nada obstante esse quadro, afirma ser surpreendente como a maioria das sociedades seja tão passiva e autocomplacente em relação à preponderância do injusto fardo das inaptidões.³⁹

Em síntese, pode-se observar que a teoria da justiça, examinada a partir de referências teóricas de ampla aceitação, sustenta ações afirmativas que

37 POMPEU E SIQUEIRA, 2013, p. 12.

38 Percebe-se esse diálogo entre Sen e Rawls, por exemplo, na seguinte passagem da obra de Sen: “De fato, Rawls recomenda corretivos especiais para as ‘necessidades especiais’, como as inaptidões e as deficiências, ainda que não seja parte de seus princípios de justiça. Essas correções não acompanham o estabelecimento da ‘estrutura institucional básica’ da sociedade na ‘fase institucional’, mas aparecem mais tarde, por ocasião do ‘uso’ das instituições já estabelecidas, particularmente na ‘fase legislativa’”. Um pouco antes, Sen sublinha: “Ainda que os princípios de justiça de Rawls se concentrem nos bens primários, em outro lugar ele se ocupa da necessidade de corrigir esse foco nos recursos para se ter uma melhor apreensão da liberdade real das pessoas. A ampla simpatia de Rawls pelos desfavorecidos está abundantemente refletiva em suas obras” (SEN, 2011, p. 295).

39 SEN, 2011, p. 293-4.

objetivam promover a correção das desigualdades entre indivíduos, decorrentes das diferentes condições de oportunidade ou de particulares contingências. Isso não torna o problema da justiça material ou substancial menos complexo. Pelo contrário, considerar a possibilidade da existência de políticas públicas que promovam a desigualdade de condições para realizar a igualdade substancial, em regimes democráticos, desloca o problema para a arena política, onde essas questões devem ser institucionalizadas, mediante o debate e a legitimação das medidas eventualmente adotadas.

Nesse contexto, por exemplo, repousa o debate se a *justa oportunidade* se realiza quando se amplia a diversidade do acesso ao sistema educacional (sistema de cotas) ou se, somado isso, também essa solução afirmativa se projeta sobre cargos e funções, para cujas ocupações a meritocracia deveria ser o critério mais igualitário, em ambiente no qual é assegurado um horizontal acesso à educação de qualidade.

No Brasil, o debate sobre as ações afirmativas ganhou outro significado e relevo com a política de adoção de cotas (raciais e/ou sociais) para ingresso nas universidades públicas, quando as correntes de pensamento ficaram mais evidenciadas na arena política, até mesmo no âmbito do Poder Judiciário, como se pode observar do julgamento (conjunto) da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186⁴⁰ e Recurso Extra-

40 “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – **O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.** III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o **quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnicorraciais e sociais em nosso País**, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnicorraciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas

ordinário n. 597.285, que foi precedido, inclusive, de audiência pública, realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) entre os dias 3 a 5 de março de 2010.⁴¹

É interessante notar a consideração histórica que a decisão faz da política de cotas, no sentido de que não pode ser ela, na particular condição de oportunidade oferecida, algo que se pense como permanente, pois pode se mostrar desnecessária diante da alteração da situação social levada em conta na construção política da ação afirmativa. Por outro lado, de acordo com Pompeu e Siqueira, a análise da polifonia do julgamento, decorrente das manifestações dos ministros do STF, indica que a justa oportunidade foi o critério que prevaleceu, majoritariamente, na legitimação das políticas de cotas para admissão no ensino superior.⁴²

As ações afirmativas de correção para as PcD são experiências levadas a cabo no Brasil há algum tempo, embora só recentemente tenham sido adotadas para a formação dos quadros na magistratura. Sobre essas políticas públicas, trata a seção a seguir.

3. O regime constitucional brasileiro e as ações afirmativas de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho

O regime constitucional brasileiro absorveu, explicitamente, a proteção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho. A Constituição Federal dispõe, no art. 7º, que são direitos dos trabalhadores, dentre ou-

pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente” (STF, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012). (Grifos acrescidos)

41 Sobre o potencial de influência das audiências públicas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e seu alcance na consecução de uma abertura do processo constitucional, cf. LEITE, 2015, p. 489 e ss.

42 Neste ponto, há que se considerar o peso que essas autoras dedicam à alteridade na avaliação da justa oportunidade. A questão étnico-racial resulta em assunção de preferências que podem ser até exterior ao sujeito que nega a oportunidade, se nele se projeta, como uma discriminação socialmente objetivada, a inconveniência de oferecer igualdade de oportunidade àquele indivíduo de determinada raça ou cor (POMPEU, SIQUEIRA, 2013, p. 632).

tros, a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (inciso XXXI). Logo, ao lado do preceito da igualdade, estatuído no art. 5º, a Constituição assume posição de tutelar a PcD como forma de promover a correção substancial dessa igualdade, atribuindo uma regra aberta, com *pretensão de eficácia*,⁴³ para a realização de políticas públicas (que defina os critérios e, portanto, os graus de limitações) de inserção dessa força de trabalho portadora de deficiência.

