

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: FATOR DE
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E DO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL**

JOSÉ MARCOS CALDEIRA

SÃO PAULO – SP

2010

JOSÉ MARCOS CALDEIRA

**SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: FATOR DE
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E DO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação lato sensu Televirtual em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, na modalidade Formação para Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Universidade Anhanguera-UNIDERP

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Prof. Nelson Finotti Silva

São Paulo – SP

2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 01 de setembro de 2010.

JOSÉ MARCOS CALDEIRA

RESUMO

O objetivo da presente monografia é verificar se o advento da norma estabelecendo para as empresas privadas com mais de cem empregados a obrigação de reservar certos percentuais de suas vagas para pessoas com deficiência representou mitigação do princípio constitucional da igualdade, como afirmou certa parcela da doutrina e a imensa maioria dos empresários. As pessoas com deficiência, além de serem vítimas de preconceito, sempre foram histórica e culturalmente discriminadas. Com a evolução e consolidação do princípio da dignidade humana, passou-se a reconhecer a necessidade de se adotar uma nova postura no tocante à relação da sociedade com tais pessoas, a fim de realizar a sua inserção social. A reserva de vagas representa uma espécie de ação afirmativa que tem por escopo desigular de molde a propiciar a igualdade substancial ou real. Ademais, o trabalho é um dos fatores mais importantes de inclusão social. Assim sendo, verificar-se-á que referida previsão legal, no lugar de mitigar ou minimizar o princípio da igualdade, veio concretizá-lo. Valer-se-á, para tanto, dos estudos realizados por doutrinadores e juristas afetos ao campo do direito constitucional e do trabalho e alguns textos de pesquisadores que fizeram investigação de campo.

Palavras-chave:

Cotas, deficiência, princípio da igualdade.

ABSTRACT

The aim of this monograph is to check if the advent of the norm establishing for the private companies with over hundred employees the obligation of reserving certain percentages of their vacancies to people with disabilities represented mitigation of the constitutional equality principle, as affirmed by certain installment of the doctrine and the immense majority of the businessmen. People with disability, beyond they'll be victims of prejudice, always were historic and culturally discriminated. With the evolution and consolidation of the human dignity principle, one passed to recognize the need of adopting a new posture in the concerning to relation of the society with such people, in order to carry out to their social enclosure. The backup of vacancies represents a sort of affirmative action that has for purpose inequality, of mold to provide the substantial or real equality. Besides, the work, a fundamental right, is one of the most important factors of social enclosure. Like this being, it will be verified that referred legal forecast, in the place of mitigate or minimize the principle of the equality, came to affirm it. It will be worth, for so much, of the studies carried out by doctriners and jurists related to the field of the constitutional and labor right and some texts of researchers that did field work.

Key words:

Quotes, disability, principle of the equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1	10
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
1.1 A Consolidação do Princípio da Dignidade Humana	10
1.2 Conceito e Alcance do Princípio da Dignidade Humana	12
1.3 A Proteção da Dignidade Humana na Constituição de 1988	13
1.4 O Trabalho como Instrumento de Promoção da Dignidade Humana	15
1.4.1 O Direito fundamental ao Trabalho na Constituição de 1988 e sua Aplicabilidade	16
CAPÍTULO 2	20
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA	
2.1 Definição e Termo Utilizados	20
2.2 Relação entre a Sociedade e a Pessoa com Deficiência	22
2.3 O Direito ao Trabalho e a Pessoa com Deficiência	24

2.3.2 No âmbito da Constituição de 1988	25
2.3.3 No âmbito Infraconstitucional – “A Lei de Cotas”	27
CAPÍTULO 3	29
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS: MITIGAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO?	
3.1 Da igualdade formal	29
3.2 Da igualdade real ou substancial	30
3.3. O Princípio da Igualdade na Constituição de 1988	31
3.4 As Ações Afirmativas	33
3.5 As cotas para pessoas com deficiência coadunam-se com o princípio da igualdade?	34
3.5.1 A posição do Supremo Tribunal Federal em caso análogo	37
3.6 A Lei de Cotas e o Direito Potestativo de Demissão do Empregador	38
3.6.1 A posição do Tribunal Superior do Trabalho	39
3.7 Posição da Doutrina Contrária às Cotas	40
3.8 Outros Argumentos dos Empregadores Contrários às Cotas – Conforme Pesquisas de Campo	42
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no Brasil, as pessoas que declararam possuir algum tipo de deficiência são cerca de 25 milhões (números do censo de 2000). Um número muito expressivo, indicando que as mesmas não podem ser desprezadas por uma sociedade cujo texto constitucional estatui que deve ser fraterna e igualitária.

As sociedades na sua relação com as pessoas com deficiência adotaram as mais díspares condutas. De uma forma geral, entretanto, pode-se dizer que essa relação foi historicamente pautada pelo preconceito e pela exclusão. Porém, o panorama foi mudando, dentre outros fatores, pela evolução dos institutos jurídicos, como o reconhecimento da prevalência dos direitos humanos e o consequente fortalecimento do princípio da dignidade humana e o aperfeiçoamento do princípio da igualdade.

Dentre os instrumentos jurídicos que desempenharam importante papel para tal inclusão deve-se citar a imposição legal aos empregadores privados que contem com mais de cem empregados em suas empresas de, ao fazerem novas contratações, reservarem cotas para pessoas com deficiência; uma autêntica ação afirmativa. Isto porque, o trabalho é um dos mais importantes fatores de inclusão social.

Não obstante, algumas vezes doutrinárias e a vasta maioria dos empregadores criticaram tenazmente tal disposição legal. Aduziram, dentre outras coisas que, no lugar de garantir a igualdade, a mesma veio malferir tal princípio constitucional.

Asseveraram, ademais, que as cotas representam ônus excessivo; que há impossibilidade de seu cumprimento por não existirem pessoas nessas condições plenamente qualificadas; bem como que lhes subtrai parcela significativa do direito potestativo de demissão, na medida em que, para demitir uma pessoa com deficiência, necessária a prévia contratação de outra pessoa reabilitada ou com deficiência. O objetivo do presente trabalho é analisar tais questionamentos, mais especificamente a alegação de que as cotas ferem o princípio da igualdade.

Entendemos incorretas tais alegações, pois as cotas são espécies de ações afirmativas cujo escopo é assegurar a igualdade substancial. A fim de evidenciar isso, será feita análise de matérias relacionadas com o tema escritas por doutrinadores. Assim, inicialmente será feita abordagem de um importante princípio que justifica a necessidade de garantir a inclusão de tais pessoas, o princípio da dignidade humana e sua consolidação. Também será feita análise do princípio da igualdade, pois houve evolução no entendimento de tal princípio, ficando claro que o mesmo deve ser analisado tanto sob o aspecto formal quanto o material, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo.

A seguir, será feita consideração a respeito do importante papel que desempenha o exercício do direito fundamental ao trabalho a fim de garantir a inclusão social de qualquer indivíduo, notadamente das pessoas com deficiência, e, a seguir, destacar-se-á a pessoa com deficiência, com análise mais detida da lei de cotas, segundo o previsto no artigo 93 da Lei 8.213/91, além de jurisprudência sobre o tema. Far-se-á menção de algumas pesquisas de campo para ilustrar o comportamento refratário do empresariado quanto à aplicação de tão importante previsão legal.

Apesar da regra específica contida na legislação, o direito ao trabalho das pessoas com deficiência deve ser analisado num espectro mais amplo. Assim, será abordada a Constituição quando for tratado cada um dos temas principais, por se entender que a mera fixação a um comando legal não é suficiente para entender o pleno sentido de um instituto, a análise deve ser sistemática e de acordo com a principiologia do ordenamento. É com tal espírito que se conduziu o presente trabalho monográfico.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 A Consolidação do Princípio da Dignidade Humana

A temática dos direitos humanos e, por conseguinte, da concretização da dignidade humana, ganhou enorme projeção com a criação do direito humanitário, com a formação da Liga das Nações e com a criação da Organização Internacional do Trabalho, a OIT. O Estado deixa de ser o único sujeito do Direito Internacional, assumindo o ser humano também esse papel (GUERRA, 2008, p. 19).

O flagelo introduzido pelas duas Grandes Guerras impulsionou tal projeção. Isso porque, o aviltamento sem precedentes da dignidade humana fez com que houvesse pela comunidade internacional uma maior preocupação e atenção para com o ser humano, havendo um esforço quase que universal no sentido de fazer dos direitos humanos o referencial para a ordem jurídica das nações. Assim, “Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução” (PIOVESAN, 2010, p. 5).

Houve a criação, em 1945, de um novo organismo, a Organização das Nações Unidas, cujo objetivo central era assegurar a manutenção da paz, a segurança internacional e a promoção e valorização da pessoa humana. Em 10 de dezembro de 1948, ocorre a proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos (GUERRA, 2008, p. 43), documento de suma importância para assegurar o valor ético da dignidade humana pois é frequentemente citado como o “ponto de

partida para a abordagem da atual proteção jurídica da dignidade humana” (NETO, 2007, p. 104), visão adotada pelo presente trabalho.

Influenciados pela Declaração, vários ordenamentos jurídicos passaram a prever, notadamente em suas Constituições, um elenco de direitos fundamentais cujo escopo maior é a garantia da dignidade da pessoa humana (obviamente em diferentes lapsos temporais, algumas nações em épocas mais próxima do advento da Declaração, outras, de forma mais serôdia).

Todo esse processo de discussão propiciou a ascensão jurídica dos direitos humanos, evidenciando que não se está mais diante de um princípio ético da dignidade humana e, sim, diante de um princípio jurídico da dignidade humana uma vez que o mesmo encontra-se devidamente positivado. Para tanto, um longo caminho foi percorrido, pois o reconhecimento da dignidade da pessoa humana traduz-se na consequência jurídica de uma evolução histórica e de uma reflexão ética que por fim elevou a pessoa à condição de valor fundamental da ordem jurídica (AMARAL, 2009, p. 124).

Destarte, a pessoa humana, com a sua inerente dignidade, é a figura central do constitucionalismo da contemporaneidade¹, o valor supremo para criar, interpretar e aplicar as normas constitucionais. É no indivíduo concreto, real, e na garantia de seus direitos que reside, em última análise, a própria razão de existência do Estado e, por conseguinte, do texto constitucional que lhe dá a estrutura. Ou seja, “uma Constituição só é Constitucional se estiver ao serviço da pessoa humana como fim em si mesmo, da sua dignidade e dos inerentes direitos fundamentais (OTERO, 2009, p. 367)”.

