



Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

The right to reduced hours for employees who have a child or dependent with a disability in accordance with the International Convention on the rights of persons with disabilities and Theme 1.097 of the STF



André Martini

Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Mestre em Direito

Londrina/PR - Brasil

andremartiniadvocacia@gmail.com



Luiz Fernando Kazmierczak

Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Doutor em Direito

Jacarezinho/PR - Brasil

lfkaz@uenp.edu.br



Lucas Emanuel Ricci Dantas

Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Doutor em Direito

Jacarezinho/PR - Brasil

lucas@lucasdantas.com

Resumo: Sabe-se que as noções de direitos e garantias individuais são relativamente recentes na história do Brasil e do mundo. Pode-se considerar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como o marco inicial do processo de desconstrução do viés das proteções jurídicas voltadas tão somente aos bens patrimoniais, para priorizar a dignidade humana. Entretanto, o cumprimento dessas normas ainda não é uma realidade para os diversos países signatários do documento e o Brasil não é considerado uma exceção. Reconhece-se que a Constituição Federal de 1988 representa um grande avanço em termos de garantia dos direitos fundamentais, todavia, grupos vulneráveis ainda enfrentam muitos desafios no que se refere à efetivação dessas normas, como é o caso das pessoas com deficiência. Exemplo disso ocorre com servidores públicos, pais de pessoa com deficiência, cujo estatuto não prevê a possibilidade de redução de carga horária sem prejuízo da remuneração. Diante disso, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, calcando-se em método dedutivo, o presente estudo investiga a viabilidade jurídica para a concessão do referido benefício a partir do estudo de determinadas normas aplicáveis, em especial, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Outrossim, pretende-se examinar as linhas de interpretação dos Tribunais Estaduais e a recente e determinante decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, proferida no bojo do Tema 1.097.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; servidor público; redução de carga horária; Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência; Tema 1097 do STF.

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

Abstract: It is known that the notions of individual rights and guarantees are relatively recent in the history of Brazil and the world. The Universal Declaration of Human Rights of 1948 can be considered the starting point of the process of deconstructing the bias of legal protections aimed only at patrimonial goods, in order to prioritize the dignity of the human person. However, compliance with these standards is not yet a reality for the various signatory countries of the document, and Brazil is not considered an exception. It is recognized that the Federal Constitution of 1988 represents a great advance in terms of guaranteeing fundamental rights, however, vulnerable groups still face many challenges regarding the implementation of these norms, as is the case of people with disabilities. An example of this occurs with public servants, parents of person(s) with disabilities, whose statute does not provide for the possibility of reducing working hours without prejudice to remuneration. In view of this, based on bibliographical and jurisprudential research, based on a deductive method, the present study investigates the legal feasibility for granting the aforementioned benefit based on the study of certain applicable standards, in particular the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Furthermore, we intend to examine the lines of interpretation of the State Courts and the recent and decisive binding decision of the Federal Supreme Court on the subject, handed down within the scope of Theme 1.097.

Keywords: disabled person; public server; reduced workload; International Convention on the rights of people with disabilities; Theme 1.097 of the STF.

Para citar este artigo

ABNT NBR 6023:2018

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 309-326, jul./dez. 2023. <http://doi.org/10.5585/2023.22370>

INTRODUÇÃO

O estudo em questão pretende analisar o alcance normativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e demais Diplomas Legais nacionais que tratam da proteção às pessoas com deficiência, visando averiguar a existência ou não do direito à redução de carga horária, sem prejuízo dos vencimentos, aos servidores com filho ou dependente com deficiência, que necessite de acompanhamento terapêutico e médico. Neste sentido, a efetivação do direito ao pleno desenvolvimento de suas capacidades, ao convívio familiar, à igualdade e não discriminação tornam-se o pano de fundo da presente pesquisa.