Diversas outras passagens do texto constitucional cuidam do tema. Os arts. 23 e 24, que tratam da competência legislativa, comum e concorrente, dos entes federativos, cogitam, respectivamente, da “proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, inciso II) e da “proteção integral das pessoas portadoras de deficiência” (art. 24, inciso XIV).

No capítulo da Administração Pública, surge a expressa previsão para a reserva de vagas para PcD em concursos, ao estatuir o art. 37, VIII: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, deixando, contudo, as peculiaridades dessa ação afirmativa para o debate político posterior,⁴⁴ estruturando-se o resultado por meio de legislação ordinária, que será objeto de análise mais adiante.

43 HESSE, 1991, p. 15.

44 Adianta-se que, nesse debate político, ficaram de fora as Forças Armadas, onde parece trilhar o consenso na direção da impossibilidade de se admitir ações afirmativas inclusivas das PcD. Nesse sentido, destaque julgado: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCURSO PÚBLICO. FORÇAS ARMADAS. RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS. REGRAMENTO CONSTITUCIONAL ESPECIAL. A Constituição Federal conferiu tratamento específico e em capítulo próprio às Forças Armadas, tendo em conta as diferenças entre a natureza das ocupações civis e militares, optando por não alcançar às Forças Armadas a garantia de acesso dos deficientes a cargo público (art. 142, VIII) prevista em relação aos cargos civis. Não é possível interpretação extensiva do texto constitucional a fim de garantir a reserva de vagas a portador de deficiência física para ocupação de cargos nas Forças Armadas, quando a própria Constituição diferencia a referida instituição quanto aos demais servidores civis e quanto direitos sociais e trabalhistas” (TRF 4ª. Região. Proc. 5000806-50.2014.404.7100/RS, Rel. Candido Leal Junior, julg. 26.05.2015). Essa posição da jurisprudência, em linha de princípio, é bastante discutível, e até mesmo criticável. A Constituição Federal, ao estabelecer uma diretriz, na forma de um preceito fundamental, no sentido da inclusão da PcD (art. 7º, XXXI), por certo não olvidou quanto às especificidades das atribuições que o emprego, cargo ou função estão a demandar. Por isso, o art. 37, inciso VIII, produziu norma parcialmente em branco, permitindo que a lei defina critérios de admissão. Nessa pisada, mesmo no setor militar, onde muitas funções são civis, seria possível cogitar, por exemplo, uma porta de entrada para PcD nas atividades burocráticas, ainda que em menor extensão do que se verifica no serviço público civil. Essa abertura seria até mesmo interessante para o desenvolvimento de atividades que pudessem também incorporar o militar reabilitado, após trauma ou acidente no exercício de suas relevantes funções, dado que o trabalho não é somente fonte de renda, mas irradiador de identidades sociais.

Ainda no mesmo capítulo, mas, agora, tratando do regime próprio de aposentadoria, a Constituição assenta, como regra geral, a proibição de requisitos ou critérios diferenciados entre os servidores, ressalvados alguns poucos casos, dentre os quais, os relacionados a servidores portadores de deficiência (art. 40, § 4º).⁴⁵ Esse mesmo critério também passou a reger uma discriminação positiva no regime geral de Previdência, como se vê do art. 201, § 3º.

O problema do acesso à renda, como medida de correção do critério de justiça baseado na distribuição dos recursos, pode ser percebido no capítulo atinente à assistência social, ao se assegurar “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (art. 203, inciso V).

Sobre a oportunidade de acesso ao sistema educacional regular, mediante atendimento especializado, cuida o art. 208, inciso III. Já o art. 244 traça um preceito geral, a ser regulamentado por lei, para garantir a acessibilidade dos portadores de deficiência à logradouros, edifícios e transporte público.

As múltiplas referências que a Constituição Federal faz ao tratamento diferenciado às PcD parecem ser compatíveis com a extensão que essa condição particular se faz presente na população brasileira. Com efeito, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),⁴⁶ a partir das informações do Censo de 2010, aproximadamente 46 milhões de brasileiros declararam possuir algum tipo de deficiência.

Também o regime constitucional se mostra alinhado com o ordenamento internacional. A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 2006, estatui, no seu art. 27, o compromisso dos Estados-Nação subscritores de promover o direito da PcD à igualdade de oportunidades com as demais pessoas no mercado de trabalho, inclusive quanto à remuneração. O item ‘g’ dessa norma explicita o compromisso de “empregar pessoas com deficiência no setor público”.⁴⁷

45 Note-se que esse dispositivo não fazia parte do texto original da Constituição Federal, tendo sido acrescido pela Emenda Constitucional n. 47/2005.

46 Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 4.12.2015.

