

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO III**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Maria Aurea Baroni Cecato, Norma Sueli Padilha, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho –
Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-310-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado
Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente
do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Os artigos ora apresentados foram selecionados para apresentação no Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III, do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba, e representam pesquisas realizadas pelos autores por meio de três eixos temáticos, a saber: Vulnerabilidade do trabalhador e tutela laboral; Meio ambiente do trabalho; Direito coletivo do trabalho.

Os artigos classificados no eixo 2, designado “Vulnerabilidade do trabalhador e tutela laboral”, têm em comum o fato de serem resultado de pesquisas em que os autores se debruçaram sobre a particular fragilidade do trabalhador em sua relação com o tomador de serviços.

Cabe registrar que as normas que regulamentam as relações laborais, notadamente as atinentes ao trabalho realizado por conta de outrem, (também nominado trabalho subordinado) se destinam – desde o início de seu estabelecimento – a proteger o sujeito nitidamente frágil da relação que se constrói no âmbito do contrato de trabalho. Torna-se evidente, dessa forma, que o direito do trabalho se ergue, em boa parte, no fito de elevar as garantias do trabalhador e reduzir o poder do empregador, objetivando amainar a desigualdade intrínseca aos laços que se fazem entre capital e trabalho na movimentação da economia.

Advinda da compreensão da necessidade de combater o quadro das sérias conseqüências sociais da aludida desigualdade, a tutela laboral cuida, desde meados do Século XIX, de harmonizar o referido liame entre o trabalhador e o dono dos meios de produção que o contrata, malgrado as severas adversidades de ordem política e ideológica enfrentadas.

Esse quadro de conquistas garante, antes de tudo, a estabilidade do capitalismo, mas também tem demonstrando poder assegurar a dignidade do trabalhador, criando um conjunto de condições que correspondem a um patamar de civilização considerável e que, no Brasil, é consonante com os preceitos constitucionais de 1988.

Além da condição de evidente vulnerabilidade (na qual cabem raras exceções), o trabalho por conta de outrem se presta a criar outras situações em que a fragilidade do trabalhador é recrudescida. É sobretudo nesse contexto que se encontram as abordagens dos artigos que,

em seu conjunto, versam sobre: a situação da pessoa com deficiência; o trabalho análogo ao escravo; o assédio moral e as discriminações; a degradação do trabalho pela terceirização; o dano existencial causado pelas relações laborais; a dificuldade do exercício da cidadania pelo trabalhador, dentre outros.

Os artigos que fazem parte da temática encontram-se, abaixo, arrolados:

- RESERVA DE MERCADO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA
- A INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO LABORAL COMO CONTRIBUTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
- TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO
- DA INEFICIÊNCIA DO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL
- DESAFIOS PARA A REGULAÇÃO: TRABALHO AUTÔNOMO E O DIREITO DO TRABALHO
- DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA FEMININA COMO FATOR DE ASSÉDIO MORAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO
- A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL DE TRABALHO SOFRIDAS PELOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL
- TRABALHO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL: COMPREENSÃO SOLIDÁRIA DA CIDADANIA NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO
- A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO ESTADO COMO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO
- A FORMAÇÃO DO INTELLECTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE GOVERNANÇA POR NÚMEROS E O DANO EXISTENCIAL ORIUNDO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

O segundo eixo temático do GT, refere-se ao tema do meio ambiente do trabalho que perpassa uma área de conjugação entre o direito do trabalho e o direito ambiental, e suscita um amplo e profícuo espaço de pesquisa ainda a ser aprofundada, pois é uma nova seara de proteção ao ser humano trabalhador e um novo objeto de proteção jurídica que alcança a sua segurança, saúde e qualidade de vida, protegendo-o contra todas as formas de degradação e /ou poluição geradas no ambiente de trabalho.

Referido expressamente pela Carta Constitucional de 1988 é tema de profunda importância e atualidade e sua adequada proteção exige novos mecanismos de tutela jurídica, mais abrangentes e complexos, em busca de uma concreta efetividade deste direito fundamental do ser humano trabalhador, razão pela qual a pesquisa e o debate sobre o tema, propiciada por este profícuo espaço conquistado no CONPEDI, em muito contribui para o necessário fortalecimento da doutrina do Direito Ambiental do Trabalho.

Os artigos ora apresentados pelos autores nesta seara perpassam temas novos e instigantes, aptos a suscitar o aprofundamento da pesquisa e aclarar os diversos desafios impostos a busca da qualidade e do equilíbrio do meio ambiente do trabalho, e abordam desde a responsabilidade de implementação pelo Poder Judiciário, a Justiça Ambiental, a função social da empresa, a responsabilidade civil objetiva, e a busca pela sustentabilidade. E neste sentido apresentam-se os seguintes artigos:

- RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PELA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

- A JUSTIÇA AMBIENTAL E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO

- O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A PREPONDERÂNCIA DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO

- A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS MINERADORAS CONCERNENTE AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

- CONSTRUÇÃO SUSTENTÁVEL E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O terceiro grupo temático de artigos apresentados teve seu eixo de discussão vinculado ao Direito Coletivo do Trabalho.

Essa vertente do Direito do Trabalho tem sua pauta na principiologia do Direito Coletivo, no sindicato e no sindicalismo, na negociação coletiva e nas lutas coletivas. Na experiência brasileira e no contexto dos princípios, tem sido efetivado um debate sobre a sustentabilidade do princípio da equivalência entre os interlocutores sociais no processo negocial coletivo e o da adequação setorial negociada, considerando as recentes decisões flexibilizadoras, em matéria trabalhista, proferidas pelo STF. Apesar de toda essa polêmica, observa-se que ainda que a igualdade substancial estivesse assegurada, assim como a garantia dos próprios direitos trabalhistas; a principiologia advinda da teoria clássica do Direito do Trabalho, em sua perspectiva individual e coletiva, não contempla a maioria dos trabalhadores porque segundo dados do IBGE, apenas 40% da população economicamente ativa encontra-se em relação jurídica vinculada por um elo de subordinação. Senso assim, como acertadamente propõe o Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, se faz necessário um amplo debate para se discutir a necessidade de ampliação do próprio objeto do Direito do Trabalho, para que esse subsistema jurídico possa atender a todos, ou seja, trabalhadores com carteira assinada, informais, desempregados, desempregáveis e aqueles que desejam viver a partir do trabalho livre.