Para tanto, o estudo parte de revisão bibliográfica e jurisprudencial, baseando-se em método dedutivo, por meio do qual serão apresentadas ponderações e críticas acerca da possibilidade de conceder-se a redução de carga horária sem o respectivo decréscimo remuneratório em favor desses servidores. Não obstante, pretende-se apontar possíveis acertos

e equívocos do judiciário brasileiro no trato dessa matéria, sobretudo, para o propósito da efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Quanto à estruturação do artigo, inicia-se com um breve tópico introdutório voltado a esboçar as principais normas que tratam das pessoas com deficiência, inclusive em âmbito internacional. A ideia é percorrer uma linha cronológica desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, identificando os principais marcos normativos, cujos mecanismos direta ou indiretamente prestam-se a garantir a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, em especial a “adaptação razoável” prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Já no segundo tópico, adentra-se no mérito da questão posta em pesquisa, ou seja, a existência ou não do direito de servidor público com filho com deficiência ter sua carga horária reduzida sem prejuízo salarial. Neste sentido, o estudo se baseará no entendimento absorvido no tópico anterior, buscando examinar as principais linhas de interpretação dos tribunais estaduais sobre a matéria e a relevância da recente decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Tema 1.097 para a solução da controvérsia.

Finalmente, espera-se que o presente estudo enriqueça o aprendizado sobre o direito constitucional dos servidores públicos ao exercício da paternidade atípica, em condições de igualdade com os demais pais e mães da sociedade, representado na possibilidade de trabalharem com carga horária reduzida, sem prejuízo da remuneração. Almeja-se que o resultado desta pesquisa possa contribuir com o necessário debate sobre o assunto junto à comunidade acadêmica e jurídica.

1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL E A “ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL” PREVISTA NA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O modo como o Estado Brasileiro percebe e trata determinados grupos sociais não apenas pessoas com deficiência, mas também mulheres, pessoas negras, povos indígenas, público LGBTQIA+ e outros, passou por diversas transformações ao longo de sua história. Nesse processo, é possível notar uma certa “evolução jurídica”, já que gradativamente o país distancia-se de uma postura discriminatória e passa a acenar para o reconhecimento de tais pessoas como sujeitos de direito, ainda que de forma questionável.

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. *Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência*

A despeito dos consideráveis avanços existentes no plano normativo, nas políticas públicas e em recentes decisões do Poder Judiciário, há ainda um longo caminho pela frente para que haja uma efetiva igualdade de direitos, que respeite a diferença, em sua concretude, da mulher, da criança, do idoso, dos afrodescendentes, da pessoa com deficiência, das lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transgêneros, além de outras minorias e grupos vulneráveis [...] (GOTTI; LIMA, 2013, p. 149).

Não se pode negar que os avanços apontados por Gotti e Lima advieram da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que oficializou um marco do direito internacional voltado ao reconhecimento da dignidade humana, de modo que “legislações de todo o mundo passaram a se dedicar não apenas à promulgação de leis que tutelassem a dignidade do ser humano, mas também a criação de mecanismos de defesa que colocassem em prática tais regras” (BEGALLI, 2013, p. 377).

Quanto à defesa das pessoas com deficiência no Brasil, a DUDH não surtiu efeito de imediato. Aliás, “é [...] a partir dos anos 70, que no Brasil, o Movimento das Pessoas com Deficiência, concatenado com outros movimentos científicos e sociais no mundo, começa a questionar o paradigma mecanicista da medicina e o caritativo [...]” (RESENDE, 2016, p.12). Soma-se a isso o fato de que o Estado estava imerso em um contexto governamental opressor, que restringia direitos e garantias individuais. Na compreensão de Piovesan (2016, p. 485), a própria proteção jurídica às pessoas com deficiência, que surgiu, pela primeira vez, com a Emenda Constitucional n. 12, em 1978, teve sua eficácia comprometida pelo regime ditatorial.

Contudo, uma nova conjuntura jurídica iniciou-se a partir da redemocratização do país e da promulgação da Constituição Federal de 1988, que balizou um novo panorama jurídico nacional em termos de salvaguarda da dignidade humana, como bem referenda Gotti e Lima (2013, p. 134):

A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, demarcando a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-ditadura”. Após 21 anos de regime autoritário, objetiva a CF/88 resgatar i) o Estado de Direito, ii) a separação dos poderes, iii) a federação, iv) a democracia e v) os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana.

Nessa perspectiva, além de comprometer-se com os princípios trazidos pelos documentos internacionais sobre os direitos humanos, o novo Diploma Constitucional também se encarrega de estabelecer importantes diretrizes no que concerne aos direitos de minorias e grupos vulneráveis, entre os quais se incluem as pessoas com deficiência.

Desde então, muitas questões relacionadas à acessibilidade e inclusão social passaram a ser levadas em consideração pelo Estado. Logo, no ano de 1989, foi promulgada a Lei n.