47 A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* foi promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009, após ter sido submetida ao exame do Congresso Nacional, de acordo com o procedimento previsto no art.

No que se refere ao Poder Judiciário, percebe-se que não há uma expressa disposição constitucional sobre cotas para PcD nos concursos para a magistratura. O art. 93, que dispõe sobre o ingresso na carreira, nada menciona sobre critérios diferenciados de admissão, o que, por si só, não se constitui um bloqueio, porque as normas aplicáveis à Administração Pública, no que couber, são igualmente pertinentes ao Poder Judiciário.

3.1. Algumas políticas públicas federais de alcance geral

Para refletir sobre a reserva de vagas em concursos específicos, como o da magistratura, é importante ter presente, ainda que em linhas mais gerais, a evolução das ações afirmativas em favor dos portadores de deficiência no atual regime constitucional, notadamente no âmbito do tecido normativo federal.⁴⁸

A Lei Federal n. 7.853/1989 estabeleceu normas gerais de exercício de direitos para as PcD, dispondo, como vetor interpretativo e de aplicação de seus dispositivos legais, que sejam levados em consideração, dentre outros valores básicos, a igualdade de tratamento e oportunidade. O Decreto n. 3.298/99, que regulamenta essa lei, traz um importante elemento para a concretização das ações afirmativas, qual seja fixa, em seu art. 4º, critérios mais específicos para caracterizar a deficiência, diretriz que passa a ser observada na aplicação das regras de discriminação positiva ou *discriminação inversa*⁴⁹ inclusive no Poder Judiciário.

Quanto ao setor privado, o preceito do art. 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal, já referido anteriormente, foi regulamentado pela lei dos benefícios da seguridade social (Lei n. 8.213/91), que determina às empresas com mais de cem empregados a obrigatoria admissão de empregados reabilitados ou portadores de deficiência, observada uma relação proporcional entre número de empregados da empresa e percentual de pessoas naquelas especiais condições a serem contratadas.⁵⁰

5º, § 3º da Constituição Federal. Assim, a referida norma ostenta, no panorama do bloco de constitucionalidade, o status equivalente a uma emenda constitucional.

48 Como já enfatizado, a Constituição Federal admite competência comum e concorrente dos entes federativos na matéria, o que implica dizer que o estudo atinente à tutela legal diferenciada em favor das PcD poderia ser ampliado para contemplar um horizonte amostral bem maior, tomando-se, igualmente, em conta as políticas públicas municipais e estaduais. Para os limites deste estudo, é considerada apenas a legislação federal.

49 DWORKIN, 2005b.

50 O art. 93 da Lei 8.213/91 estabelece um percentual que varia entre 2% a 5% de pessoas reabilitadas

A pretensão de eficácia dessa política pública não raro encontra limites na falta de trabalhadores portadores de deficiência disponíveis para a ocupação de vagas em certas localidades, o que tem levado à judicialização da questão, em função da atuação dos órgãos fiscalizadores, tendo o Poder Judiciário, por meio do Tribunal Superior do Trabalho, fixado a tese de que não se pode penalizar a empresa que buscou cumprir com a obrigação, mas ressentiu-se de interessados para ocupar as vagas disponíveis.⁵¹ A hipótese aponta que o consenso em torno de políticas públicas não implica sua completa adequação ou sucesso, porquanto a eficácia depende de certas condições reais que somente se verificam na experiência das ações afirmativas.

No setor público, a Lei n. 8.112/90 assegura a reserva de até 20% das vagas oferecidas nos concursos para PcD, observada a compatibilidade entre a deficiência de que é portadora e as atribuições do cargo a ser preenchido pelo certame.

ou portadoras que deve ser contratado pela empresa, observando-se a seguinte proporção: entre 100 e 200 empregados, 2%; entre 201 e 500, 3%; entre 501 e 1000, 4%; de 1.001 em diante, 5%.