No âmbito da discussão sobre o sindicato e o sindicalismo, esse órgão que tem na sua gênese a busca pela defesa e direitos dos trabalhadores, tem ele se mostrado ineficiente e necessita de uma reestruturação. O sindicato tem vivenciado crises, pois sua estrutura não se modernizou para acompanhar os efeitos decorrentes das metamorfoses ocorridas no mundo do trabalho.

Sendo esse ator essencial no processo de negociação coletiva, no processo de dissídio coletivo, na efetividade da lutas coletivas, e sobretudo na viabilização do processo emancipatório da classe trabalhadora, faz-se necessário que o sindicato seja reestruturado, em níveis locais, regionais e supra-nacionais, para atender os anseios da sociedade pós-industrial em um mundo globalizado.

Artigos neste Grupo de Trabalho:

- NEGOCIAÇÕES COLETIVAS: LIMITES OBJETIVOS IMPOSTOS PELO TST E OS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO FIXADOS PELO STF NO RE Nº 895.759
- NEGOCIADO VERSUS LEGISLADO: O PAPEL DOS ATORES SOCIAIS CONTRA A HEGEMONIA DO CAPITAL FINANCEIRO E A (IN) SUSTENTABILIDADE DA RELAÇÃO DE IGUALDADE NO PROCESSO NEGOCIAL COLETIVO

- POSIÇÃO DO TST E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO SOBRE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

- A RESPONSABILIDADE DOS SINDICATOS NA ELABORAÇÃO DE INSTRUMENTOS NEGOCIAIS COLETIVOS EM RELAÇÃO AO BANCO DE HORAS.

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - UNIPÊ

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UNISANTOS e UFMS

Prof. Dr. Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho - UPE

RESERVA DE MERCADO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

COTES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES - A PRINCIPLE ANALYSIS

Rafael Diogo Diógenes Lemos ¹

Resumo

O presente trabalho visa a analisar a política de cotas para pessoas com deficiência no âmbito do setor privado sob a ótica constitucional. Para isso, será estudada a legislação infraconstitucional tendo-se como norte a dignidade humana, igualdade e a liberdade de iniciativa para verificar a constitucionalidade das cotas. Serão vistas também alternativas às penas impostas para quem descumpre as leis, verificando o papel das sanções premiaias no fomento de atitudes socialmente desejáveis.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência, Cotas, Reserva de vagas, Dignidade humana, Liberdade de iniciativa, Valorização social do trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the policy of quotas for people with disabilities in the private sector under a constitutional perspective. Therefore, it will be studied the ordinary legislation analyzing the human dignity, equality and freedom of initiative to verify the constitutionality of quotas. It will also be studied alternatives to imposed penalties for anyone who violates the laws, verifying the role of premial sanctions in fostering socially desirable attitudes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: People with disabilities, Social quotas, Reserve of job positions, Human dignity, Freedom of initiative, Social valorisation of employment

¹ Mestre em Direito (UFRN). Professor da FANOR DEVRY.

1 INTRODUÇÃO

Desde 1991, instituiu-se no Brasil política de cotas visando à garantia do emprego da pessoa com deficiência física, estabelecendo percentuais de 2% a 5%, conforme o porte da empresa. Esta ação afirmativa é uma tentativa de implementar preceito constitucional inserto no art. 7º, XXXI que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Ademais, a criação das cotas em instituições do setor privado iguala o tratamento conferido pelo Estado em seleções para empregos públicos, tendo a Constituição textualmente destinado percentual em cargos e empregos públicos à pessoa com deficiência, vindo a Lei 8.112/90 estabelecendo até 20% de vagas a estas pessoas nos concursos para preenchimento de vagas em setores da Administração Pública.

A reserva legal de mercado, todavia, não é carente de críticas, seja pela dificuldade de implementação, seja pela imposição de normas ao setor privado que, originalmente, cabem ao Estado, onerando e dificultando sobremaneira a livre iniciativa econômica.

Objetivar-se-á, no presente estudo, a análise dos institutos jurídicos que compõem a reserva legal de mercado à pessoa com deficiência, mormente no tocante à garantia de vagas no setor privado, analisando a validade constitucional da exigência estatal da garantia das vagas. Ato contínuo, serão estudadas as políticas públicas voltadas à ao fomento do emprego das pessoas com deficiência, analisando-as sob a ótica constitucional.

Por derradeiro, tais políticas serão observadas sob a ótica do conflito entre a dignidade humana, a garantia ao emprego e a livre iniciativa, tecendo-se comentários e propostas acerca da necessidade do equilíbrio constante entre estes princípios constitucionais.

2 INSTITUTOS JURÍDICOS DE RESERVA DE MERCADO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A preocupação do Estado em garantir a igualdade de pessoas com algum tipo de deficiência – física ou mental, adquirida ou nata – não é novidade no direito brasileiro, já havendo previsão constitucional pela Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978 que adicionava um artigo único à Constituição de 1969 (a rigor, Emenda Constitucional n. 1 à Constituição do Brasil de 1967), assegurando aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente através de educação especial gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país, proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho bem como a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.¹

É de se ver que a matriz da supracitada norma constitucional pautou a Constituição Federal de 1988 que proíbe a discriminação ao deficiente, no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador (Art. 7º, XXXI), estabelece como competência comum aos Estados, Municípios, à União e ao Distrito Federal cuidar da assistência pública, da

¹ BRASIL. **Emenda Constitucional 12/78**. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc12-78.htm> . Acesso em: 29 jun. 2015.

proteção e garantia das pessoas com deficiência (Art. 23, II), bem como de sua proteção e integração social (Art. 24, XIV), reserva percentual de cargos e empregos públicos aos deficientes (Art.37, VIII), garante atendimento educacional especializado (Art. 208, III) e prevê a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, mediante treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Art. 227, §1º, II)

Aproximadamente um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi sancionada a Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, estabelecendo, dentre outros direitos, apoio governamental à formação profissional e garantia de acesso a cursos regulares voltados à formação profissional, o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, promoção de ações eficazes que propiciem a inserção nos setores públicos e privados e, por fim, adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em favor das pessoas com deficiência.

Cerca de quatro anos após a edição da Lei 7.853/89, foi editado o Decreto 914, em 6 de setembro de 1993, que regulamentou a Lei 7.853/89 instituindo a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, que veio a ser completamente revogado pelo Decreto 3.298/99 que se apresenta como o principal dispositivo regulamentador da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e que encontra-se em vigor até os dias atuais.

Este decreto regulamentador, além de especificar o que se considera deficiência e especificar suas espécies, instituiu também objetivos, princípios, diretrizes e instrumentos de tal política, configurando um importante norteador para as políticas públicas voltadas à pessoa com deficiência.