7.853, dispondo sobre “o apoio às pessoas portadoras de deficiência [sic] e sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas [...]” (BRASIL, 1989). Em 1999, a referida Lei foi regulamentada pelo Decreto n. 3.298, sendo, posteriormente, reformulado pelo Decreto n. 5.296 de 2004.

Já em 2007, foi instituída pela Organização das Nações Unidas - ONU a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, trazendo diversos mecanismos de proteção aos direitos desse público. O documento foi subscrito pelo Brasil no ano de 2009, por meio do Decreto n. 6.949, tendo, portanto, força normativa equivalente à Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, LXXVIII, §3º, CF. Dentre suas disposições, merece destaque o art. 5º, pois, nele, cria-se o instituto da “adaptação razoável”, a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação. Segundo o referido diploma,

‘adaptação razoável’ significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (BRASIL, 2008, p. 135).

Sendo assim, a “adaptação razoável” destina-se a reforçar o dever dos Estados-membro em garantir e preservar os direitos previstos na referida Convenção, sobretudo, a proteção especial para crianças com deficiência, para as quais “deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças” (art. 7º, I). De outra sorte, a Convenção também prevê que “em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o que for melhor para elas deverá receber consideração primordial” (art. 7º, II).

O fato de o Estado Brasileiro subscrever tal Convenção, por meio do Decreto n. 6.949/09, conferindo-lhe status de Emenda Constitucional, é um passo extremamente relevante para as pessoas com deficiência, mas também para a sociedade como um todo, considerando que, historicamente, essas pessoas foram discriminadas e até mesmo oprimidas, sendo obrigadas a adequarem-se a uma estrutura social criada para pessoas sem deficiência. Em tese, o ato parece representar um passo à frente para a efetivação da igualdade material, na mesma medida prescrita por Boaventura de Souza Santos (2003, p. 56):

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, aliante ou reproduza as desigualdades.

Não obstante, em 2015, foi promulgada a Lei n. 13.146, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nessa lei, questões como igualdade e não discriminação, atendimento prioritário, direito à vida, à habilitação e reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, entre outros aspectos, passaram a ser regulamentados especificamente para esse público, atribuindo maior segurança jurídica no que se refere à garantia e proteção dos seus direitos.

Todavia, não se pode perder de vista que além da “evolução do direito”, igualmente, a sua aplicabilidade deve tornar-se uma realidade, seja por meio do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Assim como pondera Begalli (2013, p. 401), “muito ainda deve ser feito para que esse grupo, seja no Brasil ou ao redor do mundo, atinja a efetividade de seus direitos basilares e deixe de ser considerado ‘vulnerável’”.

Inclusive, faz-se imperioso ressaltar que a aplicação da lei, em conformidade com os preceitos constitucionais, ainda parece ser uma tarefa desafiadora para determinados tribunais estaduais do Brasil, dada a omissão ou não contemplação de determinadas especificidades nas leis especiais. É o caso do direito à redução de carga horária sem prejuízo dos vencimentos e independentemente de compensação para servidores que tenham filho ou dependente com deficiência, o que será tratado com maior profundidade no próximo tópico.

Em suma, ainda que seja notória a criação de um solo jurídico fértil em favor das pessoas com deficiência, a percepção de Begalli de que “muito ainda deve ser feito” não parece ser uma simples abstração. Sendo assim, é salutar que, não apenas esse público, mas a sociedade em si, continue lutando pela criação dos necessários direitos, de modo que eles possam acompanhar as novas e complexas questões e demandas desse público, bem como pela sua aplicabilidade e efetivação, a fim de romper com a ideia de que a Constituição Federal seja uma mera folha de papel.

2 REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA SEM PREJUÍZO DO SALÁRIO AOS SERVIDORES COM FILHO OU DEPENDENTE COM DEFICIÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO FACE À AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ESTATUTO LOCAL

Tal como ponderado no tópico anterior, além da evolução em termos de direito, há também a necessidade de observância aos direitos de cunho constitucional, o que não parece

ser tarefa fácil, diante da ausência da devida regulamentação legal. Evidências disso, no âmbito do judiciário, são os vários apelos judiciais para que sejam reconhecidos determinados direitos às pessoas com deficiência, como vem ocorrendo com servidores públicos com filho ou ente dependente com deficiência, cujo estatuto não abarca a possibilidade de redução de carga horária sem a proporcional redução dos vencimentos.