51 Reflete essa posição da jurisprudência o seguinte julgamento: “AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO AO PERCENTUAL MÍNIMO DE EMPREGADOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS ESTABELECIDO NO ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.213/91 POR FALTA DE INTERESSADOS. O artigo 93 da Lei nº 8.213/91 fixa os percentuais (2% a 5%) de reserva de cargos a portadores de deficiência ou reabilitados que toda empresa com mais de cem empregados deverá observar. Na hipótese dos autos, concluiu o Regional que a empresa conseguiu comprovar ter feito o que estava ao seu alcance para cumprir a legislação, bem como a dificuldade para contratar profissionais portadores de deficiência ou reabilitados. Registrou que foram juntadas aos autos solicitações à agência do Sistema Nacional de Emprego em Alagoas (SINE-AL) para que fossem enviados currículos de profissionais naquela situação, bem como recortes de classificados de jornais de grande circulação na tentativa de atrair futuros empregados, mas que, apesar do esforço, não recebeu nenhum encaminhamento do SINE-AL nem tem conseguido êxito em contratar a totalidade do número de empregados exigidos por lei. Consignou que o próprio SINE-AL reconheceu a escassa disponibilidade de profissionais portadores de deficiência, conforme Ofício nº 007/09 enviado à empresa recorrida, em que se reconheceu a existência de grande demanda por parte das empresas para contratação de portadores de deficiência física, mas que, dos 34 (trinta e quatro) empregados cadastrados no banco de dados do SINE-AL, a maioria não tinha interesse em ocupar vaga oferecida pela empresa, pois alguns estariam recebendo benefício; outros, trabalhando, e o restante seria convocado para ver se estavam disponíveis. Assim, o Tribunal Regional considerou que, tendo a recorrente comprovado a realização de esforços para a contratação de empregados portadores de deficiência ou reabilitados, bem como que não houve demonstração de que a empresa não reservou as vagas nem elas deixaram de ser preenchidas por recusa da empresa, não há como penalizá-la pelo não preenchimento da totalidade de vagas destinadas por lei aos portadores de deficiência ou reabilitados. Desse modo, por depreender-se da lei que a reserva dessas vagas não é para qualquer portador de deficiência, e sim para aqueles trabalhadores reabilitados ou os portadores de deficiência que possuam alguma habilidade para o trabalho, ou seja, cuja deficiência permita o exercício de uma atividade laboral, e sendo certo que a empresa reclamante empreendeu todos os esforços ao seu alcance necessários ao atendimento do comando legal, não há falar que a decisão da Corte *a quo* tenha afrontado os artigos 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal e 93 da Lei nº 8.213/91. Recurso de revista não conhecido (TST, RR-505-97.2012.5.19.0007, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/03/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015).

Aqui, as ações afirmativas em favor da PcD também têm encontrado um grau importante de judicialização,⁵² mercê da insuficiência que qualquer regulamentação pode apresentar. É o que se vê, por exemplo, no Decreto n. 3.298/99, ao relacionar, em *numerus clausus*, as deficiências físicas qualificadas a oferecer direitos subjetivos aos PcD, previstos nas diversas políticas públicas acopladas ou conectadas ao seu conteúdo.

3.2. As cotas para pessoas com deficiência nos concursos para ingresso na magistratura nacional

A força normativa dos dispositivos constitucionais que cuidam da inclusão das PcD no mercado de trabalho, e, em especial, as normas específicas para a Administração Pública (art. 37, VIII) também se projetaram nos certames para o recrutamento de magistrados, tendo como fonte de maior densidade normativa o contido no art. 5º, § 2º da Lei 8.112/90, que estabelecera o limite de reserva de 20% das vagas oferecidas no concurso.

Diante da autonomia administrativa conferida aos tribunais pela Constituição Federal, inclusive para promover os concursos de provimento de cargos de juiz de carreira (art. 96, inciso I, alínea 'c'), alguns deles começaram, a partir dos anos 2000, a incluir a reserva de vagas nos respectivos editais. Contudo, esse movimento se mostrou assimétrico. Nem todos os tribunais assim procediam e havia discrepância de critérios entre eles, o que levou o tema ao Conselho Nacional de Justiça, que deliberou por uniformizar a matéria, forte nas suas atribuições regulamentares (art. 103-A, § 4º, inciso I)⁵³ com a edição de um enunciado administrativo⁵⁴ que, mais

52 No portal do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a busca na base de jurisprudência, utilizando as palavras-chave “concurso + portador + deficiência”, resultou em: 1 súmula, 94 acórdãos e 1.159 decisões monocráticas. A súmula em questão é a de n. 552, assim redigida: “O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos”. Note-se que essa pesquisa junto ao STJ é meramente exemplificativa e amostral, vez que é possível um número muito maior de processos que tramitam(ram) perante as Seções Judiciárias e Tribunais Regionais Federais. Há, ainda sobre o tema, a Súmula n. 377, do mesmo STJ: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”. Esta súmula fundamentou decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de assegurar ao portador de visão monocular a inscrição nos concursos da magistratura (cf.: Pedido de Providências n. 0003775-33.2012.2.00.0000, Rel. Cons. Reis de Paula, 16.10.2012).

53 É de se sublinhar que ao CNJ é assegurada a prerrogativa de edição de ato regulamentar, dentro do âmbito de sua competência, atividade que foi considerada como normativa primária, ou seja, com a mesma força de lei, pelo Supremo Tribunal Federal (cf. Ação Direta de Constitucionalidade n. 12, Rel. Min. Ayres Britto, 16.02.2006).

54 “Em todos os concursos públicos para provimento de cargos do Poder Judiciário, inclusive para ingresso

adiante, seria incorporado a uma resolução mais ampla, destinada a regulamentar os concursos públicos (Resolução n. 75/2009).