O pensamento acima esposado, embora não seja a evolução máxima tendo em vista o caráter dinâmico do princípio da dignidade humana, indubitavelmente deixa claro que tal excelso princípio restou consolidado nas democracias ocidentais a partir da primeira metade do século XX.

¹ No mesmo sentido: “A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2003, p. 393)”.

1.2 Conceito e Alcance do Princípio Jurídico da Dignidade Humana

O princípio da dignidade humana, pela prevalência que lhe concedem os ordenamentos constitucionais, inclusive o brasileiro, representa um verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica (PIOVESAN, 2003, p.390), tendo natureza de valor supremo, uma vez que está alicerçando toda a vida nacional.

Embora se reconheça seja muito importante a positivação do princípio da dignidade humana para que os indivíduos possam efetivamente exercer as prerrogativas que decorrem de sua aplicação, estamos com aqueles que adotam o entendimento de que a dignidade humana é inerente ao ser humano, desnecessária, por conseguinte, a referida positivação para que seja reconhecida, em virtude do valor ético que encerra. De fato, “A dignidade humana é a dignidade do ser humano: de todo e qualquer ser humano individual e concreto, em qualquer circunstância e em qualquer fase de sua existência, isto independentemente de ser titular de direitos ou encontrar-se adstrito a obrigações (OTERO, 2009, p. 377)”.

Isto posto, passa-se agora à definição de tal princípio. Ingo Wolfgang Sarlet apresenta importante e bem aceita definição jurídica da dignidade humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

Fica evidente, por tal conceito, que a dignidade constitui de uma só vez tanto um pressuposto quanto uma condição para que se viva em sociedade exigindo-se, por conseguinte, limitação ao poder de toda autoridade ou pessoa que intentem atingi-la ou desrespeitá-la. Ou seja, não pode sofrer mitigação ou privação, não admite uma única possibilidade para privar a pessoa de um direito fundamental,

uma vez que o que torna tal direito fundamental é o singelo fato de ele pertencer a uma pessoa humana enquanto tal.

Também se deflui da conceituação, que o princípio da dignidade humana não só exerce influência na interpretação como possibilita a exigibilidade dos direitos fundamentais. Pode-se, ademais, afirmar que o princípio da dignidade humana implica a análise do indivíduo com a sociedade em que vive, verificando-se se há ou não sua inclusão na mesma, posto que, corolário de tal princípio, é a efetiva participação deste nos destinos de tal sociedade.

Houve a positivação de tal princípio pela maioria dos ordenamentos jurídicos, caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fato que vem ressaltar ainda mais a importância e a exigibilidade dos direitos fundamentais uma vez que o princípio fundamental da dignidade humana constitui-se em valor unificador dos direitos fundamentais.

1.3 A Proteção da Dignidade Humana na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi fortemente influenciada pela onda de valorização da pessoa humana que se deu a partir da segunda metade do século XX. Ela foi elaborada e aprovada após regime ditatorial de mais de vinte anos - período em que houve explícita negação do valor da pessoa humana – restaurando a democracia e a dignidade da pessoa humana, positivando tal princípio. Assim, o fato de estar assentado na Constituição impõe além do dever de abstenção a adoção de condutas positivas para proteger a pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio que foi positivado na Constituição de 1988 - o que já significaria uma forte carga valorativa e vinculante - antes, representa a essência ou o núcleo basilar e informador de nosso

ordenamento jurídico, o fundamento (CRFB, artigo 1º, inciso III)² da mesma, e encontra-se espalhado por todo o seu texto como, por exemplo, bem à frente ao tratar da Ordem Econômica explicitou que ela – a ordem econômica - tem por objetivo assegurar a todos existência digna (CRFB, artigo 170). Estabeleceu a proteção a inúmeros direitos e garantias fundamentais³ que têm por objetivo assegurar o excelso princípio da dignidade humana.

A grande inovação já se deu na colocação topográfica de tais direitos. A Constituição atual, além de ampliá-los, contemplando direitos de diversas dimensões⁴, os positivou no seu início, logo após o Preâmbulo, atribuindo-lhes um Título específico. Indubitavelmente isto, por si só, constitui parâmetro hermenêutico para a ordem jurídica.

Não apenas isso. Deixou evidente que o catálogo de direitos fundamentais⁵ nela contido é apenas exemplificativo, não-taxativo, admitindo, de forma explícita, outros direitos fundamentais advindos de tratados internacionais que o Brasil tenha ratificado, segundo o teor do artigo 5º, inciso LXXVII, parágrafo 2º da Constituição de 1988, uma autêntica norma geral inclusiva (SARLET, 2009, p. 83).

Assim, é essencial considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o mesmo representa o fundamento para que se entenda que a criação de direitos específicos para as pessoas com deficiência não significa privilégios, antes, significam ações no sentido da concretização do referido princípio na medida em que, para a sua correta aplicação, faz-se necessário que se admita a especificação de direitos. Nesse sentido, as palavras de Amaral:

² Estas são as palavras nada ambíguas do Texto Constitucional: “ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...III – a dignidade da pessoa humana.”

³ Pode-se apontar como exemplos: liberdade de locomoção e a respectiva garantia, o habeas corpus, em caso de lesão ou ameaça de lesão (primeira dimensão); o direito à saúde, educação, moradia, trabalho, lazer (segunda dimensão) e direito ao meio ambiente equilibrado, etc. (terceira dimensão)..

⁴ Há classificação tradicional que aduz serem três as dimensões de tais direitos: primeira dimensão, os direitos individuais (liberdades públicas) e os direitos políticos, em que se espera uma abstenção da parte do sujeito passivo ; segunda dimensão, irradiam noção de igualdade, espera-se uma prestação do sujeito passivo, são os direitos econômicos, sociais e culturais; terceira dimensão, cujo objetivo não é a preservação das liberdades individuais ou do ser humano como ser social, mas sim do ser humano como parte da humanidade.

⁵ Cf. Sarlet: [...] para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando do catálogo (SARLET, 2009, p.78)

[...] O respeito à pessoa humana é, assim, o marco jurídico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantida a igualdade de todos perante a lei, como expresso no preâmbulo da Constituição (AMARAL, 2009, p. 127).

Reconhece-se, todavia, que há uma distância – que se deve sempre ter por objetivo diminuir - entre a positivação e a efetiva aplicação, sendo certo que as condutas positivas, notadamente por parte do Estado, estão muito aquém do necessário. Muito ainda precisa ser feito para que tal elenco de direitos fundamentais não represente mera intenção, pois a realidade concreta indica que a dignidade humana, de diversos modos, continua sendo ferida. Poder-se-ia dedicar muitos capítulos para se apontar referida distância e as conseqüentes violações. Todavia, esse não é o escopo do presente trabalho. Entende-se que reconhecer sua existência é o suficiente.

1.4. O Trabalho Como Instrumento de Promoção da Dignidade Humana

O trabalho é o fundamento de existência da sociedade. Representa, ao mesmo tempo, tanto a sua essência quanto a sua finalidade última. Todavia, quando aqui se faz referência ao trabalho não é a qualquer “trabalho”, trata-se daquele que é realizado na esfera pública, que foi solicitado, definido e reconhecido como útil por outros além de nós mesmo, e, em virtude disso, percebe-se uma remuneração, ou seja, o trabalho remunerado (GORZ, 2007, p. 21).

Com efeito, nas sociedades capitalistas contemporâneas este tipo de trabalho tem um valor muito significativo para os indivíduos. Assim, segundo Nascimento “O trabalho passa a ser não só um valor, mas também fonte de valores, embora haja opiniões divergentes a este respeito. Mas o trabalho não é algo estático; é fonte de criação de valores (NASCIMENTO, 1991, p. 24).”

De fato, é pelo trabalho remunerado que o indivíduo tem satisfeito o seu sentimento de pertença à esfera pública, é por meio dele que o mesmo adquire uma existência e uma identidade sociais, ou seja, uma profissão; igualmente, por meio

deste tipo de trabalho é que a pessoa se insere numa teia de relações, trocas, em que a outros é equiparada e em que adquire certos direitos e se torna obrigada a certos deveres. Hodiernamente, o trabalho socialmente remunerado e determinado é, indubitavelmente, o mais importante fator de socialização (GORZ, 2007, p. 21).

O trabalho, segundo os moldes da sociedade contemporânea, desempenha um papel essencial no sentido de propiciar os intercâmbios sociais que tão bem fazem aos indivíduos, podendo ser entendido como uma atividade exercida “no contexto de relações sociais de produção, determinante essencial da formação da identidade pessoal e social do indivíduo, bem como de sua auto-estima e consciência de dignidade (ARANHA, 2003, p.8)

Percebe-se, assim, que o exercício de uma atividade laboral, nos moldes como antes apresentados, tem uma íntima relação com a dignidade humana, uma vez que, sem um trabalho (com a sua conseqüente remuneração) a pessoa não consegue prover-se do necessário para uma existência digna, além de ficar impossibilitada de desenvolver sua cidadania, de realizar sua inserção social e de desenvolver sua auto-estima.

Assim, “sendo o trabalho condição essencial à vida, não pode haver dúvida de que a dignidade do ser humano expressa-se com máxima intensidade no exercício do labor (NETO, 2007, p.114/115)”. Destarte, em virtude de todos os valores que encerra, o trabalho, desde 1949, tem sido considerado um direito fundamental de toda pessoa humana, inclusive, e com maior razão, daqueles que têm alguma deficiência.

1.4.1 O Direito Fundamental ao Trabalho na Constituição de 1988 e sua Aplicabilidade

O trabalho constitui um direito social de segunda dimensão, um direito social fundamental. Apesar de haver discussão a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais (CARELLI, 2003, p.253), hodiernamente, é majoritário o

entendimento de que eles o são. Em virtude disso, os ordenamentos jurídicos procuraram dar a tal direito proteção efetiva.