Obviamente, cada caso deve ser apreciado de maneira particular, mas, de um modo geral, pode-se compreender a redução de carga horária como uma distribuição do ônus da deficiência, que, nos moldes atuais, não é mais enquadrada como uma condição patológica, sendo entendida como uma condição social. Inclusive, uma das formas de aplicar a referida distribuição é por meio da “adaptação razoável” à pessoa com deficiência, tal como prevista na CIDPD. Conforme Luiz Carlos de Assis Junior (2019, p. 144),

trata-se, portanto, das mudanças no ambiente, na forma como as coisas são feitas, os ajustes e adequações individualmente realizados para que a deficiência não impeça o gozo ou exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos. A adaptação razoável legitima a ideia de superar barreiras individualmente percebidas, ao invés de mudar o indivíduo com deficiência para que ele se adeque às estruturas existentes.

Desse modo, tanto negar a redução de carga horária, quanto condicioná-la à redução salarial e/ou compensação, aparentemente, seriam incompatíveis com a CIDPD, pois resultaria na imputação de sobrecarga de trabalho a pais e mães atípicos, que naturalmente abdicam parte de sua rotina diária para acompanhar o filho com deficiência às terapias, consultas médicas e, às vezes até mesmo para realizar estímulos em casa.

Nesse contexto, a necessidade de realizar o acompanhamento diário não decorre de simples querer do pai ou da mãe, mas do dever em prestar todos os esforços para o seu pleno desenvolvimento do seu filho sem nenhum tipo de discriminação. Em outras palavras, surge um compromisso afetivo, mas também legal, à medida que o próprio Estado exige, igualmente da família, o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dessas pessoas. Ademais, quando se trata de crianças, é válido reforçar que

os primeiros anos de vida são considerados críticos para o desenvolvimento infantil, já que há maior plasticidade cerebral, o que favorece o desenvolvimento de todas as potencialidades da criança. A plasticidade neuronal é reforçada no cérebro em desenvolvimento e a experiência apropriada neste período é fundamental para a adequada função dos sistemas neurais (NASCIMENTO; PIASSÃO, 2010, p. 470).

No entanto, em pesquisa jurisprudencial, percebe-se que o entendimento sobre a matéria diverge entre os tribunais estaduais, o que gera demasiada insegurança jurídica. Por um lado,

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

há aqueles que reconhecem a força normativa da Constituição, inclusive Piovesan (2016, p. 499) acredita que

os Tribunais recorrem com mais frequência aos artigos da Constituição do que às normas federais e estaduais (ou ausência delas) para fundamentar suas decisões [...]. Indica, outrossim, que a argumentação de que tais normas seriam apenas programáticas é totalmente descabida, detendo o intuito de esvaziar a força normativa da Constituição e o seu potencial transformador

Ainda assim, muitos tribunais orientam-se por uma linha estritamente legalista. Embora reconheçam as diretrizes da Constituição Federal e da CIDPC, entendem pela inviabilidade de reconhecer-se direito não regulamentado por lei, pois consideram que, se assim o fizessem, estariam invadindo a competência conferida ao legislador.

Sobre essa questão, os posicionamentos doutrinários destoam. Enquanto para alguns autores o entendimento é de que “a atividade (da administração pública) só pode ser realizada se expressamente prevista em lei como permitida ou obrigatória” (COUTINHO; RODOR, 2018, p.75), outros compreendem que “o ‘termo ‘legal’ deve ser entendido em sentido amplo, englobando tanto a Constituição, quanto leis, bem como atos da Administração fundamentados nos diplomas anteriores” (MARRARA, 2014, p. 26).

Ambas as vertentes doutrinárias trazem consigo importantes aspectos, de modo que a análise não deve ser ligeira. Por essa razão, na sequência, serão abertos dois subtópicos, um tratando sobre as interpretações judiciais desfavoráveis e outro, as favoráveis ao reconhecimento do direito em questão, a fim de examinar os principais argumentos por trás de cada linha de pensamento.