Do processo administrativo que resultou na edição do referido enunciado, colhe-se uma expressa preocupação com um sentido de igualdade material, que justificaria uma política pública diferenciada em favor das PcD, nomeadamente diante de suas inaptidões manifestas e das oportunidades que a sua inserção num cargo público poderia lhes proporcionar, minimizando o que Amartya Sen denominou de “desvantagem de renda”,⁵⁵ com todas as irradiações sociais que essa questão implica. De outro lado, também se percebe a preocupação com a *justa oportunidade*, que somente seria concretizada se consideradas as diversas capacidades dos candidatos. Merece transcrição trecho significativo dessa abordagem:

Observa-se, assim, que, em atendimento ao princípio constitucional da igualdade, a referida legislação institui política pública de proteção à pessoa portadora de deficiência, na qual há diretrizes claras sobre a inserção no mundo do trabalho.

A reserva de vagas em concursos públicos **é parte dessa política mais ampla de inclusão da pessoa portadora de deficiência nos diversos contextos sociais. É inquestionável a importância que as possibilidades de trabalho e de exercício profissional assumem nas histórias de vida de todas as pessoas. O trabalho é imprescindível não apenas por questões financeiras, mas por ser um enlace social que conforme parte essencial da biografia de todos. A chance de integração às carreiras públicas e, de forma especial, ao exercício da magistratura é oportunidade que deve ser garantida a todos, na medida das exigências das funções e das possibilidades pessoais dos envolvidos** (CNJ, PP n. 200810000018125, Rel. Cons. Rui Stoco, Julg. 9.09.2008).⁵⁶ (grifos acrescentados)

na atividade notarial e de registro, será assegurada reserva de vagas a candidatos com deficiência, em percentual não inferior a 5% (cinco por cento), nem superior a 20% (vinte por cento) do total de vagas oferecidas no concurso, vedada a incidência de 'nota de corte' decorrente da limitação numérica de aprovados e observando-se a compatibilidade entre as funções a serem desempenhadas e a deficiência do candidato. As listas de classificação, em todas as etapas, devem ser separadas, mantendo-se uma com classificação geral, incluídos os candidatos com deficiência e outra exclusivamente composta por estes” (Precedente: Pedido de Providências nº 200810000018125 - 69ª Sessão - julgado em 9 de setembro de 2008).

55 SEN, 2011, p. 292.

56 Essa mesma decisão adotou, como fundamento, argumento desenvolvido em pronunciamento anterior do CNJ (PCA n. 200810000004280, Rel. Rui Stoco), considerando a discriminação positiva como uma

A partir de 2009, portanto, com a edição da Resolução n. 75/2009, a questão da reserva de vagas para PcD nos concursos para a magistratura assume caráter mais geral, uniforme e cogente. O Capítulo X dessa Resolução estabelece o direito de participação das PcD nos certames na razão de, no mínimo, 5% das vagas oferecidas, mas condiciona seu preenchimento ao requisito da compatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo.

Para o enfrentamento do difícil problema da caracterização da deficiência, o CNJ preferiu adotar o rol já estabelecido no mencionado Decreto n. 3.298/99, que classifica a deficiência em quatro modalidades: física, auditiva, mental e múltipla, esta última como sendo o resultado de associação de duas ou mais deficiências.

A inscrição do candidato está condicionada à prévia indicação da deficiência, com a juntada de sua documentação comprobatória, e também à sua submissão, antes das provas, à avaliação de uma equipe multidisciplinar, formada por médicos e outros profissionais, que aferirá a compatibilidade da deficiência com as funções inerentes ao cargo de juiz. Eventual descaracterização da deficiência não elimina o candidato, permitindo-se que prossiga no concurso, mas para disputar as vagas destinadas à ampla concorrência.

O concurso, de outro lado, deve oferecer as condições de acessibilidade e adaptabilidade para que as PcD possam realizar as provas em condições adequadas, providenciando, ainda, a elaboração de duas listas de classificação,⁵⁷ sendo uma delas para relacionar os candidatos portadores de deficiência, que somente concorrem entre elas às vagas reservadas pelo edital. Nesta classificação, não haverá nenhuma distinção de critérios avaliativos.

Como se pode observar, conta hoje com ampla aceitação e aplicação a ação afirmativa alusiva à inclusão, por regramento especial, de PcD nos concursos para a formação de quadros na magistratura nacional de carreira.

forma de assegurar a igualdade material aos PcD: “a proteção de minorias, como a dos deficientes físicos ou portadores de necessidades especiais é uma imposição constitucional que deriva de uma correta interpretação do princípio da igualdade. Um Estado de Direito fundado no respeito aos direitos individuais e no princípio democrático precisa garantir proteção às minorias. O tratamento diferenciado que a Constituição garante aos portadores de necessidades especiais é resultado da interpretação do princípio da igualdade que impõe que os diferentes sejam tratados de forma diferenciada, na proporção exata das desigualdades. Portanto, ao contrário do que se vem afirmando, os Tribunais do País quando estabelecem tal proteção estão, em *ultima ratio*, efetivando o princípio constitucional da igualdade”.