Quais são as implicações decorrentes do reconhecimento de um direito como fundamental? José Afonso da Silva preleciona que fundamentais são situações jurídicas que, sem elas, a pessoa humana não consegue realizar-se, não consegue sobreviver, e é fundamental no sentido de que todos, sem exceção, tem direito a elas devendo as mesmas serem concreta e materialmente efetivas (SILVA, 2004, p.178)

Com base em tal noção, verifica-se que o direito ao trabalho é um direito fundamental da pessoa humana, uma vez que seu escopo maior é garantir os recursos materiais para que o indivíduo possa garantir a sua sobrevivência, bem como possibilitar a sua inserção social, estando intimamente vinculado com a dignidade humana, como apontado alhures.

A Lei Maior não apenas estabeleceu de forma clara que o trabalho é um direito fundamental como também o elevou à categoria superior de fundamento da República (artigo 1º, inciso IV da Constituição da República de 1988). Estabeleceu, ademais, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e que a busca do pleno emprego é um dos princípios da referida ordem (artigo 170, caput e inciso VIII), além de estabelecer que toda a ordem social tem como primado o trabalho (artigo 193).

Evidente, então, que o trabalho teve uma atenção especial por parte do constituinte originário.

1.4.3 A Aplicabilidade do Direito Fundamental social ao Trabalho

A exigibilidade dos direitos sociais, dentre eles o direito ao trabalho, é uma das questões mais relevantes e complexas para o direito na contemporaneidade, porquanto intimamente relacionada com as discussões que se

fazem a respeito do papel do Estado na promoção da justiça social, bem assim pelo fato de que em sua grande maioria, as normas definidoras de tais direitos tem cunho programático (SARLET, 2009, p. 300).

Como o escopo desta monografia é outro, não se vai entrar nesta questão. O que se quer é, de forma sintética e sem maior profundidade, trazer o pensamento prevalente a respeito da eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais, visto que o direito ao trabalho se insere nesta categoria.

Tendo em vista que o trabalho além de ser um direito fundamental social de segunda dimensão é um dos fundamentos da República em que medida o mesmo pode ser exigido? Pode qualquer indivíduo que possua as habilidades e se encontre em idade apta a laborar exigir que o Estado lhe forneça um posto de trabalho ou determine que os particulares o façam? Ou, antes, trata-se apenas de uma norma que estabelece uma mera diretriz para o poder público, uma singela intenção inserida no texto constitucional?

O fato de um direito ser considerado fundamental acarreta uma série de implicações tanto para o Estado quanto para os particulares. Mas, apesar da Constituição garantir no artigo 5º, inciso LXXVIII, parágrafo 1º que as normas que encerram direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, isso não resolve de forma definitiva a questão da eficácia de tais direitos já que, para parte significativa deles, ela estabeleceu expressamente que haveria a necessidade de uma norma infraconstitucional para dar os seus contornos e garantir sua aplicabilidade.

Não há consenso doutrinário a respeito do significado e alcance deste preceito (SARLET, 2009, p. 261). Porém, a doutrina majoritária entende que as normas que definem direitos fundamentais democráticos e direitos individuais são de eficácia contida, tendo aplicabilidade imediata. Por sua vez, as que consubstanciam os direitos fundamentais econômicos e sociais são de eficácia limitada, de princípios programáticos cuja aplicabilidade é apenas indireta, embora não estejam despidas de sua juridicidade, exercendo relevante função jurídica (SILVA, 2004, p. 180).

Assim, pode-se alegar com segurança que a mera previsão no texto constitucional do direito fundamental social ao trabalho não dá aos indivíduos aptos ao mesmo, o direito subjetivo de exigir que o Estado crie postos ou obrigue as empresas a fazê-lo, genericamente falando. Por outro lado, não se trata de um mero programa de intenções, sem qualquer consequência jurídica. Ele deve ter um alcance e efetividade maiores, segundo os ditames do artigo 5º, parágrafo 1º. Como são mandados de otimização, os direitos fundamentais não podem ter a sua aplicabilidade verificada nos moldes em que se verifica a aplicação de meras regras, a saber: ou tudo ou nada. Antes, deve-se analisar os casos concretos para verificar o seu alcance, ou o quantum de sua aplicabilidade e eficácia (SARLET, 2009, p. 270/271).

Portanto, considerando que o direito social ao trabalho é um direito fundamental, embora não seja um direito subjetivo, entendemos que o mesmo goza de aplicabilidade imediata, no sentido proposto por Sarlet, qual seja, o de que o intérprete sempre deve levar em conta que há uma presunção em favor da sua aplicabilidade imediata e, caso ele recuse a aplicação do direito fundamental numa determinada situação concreta, deverá justificar e fundamentar tal recusa, o que não ocorre no caso das demais normas constitucionais não fundamentais, já que estas não gozam de referida presunção (SARLET, 2009, p. 270).

Tal compreensão a respeito da eficácia do direito social ao trabalho (assim como aos demais direitos sociais) reforça o entendimento de que a reserva de vagas de trabalho para pessoas com deficiência deve ser prestigiada, posto que intimamente relacionada com um direito tido como fundamental pela Constituição da República de 1988, cujos destinatários gozam de especial atenção por parte desta mesma Constituição, uma vez que ela quer ver revertida a indesejável situação de exclusão e discriminação a que foram historicamente submetidos.

Para o presente trabalho, em face de sua envergadura e escopo, é o que basta comentar a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Os dados que nós temos a respeito do número das pessoas com deficiência no Brasil são fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE. Todavia, os mesmos são do censo realizado no ano de 2000, embora esteja em curso (ano de 2010) novo levantamento estatístico que certamente incluirá questões a respeito de tais pessoas, o que possibilitará dados mais acurados.

Segundo tal instituto, as pessoas que declararam possuir pelo menos uma deficiência no Brasil, quer seja sensorial, mental, auditiva, física ou múltipla (quem tem mais de uma deficiência, como por exemplo, física e sensorial; mental e física; auditiva e visual; etc) são cerca de 24,6 milhões.

Os dados dão a medida da importância de se pensar a questão do respeito à dignidade humana de tais pessoas. Sem sombra de dúvidas, ao mesmo tempo em que houve o desenvolvimento da consciência a respeito da necessidade de se resguardar e ampliar os limites do princípio da dignidade humana de uma forma geral, houve incremento no que tange à necessidade do respeito à dignidade específica das pessoas com deficiência, histórica e culturalmente discriminadas.

2.1 Definição e Termo utilizados

Aduza-se que nem toda pessoa com deficiência já nasceu com a deficiência. É evidente que muitas pessoas passam a ostentar tal condição em virtude de circunstâncias tais como violência urbana (trânsito e criminalidade), acidentes provocados por indústrias nucleares⁶, químicas⁷, farmacêuticas⁸, guerras, erros e negligências médicas, acidentes de trabalho, etc. No tocante aos acidentes de trabalho, no Brasil, cerca de 50 empregados deixam definitivamente o mundo do trabalho, quer seja por morte ou incapacidade laborativa permanente, causados por acidentes de trabalho, na vasta maioria das vezes por negligência do empregador (OLIVEIRA, 2008, p.25).

O Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/91, foi a legislação brasileira que trouxe definição mais clara a respeito das pessoas com deficiência, no âmbito jurídico. Através de seu artigo 3º o Decreto assim conceitua 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”.

Não obstante, o documento jurídico que atualmente está mais consentâneo com a realidade de tais pessoas é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, homologada pela Assembleia das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, entrando em vigência em 03 de maio de 2008, documento já ratificado pelo Brasil.

⁶ Nucleares. Dentre centenas pode-se citar o acidente de Chernobyl na Ucrânia, no dia 26 de abril de 1986, cerca de 7 milhões de pessoas sofrem diariamente as consequências do desastre, desde o acidente muitas crianças, especialmente no sul de Belarus, nasceram com distúrbios cognitivos ou com graves deficiências físicas. Fonte: www.greenpeace.org.br, acesso em 07/05/2010.

⁷ Químicas. Acidente de Bhopal, Índia, em que houve explosão de planta do complexo industrial da Union Carbide nos subúrbios da cidade liberando isocianato de metila que é usado na fabricação de inseticidas, causando a morte direta de 3,5 a 7,5 mil pessoas e intoxicação de cerca de 200.000 outras, até hoje os efeitos de tal acidente são sofridos naquela cidade. Fonte: www.greenpeace.org.br, acesso em 07/05/2010.

⁸ Farmacêuticas. Talidomida, droga desenvolvida por laboratório farmacêutico alemão em 1954 para controlar ansiedade, tensão e náuseas, sendo inclusive prescrito para mulheres grávidas como forma de combater o enjôo, e espalhada para várias partes do mundo (46 países). Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral. Enfim, causa efeito teratogênico quando consumido por gestantes, descoberto em 1960, quando já havia mais de 10 mil casos diagnosticados. Foi retirado de circulação em 1961, menos no Brasil, o que viria ocorrer somente cinco anos depois em 1965. Volta à circulação nas décadas de 1990 e 2000 para aplicação em outros casos (lúpus, vitiligo, etc) que geram o nascimento de dezenas de novos casos de crianças vitimadas pela droga (2ª e 3ª geração), principalmente em função da desinformação, inclusive de profissionais da área de saúde. Em 14 de janeiro de 2010 é publicada no Brasil a Lei 12.190 que concede às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, indenização por dano moral. Fonte: www.talidomida.org.br acesso em 07/05/2010.

Referida Declaração conceitua pessoa com deficiência em seu artigo 1º, ao tratar dos propósitos da Convenção, da seguinte maneira: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.”

Ademais, no artigo 3º da Convenção, dentre os princípios que enumera, apresenta a ideia de que a deficiência deve ser tida como algo inerente à diversidade humana e, como tal, revelam-se como atributos pessoais, que, por sua vez, constituem restrição de acesso aos direitos, não necessariamente pelos impedimentos que tais deficiências produzem em si mesmas, antes, sobretudo, em virtude das barreiras sociais e das atitudes dos demais membros da sociedade (FONSECA, 2010, p.05). Na medida em que tais barreiras forem sendo eliminadas, tais pessoas terão assegurada sua cidadania de forma mais plena.

Em virtude do conceito acima o termo usado para se referir à pessoa nessas condições é pessoa com deficiência. Abandonam-se os termos pessoa com necessidades especiais, dada a sua amplitude, pois pode referir-se tanto a idosos, infantes carentes, gestantes, etc; bem como o termo pessoa portadora de deficiência, porquanto as necessidades não se portam, estão com a pessoa ou na pessoa. Assim, o termo que é utilizado nesse trabalho, como já se pode observar, é pessoa com deficiência, visto que é a denominação internacionalmente mais frequente.