2.1 AS INTERPRETAÇÕES DESFAVORÁVEIS

Para os tribunais que se apoiam na legalidade estrita, impera o entendimento de que aos entes federativos é reservada a autonomia de legislar conforme sua realidade política local, com base no disposto no art. 18 da CF. Além disso, também costumam basear-se no art. 37, X, da CF, para fundamentar que a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica. A fim de exemplificar tais posicionamentos, tem-se o seguinte julgado do Tribunal de São Paulo (BRASIL, 2020):

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

SERVIDORA ESTADUAL. Professora PEB II. Filho portador de transtorno do espectro autista com hipercinesia. Redução da carga horária. LF nº 8.112/90, art. 98, §§ 2º e 3º. LE nº 10.261/68. – A LE nº 10.261/68, aplicável à hipótese, não prevê a concessão de horário especial a servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência; por isso, a extensão do benefício previsto na LF nº 8.112/90, afeta exclusivamente aos servidores civis federais, estabelecerá inadmissível regime híbrido em que a autora se beneficiaria do melhor de cada sistema e implicaria em o juiz atuar como legislador positivo, hipótese sempre rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal. Não é dado ao juiz estabelecer o horário de trabalho de servidor público, medida que violaria a autonomia administrativa; nem majorar ou minorar a remuneração, conforme art. 37, X da CF e Súmula Vinculante nº 37. Princípios e dispositivos constitucionais e legais não violados. Entendimento que prestigia o pacto federativo e a autonomia dos entes federados insculpidos no art. 2º da CF. Precedentes da Seção de Direito Público. – Improcedência. Recurso da autora desprovido. (TJ-SP - AC: 10009493320198260457 SP 1000949-33.2019.8.26.0457, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 18/11/2020, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/11/2020).

Nota-se que tais posicionamentos, ao privilegiarem uma visão legalista, deixam de prestar uma efetiva resposta jurisdicional face ao fato de que a omissão do ente federativo pode representar uma discriminação negativa de estados e municípios, o que deveria ser rechaçado pela justiça.

Ademais, merece destaque um importante registro posto no julgado em questão, que se refere à suposta impossibilidade de aplicação analógica do art. 98, §2º e 3º da Lei n. 8.112/90, assim ementado:

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo

§ 2º. Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.

§ 3º. As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência (BRASIL, 1990).

De acordo com a decisão trazida como exemplo, a aplicação de tal dispositivo por analogia, como espécie integrativa da interpretação jurídica, decorrente do artigo 4º da LINDB¹, representaria uma invasão à esfera de atuação do Legislativo. Neste sentido, se, por um lado, há o entendimento de que é inviável conceder direito não previsto em lei, por outro, afasta-se também a possibilidade de aplicar analogicamente a lei federal, em razão de suposta afronta à separação dos poderes.

¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942).

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

A adoção de tal perspectiva, no entanto, parece esvaziar o potencial normativo da CIDPD e do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, dado que, nessa legislação, o Estado chama para si a responsabilidade em assegurar a dignidade da pessoa com deficiência. Considerando, sobretudo, o fato de que a legislação federal já regulamentou os direitos de pessoas com deficiência de acordo com a CIDPD, a exigência da expressa legalidade para servidores de outros entes federativos parece inadequada, já que muitos dos estatutos locais foram redigidos em épocas que quase não se discutia a inclusão da pessoa com deficiência.

Outra fundamentação que não raro desponta em decisões judiciais consiste na ideia de observância à discricionariedade da Administração Pública para decidir tais casos com base na conveniência e oportunidade. Sabe-se que, nos processos em que se discute matéria envolvendo direito fundamental, como é o caso, a Administração Pública está vinculada às políticas públicas constitucionais, não havendo, portanto, espaço para discricionariedade. Inclusive, Frischeisen (2000, p. 59) prescreve que “nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal”.

Ao contrário disso, os tribunais que se orientam por uma interpretação desfavorável à garantia de direito constitucional não previsto na lei especial tendem a reforçar a retórica de que o Estado não deve atrair qualquer responsabilidade frente a problemas sociais, como a viabilização da paternidade atípica em condições de igualdade aos demais pais e mães da sociedade.

A título exemplificativo, vale trazer uma linha de argumentação que justificaria a negativa da Administração Pública, proferida pelo Desembargador Leonel Costa (2017, n. p.), do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Quiçá, assim se pudesse minimizar as dificuldades de todos os trabalhadores e servidores que tenham sob os seus cuidados dependentes inválidos, portadores de morbidade, necessidades especiais ou de deficiência graves, sem transferência dos ônus de forma imponderada à Administração Pública e ao empregador.

Pelo visto, tais afirmações carregam em si a ideia de deslegitimação e esvaziamento da Constituição Federal e dos documentos internacionais sobre direitos humanos, sob o pretexto de que representariam a “transferência de ônus de forma imponderada à Administração Pública”. Essa espécie de raciocínio parece temerária.