A reserva de mercado à pessoa com deficiência, objeto específico do presente trabalho, veio a ser tratada pela Lei 8.213/91, garantindo, naquelas empresas com mais de cem empregados, percentuais variáveis entre dois a cinco por cento dos seus cargos² aos reabilitados ou aos portadores de deficiência.

As cotas estabelecidas às pessoas com deficiência garantiram a criação das vagas bem como a sua manutenção, através do fortalecimento de institutos processuais garantindo a destinação do percentual estabelecido legalmente às pessoas com deficiência, prevendo acordos entre empresa e o Ministério Público do Trabalho, a elaboração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) e, por fim, a imposição e cobrança de multas àquele que não cumpriu as determinações legais.

Recentemente, o denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 6 de julho de 2015) prevê o acesso ao trabalho à pessoa com deficiência, sendo vedada

² “Art. 93 – A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados: 2%;

II – de 201 a 500: 3%;

III – de 501 a 1000 – 4%;

IV – de 1.001 em diante – 5%”. BRASIL. **Lei 8.213/91**. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm> . Acesso em:29 jun. 2015.

qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive em etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, permanência e ascensão profissional. Posteriormente, prevê a colocação da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em igualdade de condições com as demais pessoas, observando diretrizes como provisão de suporte individualizado, respeito ao perfil vocacional, oferta de aconselhamento e apoio ao empregador, articulação intersetorial de políticas públicas e a possibilidade da participação de organizações da sociedade civil.

Este marco jurídico de direitos e garantias da pessoa com deficiência avança em relação à atual legislação em vigor, não prevendo a reserva de mercado em empresas privadas, estabelecendo, todavia, suporte e apoio aos empregadores em conjunto com políticas públicas desenvolvimentistas, garantindo a igualdade das pessoas com deficiência aos demais cidadãos e diminuindo a intervenção estatal na liberdade de iniciativa particular. A redação original do projeto de lei que exigia a contratação de pelo menos um empregado com deficiência pelas empresas que possuem de cinquenta a noventa e nove empregados foi vetado pela Presidência da República, sob o fundamento da onerosidade excessiva às empresas de mão de obra intensiva de pequeno e médio porte.

Há aí uma inequívoca mudança no tratamento da reserva do mercado às pessoas com deficiência, reconhecendo o ônus ao empregador, transferindo ao particular obrigação de inserção do deficiente físico no mercado de trabalho em detrimento de outros profissionais, a despeito de sua capacitação ou adaptação ao trabalho, com o único fundamento da empregabilidade do “portador” de deficiência.

2.1 Instrumentos Processuais Garantidores da Reserva de Mercado à Pessoa com Deficiência

A análise dos instrumentos processuais garantidores da reserva de mercado destinada à pessoa com deficiência deverá ser realizada especialmente sob a ótica coletiva, através de ações e fiscalizações pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego visando a garantir a aplicação do percentual mínimo exigido pela lei.

As Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTEs) têm importante papel, atuando no duplo mister de fiscalização e orientação, realizando constantes visitas a estabelecimentos empresariais objetivando a constatar o cumprimento do percentual exigido pela Lei 8.213/91.

Em regra, as SRTEs, ao constatarem o descumprimento da norma supracitada, orientam e educam o empregador, fornecendo prazo razoável para que este sane as irregularidades, procedendo à contratação de pessoas com deficiência. Após decorrido este prazo, os Auditores Fiscais da Superintendência realizam nova visita, observando o critério da dupla visita previsto pelo art. 627 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, na hipótese de ainda não ter sido contratado o número mínimo previsto em lei, lavram auto de infração cominando multa administrativa bem como enviam relatório ao Ministério Público do Trabalho para as medidas cabíveis.

Os valores das multas administrativas são previstas pela Portaria n. 1.199/2003 que prevê a seguinte gradação: Para empresas com cem a duzentos empregados, multiplica-se o número de trabalhadores com deficiência que deixaram de ser contratados pelo valor

mínimo legal (Art. 133 da Lei 8.213/91), acrescido de zero a vinte por cento; em empresas com duzentos e um a quinhentos empregados, multiplica-se o número de empregados com deficiência que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal (Art. 133 da Lei 8.213/91), acrescido de vinte a trinta por cento; em casos de empresas com quinhentos e um a mil empregados, multiplica-se o número de pessoas com deficiência que deixaram de ser contratadas pelo valor mínimo legal (Art. 133 da Lei 8.213/91), acrescido de trinta a quarenta por cento e, por derradeiro, em casos de empresas com mais de mil empregados, multiplica-se o número de trabalhadores com deficiência que não deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal (Art. 133 da Lei 8.213/91), acrescido de quarenta a cinquenta por cento. Em qualquer caso, a multa não poderá exceder o teto previsto pelo art. 133 da Lei 8.213/91 que, atualmente, é de R\$132.916,84 (cento e trinta e dois mil novecentos e dezesseis reais e oitenta e quatro centavos).³

O MPT também poderá utilizar meios judiciais e extrajudiciais nos casos de afronta à legislação de reserva de mercado às pessoas com deficiência. Inicialmente, o órgão ministerial busca solucionar o caso firmando, com o empregador, um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Os TACs, que podem incluir termos de promessa de contratação de pessoas com deficiência ou o treinamento e a contratação destes cidadãos bem como a doação de equipamentos e bens a instituições sem fins lucrativos que prestem auxílio ou atendimento às pessoas com deficiência⁴, são alternativas consensuais às medidas judiciais coletivas tradicionais, buscando não apenas desafogar o Poder Judiciário bem como atingir a finalidade prevista pelo ordenamento jurídico com menor ônus ao empregador.

A jurisprudência diverge no tocante a possibilidade da lavratura de auto de infração por Auditor Fiscal por insuficiência de preenchimento das cotas de PDD durante o prazo firmado em TAC entre o MPT e o empregador. Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) vem admitindo a possibilidade da imposição de multas pela SRTE a empresa que não cumprir as cotas previstas pela Lei 8.213/91, mesmo na vigência do prazo previsto pelo acordo firmado, entendendo que não há razão para o descumprimento da norma, e que ambas as instituições – MPT e SRTE – são convergentes na proteção e fiscalização de direitos trabalhistas, não havendo exclusão da atuação de um pelo outro, devendo ambos pautarem suas condutas com base nos princípios constitucionais, em especial o da legalidade e da impessoalidade. Vale destacar acórdão julgado por Mauricio Godinho Delgado:

O Termo de Ajustamento de Conduta, disciplinado no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, é um mecanismo para solucionar pacificamente os conflitos, que busca resolver a questão e evitar a propositura da Ação Civil Pública, revelando-se como uma alternativa menos desgastante, se comparada à instauração de um processo judicial, tanto sob o aspecto econômico, quanto psicológico. Por outro lado, a par desta atuação relevante do Ministério Público do Trabalho, a atividade fiscalizadora desenvolvida pelo Ministério do Trabalho e Emprego é

³ BRASIL. Disponível em:<

http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B34D4B0012B35825716021B/tabela_variavel_2009.pdf> .