2.2 Relação entre a Sociedade e as Pessoas com Deficiência

No transcorrer da história a pessoa com deficiência, na sua relação com a sociedade, recebeu os mais díspares tratamentos. Em virtude da profundidade do assunto, optou-se por tecer breves comentários tomando-se como marco temporal a contemporaneidade em que se passa de uma visão do fenômeno como questão metafísica para um prisma biológico.

É importante entendermos essa relação entre as pessoas com deficiência e a sociedade, pois a perspectiva adotada irá influenciar diretamente o posicionamento e as ações (ou inércia) tomadas por parte do governo, dos indivíduos e das empresas no que se refere à garantia dos direitos e as medidas para assegurar a sua igualdade substancial, dentre elas, a lei de cotas ou reserva legal de vagas.

Assim, segundo Aranha, pode-se encontrar na evolução⁹ da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência, três paradigmas: o da institucionalização, o de serviços e o de suporte. Ressalte-se que não há uma transição para um abandonando-se completamente o outro, de modo que, mesmo hodiernamente, há pessoas, empresas, entidades, enfim, vários atores sociais que têm uma visão sobre a pessoa com deficiência baseada no paradigma da institucionalização, o que resulta na sua exclusão e discriminação.

O Paradigma da Institucionalização pressupõe práticas que tem por objetivo retirar as pessoas com deficiência, notadamente as com retardo mental, de suas comunidades originárias e colocá-las em determinadas instituições residenciais segregadas em locais distantes de suas famílias, chamadas instituições, daí o nome do paradigma. A deficiência é vista como fenômeno inerente ao indivíduo, influenciando a atitude da sociedade para com o mesmo (ARANHA, 2003, p. 11/12).

Com a evolução do pensamento doutrinário e médico, além dos graves problemas sociais, o Estado passa a reconhecer sua responsabilidade quanto a tal segmento no que tange a suas necessidades de educação e de saúde. Em virtude de todo esse processo, passa-se a constituir um novo paradigma na relação da sociedade com as pessoas com deficiência, o Paradigma de Serviços. Reconhece-se que a pessoa com deficiência precisava ser preparada para exercer os seus direitos de cidadania. Deviam ser preparadas, ou aprontadas, para sua integração

⁹ Reconhece-se que toda reconstrução histórica supõe uma escolha, passível de contestações. Não obstante, opta-se pelo excelente trabalho da Professora Maria Salete Fábio Aranha. De qualquer forma sugere-se, também, leitura de importante e excelente artigo dos professores Maria Nivalda de Carvalho Freitas e Antônio Luiz Marques publicado na Revista O&S da Universidade Federal da Bahia, v. 14, nº 41 – abril/junho de 2007, que pode ser encontrada no sítio: www.revistaoes.ufba.br. Em tal artigo, ao trazer o panorama histórico da relação da pessoa com deficiência e a sociedade, tais pesquisadores usam o termo matrizes interpretativas que moldaram e legitimaram a distinção das pessoas com deficiência, tanto na sociedade quanto no trabalho.

na comunidade. Pressuposto equivocado, uma vez que os esforços eram concentrados em mudar a pessoa com deficiência para que ela se habilitasse à vida social, para que se assemelhasse ao não deficiente (ARANHA, 2003, p. 14).

Verificado o equívoco, passa-se a entender que cabe sim à sociedade oferecer aos cidadãos com deficiência os serviços que necessitarem nas áreas física, psicológica, educacional, social, profissional, a fim de se habilitarem cada vez mais, não obstante, cabe também à sociedade como um todo garantir-lhes o acesso a tudo de que dispõe, independentemente do tipo de deficiência e grau de comprometimento que apresentam. Trabalha-se com a pessoa com deficiência, mas impõe-se a intervenção nos mais diversos aparatos que estão envolvidos no contexto de vida dessa pessoa na comunidade promovendo os devidos ajustes, quer sejam físicos, materiais, humanos, sociais, legais, etc. (ARANHA, 2003, p. 15).

Note-se que deve haver intervenção no contexto legal. Nesse sentido é que veio a imposição da reserva de cotas, ou reserva legal de cargos, como uma das facetas para promover a inclusão social das pessoas com deficiência, já que a sociedade brasileira, segundo ditames constitucionais, é uma sociedade inclusiva. Esse ponto será retomada um pouco mais à frente quando se analisar a referida lei.

No Brasil, verifica-se hoje um discurso caracterizado pelo paradigma de serviços em mudança para o paradigma de suportes. A prática, porém, evidencia que a ação social encontra-se no paradigma da institucionalização, associado ao paradigma de serviços (ARANHA, 2003, p. 16). Observa-se que a posição da vasta maioria das empresas, no que concerne às cotas para pessoas com deficiência, segue os paradigmas da institucionalização ou de serviços, ao passo que poucas adotam o paradigma de suportes, fazendo com que haja uma significativa resistência ao seu cumprimento.

2.3 O direito ao trabalho e a pessoa com deficiência

Com a evolução histórica no trato da pessoa humana, e a conseqüente valorização do princípio da dignidade humana, a pessoa com deficiência também passou a receber especial atenção, num processo que foi chamado de especificação do sujeito de direitos. Assim, o sujeito não é visto de forma genérica, mas nas suas peculiaridades, tomando-se em consideração critérios de distinção, das suas diversas maneiras de ser em sociedade (PIOVESAN, 2003, p.303).

Em virtude do importante papel que o trabalho desempenha no sentido de possibilitar a inclusão social, a construção da história de vida, de propiciar os recursos necessários para uma existência digna, e em face da realidade social nefasta e excludente em que se encontram, como já apontado alhures, é de vital importância que se possibilite às pessoas com deficiência o acesso a tal direito fundamental social. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece esta importante e nobre função do direito ao trabalho, procurando assegurá-lo como se verá a seguir.

2.3.2 No âmbito da Constituição da República de 1988

A Constituição procurou assegurar os direitos das pessoas com deficiência. Sua inclusão passou a fazer parte da filosofia do seu texto, sendo adotada como regra geral, o que permite recolher comandos mais precisos (RAGAZZI e ARAÚJO, 2007, p. 43/44). Isso é percebido logo no início, quando no artigo 3º, inciso I, aduz que um de seus fundamentos é construir uma sociedade justa e solidária. Ademais, via do inciso III do já citado artigo, enfatiza que seu outro fundamento é reduzir as desigualdades tanto sociais quanto regionais, e no último inciso do referido artigo assevera que seu outro fundamento é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Outro aspecto muito importante quanto aos direitos das pessoas com deficiência no âmbito da Constituição, é que a mesma assegura o princípio genérico da igualdade. Isso acontece no artigo quinto, *caput*, reforçado no inciso I do mesmo artigo, quando assevera que homens e mulheres são iguais. Determinou que o

Estado e a sociedade adotassem ações específicas para garantir a igualdade (igualdade material) das mesmas.

Estabeleceu, também, que o direito ao trabalho é um direito fundamental social, e que o mesmo desempenha importantíssimo papel na inclusão social. Diretamente relacionado com a não discriminação de tais pessoas quanto ao direito ao trabalho, encontra-se no artigo 7º, inciso XXXI, a regra de que não deve haver qualquer discriminação tanto no tocante ao salário, quanto no critério de admissão do trabalhador com deficiência.

Outro dispositivo que deve ser destacado, e que está em íntima relação com a defesa da inclusão das pessoas com deficiência e com a afirmação de sua dignidade através do trabalho, é aquele que prevê a reserva de vagas para pessoas com deficiência por ocasião da contratação de servidores e empregados pela Administração pública. Assim, no artigo 37, inciso VIII, a Constituição estabelece que o poder público deve reservar um percentual de seus cargos e empregos a pessoas nessas condições.

As pessoas com deficiência compõem grupos muito diferentes, com várias e específicas necessidades. De fato, há pessoas com deficiência sensorial, motora, intelectual, etc. Enfim, está-se diante de um grupo multifacetado que para o atendimento de suas necessidades exige-se do Estado e da sociedade também multiplicidade de ações (ARAÚJO, 2003, p. 411).

A Constituição da República de 1988 preocupou-se com tal variedade, estabelecendo determinadas ações estatais que têm como escopo atender os direitos de determinados grupos, ao passo que estabeleceu normas de caráter genérico, como o princípio da igualdade, entre outros. Destaque-se, também, o artigo 227 da CF voltado para o trabalho da pessoa com deficiência adolescente, prevendo a necessidade de treinamento para o trabalho dos mesmos, e a facilitação de seu acesso aos bens e serviços coletivos e a eliminação do preconceito.

Além disso, há normas variadas no tocante aos direitos de tais pessoas em outras áreas que não especificamente o trabalho. Mas como o fulcro da

monografia é o direito ao trabalho, prefere-se não aprofundar no tocante aos direitos de tais pessoas relacionados a essas outras searas.

Assim, verifica-se que a Constituição da República de 1988 apresenta um significativo avanço em relação aos documentos anteriores no que tange ao aspecto de trazer normas para assegurar o direito fundamental ao trabalho às pessoas com deficiência, além da proteção de seus direitos em outras áreas.

2.3.3 No âmbito Infraconstitucional – A “Lei de Cotas”

Pode-se afirmar com segurança que uma legislação infraconstitucional destinada a proteger os direitos e interesses específicos das pessoas com deficiência surgiu no panorama jurídico brasileiro apenas depois do advento da Constituição da República de 1988. Trata-se da Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989, cujo objetivo explícito era promover a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, tanto do setor público quanto privado, através de vários mecanismos.

Mas, como o ponto fulcral é a relação de trabalho, fixar-nos-emos apenas em um aspecto da Lei 7.853/89, complementado pela Lei 8.213/91, que é o concernente à reserva de vagas, ou cotas, para pessoas com deficiência que ocorreu de forma mais incisiva por ocasião da sua regulamentação.