Pensar que promover a dignidade humana (que não equivale a privilégio) acarretaria gastos ao erário público, significa pôr em xeque a própria função do Estado para com seus

cidadãos, contribuintes que são. Contudo, essa postura estatal não é incomum, tanto que, conforme prescreve Santin (2019, p. 135),

[...] é rara a abordagem da questão da preservação dos direitos humanos na atividade de prestação de serviços públicos pelo Estado, no atendimento das necessidades do povo e da população, na linha de que o Estado deve buscar na sua atuação ordinária melhores condições de coexistência social harmônica, benefícios ao cidadão e o bem-estar da sociedade, em contraprestação à contribuição de impostos.

Ora, quando se pretende efetivar direitos humanos, não se pode confundir uma adequada e justa administração da verba pública com gastos públicos. Aliás, essa é uma visão distorcida, pois intenta convencer que a efetivação de direitos representa um favor ou privilégio e que a contrapartida seria o prejuízo ao Estado. Se assim o fosse, jamais um governante poderia pensar em promover políticas públicas.

De qualquer modo, como expresso alhures, essa linha de interpretação não é uníssona entre os tribunais, fazendo-se pertinente contrastá-la com entendimentos que dão conta de afastar a utilização de um viés legalista em casos cujo direito invocado tem envergadura constitucional, o que será realizado no próximo subtópico.

2.2 AS INTERPRETAÇÕES FAVORÁVEIS E A SOLUÇÃO TRAZIDA PELO TEMA 1.097 DO STF

Para a abordagem deste subtópico, calha, de princípio, trazer a reflexão de Marta Garcia (2016, p. 34) no sentido de que “as liberdades/direitos devem estar abertas a todos em condições de igualdade equitativa, porquanto todas as pessoas têm igual direito “a um projeto satisfatório de direitos e liberdades”, o que necessariamente implicaria uma visão garantista no trato de direitos que (ainda) não foram abarcados pela lei especial, como a redução de jornada de servidores na condição de pais atípicos.

Nessa perspectiva, a observância de direito de cunho constitucional em sobreposição ao princípio da legalidade estrita não equivaleria a uma invasão às atribuições do legislador, mas a necessária ponderação judicial a partir do conjunto de normas e princípios que tratam a matéria, como bem observado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, no Acórdão que julgou o recurso de Apelação de autos número 0000567-38.2015.818.0031:

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

Na ausência de uma lei adequada, ou havendo lacuna na legislação já existente, deve-se elaborar uma norma sentencial, com base em outras fontes, de modo a integrar o direito e resolver a lide, não configurando, por sua vez, uma extirpação da esfera legislativa (BRASIL, 2017).

É justamente esse viés que se encontra presente na esteira das jurisprudências que reconhecem o direito à redução de carga horária com a manutenção da remuneração integral que, notadamente, privilegiam o potencial normativo da Constituição Federal, da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e incluso do próprio Estatuto das Pessoas com Deficiência e Estatuto da Criança e do Adolescente (quando aplicável). Para enriquecer o estudo, cita-se um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná (BRASIL, 2019):

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL DE ARAUCÁRIA. PROFESSORA EM DOIS PADRÕES. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA DE TRABALHO, SEM PREJUÍZO DO VENCIMENTO, PARA CUIDAR DE FILHA COM DEFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO SOBRE REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. NEGATIVA DO MUNICÍPIO EM CONCEDER O HORÁRIO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI ESTADUAL Nº 8.1112/90. APLICAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15) E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ (LEI Nº18.419/15). ARCABOUÇO DE LEGISLAÇÕES E PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA QUE DEVE SER APLICADO COM VISTAS A EFETIVAR DIREITO CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A questão não atine somente ao interesse particular da servidora, que apenas de modo mediato lhe remete, mas revela-se como proteção à família, nos termos do art. 226, da CF/88. A analogia utilizada no presente caso consubstancia-se, portanto, em efetivação de direito constitucionalmente previsto [...]. (TJ-PR REEX: 1686305-1 PR (Acórdão), Relator: Desembargador Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 26/02/2019, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2450 08/03/2019).

Interpretações como essa alinham-se à perspectiva de que o Judiciário, enquanto intérprete das leis em sua essência, deve reconhecer os direitos e garantias das pessoas com deficiência, sobretudo, no que tange à igualdade material, não discriminação, direito ao pleno desenvolvimento e ao convívio familiar, fartamente assegurados pelos Diplomas anteriormente citados.