Acesso em: 05 jul. 2015

⁴BRASIL. **Polenghi assina novo aditamento de TAC e doa 63 mil por não cumprir cota de funcionários com deficiência**. Disponível em:< <http://www.prt2.mpt.gov.br/232-polenghi-assina-novo-aditamento-de-tac-e-doa-63-mil-por-nao-cumprir-cota-de-funcionarios-com-deficiencia>> . Acesso em: 05 jul. 2015.

imperativa e concomitante, não existindo margem para qualquer subjetividade quanto à aplicação de penalidades.

As autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego estão plenamente vinculadas ao princípio constitucional da legalidade, haja vista o art. 628, caput, da CLT, que impõe ao Fiscal do Trabalho a lavratura do auto de infração quando verificar o descumprimento a preceito de proteção do trabalhador, sob pena de responsabilidade pessoal, cumprindo ressaltar que o art. 11, I, da Lei 10.593/2002 também traz dispositivo que exige do Auditor Fiscal a verificação do cumprimento de disposições legais e regulamentares. Assim, resulta demonstrado, de forma cristalina, que a atividade de fiscalização do Auditor Fiscal do Trabalho não pode ser obstaculizada por eventuais acordos celebrados entre a empresa fiscalizada e outras entidades de proteção aos trabalhadores.⁵

Este entendimento praticamente esvazia a função do termo de ajustamento de conduta que, além de evitar a interposição de ação civil pública, pretende, através da consensualidade, alcançar os objetivos pretendidos pela norma positivada. Ao firmar o TAC, o empregador não confessa ou reconhece culpa e vê suspensa a aplicação de sanções, tendo prazo razoável para o preenchimento das cotas. Ademais, é comum o comprometimento a doação de equipamentos ou quantias em dinheiro a instituições sem fins lucrativos que auxiliam pessoas com deficiência, e, somando-se à multa aplicada pelo Auditor Fiscal, retira qualquer interesse do empregador em celebrar um TAC com o Ministério Público do Trabalho.

A atuação dos órgãos protetivos da legislação trabalhista deverá ser convergente, observando-se não apenas os direitos dos trabalhadores bem como os princípios norteadores da fiscalização trabalhista – em especial a orientação, cumprimento das leis, prevenção e saneamento de infrações – de modo a não inviabilizar a aplicação de um meio mais benéfico aos empregados e ao empregador através da prática sancionadora estatal.

Em último caso, quando os autos infracionais e o TACs se mostram insuficientes para atingir seu intento, não tendo o empregador observado às disposições legais, cabe ao MPT ingressar com Ação Civil Pública perante a Justiça do Trabalho, requerendo o cumprimento da legislação cabível bem como pagamento de multa ou dano moral coletivo. A multa é decorrente do descumprimento do TAC, não podendo ser requerido caso não tenha sido firmado acordo de ajustamento de conduta previamente entre empregador e Ministério Público. O valor deverá ser depositado na conta do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).⁶

2.2 Fatores que Interferem no Preenchimento das Cotas

Estima-se que haja, no Brasil, aproximadamente vinte e sete milhões de pessoas com deficiência e que, em um dos vinte e seis milhões de trabalhadores formais ativos no

⁵ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 49900-71.2009.5.04.0301. Julgado em 29 maio 2013. Disponível em:<<http://www.tst.jus.br>> . Acesso em: 05 jul. 2015.

⁶ NERI, Marcelo, CARVALHO, Alexandre Pinto e COSTILLA, HESSIA GUILLERMO. **Política de Cotas e Inclusão Trabalhista das Pessoas com Deficiência**. Disponível em:<http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0002351.pdf> . Acesso em: 07 jul. 2015.

Brasil, pouco mais de quinhentos mil são pessoas com deficiência, ou seja, somente dois por cento do total de empregados. Segundo a Lei de Cotas, é exigida a contratação de pelo menos o dobro deste número.⁷

Os dados do censo mostram-se incompleto, não havendo o cálculo do percentual de pessoas com deficiência aptas para o trabalho, mas estima-se um grande número de pessoas com deficiência ou reabilitadas capazes de exercer atividade laboral mas fora do mercado.

Apesar do quadro acima citado, inúmeras são as justificativas dos empregadores para o não preenchimento da política de cota de vagas no setor privado. O mais comum motivo alegado é a inexistência de pessoas com deficiência em uma determinada região para o preenchimento das cotas, quer por estarem recebendo benefício assistencial de prestação continuada (BPC) e não possuírem interesse de exercer uma atividade laboral para perceber quantia similar à que recebe do órgão público assistencial ou mesmo pela prática comum de instalação de grandes fábricas em municípios menores, através de concessão de incentivos fiscais, não havendo, nestas localidades número suficiente de pessoas com deficiência aptas para o trabalho.

Outra justificativa é a baixa qualificação das pessoas com deficiência, seja pelo fato de suas famílias superprotegerem-na, impedindo-a de frequentar cursos regularmente ou por alguma deficiência do sistema público e privado de ensino que, muitas vezes, não são acessíveis às pessoas com algum tipo de deficiência. Ademais, aponta Renata Baars, “as pessoas com deficiência são designadas a prestarem serviços de artesanatos, marcenarias, e não têm um estímulo maior para se qualificarem e atenderem às necessidades das empresas brasileiras.”⁸

Há ainda o problema de falta de acessibilidade no transporte urbano bem como no próprio estabelecimento do empregador. A contratação de pessoas com deficiência implica, para o contratante, em gastos extras com acessibilidade no meio ambiente do trabalho, garantindo condições para a utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários e equipamentos que, em muitos casos, oneram sobremaneira a contratação da pessoa com deficiência.

3 ANÁLISE DA INCLUSÃO DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O exercício de uma atividade laborativa justifica-se além da necessidade de auto sustento e de sustento dos familiares, sendo um meio de realização pessoal e de alcance da dignidade humana.⁹ Neste sentido a Constituição Federal elenca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sendo certo que o exercício do trabalho, em qualquer de suas vertentes – como empregado, empreendedor, profissional autônomo ou servidor público – é regulado e estimulado em diversos *loci* da Constituição Federal de 1988.