O decreto, em seu artigo 36, estabeleceu a obrigatoriedade das empresas que contam com mais de cem empregados de reservar vagas no percentual de 2 a 5%, segundo o seu vulto, para o preenchimento com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoas com deficiência. Assim, só a partir de 1999 é que se percebe movimentações mais consistentes no sentido de procurar incluir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Desta forma, a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher seus quadros com pessoas com deficiência ou reabilitadas na seguinte proporção: I) até 200 empregados, 2%; II) de 201 a 500, 3%; III) de 501 a

1000, 4% e, IV) de 1001 em diante, 5%. Ressalte-se que a norma estipula a obrigação por empresa e não por estabelecimento (BEZERRA, 2008, p. 171)

Referida Lei estabeleceu também que caso seja demitida uma pessoa com deficiência contratada para preencher a cota, tal ato só não estará revestido de nulidade se o empregador tiver feito a contratação de outra pessoa com deficiência ou reabilitada para o cargo em questão. Sem sombra de dúvidas, uma autêntica ação afirmativa cujo objetivo é garantir a inclusão social deste importante segmento que histórica e culturalmente sempre foi discriminado e negligenciado.

Mas, como se tem comportado o empresariado no tocante ao cumprimento desta norma que tem um propósito tão relevante? Muitos empresários ainda se mostram refratários a esta disposição legal. Alguns, simplesmente deixam de aplicá-la. Outros, burlam as suas determinações através dos mais variados estratagemas; outros a aplicam simplesmente por uma questão de obrigação, evidenciando que não entendem seu objetivo e sentido. Poucos são os empresários que fazem todo empenho no sentido de aplicá-la.

Argumentação jurídica de relevo que foi levantada diz respeito à inconstitucionalidade da referida reserva legal. Aduzem que há desrespeito ao princípio da igualdade. Asseveram, também, que ela é ofensiva ao direito de propriedade, por esvaziar ou mitigar o direito potestativo dos empregadores na demissão, eis que condiciona a despedida de uma pessoa com deficiência à contratação prévia de outra pessoa com deficiência para o seu lugar.

Alguma doutrina (MAIA, 2008, p. 35) aduziu a sua inconstitucionalidade por um aspecto formal, qual seja, o Estado extrapolou sua competência regulativa por ocasião do decreto, criando situações não previstas na lei. Como a argumentação da ofensa ao princípio da igualdade é a que se apresenta de forma mais contundente e intimamente relacionada com o tema do presente trabalho, entende-se necessário fazer apontamento de tal importante princípio.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS: MITIGAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO?

3.1 Da Igualdade Formal

A igualdade surge como princípio jurídico a partir do constitucionalismo moderno, derivado das revoluções com as suas conseqüentes Declarações de Direito. Essa igualdade, tem o objetivo de acabar com o antigo regime, absolutista, caracterizado pela concentração total do poder político nas mãos dos reis. Essas revoluções foram conduzidas pela burguesia que não detinha o poder político. Passa-se do Estado Absolutista para o Estado Liberal, cuja característica essencial era a não-atuação do Estado no domínio econômico e nos assuntos privados, o que significava liberdade, separação plena dos poderes, e a adoção do dogma da igualdade, vedando tratamento desigual aos iguais (MADRUGA, 2005, p. 32).

Nesse cenário, ainda que se estabeleça o dogma da igualdade, a sua concepção é formal, estatuída para o homem considerado em abstrato. Era igualdade formal ou igualdade perante a lei, ou seja, a lei devia ser igual para todos, sem qualquer espécie de distinção. O Estado com estas características possibilita à burguesia (a condutora das revoluções) um acúmulo ainda maior de capitais, com o conseqüente aumento da pobreza, a piora das condições de vida de muitas pessoas, e o aumento das desigualdades em virtude da concentração da riqueza.

Quanto às minorias, dentre elas as pessoas com deficiência, não havia qualquer tipo de proteção específica.

Ressalte-se, não obstante, que apesar disso foi um grandioso avanço o estabelecimento do princípio da igualdade perante a lei, uma vez que o reconhecimento e a juridicização de tal princípio possibilita a punição da discriminação e do preconceito (FRISCHEISEN, 2007, p. 53), a igualdade passa a ser um direito fundamental.

Ficou evidente que a igualdade jurídica não passava de uma singela ficção, uma vez que ela, por si só, não possibilitava aos vulneráveis, às minorias e aos socialmente desfavorecidos o acesso às prerrogativas e às oportunidades que aqueles mais afortunados dispunham, passando-se a reconhecer que era necessário mudar o enfoque e o papel do Estado, assegurando igualdade real.

3.2 Da Igualdade Material ou Substancial

Para tanto, seria necessário levar em conta as condições fáticas e econômicas, determinados comportamentos inevitáveis da convivência humana, tais como a discriminação, o preconceito, além de tomar em consideração as especificidades e diferenças. Enfim, adotar uma nova perspectiva sobre a igualdade e o papel do Estado, que para a concretização da igualdade material, uma igualdade real e efetiva, deveria ser mais destacado, deixando de lado a sua neutralidade tal como preconizado pelo regime Liberal. (GOMES, 2002, p. 4; PIOVESAN, 2003, p. 193),

Entre o início e a segunda metade do século XX, há uma paulatina migração para o Estado Social, que no início pecou pela excessiva centralização, suprimindo de forma muito acentuada a liberdade dos cidadãos (LORENTZ, 2004, p. 103), mas teve o mérito de fazer as Constituições incluírem em seu corpo direitos sociais, tais como a saúde, a educação, o trabalho, por exemplo.

Após a segunda guerra mundial, surge o Estado Democrático de Direito, entendendo-se que o Estado deveria intervir na sociedade de molde a corrigir as desigualdades, proporcionando oportunidades específicas para determinados minorias étnicas e sociais tais como os índios, os negros, as mulheres, as crianças, as pessoas com deficiência, em virtude de sua vulnerabilidade e da discriminação histórica pelas quais passaram.

Reconhece-se que, para promover a igualdade substancial, é preciso atingir duas metas, quais sejam, combater a discriminação e promover a igualdade substancial, (PIOVESAN, 2003, p. 196). Entende-se que, em certas circunstâncias, para igualar, é preciso tratar de forma desigual, essência da igualdade substancial ou material, pois o tratamento igual a pessoas que se encontram em situações diferentes constitui-se em iniquidade.

Assim, a igualdade material não elimina a igualdade formal, antes, complementa-a, fazendo com que se reconheça que não é suficiente que a lei declare que todos são iguais e que se combata a discriminação, mas que se deve estabelecer regras, mecanismos que sejam aptos para a consecução da genuína igualdade, corrigindo-se as distorções sociais. Para tanto, procurou-se adotar certas medidas que passaram a ser chamadas de ações afirmativas.

3.3 O Princípio da Igualdade na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, caput, dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Ressalte-se que tal disposição encontra-se no Título II, Capítulo I, que trata dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, logo, o princípio da igualdade ou isonomia foi alçado à categoria de direito fundamental.

Mas, e quanto à igualdade material ou substancial? Está ela prevista na Constituição de 1988? Sim, mas não em um simples artigo. Através de análise sistemática vislumbra-se que o princípio da igualdade substancial está disseminado

pelo texto constitucional. Pode-se identificá-lo quando se verifica, por exemplo, os fundamentos da República previstos no seu artigo 1º, inciso III, quando aduz que um destes fundamentos é a dignidade da pessoa humana, bem assim quando se analisa dois dos objetivos fundamentais desta mesma República, insertos agora no artigo 3º, incisos III e IV, que é reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie bem como discriminação seja ela qual for.

O princípio da igualdade material espraia-se por outros dispositivos constitucionais quando esta trata, por exemplo, dos direitos sociais, dentre eles o direito ao trabalho, proibindo qualquer tipo de discriminação no tocante ao pagamento de salários; qualquer discriminação no tocante à admissão, citando explicitamente as pessoas com deficiência; ao proibir distinção nos tipos de trabalho, manual, intelectual, etc; ao proibir diferenciação no tocante ao tipo de trabalhador se com vínculo ou se avulso (artigo 7º, inciso XXX, XXXI, XXXII, XXXIV - dentre outros).

Assevere-se, ainda, que, de forma explícita, a Constituição trouxe previsão de uma espécie de ação afirmativa que mostra inequivocamente sua preocupação com o aspecto substancial da igualdade, qual seja, a adoção de cotas para pessoas com deficiência, em seu artigo 37, inciso VIII, uma vez que ela é utilizada como instrumento de transposição da igualdade formal para a substancial (NICZ, 2007, p. 18). Este assunto será abordado mais adiante.

Passa-se a reconhecer que a questão social latente em nosso país está intimamente ligada à necessidade da compreensão do relacionamento estreito entre diferença e igualdade, que é o ponto fulcral da construção da democracia, que pressupõe a participação de todos, inclusive das minorias, no presente e no futuro da sociedade.

Em perfeita sintonia com a construção jurídica contemporânea, a Constituição do Brasil de 1988 coloca o princípio da igualdade formal e material numa relação de complementaridade, pois no mundo moderno não há mais razão para discussões antagônicas a respeito de tal princípio, o que se deve buscar é a convergência de ideias que propiciem maior efetividade à aplicação da igualdade procurando o equilíbrio na sociedade (ATCHABAHIAN, 2004, p. 75).

3.4 As Ações Afirmativas

Na década de 1960, surge nos Estados Unidos da América movimento conhecido como *affirmative action*, adotado posteriormente pela Suprema Corte daquele país na elaboração de seus julgados. Preconizava a implantação de planos, programas, ações tanto públicos quanto particulares, garantindo-se às minorias sociais percentuais de oportunidade de empregos, cargos, espaços sociais políticos e econômicos, para garantir sua inserção social (ROCHA, 1996, p. 86/88).

Há mutação do conteúdo do princípio da igualdade. De um conceito jurídico-passivo e negativo-atitudinal, passa-se para um conceito jurídico-ativo e positivo-atitudinal, através de ações afirmativas.

Mas, o que são as ações afirmativas? Segundo o magistério de Joaquim Barbosa Gomes, pode-se defini-las como sendo:

[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2002, p. 10).

Assim, a adoção de ações afirmativas é justificada pelo reconhecimento de que, se não forem adotadas medidas, planos, certas políticas sociais específicas, para garantir a igualdade de certas minorias, o combate ao preconceito etc., a inclusão social destas não ocorreria, persistindo a sua situação histórica e cultural nefasta de exclusão, alijamento e discriminação. Seus objetivos principais são três, quais sejam: propiciar a “igualdade de chances, na forma de inclusão social; a mudança no imaginário coletivo e a criação de exemplos na comunidade (ATCHABAHIAN, 2004, p. 266)”.