A propósito, vale reforçar que o próprio Direito Internacional estabelece que, em casos de dúvidas ou nebulosidade sobre determinada matéria envolvendo garantia individual, deve-se aplicar a norma mais favorável ao indivíduo. É o que entende Ramos (2019, p. 141) ao acrescentar que “para evitar a utilização de normas que estabeleçam menor proteção ao ser humano, consolidou-se, no Direito Internacional, o chamado ‘princípio da primazia da norma

mais favorável ao indivíduo”. Ainda segundo Ramos, o próprio “art. 5º, §1º, da Constituição determina que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Essa ‘aplicação imediata’ deve ser estendida aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos [...]”.

Tendo-se em mente tais fontes do Direito, invocar a estrita legalidade para deixar de garantir norma de cunho autoaplicável acaba por revelar um Judiciário que rebaixa a Constituição Federal de 1988 ao nível de um Diploma meramente programático. No entanto, há que se admitir que a visão legalista decorre de uma interpretação do Direito, ou seja, não se trata de uma teratologia ou autoritarismo do Judiciário. Na realidade, para essa parcela de julgadores que a adotam,

[...] a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (STRECK, 2010, p. 161).

No caso da redução de carga horária sem o decréscimo do salário aos servidores públicos, pais de pessoa com deficiência, o conflito entre legalistas e garantistas aparentemente foi solucionado pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2022, por ocasião do julgamento realizado no âmbito do Tema 1.097, com repercussão geral reconhecida. Em linhas gerais, cabia à Corte Constitucional analisar a possibilidade de aplicação por analogia do art. 98, § 3º, da Lei 8.112/1990 aos servidores públicos municipais e estaduais, cujos estatutos são omissos em relação à redução de carga horária sem decréscimo remuneratório para o cuidado de filho com deficiência.

Sob a relatoria do então Ministro Ricardo Lewandowski, o voto contou com extensa e robusta abordagem sobre a imprescindibilidade da presença dos pais, especialmente da figura materna, na vida do filho com deficiência, a fim de garantir o seu pleno desenvolvimento e o acesso aos cuidados necessários. Embora reconheça-se que seja uma incumbência dos genitores, a Corte destacou que é também uma obrigação do Estado, enquanto regulamentador social, viabilizar a paternidade atípica.

Ora, se a omissão do Poder Público, em última análise, indiretamente afeta a criança ou a pessoa com deficiência que, dependente e, ao mesmo tempo, privada do acompanhamento dos seus pais ou curadores, não consegue realizar os procedimentos terapêuticos, prescritos por profissionais da saúde, e imprescindíveis para a melhora do seu quadro, ela evidentemente fere a Constituição da República. Assim, se essa mesma inércia estatal proporciona aos genitores da criança sofrimento desmedido por

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

meio de sobrecarga desumana e ainda a impossibilita de exercer a sua paternidade atípica em condições de igualdade com as outros pais e mães da sociedade, ela também viola frontalmente a Carta Magna (BRASIL, 2022, p. 35-36).

A partir desse panorama, o STF reconheceu que as legislações locais que não prevejam o direito à redução de carga horária sem o decréscimo remuneratório, tal como o faz a Lei n. 8.112/1990, estão em desacordo com a Constituição Federal. Assim sendo, com base no princípio da igualdade substancial, a Suprema Corte reforçou que a mesma prerrogativa garantida aos servidores federais, deve ser estendida aos servidores municipais e estaduais, fixando a seguinte tese vinculante: “Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112 /1990”.

Ao obstar a aplicação de proteção inferior à prevista no Estatuto dos Servidores Federais, tal decisão, afastou todas as possibilidades de invocar-se a ausência de previsão legal aplicável, para negar a prerrogativa em questão, o que pode ser melhor compreendido na seguinte menção:

[...] vale destacar que, tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência, têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa (BRASIL, 2022).