⁷ BAARS, Renata. **Análise Sobre a Reserva de Cargos em Empresas Privadas para Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2661>. Acesso em: 07 jul. 2015.

⁸ *Idem, ibidem*. p. 11.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FERRARI, Irany e SILVA FILHO, Ives Gandra. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

O trabalho e a livre iniciativa não podem ser analisados isoladamente, como um fim em si mesmo, sendo elementos da dignidade humana e, sobretudo, do desenvolvimento nacional. É neste sentido que devem ser interpretados os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como meios para se alcançar o desenvolvimento, para erradicar a pobreza e promover a igualdade entre os indivíduos.

A Carta Política brasileira, permeada pelo espírito do *welfare state* que prevaleceu à época de sua promulgação e nos anos posteriores – e, de certa forma, ainda prevalece no Estado brasileiro – veio a garantir direitos das pessoas com deficiência, proibindo qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão ao trabalhador “portador” de deficiência (Art. 7º, XXXI) bem como estabelecendo a criação de lei que garante percentual mínimo na contratação, pelo Estado, de servidores públicos “portadores” de deficiência (Art. 37, VIII).

Este conjunto de normas constitucionais tem como premissa básica a promoção da igualdade material entre as pessoas com deficiência e as demais. Todavia, deverão ser interpretados sistematicamente, sobretudo com vistas a alcançar a dignidade humana do cidadão com deficiência em conjunto com o fundamento da livre iniciativa, garantindo-os ao máximo com o mínimo de prejuízo a ambos os institutos.

Este aparente conflito entre os princípios deverá ser harmonizado¹⁰ através da legislação infraconstitucional e de políticas públicas que abordem a inserção do deficiente físico no mercado de trabalho. Para tanto, a compreensão do conteúdo essencial da dignidade humana e da livre iniciativa é indispensável, conforme será exposto em linhas vindouras.

3.1 A inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho como elemento indispensável à dignidade humana

O reconhecimento da dignidade humana de pessoas com deficiência ultrapassa a necessidade da concretização da dignidade a todos os cidadãos, devendo ser reconhecida a inexorável realidade de exclusão – quer em virtude de preconceito, quer em decorrência das dificuldades inerentes à deficiência – em que vivem os deficientes.

A necessidade da inclusão das pessoas com deficiência na sociedade é preocupação recente, vindo a materializar-se internacionalmente através da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em março de 2007, ratificado pelo Brasil em 2008.¹¹

O desafio proposto pela Convenção citada é a de incluir os deficientes na sociedade, e não meramente integrá-los. Longe de uma diferença meramente semântica, a integração permite que a sociedade incorpore aquelas pessoas que conseguem adaptar-se por meios próprios, enquanto a inclusão pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade, sem divisão em grupos, cabendo à sociedade e ao Poder Público envidar esforços para inexistirem barreiras entre os cidadãos e entre estes e seus direitos básicos. Leciona Sidney Madruga que

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹¹ BRASIL. **Decreto n. 6.939/09**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 10 jul. 2015.

“Já o paradigma da inclusão social tem por escopo mudar as estruturas comuns dos sistemas sociais em todos os aspectos (educação, trabalho, lazer, *etc*) e deve incluir, além das pessoas com deficiência, todas as outras excluídas dos sistemas sociais comuns, a partir de três princípios de inclusão: 1) a celebração das diferenças – as diferenças são bem-vindas, são atributos que implicam maneiras diferentes de fazer as coisas; 2) o direito de pertencer – significa que ninguém pode ser obrigado a comprovar sua capacidade para fazer parte da sociedade; 3) a valorização da diversidade humana – em que a sociedade se beneficia e se enriquece de qualidade pelo fato de ser composta por uma tão variada gama de grupos humanos.”¹²

A dignidade humana é o elemento central da Constituição Federal de 1988, que a elevou a um dos fundamentos da República brasileira, direcionando a atuação estatal à valorização do ser humano, que é visto como um fim em si mesmo e não um meio para fins alheios, consubstanciando em um referencial ético de onde emanam os direitos fundamentais insertos na Carta Magna, em caráter individual ou social, e ao redor do qual devem gravitar as políticas públicas e ações estatais, cujo fim último deverá ser sempre a valorização da dignidade humana.¹³

A dignidade humana não é conceito estático, sendo variável no aspecto temporal e espacial, devendo sua profundidade ser avaliada periodicamente e constantemente agregada a novos fatores, garantindo uma condição de vida cada vez melhor aos cidadãos. Neste sentido, a inclusão social da pessoa com deficiência – e não mais sua integração – é um dos pontos primordiais para que seja alcançada sua dignidade.

Assim, a partir da necessidade da inclusão social que pressupõe uma sociedade sem *castas* ou divisões, estabeleceu-se um modelo onde deve haver igualdade de condições para que todos, indistintamente, tenham acesso às oportunidades de educação, trabalho, lazer, *etc*. Assim, quatro pontos são indispensáveis para se viabilizar este modelo de igualdade de oportunidades, vinculando todos às ações e exceções governamentais, quais sejam: o enfrentamento da exclusão estrutural nas esferas de transportes, equipamentos e serviços públicos; a garantia de instrução, educação e capacitação das pessoas com deficiência, de acordo com suas aptidões e possibilidades; o combate aos casos de discriminação e exclusão de pessoas com deficiência das mais diversas esferas da vida cotidiana e, por derradeiro, um programa coerente de igualdade de oportunidades, inclusive com ações afirmativas para sua efetivação.¹⁴

Apesar de ser elemento nodal da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, do Estado brasileiro em sua atuação cotidiana, não se afigura como um princípio absoluto, admitindo relativizações e a necessidade de delimitá-la, sobretudo quando em confronto com outros princípios constitucionais. Ingo Sarlet aponta que a dignidade não pode ser considerada como “o espelho no qual todos vêem o que desejam”, admitindo uma interpretação tópica acerca da limitação da dignidade humana, a ser analisada no caso concreto pelo juiz. Assim, basicamente o professor gaúcho avança em relação a uma grande parcela da doutrina, admitindo a possibilidade de ponderação do princípio da dignidade humana, sendo que os casos de sua relativização dar-se-ão no caso concreto, havendo,

¹² MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 105.

¹³ PIOVESAN, Flavia *apud* MADRUGA, Sidney. *op. cit.* p. 109.