57 Interessante notar que os candidatos portadores de deficiência também devem integrar a lista geral dos aprovados.

Seguindo essa mesma tendência, o mesmo CNJ aprovou, em junho de 2015, a Resolução n. 203, assegurando a reserva 20% das vagas nos concursos do Poder Judiciário (exceto STF) para negros, política pública que observou o precedente do STF, já citado (ADPF 186), inclusive quanto à duração no tempo, eis que prevista para perdurar até junho de 2024, período de vigência da Lei Federal n. 12.990/2014, que prevê a ação afirmativa de reserva de idêntica cota no âmbito do Poder Executivo. Este tema, apesar de escapar aos limites deste trabalho, indica que a adoção de políticas públicas inclusivas é movimento muito recente em nosso regime constitucional e merece ser aprofundado quanto aos seus fundamentos teóricos e práticos.

4. Algumas questões em aberto

Quando se cogita de ações afirmativas inclusivas no mercado de trabalho, público ou privado, uma primeira questão que costuma aparecer, como ferramenta de objeção, é o da *meritocracia*. É dizer, determinadas funções e cargos devem ser ocupados por aqueles melhores qualificados, aqueles que, em ampla concorrência, mostram-se mais aptos para o seu exercício.

Nesse sentido, o princípio fundamental da ideia de meritocracia é o de que se devem preencher os cargos com as pessoas mais qualificadas, pois a qualificação é um caso especial de mérito.⁵⁸ Sucede que, como já apresentado nos capítulos anteriores deste trabalho, a questão da justiça distributiva, e de seus princípios de correção, coloca a meritocracia num panorama de abordagem mais complexo, sem desmerecê-la.

Essa questão foi enfrentada por Dworkin,⁵⁹ ao refletir sobre o caso *Universidade da Califórnia v. Bakke*.⁶⁰ Esse autor reconhece essa objeção como sendo “argumento popular” contra a discriminação inversa, a ponto de considerar como *arbitrário* o critério do mérito como sendo o único a justificar a ocupação de vagas (em universidades, sobre as quais versava o caso), na medida em que o uso de testes padrão de aptidão despreza outros elementos, inclusive a capacidade ou determinada necessidade especial considerada pela sociedade.

58 WALZER, 2003, p. 184.

59 2005b, p. 445.

60 *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Da análise desse caso, Dworkin aponta, em arremate, que “ninguém em nossa sociedade deve sofrer porque é membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros”,⁶¹ conclusão que vai ao encontro de seu princípio geral de justiça, no sentido de que todos devem ser tratados pelo Estado com igual respeito e consideração.⁶²

Pelo menos em relação ao reconhecimento da injustiça decorrente das condições em que se encontram, em geral, as PcD, a percepção de violação ao critério meritocrático não se mostra tão presente.⁶³ Nada obstante, a questão simbólica envolvendo essa inclusão, mediante políticas públicas, ainda precisa aguardar a depuração do tempo para uma reflexão mais precisa. Isso porque, diferente do que sucede nas funções burocráticas mais comuns, a atividade da judicatura envolve uma carga simbólica mais complexa,⁶⁴ dado que a legitimação de suas decisões passa pela presunção de diferenciada qualificação de seu protagonista. Nesse contexto é que se apresenta um certame mais demorado, com várias etapas, inclusive exames orais, além de um estágio probatório, para aquisição de vitaliciamento, mais rigoroso, como sucede em outros países.

Assim, a meritocracia, conquanto tenha seu lugar onde a teleologia da ocupação de vagas e oportunidades de trabalho seja possível, não se mostra foco informacional adequado quando se trata de assegurar a justa oportunidade às PcD.

Outra questão em aberto, considerando a reserva de vagas em estudo ainda é muito recente, é o desafio institucional – e estatutário – de se

61 DWORKIN, 2005b, p. 450.

62 Essa mesma abordagem aparece em Michael Walzer (2003), ao apresentar a reserva de cargos a determinados grupos sociais como um problema de justiça nas sociedades democráticas, acentuando se tratar de uma questão política que tem, como eixo, o axioma da igual consideração que todos merecem ter. Nesse sentido, deve haver um objetivo moral importante a ser atingido quando se “viola os direitos sociais dos candidatos”. Assim, em diálogo com o pensamento de Dworkin, sugere que a meritocracia deve ser tomada em confronto com objetivos inclusivos, perseguidos pela reserva de vagas, o que implica admitir um vínculo mais frouxo entre os cargos e as qualidades dos candidatos para o seu exercício. Nada obstante, reconhece esse autor que o tema é polêmico, além de ser objeto, inclusive no contexto norte-americano, de muitas fraudes (WALZER, 2003, p. 206-7).