Como a competição é da substância da sociedade capitalista e como existe uma desigualdade econômica, social, e marginalização, as pessoas não saem

todos do mesmo ponto nesta competição. Alguns por fatores históricos, culturais, congênitos, estão aquém da linha de partida, de modo que é necessário assegurar-lhes juridicamente as bases para competir de forma igualitária.

Portanto, entende-se que as ações afirmativas são um instituto extremamente importante na busca de um ambiente mais igualitário, mais justo, possibilitando a todos o usufruto e a participação na construção da sociedade em que inseridos, sem discriminação e preconceitos, em plena consonância com o princípio da dignidade humana e da igualdade material ou substancial.

3.5 As cotas Para Pessoas com Deficiência Coadunam-se com o Princípio da Igualdade?

Pode-se dizer que as ações afirmativas são um gênero, do qual as cotas são uma espécie ou uma modalidade. Através delas reserva-se um número determinado de lugares ou espaço para um certo grupo (ou grupos) de beneficiados cuja marca é a vulnerabilidade (MARANHÃO, 2005, p. 121).

A Constituição da República de 1988 reservou cotas para pessoas com deficiência para acesso aos cargos e empregos públicos no artigo 37, inciso VIII, que foi regulamentado pela Lei 8.112/1990. Isto estabeleceu o modelo para o acesso aos empregos também no setor privado, o que foi feito pela Lei 7.853/90 (que foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 20/12/1999) e pela Lei 8.213/91, no seu artigo 93 e parágrafos.

Não obstante, o empresariado de uma maneira geral mostrou-se refratário a tal disposição legal. O argumento jurídico apresentado era a inconstitucionalidade de tal previsão por, dentre outros defeitos, malferir o princípio da igualdade ou isonomia (MARANHÃO, 2005, p. 121), aduzindo, ademais, que lhes foi imposto um ônus (cumprir cotas) que outros segmentos da sociedade não possuem, afrontando, também dessa maneira, o princípio da igualdade e esvaziando o seu direito de propriedade.

Não se sustentam tais alegações. A reserva legal de cargos está em plena sintonia com o princípio da igualdade material. E, para dar consistência a tal assertiva, não obstante os argumentos a respeito do importante papel das ações afirmativas já colacionados, apresentar-se-á alguns outros apontamentos sobre a justificativa jurídica para se desigualar.

Assim, surge questão importante: até que ponto a lei pode discriminar a fim de não causar uma nova desigualdade? Esse aspecto foi abordado por excelente monografia de Celso Antônio Bandeira de Mello, cujos raciocínios serão aqui utilizados.

De fato, a igualdade não é um princípio absoluto. Existem circunstâncias em que é possível fazer certa discriminação sem que com isso se venha a ferir o princípio da igualdade. Por outro lado, nem toda diferenciação que é feita por lei é compatível com o sistema jurídico e com o próprio princípio da igualdade. Como resolver o impasse? A lei que estabelece as cotas (uma diferenciação) está de acordo com o princípio da isonomia?

Para se saber isso é preciso verificar as situações concretas. Assim, por exemplo, em certos casos é possível que um concurso público especifique que suas vagas destinam-se apenas a pessoas de certo sexo (só homem, ou só mulher), não ferindo o princípio fundamental da igualdade ou isonomia. Utilizando-se de tal raciocínio, pode-se embasar, por outro viés, a discriminação que se realiza para procurar igualar substancialmente. Para tanto, faz-se necessário o preenchimento de certos requisitos, ou elementos, que são quatro. Vejamo-los:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos;

a) que a *desequiparação* não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas *desequiparadas* pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços nelas residentes, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (MELLO, 1995, p. 41)

Portanto, um simples olhar sobre a lei de reserva legal de vagas para pessoas com deficiência, evidencia que os três primeiros requisitos são atendidos: ela tem um caráter genérico; a racionalidade indica que a pessoa nessas condições tem necessidades que os ditos “normais” não têm e que há uma correlação entre os fatores de distinção e a mui louvável regra que estabelece percentagens de cargos para eles.

No tocante ao terceiro requisito, é interessante trazer uma ponderação feita por Mello. Ele assevera que as vantagens que são conferidas devem prestigiar situações que o ordenamento confira abonação, ou, então, que tenham compatibilidade com os interesses albergados pelo sistema constitucional (MELLO, 1995, p. 42).

Ora, pelo que foi exposto anteriormente, nossa Lei Maior adotou expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, explicitou que o direito ao trabalho além de se constituir em direito fundamental social é o primado de toda a ordem social, estabeleceu, ademais, que a igualdade é também um princípio fundamental e que deve ser analisada sob o aspecto material, substancial, não apenas o formal.

Portanto, não resta outra conclusão senão a de que a discriminação positiva operada pela lei da reserva legal de cargos ou lei de cotas é constitucional e está em plena harmonia com o princípio da igualdade ou isonomia, não havendo justificativas de cunho jurídico para o seu não cumprimento.

De fato, aqueles que defendem tal tipo de argumento evidenciam que adotam uma posição limitada e não consentânea com o atual panorama jurídico, apegando-se à visão ultrapassada de que o princípio da igualdade significa tão somente a igualdade perante a lei, a igualdade formal.

Do ponto de vista das relações da sociedade com as pessoas com deficiência, pode-se verificar que os que defendem tal posição ainda estão com a visão ultrapassada do panorama de serviços, conforme magistério de Aranha (2003), que preconiza que se deve “trabalhar” tais indivíduos a fim de que atinjam a condição de normalidade, ou seja, a de que a inclusão social é um problema delas

próprias, de suas famílias ou, quando muito, das entidades assistenciais especializadas (GIL, 2002, p. 7). Posição lamentável, pois, como apontado, muitos caso de deficiência são decorrência direta da própria atividade empresarial.

3.5.1 A posição do Supremo Tribunal Federal em caso análogo

O Supremo Tribunal Federal, teve oportunidade de decidir um caso em que foram apresentados argumentos similares por ocasião do julgamento da ADI 2.649-6/DF¹⁰, quando a ABRATI Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros, questionou disposição da Lei 8.899/1994, que concedeu passa livre às pessoas com deficiência.

Referida ADI teve como relatora a Ministra Carmen Lúcia. A ABRATI alegou que às empresas a ela associadas foi imposto um ônus, não suportado por demais parcelas da sociedade, ferindo-se o princípio da igualdade. Asseverou a Ministra que ocorre justamente o inverso, pois é desigualando os desiguais que se iguala juridicamente, por isso que a norma estabeleceu a concessão de passe livre às pessoas com deficiência, não havendo que se aduzir a ofensa ao princípio da igualdade, eis que se busca exatamente com essa lei a igualdade de direito e oportunidades, além de contribuir para a redução das desigualdades sociais, realçando a preocupação e cuidados específicos com a pessoa com deficiência.

O Ministro Menezes Direito, no seu voto na citada ADI acompanhando a relatora, alegou que a ofensa ao princípio da igualdade não existia, isto porque, segundo ele: “[...] seria até mesmo uma *contradictio in adjecto* se decretássemos a inconstitucionalidade pelo princípio da isonomia quando se está agasalhando exatamente a desigualdade para proceder à igualdade”.

Assim sendo, decidiram os Ministros do Supremo Tribunal, por maioria (vencido o Ministro Marco Aurélio), julgar improcedente a Ação Direta de

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649-6 Distrito Federal. DJe nº 197, Divulgação 16/10/2008, publicação 17/10/2008. Ementário nº 2337-1.

Inconstitucionalidade, entendendo, entre outras coisas, que a reserva de assento ou passe livre, não feria o princípio da igualdade por impor um ônus ao empresariado do setor de transporte, antes, referida previsão afirmava o princípio. O acórdão da ADI restou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: [...] – ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE [...]: IMPROCEDÊNCIA. [...]

4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República e de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. [...] (ADI nº 2.649-6/DF, julgada em 08/05/2008, DJe nº 197, publicado em 17/10/2008, rel. Min. Carmen Lúcia)

Os argumentos são similares para o caso da reserva legal de cargos. Dessa forma entende-se que a lei de cotas para pessoas com deficiência não fere o princípio da igualdade por imposição de ônus aos empresários proprietários de empresas que contem com mais de 100 (cem) empregados, antes, concretiza-o.

3.6 A Lei de Cotas e o Direito Potestativo de Demissão do Empregador

A lei nº 8.213/91, parágrafo primeiro, especificou que a dispensa de um trabalhador contratado para cumprir a cota para pessoas com deficiência, habilitados e reabilitados, só poderá ser feita após a contratação de substituto em semelhante condição, sob pena de nulidade de referido ato. Ou seja, estabelece-se um rito para a dispensa (MORO, 2008, p. 22).

Empregadores têm questionado no Poder Judiciário referida disposição utilizando, dentre outros, o argumento de que tal previsão fere seu direito potestativo - que é “o poder de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático (DELGADO, 2008, p. 651)” - de demitir sem ter de apresentar qualquer justificativa, bem como o seu direito de propriedade.

De fato, a partir da introdução no nosso ordenamento jurídico do instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, desde que efetue a multa de 40% sobre o saldo de referido fundo, o empregador não precisa apresentar as razões da demissão, pode realizar a denúncia vazia do contrato de trabalho. Assim, ao estabelecer a necessidade de contratação de substituto em semelhante condição, a lei limita o seu direito potestativo a tal dispensa, bem como o seu direito de propriedade, uma vez que ambos guardam uma íntima relação.

O direito de propriedade era tido como uma relação ente uma pessoa e uma coisa, cujo caráter era absoluto, natural e imprescritível. Não obstante, ao se analisar o conjunto de normas presentes na Constituição de 1988 sobre a mesma, percebe-se que ela não mais pode ser considerada como um direito individual e um instituto de direito privado, uma vez que a Lei Maior, conforme disposição expressa do artigo 170, inciso III, somente garante tal direito caso ele cumpra sua função social (SILVA, 2004, p. 269). Ou seja, as empresas têm responsabilidade social.