¹⁴ QUINN, Gerard, DEGENER, Theresia *apud* MADRUGA, Sidney. *op. cit.* p. 127.

basicamente, que se considerar a ponderação da dignidade humana com a dignidade de outrem que, mesmo possuidor da mesma dignidade, agir de modo “indigno”. Ilustrando tal assertiva, há de se considerar seus ensinamentos:

“Considerando que também o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade, forçoso admitir – pena de restarem sem solução boa parte dos casos concretos – que a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade.”¹⁵

A dignidade humana é o fundamento jurídico de ações estatais e não estatais que têm como foco a inclusão social da pessoa com deficiência, embasando juridicamente várias ações afirmativas e outros instrumentos que visam à promoção da igualdade substancial entre todos os cidadãos.

No tocante ao aspecto ora em estudo, mister se faz a análise dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos constituintes do Estado brasileiro, sob a perspectiva da função social da empresa para que seja observada a viabilidade da reserva de mercado, sob o panorama constitucional atual e, por derradeiro, alternativas para se garantir a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

3.2 A inclusão (in)desejada

A observância da “lei de cotas” se dá mediante fiscalização direta ou indireta por parte das Superintendências Regionais do Trabalho e do Emprego (SRTE) e pela atuação judicial do Ministério Público do Trabalho (MPT), através de ações civis públicas que geram condenações ou assinaturas de termos de ajustamento de conduta por parte dos empregadores.

A atuação em conjunto dos órgãos traz resultados imediatos, razão pela qual o MPT tem preferido a utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos nestes casos. No Ceará, no ano de 2013, foram realizadas 577 ações fiscais, sendo contratadas

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 137.

2.359 pessoas com deficiência.¹⁶ As ações judiciais, dada sua onerosidade e demora para sua conclusão, atingem aproximadamente 10% do número de fiscalizações pela SRTE.

As empresas, em sua linha de defesa, normalmente remetem à dificuldade em serem encontradas pessoas com deficiência habilitadas ao trabalho, em especial em regiões distantes das grandes cidades. Além disso, quando são impelidas à contratação de PCD para o cumprimento da reserva imposta por lei, as empresas preferem a contratação daquelas que não exija adaptação no ambiente de trabalho e nem implique perda de produtividade ou exija especialização, minimizando custos.¹⁷

Há, assim, uma marginalidade na contratação das pessoas com deficiência, relegadas a trabalhos de menor complexidade e contratados exclusivamente para o cumprimento de cotas, apesar de serem aptas a trabalhos mais específicos ou sobrequalificados para a atividade contratada. O seguinte relato de um cidadão com nível superior, professor universitário, que, ao buscar recolocação profissional, apenas recebia propostas de emprego de menor complexidade, apesar de sua alta qualificação constata que a reserva de mercado, apesar de possibilitar o ingresso no mercado de trabalho da pessoa com deficiência, não foi capaz de conferir o objetivo primordial, que é sua dignidade, sendo a atividade laboral apenas um meio de se atingir tal objetivo:

“Certa vez, na empresa que trabalhei, convidamos um Coordenador de Diversidade de uma grande empresa para uma palestra e, nesta reunião, ele me disse que eu era o deficiente que toda empresa gostaria de ter, pois tinha formação, conteúdo e principalmente, não precisariam de investimentos estruturais para a minha contratação.

Concordo com ele mas me decepciono com a realidade a partir do momento que envio um e-mail solicitando uma recolocação para 87 pessoas ligadas a empresas que apoiam a causa PCD/Lei de Cotas (tenho um mailing dessas pessoas, pois participava como membro da empresa em que atuava) e, destes 87 e-mails, apenas 1 pessoa me respondeu!!! Ou seja, as empresas querem incluir os deficientes ou apenas participam de workshops e feiras por questões de responsabilidade social para que conste no relatório anual da companhia e, com isso, valorize suas ações? (...) Tenho a impressão de que estas vagas de cotas não são bem vistas por alguns dos empregados das empresas, pois passam a ideia de que temos algumas vantagens em relação aos demais, o que não é verdade, pois

¹⁶ SILVA, Alexandre Antonio Bruno, LEITÃO, André Studart e DIAS, Eduardo Rocha. *op. cit.* p. 20.

¹⁷ RIBEIRO, Marco Antônio, CARNEIRO, Ricardo. **A Inclusão indesejada: as empresas brasileiras face à lei de cotas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho.** *In* Revista Organizações e Sociedade UFBA.v. 16. 2009. p. 557

em alguns casos, o serviço executado é tão irrelevante que sequer somos vistos pelos gestores e analistas de outras áreas.”¹⁸

O preconceito com relação à capacidade das pessoas com deficiência, sobretudo sua capacidade física e intelectual e de contribuir para o sucesso do empreendimento empresarial ainda estão arraigados e são fatores culturais não atacados diretamente pela política de cotas. Em estudo realizado com oitocentos estudantes de diversos cursos universitários no Estado de Minas Gerais no ano de 2014, mais da metade destes alunos ainda discorda dos pressupostos de normalidade, acreditando que no ambiente profissional ou escolar, deverá haver uma separação das PcDs com as demais.¹⁹ A realização deste estudo com estudantes das áreas de administração, engenharia, arquitetura, psicologia e outras é importante pois serão, em breve, as pessoas responsáveis pelo treinamento, seleção e contratação de pessoas com deficiências em diversas empresas ou estarão trabalhando lado a lado com as PcDs apesar de, claramente, acreditarem que merecem ser realocadas para local diferenciado.

Essa “inclusão forçada” não convém à própria dignidade da PcD bem como não realiza a contento o pressuposto da inclusão social, ao passo que não o concebe como ser humano igual em direitos e deveres a qualquer outro cidadão.²⁰ Em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) interposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) contra dispositivos da Lei 13.146/15, encontramos claramente expostos os preconceitos sociais frente às pessoas com deficiência, afirmando que “todos os alunos que fizeram opção pelo ensino privado, que arcarão com os custos extraordinários,

¹⁸ Relato sincero de um profissional (qualificado) com deficiência. Disponível em:< <http://blog.isocial.com.br/relato-sincero-de-um-profissional-qualificado-com-deficiencia/>> . Acesso em: 25 ago 2016.

¹⁹ FREITAS, Maria Nivalda de Carvalho, SOUTO, Jéssica Faria e SIMAS, André Luiz Barreto. **Inclusão de pessoas com deficiência no trabalho: percepção dos universitários.** In Revista Psicologia: teoria e prática. Vol 16. São Paulo, 2014. Disponível em:< http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872014000300003>. Acesso em: 30 ago 2016.