63 “A igualdade material mais comum e mais respeitada é em relação ao atendimento preferencial aos portadores de deficiência, aos idosos, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. O aspecto mais interessante desta discriminação positiva se dá pelo fato de que as pessoas leigas juridicamente conseguem até mesmo perceber discriminação do Estado no caso das cotas [raciais], mas são incapazes de questionar a mesma discriminação quanto a essas pessoas protegidas por esta lei [Lei n. 10.048/2000]” (SILVA, 2015, p. 37).

64 Sobre as questões simbólicas e a magistratura, cf. GARAPON (1999).

ajustar o exercício do cargo às inaptidões físicas das PcD, porquanto não se mostra razoável ignorar eventuais diferenças de produtividade dessas pessoas no panorama do conjunto dos magistrados, até mesmo porque possuem necessidades especiais, que devem ser consideradas nas *institucionalidades formais* (legais, em sentido estrito) e *informais* (costumes).

A Resolução n. 75/2009, ao dispor sobre a reserva de vagas a PcD, nada cogita sobre a forma como a inserção do magistrado recrutado nessas condições repercutirá no desenvolvimento da carreira. Serão adotados os mesmos critérios para aferição de merecimento? A produtividade a ser considerada será a mesma?

Conquanto esses questionamentos não invalidem ou enfraqueçam a ação afirmativa de inclusão das PcD, são questões que sugerem que essa política de discriminação inversa carece de complementação, sob pena de irradiar, negativamente, sobre o magistrado portador de deficiência, uma condição de inferioridade, no confronto com os demais juízes.

Outro aspecto bastante controverso nas políticas públicas de ação afirmativa ou discriminação positiva é a relativa generalidade de alguns critérios definidos na fonte normativa que a respalda. Essa questão também foi abordada por Dworkin,⁶⁵ ao sublinhar o problema do uso de expressões que não asseguram a delimitação adequada do grupo a que se pretende oferecer a efetiva tutela de discriminação inversa.

Nesse contexto, tem-se a genérica a questão da compatibilidade entre a deficiência de que a pessoa é portadora e as funções do cargo público, traduzida no § 1º do art. 73 da Resolução CNJ n. 75/2009, que incorporou, por expressa remissão, o rol de deficiências contido no Decreto n. 3.298/99. Trata-se de aspecto com *relevante potencial litigioso*, isto é, gerador de litígios, porquanto desloca muitas vezes para a comissão multiprofissional e, em última análise, à comissão central do concurso deliberar se a deficiência é ou não incompatível com o exercício do cargo.⁶⁶

65 DWORKIN, 2005b, p. 447.

66 Diga-se, a propósito, que esse problema não está apenas presente na reserva de vagas para ingresso na magistratura, como indicam os seguintes julgados: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POSSE. CANDIDATO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Consigne-se que, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, cabe ao magistrado valorar acerca da necessidade de complementação do material probatório. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, foi expresso no sentido de que o recorrente não se qualifica como portador de deficiência, apresentando

Soma-se a essa dificuldade a própria imprecisão do conceito de deficiência, adotado pelo mencionado Decreto, como sendo “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º, inciso I).

Reflete esse problema o que de decidido, especificamente quanto a certame para a magistratura, pelo Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n. 324. Na hipótese, a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região (SP) e a Secretária do concurso foram denunciadas pelo Ministério Público Federal por terem supostamente praticado atos de discriminação contra candidato portador de deficiência, em razão do indeferimento de sua inscrição definitiva. O tribunal concluiu pela rejeição da denúncia, por entender que ficou comprovado que a deficiência do candidato, portador de sequelas, decorrentes de uma parcial paralisia cerebral, não se mostrava compatível com o exercício do cargo a que postulava, já que presentes limitações de motricidade, funções nervosas e musculares, além de problemas de fala, que se constituiriam óbice para o acesso ao cargo de juiz do trabalho.

tão somente deformidade estética. A revisão deste entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido” (AgRg no REsp 1552076/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 20/11/2015); “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VAGA DE CONCURSO PÚBLICO RESERVADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. SURDEZ UNILATERAL. EXCLUSÃO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, no sentido de que a surdez unilateral não garante a seu portador o direito de concorrer a vaga de concurso público reservada às pessoas com deficiência, tendo em vista a alteração promovida pelo Decreto n. 5.296/04, o qual conferiu nova redação ao art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, passando a estabelecer, de forma objetiva, o grau a ser considerado para o reconhecimento de deficiência auditiva. II - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. III - Agravo Regimental improvido” (AgRg no REsp 1246016/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 05/11/2015); “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. SEQUELAS DECORRENTES DE HANSENÍASE COMPROVADAS POR LAUDO PERICIAL. PROVIMENTO NEGADO. 1. Nos termos do art. 3º, I, do Decreto n. 3.298/99, “considera-se deficiência toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. 2. Incapacidade para o desempenho de atividades dentro do padrão considerado normal para o ser humano, em decorrência de sequelas causadas pela hanseníase, comprovada por laudo pericial. 3. Eventual conclusão em sentido diverso do que foi decidido, relativamente à comprovação da deficiência física, dependeria do reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7 do STJ. 4. “A deficiência física ostensiva não é a única que autoriza o candidato a concurso público a se valer do regime do Decreto nº 3.298, de 1999; também tem direito a ele quem sofre limitações resultantes de doença” (REsp 1.307.150/DF, DJe 11/4/2013). 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1132884/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015).