3.6.1 A Posição do Tribunal Superior do Trabalho

Referidas alegações já chegaram à instância máxima da Justiça Laboral, o Tribunal Superior do Trabalho. Em diversos julgados¹¹, tal Corte tem entendido que as mesmas são improcedentes. Traga-se como exemplo, por todos, o julgamento realizado no Recurso de Revista processo nº 164/2003-028-01.00.8, de relatoria da Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, realizado em 13 de maio de 2009.

A Ministra, após relembrar o princípio constitucional da igualdade, assevera que referida norma teve por escopo proteger os trabalhadores em

¹¹ Julgados: RR 716/2006-009-17-00.5 e RR 1195/2002-008-04-00.4 ambos de relatoria do Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, julgamentos 13/11/2009 e 11/09/2009; RR 130300-19.2000.5.04.0020, rel. Min. Horácio Senna Pires, 3ª Turma, julgamento 19/02/2010; e RR 1036/2003-012-09-00.2, rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa; RR 585/2004-029-04-40.4, rel. Min. Barros Levenhagem, 4ª Turma, publicado em 22/06/2007; RR 484/2001-002-17-00.6, re. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJ 17/04/2009.

condições de saúde desfavoráveis e que ao voltarem ao mercado de trabalho concorrem com os demais pretendentes em condição de inferioridade, assim, embora não assegure estabilidade aos mesmos, limita o direito potestativo do empregador de despedir, eis que o mesmo não é absoluto.

Antes, tal poder, enquanto garantia fundamental de caráter institucional, condiciona sua existência à conformação àquilo que a lei lhe atribui no momento em que delimita seu escopo, limites e alcance, delineando, dessa forma, seu próprio conteúdo. Assim, segundo a Ministra, plenamente legítima a fixação de limites ao seu exercício, para que se realize o princípio da função social da propriedade, andando bem o legislador quando restringiu a subjetividade inerente ao livre exercício do direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho da pessoa com deficiência ou reabilitada.

Portanto, de fato, há limitação ao direito potestativo de rescisão unilateral. Não obstante, tal limitação está plenamente de acordo com os princípios da dignidade humana, da igualdade, bem assim com o princípio da função social da propriedade, não havendo que se falar em inconstitucionalidade como tem afirmado a iterativa jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, razão pela qual, entende-se refutável tal argumento.

Em virtude de tudo quanto exposto, entende-se que a reserva legal de vagas para pessoas com deficiência - habilitadas ou reabilitadas - tal qual preconiza o comando da Lei 8.213/91 em seu artigo 93, não mitiga o princípio constitucional da igualdade, antes, concretiza-o, na medida em que referida previsão, uma ação afirmativa, representa importante passo na inclusão social de tal grupo que sempre foi histórica e culturalmente discriminado - embora em menor extensão ainda é - e na medida em que está plenamente consentânea com o tão decantado princípio da dignidade da pessoa humana.

3.7 A Posição da Doutrina Contrária às Cotas

Muito embora já se tenha chegado à conclusão a respeito do problema proposto, ou seja, que a ação afirmativa concernente à adoção da reserva legal de

vagas para pessoas com deficiência não afronta ou mitiga o princípio da igualdade, entende-se pertinente trazer algumas ponderações a respeito da aplicabilidade de tais cotas por parte dos empresários endossados pela doutrina (alguma).

Genericamente falando, em virtude do seu posicionamento contrário à determinação legal de reserva cotas, os empresários evidenciam que o paradigma adotado na sua relação com tais indivíduos é o mesmo que o adotado pela vasta maioria da população brasileira, qual seja, o ultrapassado paradigma de suporte, uma vez que, na sua visão, tal processo de adaptação deve ser de responsabilidade da pessoa com deficiência, da sua família, do Estado, de entidades assistenciais e filantrópicas, e não deles.

O Estado deixa a desejar no cumprimento de seu papel, é fato. Porém não se pode admitir o argumento de que, em virtude disso, os empresários estão isentos de cumprir sua parte. As empresas precisam cumprir a sua função social, e têm responsabilidade neste processo de inclusão social¹².

Infelizmente, vozes doutrinárias defendem tal alegação empresarial, mostrando-se contrários à adoção de cotas. Maia, após ressaltar que não questiona a legislação que garante a acessibilidade, aduz que os percentuais (2% a 5%) foram adotados sem critério; assevera que o Estado deve rever as percentagens e que deve financiar as empresas, de alguma forma, tendo em vista os investimentos que os empresários precisam fazer para receber trabalhadores nestas condições, aduzindo, a final, a impossibilidade do cumprimento das cotas (MAIA, 2008, p. 35/40).

No mesmo sentido as ponderações de Kalume. Para ele as percentagens são vultosas; assevera que a responsabilidade é do Estado em preparar numericamente e tecnicamente os deficientes, disponibilizando-os por atividade, Questiona as atuações do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho; propõe, por fim, novos percentuais¹³ para contratação, e chega até mesmo a aduzir

¹² Existe uma certificação internacional que identifica as empresas que têm responsabilidade social, trata-se da SOCIAL ACCOUNTABILITY 8000 (SA8000). Tal certificação foi feita tomando por base as normas da OIT, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU (MTE, 2007, p. 53).

¹³ São estes os percentuais pelo mesmo apresentados: mantém-se a isenção para empresas com até 100 empregados; mas até quinhentos, estariam elas obrigadas a contratar apenas 1% dos cargos; de

que: “A empresa não é uma escola de profissionalização, muito menos de deficientes. Nem a isto está obrigada nem deverá ou poderá ser compelida (KALUME, 2006, p. 73/90)”.

3.8 Outros Argumentos dos Empregadores Contrários às Cotas – Conforme Pesquisas de Campo

Como parte da doutrina assim se posiciona, os empresários, de forma mais intensa mostram-se refratários e deixam de cumprir a determinação legal. Para tanto, utilizam os mais variados argumentos e estratégias.

Em importante estudo sobre o tema Ribeiro e Carneiro (2009) analisaram essa questão. A pesquisa restringiu-se à ação fiscalizatória do Ministério Público do Trabalho (MPT) da 3ª Região, notadamente em Belo Horizonte – MG, nos meses de janeiro a julho de 2007, tendo sido pesquisadas 76 autuações no período de 2000/2007. Chegaram a interessantes conclusões que, de forma genérica, podem ser estendidas para as empresas dos demais Estados.

A pesquisa apontou que há indicação de comportamento refratário pelos empresários ao cumprimento da Lei¹⁴. Além de citar, como justificativa para tanto, os custos para adaptação das instalações, muitas empresas simplesmente elevaram as exigências de qualificação e experiência profissional¹⁵ para o preenchimento das vagas ofertadas, fato que restringe muito a possibilidade de candidatos com deficiência poderem preenchê-las; verificou-se que algumas promoveram reduções

501 a 1.000 - 2%; de 1.001 a 5.000 – 3%; de 5.001 a 10.000 – 4% e, acima de 10.000, para cada grupo de 1.000 empregados, ignoradas as frações, mais três deficientes (KALUME, 2006, p. 84).

¹⁴ A pesquisa apontou que, do universo pesquisado, 23 empresas estariam sujeitas à alíquota de 5%, destas, nenhuma havia cumprido integralmente a cota, e 7 não empregavam um único trabalhador caracterizado como portador de deficiência (RIBEIRO e CARNEIRO, 2009, p. 557).

¹⁵ Os autores trazem ilustração interessante: Uma empresa industrial do ramo de autopeças relacionou como requisito para admissão de pessoa com deficiência para o cargo ofertado, experiência na área, comprovada através de registro em carteira assinada, fluência não apenas em inglês como também em italiano. Feitas tais exigências, sentiu-se segura em alegar na autuação do MPT que não cumpria a cota pois o mercado não possui mão-de-obra qualificada. (2009, p. 558)

de funcionários¹⁶ sob contratação direta, substituindo-os por terceirizados, para abaixar o índice (RIBEIRO e CARNEIRO, 2009, p. 552/555).

Segundo a pesquisa acima, a estratégia mais recorrente, que quase todas as empresas utilizavam, era a concernente a “atribuir às pessoas com deficiência, incapacidade biológica e inabilitação para o desempenho das funções requeridas pelos cargos disponíveis” (RIBEIRO e CARNEIRO, 2009, p. 558/559).

Outro trabalho que apresenta subsídios para verificar-se o porquê da não aplicação da lei de cotas foi o desenvolvido por Tanaka e Manzini através de entrevistas semi-estruturadas junto a responsáveis por recursos humanos de empresas localizadas no norte do Paraná que possuíam mais de 100 funcionários. A principal razão para contratar era a imposição legal.

Segundo os pesquisadores, de forma geral, os critérios de admissão são estabelecidos pela empresa, devendo o postulante com deficiência se adequar a eles, já estar plenamente apto. Assim, “a concepção subjacente é a de que o empregador espera que o empregado com deficiência já esteja totalmente preparado para assumir uma função, se eximindo da responsabilidade de sua formação em serviço (TANAKA e MANZINI, 2005, p. 285)”.

Este argumento também foi encontrado em pesquisas científicas elaboradas em outras localidades brasileiras. Neste sentido, os trabalhos realizados por Anache em Campo Grande – MS (ANACHE, 1994); Araújo e Schmidt realizado na cidade de Curitiba- PR¹⁷ (ARAÚJO e SCHMIDT, 2006).

A análise dos trabalhos realizados permite concluir que os dois principais motivos alegados pelo empresariado para não contratação de pessoas com deficiência são: primeiro, a falta de qualificação destas, sendo certo que os empregadores entendem que a responsabilidade por este processo não é, em

¹⁶ Embora os pesquisadores advirtam que as informações da pesquisa não possibilitem inferir os motivos, fato é que, 05 empresas submetidas a fiscalização realizaram reduções substantivas do número de empregados. Uma delas reduziu 149 dos 214 empregados que apresentava no início da fiscalização pela PRT, resultando no arquivamento de sua autuação (2009, p. 560).

¹⁷ O trabalho dos últimos pesquisadores foram direcionados também para instituições que trabalham com adolescentes e adultos com deficiência. É interessante que quando indagadas sobre o processo de seleção adotado pelas empresas, 50% dessas instituições alegaram que falta solidariedade e não há uma visão mais humana das empresas (ARAÚJO e SCHMIDT, 2006, p. 250)

hipótese alguma, deles, e, sim, da própria pessoa com deficiência, de sua família, do Estado ou de entidades beneficentes; tal tipo de consciência enseja o segundo motivo que é a alegação de inexistência de pessoas com deficiência em número suficiente para o cumprimento da cota.