Tal decisão, reforça a ideia de que, para o objetivo da reafirmação da igualdade e não discriminação, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal não se abstenha do seu papel, não só voltado a dizer o direito, mas conduzir pedagogicamente o Poder Judiciário para o caminho das interpretações de acordo com a Constituição Federal. Por fim, quanto ao reconhecimento do direito à jornada especial a servidores com filho com deficiência, a expectativa é que, doravante, predomine maior segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em questão analisou as normas que tratam das pessoas com deficiência, tanto em âmbito nacional como internacional, aferindo se elas prestam-se a garantir o direito à redução de carga horária, sem prejuízo dos vencimentos, para servidores com filho com deficiência, que necessite de acompanhamento terapêutico e médico. A partir da pesquisa, foi possível compreender o contexto no qual tais dispositivos foram inseridos no ordenamento

jurídico brasileiro, bem como o papel deles enquanto parâmetros para as políticas públicas e condutas estatais.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa trouxe, inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que atuou como um divisor de águas no que tange à garantia da dignidade humana, a própria Constituição Federal e os princípios acerca dos direitos humanos contemplados nela, a Convenção Internacional sobre o direito das pessoas com deficiência e outros. Foi possível realçar, de forma mais significativa, a própria CIDPD, por consolidar de forma específica o dever de “adaptação razoável”, embora já esteja implicitamente previsto na Constituição.

Assim, aferiu-se que muitos tribunais estaduais reconhecem o direito, independentemente da sua previsão no respectivo estatuto do servidor, fundamentando-se a partir dos direitos fundamentais e da proteção à pessoa com deficiência. Entretanto, alguns tribunais ainda se calcam em visões estritamente legalistas, buscando na lei ou ausência dela, a justificativa para negar tal direito. Sobre esse método de interpretação, as pesquisas realizadas permitiram compreender que, apesar de ser eventualmente incompatível com as diretrizes de proteção aos direitos fundamentais, está dentro do livre exercício do direito de manifestação do juiz, não podendo-se, portanto, invocar-se a existência de autoritarismo judicial.

No entanto, nos casos envolvendo o reconhecimento do direito de servidores municipais e estaduais, pais ou responsáveis por pessoas com deficiência, trabalharem em carga horária reduzida, sem prejuízo da remuneração, a utilização de tal método de interpretação foi afastada pelo STF, por ocasião da decisão vinculante proferida em dezembro de 2022, no âmbito do Tema 1097. Na ocasião, a Suprema Corte reforçou o dever de observar-se os princípios da dignidade humana, igualdade e não discriminação, trazendo tais noções para as especificidades das pessoas com deficiência, em especial o dever de adaptação razoável.

Sendo assim, foi possível chegar à conclusão de que, embora inexista previsão específica no estatuto aos servidores com filho com deficiência deve ser assegurado o direito à redução de carga horária, sem o ônus do decréscimo salarial ou de compensação, visto que não decorre de um desejo ou opção particular, mas do necessário atendimento às necessidades específicas da pessoa com deficiência sob sua responsabilidade. Justificativas em sentido contrário mostram-se descomprometidas com a ideia de efetivação do direito ao pleno desenvolvimento, ao convívio familiar, à igualdade material e à não discriminação.

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

REFERÊNCIAS

ASSIS JÚNIOR. Luiz Carlos de, **O direito fundamental à adaptação razoável na convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência**. 2019. Tese (Doutorado em em Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30928/1/Luiz%20Carlos%20de%20Assis%20Junior%20-%20Tese.pdf> Acesso em: 28 jun. 2021.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. Aspectos relevantes sobre os direitos das pessoas com deficiência. In.: **Direito à Diferença: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. Coords.: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Coords.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. v. 3. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Convencao_Comentada.pdf Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Decreto n. 6949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.659 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras

MARTINI, André; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência ao Tema 1.097 do STF: o direito à redução de carga horária ao servidor público com filho ou dependente com deficiência

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. In.: **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

NASCIMENTO, Rubia do; PIASSÃO, Cristiane. Avaliação e estimulação do desenvolvimento neuropsicomotor em lactentes institucionalizados. **Revista de Neurociências**. São Paulo. v. 18. n. 4. p. 469-478. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2019.

RESENDE, Flávia Vieira de. **Direitos Humanos e Cidadania - Proteção, Promoção e Restauração dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. v. 10. Belo Horizonte: Marginalia Comunicação, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. Serviço Público e Direitos Humanos. In.: **Revista Paradigma**. v. 28. n. 2. Ribeirão Preto. 2019.

STF. STF vai discutir possibilidade de redução de jornada para servidor que tenha filho com deficiência. 2020. In.: **Notícias STF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449698&ori=1> Acesso em: 28 jun. 2021.

STRECK, Lenio. Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? In.: **Revista NEJ – Eletrônica**. vol. 15. p. 158-173. 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308> Acesso em: 08 dez. 2023.