Assim, pode-se perceber que, embora já dispensado tratamento legal para as ações afirmativas de inclusão de PcD nos quadros da magistratura, por meio de políticas públicas permanentes, o desenho dessas ações ainda oferece as dificuldades próprias de lidar com a discriminação inversa em função das capacidades.

5. Conclusões

A escassez de recursos é o problema-chave que, em qualquer sociedade, contextualiza o problema da justiça. E a ideia de escassez é ampla, em ordem a também considerar que as oportunidades, melhor ainda, as boas oportunidades de empregos ou cargos também se revelam um bem não acessível a todos, nomeadamente nas sociedades capitalistas, onde a presença de um exército de reserva é uma condição essencial para a sua sustentação como modo de produção.

O acesso aos cargos na magistratura nacional, pelo grau de seletividade que o envolve e pela reduzida oferta de vagas, em contraste com o universo de interessados, não poderia ser um ambiente distinto do mercado de trabalho para o fim de consideração como um problema distributivo, na perspectiva da teoria da justiça.

As teorias igualitaristas de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen constituem um referencial teórico importante para assentar que a igualdade de respeito e consideração, que deve ser dispensada pelo Estado a todos, deve conviver com alguns princípios de correção, já que não há um modelo ideal que elimine, por completo, as diferenças entre as pessoas, nomeadamente as diferenças de aptidões. Assim, ainda que a desigualdade de talentos e de capacidades não constitua em si uma injustiça, em especial quando as oportunidades estão, em igual condição, abertas a todos, determinados grupos sociais, por suas características e diferenças de capacidade, podem – e devem – receber tratamento distinto, dada suas particulares situações. É o que sucede com as PcD, as quais, diante de suas heterogeneidades pessoais, ostentam dificuldades para concretizar projetos de vida condizentes com a razoabilidade.

Assim, pode-se concluir que não viola os princípios gerais de justiça a proteção às PcD, por se constituir mecanismo de correção da justa oportunidade quanto a ocupações no mercado de trabalho, nomeadamente quando as incapacidades desse grupo social constituem o foco informacional do princípio da diferença.

Dentro do debate político que deve conduzir as definições das políticas públicas em sociedades democráticas, foram sendo construídas, progressivamente, ações afirmativas, tendentes à concretização dos preceitos constitucionais previstos nos arts. 7º, inciso XXXI e 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que se projetaram sobre todos os ramos dos Poderes, sendo incorporadas pelo Poder Judiciário, em relação à reserva de vagas nos concursos para a magistratura nacional, por meio da Resolução n. 75/2009, que estabilizou a posição do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema.

Nada obstante a conformação dessa ação afirmativa também no panorama do recrutamento dos juizes, algumas questões ainda estão em aberto, como o problema da compatibilidade entre a deficiência e as funções do cargo, a meritocracia que se exigiria para o exercício de uma função tão especializada e de legitimação simbólica e as questões de adaptabilidade do regime institucional e estatutário da magistratura para considerar, ao longo do exercício dos recrutados portadores de deficiência, as suas incapacidades, dado que não se mostra condizente com a razoabilidade que o princípio da diferença, que sustenta a política de reserva de vagas, possa desaparecer por completo após a investidura do candidato no cargo.

Referências

- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação Afirmativa e Direito Constitucional. *Revista Direito Público*, n. 1, p. 131-139, jul.-ago,-set. 2003. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1402/870>>. Acesso em: 14 mar. 2018.
- CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores 'envelhescentes'*. São Paulo: LTr, 2006.
- DALLARI, Dalmo. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.
- _____. *Justice for hedgehogs*. Harvard Press: Cambridge/London, 2011.

- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. *Novos estudos - CEBRAP* [online], São Paulo, n.77, pp. 243-253, 2007.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1999.
- GIMENES, Antonia Maria et al. A dificuldade da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. *Revista Eletrônica S@ber*, v. 28, 2015. Disponível em: https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1426199840.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimação formal? In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Editora Nova Cultural, v. I, 1996.
- POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de cotas nas universidades. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *El liberalismo político*. Tradução: Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 1996.
- SILVA, Marcel Régis Valente da. *Cotas raciais em concurso público: análise de sua constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br>. Acesso em 06.12.2015.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- WALZER, Michel. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo Martins Fontes, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Recebido em 05 de março de 2016.

Aprovado em 10 de março de 2018.