Todavia, as pesquisas deixam claro também que o advento da lei cotas representou (ainda que não esteja ocorrendo o seu integral cumprimento) um avanço no sentido de proporcionar oportunidades mais efetivas para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho (RIBEIRO e CARNEIRO, 2009, p. 562).

Portanto, apesar da relutância inicial (que ainda persiste) os fatos indicam que o advento da lei de reserva de vagas acelerou o processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o que indica a sua necessidade (CARVALHO-FREITAS, 2007, p. 214). Pois, ao passo que algumas empresas empregam-nas reconhecendo sua obrigação moral, outras o fazem apenas em virtude da obrigação legal, desempenhando importante papel para tanto a fiscalização realizada pelo Ministério Público do Trabalho e pelos fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego.

Assim sendo, entende-se que, não obstante reconhecer-se o fato de que o Estado ainda deixa a desejar no seu papel de promover a inclusão plena das pessoas com deficiência, não há justificativa plausível para que as empresas deixem de cumprir a sua parte no cumprimento da disposição legal de reserva de vagas, impondo qualificações desmesuradas para o cargo e usando o argumento de que as mesmas não têm as devidas qualificações.

Isto porque, com criatividade, boa-vontade e comprometimento é plenamente possível dar treinamento adequado para qualificar um trabalhador que se apresente com esta condição postulando uma vaga de trabalho, sendo certo, igualmente, que a questão da inabilitação na grande maioria da vezes é fruto do preconceito de quem faz a admissão, julgando de forma apriorística que a pessoa não está habilitada, não lhe concedendo oportunidade para mostrar o seu potencial.

CONCLUSÃO

As pessoas com deficiência sempre foram (e em grande medida ainda o são) histórica e culturalmente discriminadas. Assim sendo, são necessárias ações efetivas por parte de toda a sociedade (Estado, cidadãos comuns, empresas, etc), no sentido de minimizar os nefastos efeitos decorrentes desta situação, e como forma de respeitar sua inerente dignidade humana e de promover sua inserção social.

O trabalho é um direito fundamental social, e, indubitavelmente, representa uma das mais importantes ferramentas de inclusão. A reserva de vagas para pessoas com deficiência, ou cotas, surgida no panorama nacional com as Leis nº 7.853/89 e nº 8.213/91, como uma espécie de ação afirmativa, representa importante passo tanto no sentido de possibilitar-lhes o acesso a tão vital direito propiciando a reversão desta dramática e indesejável situação, quanto para assegurar-lhes a igualdade substancial.

Lamentavelmente, a maioria do empresariado tem questionado a aplicação de tão importante dispositivo legal. Usam, para tanto, as mais variadas estratégias, bem como os argumentos da falta de qualificação de tais pessoas, de que as cotas vão de encontro ao princípio da igualdade e de que o dispositivo legal esvazia o seu direito de propriedade. Tal fato revela que parcela significativa dos mesmos não têm consciência do importante papel social que suas empresas podem e devem cumprir.

Todavia, à vista de tudo quanto foi exposto, entende-se descabida a alegação da inconstitucionalidade da reserva legal de vagas por malferir o princípio

da igualdade, bem assim a alegação de que a qualificação e habilitação de referidas pessoas é responsabilidade do Estado, de sua família, e não das empresas. Isto porque, a construção de uma nação justa, solidária e igualitária é responsabilidade de toda a sociedade, conforme preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Reconhece-se que o Estado não tem cumprido de maneira efetiva o seu papel no sentido de garantir a educação, a saúde e a qualificação eficaz de tais pessoas, bem como no sentido de intervir no aparelho urbano assegurando-lhes o direito básico de ir e vir. Não obstante, isso não serve de justificativa para que o empresariado deixe de cumprir a sua parte na avença, posto que, as cotas, estão em plena consonância com o princípio da igualdade no seu aspecto mais abrangente que é o substancial.

Ademais, como apontado, as cotas são uma forma de assegurar às pessoas com deficiência um direito fundamental social, que é o trabalho.

Entende-se, ademais, também descabida a alegação de que referida previsão legal importa no esvaziamento do direito de propriedade, uma vez que tal direito não é absoluto, devendo a propriedade cumprir a sua função social, segundo os ditames constitucionais, conforme já assentou de forma iterativa a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Portanto, o dispositivo legal que determina a reserva de vagas, ou cotas, para pessoas com deficiência quando da contratação de empregados pelas empresas com mais de cem trabalhadores, no lugar de malferir, importa num fator de concretização do princípio da igualdade e do direito fundamental social ao trabalho, mostrando também estar em plena consonância com o excelso princípio da dignidade humana, razão pela qual deve-se envidar todos os esforços no sentido de assegurar o seu pleno cumprimento.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. (2009), “O dano à pessoa no direito civil brasileiro”, in, D.L de Campos e S.J.A. Chinellato (coord), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. (2003), “A Proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico no período 1988-2003”, in F. F Scaff (org), *Constitucionalizando Direitos*, Rio de Janeiro: Renovar.

ARAÚJO, Janine Praça, SCHMIDT, Andréia. (2006), “A inclusão de pessoas com necessidades especiais no trabalho: a visão de empresas e de instituições educacionais especiais na cidade de Curitiba”, in *Rev. Bras. Ed. Esp. mai-ago, v. 12, n. 2*. Marília

ANACHE, Alexandra Ayach. (1996), “O deficiente e o mercado de trabalho: concessão ou conquista?”. In *Rev. Bras. Ed. Esp. V.2, n.4*. Marília

ARANHA, Maria Salete Fábio. (2003), “A deficiência através da história: concepções e paradigmas”, in *Trabalho e emprego: instrumento de construção da identidade pessoal e social*. São Paulo: SORRI-BRASIL; Brasília: CORDE (série Coleção Estudos e Pesquisas na Área da Deficiência, v.9).

ATCHABAHIAN, Serge. (2004), *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS.

BEZERRA, Matheus Ferreira. (2008), “Acessibilidade ao Trabalho: A Inserção do Deficiente no Mercado de Trabalho”, in N. Mannrich (coord), *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. (2003), "Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais?" in *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11, n. 42, jan-mar.* São Paulo: RT.

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda. (2007), *A inserção de pessoas com deficiência em empresas brasileiras – um estudo sobre as relações entre concepções de deficiência, condições de trabalho e qualidade de vida no trabalho.* Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais UFMG.

DELGADO, Maurício Godinho. (2008), *Curso de Direito do Trabalho.* 7ª ed. São Paulo: LTr.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. (2010), "A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência", [HTTP://www.ampid.org.br/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php](http://www.ampid.org.br/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php). Acesso em 21/05/2010.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. (2007), *A Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GIL, Marta. (2002), *O que as empresas podem fazer pela inclusão das pessoas com deficiência.* São Paulo: Instituto Ethos

GOMES, Joaquim Barbosa. (2002), *O debate constitucional sobre as ações afirmativas.* Site Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. Disponível em [HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em 10.05.2010.

GORZ, André. (2007), *Metamorfoses do Trabalho: Crítica da Razão Econômica.* 2ª ed. São Paulo: Annablume.

GUERRA, Sydney. (2008), *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KALUME, Pedro de Alcântara. (2006), *Deficientes, ainda um desafio para o governo e para a sociedade.* São Paulo: LTr.

LORENTZ, Lutiana Nacur. (2004), “Igualdade e diferença como direitos fundamentais”, in *Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XVII, n. 27, mar.* Brasília: LTr.

MADRUGA, Sydney. (2005), *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira.* Brasília: Brasília Jurídica.

MAIA, Luiz Fernando. (2008), “O Direito do trabalho e portadores de deficiência física – regime de cotas e sua aplicação prática”, in *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v.19, n.225.* São Paulo: IOB Thomson

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. (2005), *O portador de deficiência e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (1995), *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros.

MORO, Luís Carlos. (2008), “O direito do trabalho e portadores de deficiência física – regime de cotas e sua aplicação prática”, in *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v.19, n.225.* São Paulo: IOB Thomson.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. (1991). *Direito do trabalho na constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva.

NETO. Sílvio Beltramelli. (2007), “O direito do trabalho como afirmação fático-jurídica da dignidade da pessoa humana: um pressuposto do debate sobre a flexibilização”, in *Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XVII, n. 34, set.* Brasília: LTr.

NICZ, Alvacir Alfredo. (2007), “A Igualdade como instrumento regulador das relações sociais”, in M.A. Vilattore e R. Hasson(coords) *Estado e Atividade Econômica – O Direito Laboral em Perspectiva.* Curitiba: Juruá.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. (2008), *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.* 4ª ed. São Paulo: LTr.

OTERO, Paulo. (2009), “Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional”, in D.L. Campos e S.J.A. Chinellato (coord), *Pessoa Humana e Direito.* Coimbra: Almedina.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. (2003), São Paulo: Max Limonad.

_____. (2010), “Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional”, in F. Piovesan e L. P. V. de Carvalho (coord) *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas

RAGAZZI, José Luiz, ARAÚJO, Luiz Alberto David. (2007), “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência”, in *Revista do Advogado*, ano XXVII, n.95. São Paulo: AASP

RIBEIRO, Marco Antônio, CARNEIRO, Ricardo. (2009), “A inclusão indesejada: as empresas brasileiras face à lei de cotas para pessoas com deficiência no mercado de Trabalho”, in *Revista O&S*, julho-setembro, v.16, n.50. Salvador.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (1996), “Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15. São Paulo: Malheiros.

SARLET, Ingo Wolfgang. (2002), *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. (2003), “Os direitos fundamentais sociais como ‘cláusulas pétreas’”, in *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Ano XXX, n. 09, mar. Porto Alegre: Ajuris.

_____ (2009), *A Eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, José Afonso da. (2004), *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros.

TANAKA, Eliza Tiekko Oshiro, MANZINI, Eduardo José. (2005), “O que os empregadores pensam sobre o trabalho da pessoa com deficiência?”, in *Rev. Bras. Ed. Esp.*, mai-ago, v.11, n.2. Marília.