²⁰ O pressuposto da igualdade é jurídico e não físico. O ser humano, por sua natureza, tem distintas feições físicas, comportamentos, opções, vontades, manifestações psíquicas, necessidades e aptidões. Isso significa que a “pessoa com deficiência” tem sentido normativo, com as ramificações dadas pelo ordenamento jurídico vigente, sendo apenas mais uma forma de dizer que todos os seres humanos são diferentes entre si e, por esta mesma razão, devem ser tratados igualmente, sem distinção ou preconceito de qualquer natureza.

de mensuração impossível e inimaginável, causados pelos portadores de necessidades especiais, típicas e individualizadas, conforme a natureza e grau de deficiência pessoal.”²¹

Vê-se, claramente, que a pessoa com deficiência é tida como um “custo” e sua inclusão um “ônus” social e não uma consequência natural da vida em sociedade e da aceitação de todos os seres humanos como iguais. Em uma sociedade onde se multiplicam os polos de conflito pela igualdade social – igualdade entre gêneros, entre pessoas de cor ou preferência sexual ou religiosa distintas - é ineficiente a inclusão social através de sanções negativas e criações de cotas que mais dividem do que congregam os grupos.

A imposição de cotas ou qualquer outra espécie de “inclusão forçada” é ineficiente e não traz os objetivos desejados de inclusão e de erradicação do preconceito. Tem eficácia de curto prazo e, com os debates sociais e seguidos descumprimentos, tende a ter sua eficiência social questionada. É de se lembrar que a Lei 8.213/91 é seguidamente descumprida por empresas e há um alto grau de descumprimento às diretrizes por ela estabelecidas no tocante à reserva de vagas para pessoas com PcD. A despeito de ter sua importância imediata, sobretudo no tocante à autonomia financeira das pessoas com deficiência, deverá ser gradualmente substituída por medidas de proibição ao preconceito e de inclusão ampla e irrestrita, e não uma “inclusão apartada”, através de vagas diferenciadas.

3.3 O conteúdo jurídico da livre iniciativa e da função social da empresa sob a ótica constitucional

Longe de terem conteúdo meramente sugestivo, interpretativo ou fruto de uma conquista histórica, os princípios fundantes positivados pela Constituição Federal são normas impositivas, ensejando direitos subjetivos e dando respostas a questões macro-políticas e macro-econômicas²² a questões estatais.

A Carta Política pátria de 1988 positivou os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos fundamentos da República brasileira, estabelecendo como direito fundamental a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

²¹ ADI 5357. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4818214>> . Acesso em: 30 ago 2016.

²² MARTINS, Leonardo. Significado Macro-Econômicos dos Direitos Fundamentais à Luz da Liberdade Profissional-Empresarial (Art. 5º, XIII, da CF). *in* NOVELINO, Marcelo. *org. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

Ao estabelecer a livre iniciativa como base para o desenvolvimento do Estado, a partir de 1988, o constituinte procurou nortear a atuação estatal – quer no poder legiferante, quer no poder de implementação de políticas públicas – visando a fomentar a liberdade de iniciativa e o trabalho, entendendo que o emprego, em qualquer de suas variantes, é o elemento central para o desenvolvimento nacional.

O trabalho não é mais visto como uma obrigação social, como ocorrera na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946²³ que, embora de caráter liberal e tentando se desvencilhar da influência fascista, ainda visava a um desenvolvimento puramente estatal, com poucas preocupações com questões sociais. Ao contrário, a Constituição de 1988 vê o trabalho como um direito do cidadão, estabelecendo como princípio da ordem econômica e financeira, dentre outros, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais. Há uma nítida mudança de foco da Constituição que norteia a atividade estatal não mais ao desenvolvimento estatal puro e independente do desenvolvimento social mas, ao contrário, funde ambos os aspectos, condicionando o crescimento estatal ao desenvolvimento regional, social e ambiental. É neste sentido, inclusive, que deve ser entendido o conceito de desenvolvimento sustentável, mais além do que a simples compatibilização do poder econômico à defesa do meio ambiente.

Com esta evolução no conceito, não mais se fala em propriedade como direito absoluto, isenta de qualquer obrigação ou função social. O art. 5º, XXIII da CF/88 estabelece que a propriedade atenderá a sua função social e este mandamento constitucional engloba também a empresa, que passou de atividade econômica cujo objetivo restrito era gerar lucro ao empresário, desprezando-se os efeitos nocivos que pudesse causar ao meio social em que se inserisse para centro de relações sócio-econômicas suscetíveis da proteção do Poder Público²⁴, através de comandos diretos (que, segundo a ordem constitucional vigente, deverá ocorrer em casos específicos, sobretudo aqueles previstos pelo art. 172 da Constituição Federal) ou através de normas indiretas, com utilização de sanções premiais ou tributos com caráter extrafiscal, por exemplo.

O empresário, enquanto exercer atividade de empresa, deve se pautar pelo paradigma de que sua atividade é imprescindível nas relações sócio-econômicas tuteladas pela CF/88 e, por isso, está sujeito às limitações, aos direitos e às imposições previstas pela ordem constitucional, não estando alheio à sociedade em que está inserido e que, portanto, deverá respeitar a função social da propriedade com vistas ao desenvolvimento econômico e social.

A inserção da empresa na sociedade e sua acepção finalística, enquanto instrumento de produção de riqueza para o empresário e de desenvolvimento sócio-econômico, deve ser fomentada pelo Estado, não se afigurando constitucional imposições do Poder Público, salvo aquelas constitucionalmente previstas. A dinâmica social atual não permite ingerências públicas exacerbadas, sob pena de se ver prejudicada a competitividade do empreendimento.

A Constituição Federal, a despeito de adotar critérios clássicos de neoliberalismo, como, por exemplo, o tratamento diferenciado à microempresa e empresa de pequeno porte e, doutra banda, garantindo direitos trabalhistas (art. 7º) que influem decisivamente no

²³ SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte; Del Rey, 2002.

²⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol I. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

custo do produto a ser levado ao mercado, estabeleceu que o papel primordial do Estado no campo econômico é normativo e regulador, cabendo-lhe fiscalizar, incentivar e planejar, vinculando o Poder Público e servindo como indicativo para o setor privado. Washington Peluso, identificando os atores do cenário econômico da Carta política nacional, leciona que o Estado tem competência

Normativa regulamentar de suas funções tradicionais, juntamente com as de caráter político-econômico de dinamizar a própria iniciativa privada, criando-lhe condições de sedução no sentido das realizações que pretenda empreender, mesmo em atenção às de caráter “indicativo” que lhe tocam no planejamento.²⁵

O exercício da empresa, enquanto vetor do desenvolvimento sustentável, deve ser incentivado, diminuindo-se restrições impostas pelo Estado, traduzindo-se a livre iniciativa em um dos fundamentos para que “o Estado de Direito ou Estado Democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária.”²⁶

A política de cotas implementada pela Lei 8.213/91 – e vetada pelo atual Estatuto da Pessoa com Deficiência – afigurava como uma ingerência à liberdade de iniciativa, quer pela exigência de contratação de pessoas com deficiência, garantindo a empregabilidade de alguns em detrimento de outros cidadãos, independentemente de sua qualificação e, por outro lado, ao exigir a acessibilidade do local de trabalho, muitas vezes com diversas reformas estruturais, gerando custos significativos ao empregador.

Esta reserva de vagas às pessoas com deficiência afronta a Constituição Federal de 1988, uma vez que esta previu expressamente percentual mínimo de contratação exclusivamente para o setor público, garantindo apenas a igualdade de oportunidade e a vedação à discriminação (Art. 5º, XXXI), no setor privado, em consonância com a ideologia econômica²⁷ que permeia a Carta política.

3.4 A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho no Direito comparado

A reserva de cotas para a pessoa com deficiência surgiu inicialmente na Áustria, Alemanha, França e Itália para atender acordos após a primeira Grande Guerra, assegurando percentual mínimo de contratação de pessoas com deficiência pelas empresas, prevendo punições para aqueles que desobedecessem à norma.²⁸ O autor aponta que após a segunda guerra mundial, o sistema de cotas abarcou também os acidentados do trabalho e

²⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino. *op. cit.* p. 465

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 248.

²⁷ *Idem, ibidem.* p. 460.

28 VASCONCELOS, Fernando Donato. O Trabalhador com Deficiência e as Práticas de Inclusão no Mercado de Trabalho de Salvador, Bahia. *In Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. Vol. 35. São Paulo, 2010. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572010000100006> > Acesso em: 10 jul. 2015.

outros países como Espanha, Reino Unido, Holanda, Irlanda, Bélgica e Grécia adotaram este sistema que, em virtude do alargamento, acabou por desgastar o sistema, impossibilitando algumas empresas a absorver todos os tipos de deficiência sem auxílio estatal.

Na Espanha, a lei orgânica 30/84²⁹ prevê a criação de cotas para ingresso ou ascensão no serviço público, silenciando a respeito da reserva de vagas no setor privado. A jurisprudência espanhola admite a constitucionalidade de eventuais ações afirmativas para a pessoa com deficiência³⁰ sem, contudo, explicitar o caso específico das cotas. Ao revés, Lei espanhola n. 51/2003 estabelece o que entende por ações afirmativas cabíveis para combater a discriminação do deficiente e promover sua inclusão social, considerando medidas afirmativas apoios complementares e normas, critérios e práticas mais favoráveis, ajudas econômicas, técnicas e de pessoal, serviços especializados e ajudas e serviços auxiliares para a comunicação³¹.

Os Estados Unidos da América não preveem cotas para deficientes no setor privado, apesar de *The Americans with Disabilities Act*, de 1990, estabelecer características físicas e organizacionais que devem ser adotadas pelas empresas para que estas possam receber pessoas com deficiência como empregadas.³²

A Alemanha prevê a obrigatoriedade da contratação de pessoas com deficiência pelo empregador privado, reservando seis por cento das vagas no setor privado para os deficientes, estabelecendo, por seu turno, incentivos financeiros para os empregadores que contratarem dentro das cotas ou em número superior ao previsto³³, inexistindo sanção para quem descumpra a norma. O mesmo ocorre na Argentina, que, a despeito de não estabelecer um número mínimo exigido para a contratação de pessoas com deficiência, estabelece isenção de até cinquenta por cento de contribuições patronais ao sistema de seguridade social para quem o faz.³⁴

Posicionamento semelhante adotou Portugal que adotou medidas para fomentar a contratação de pessoas com deficiência, estabelecendo sanções premiais financeiras às empresas que contratam estas pessoas por um certo período de tempo.³⁵

Estes países que também preveem a liberdade de iniciativa e a dignidade humana e a inclusão do deficiente físico na sociedade e, em especial, no mercado de trabalho, criaram mecanismos menos invasivos ao empregador e que são, de certa maneira, tão eficientes quanto a política de cotas. Em Portugal, por exemplo, aproximadamente vinte e oito por

²⁹ ESPANHA. Lei 30/84. Disponível em: < <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-17387>> Acesso em: 13 jul 2015.

³⁰ MADRUGA, Sidney. *op. cit.* p. 257.

³¹ *Idem, ibidem.* p. 266.

³² BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho**. Disponível em: <

http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CCDAEDE012CD0A2B79F70B3/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf> . Acesso em: 13 jul. 2015.

³³ VILLATORE, Marco Antônio César. **O Decreto n. 3.298, de 20.12.99 – A Pessoa Portadora de Deficiência no Direito do Trabalho Brasileiro**. Disponível em: <

http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_macv_04.asp>. Acesso em: 13 jul. 2015.

³⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵ *Idem, ibidem.*

cento dos homens e vinte e quatro por cento das mulheres com deficiência física estão formalmente empregados, número consideravelmente maior do que no Brasil, em que apenas cerca de dois por cento das pessoas com deficiência estão empregadas.³⁶

A adoção de táticas premiaias – como isenção em impostos ou contribuições sociais, capacitação de pessoa, créditos a baixo custo – se mostra mais eficiente e menos ofensiva aos princípios constitucionais do que as medidas adotadas no Brasil que consistem, basicamente, em imposição de multas administrativas e, em alguns casos, sanções judiciais e mesmo condenação coletiva por danos morais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão social da pessoa com deficiência física é indispensável para a concretização de sua dignidade e da igualdade com os demais cidadãos. Sob esta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 prevê, além da competência para cuidar da saúde, proteção e garantia das pessoas com deficiência, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência bem como a percentual, em cargos e empregos públicos, a ser destinado a estas pessoas.

A legislação infraconstitucional, todavia, foi além da previsão constitucional, estabelecendo cotas mínimas para a contratação de pessoas com deficiência pelo setor privado, variando de dois a cinco por cento, fixando multas administrativas e a possibilidade de dano moral coletivo para o empregador que descumprir estas normas. Neste ponto, o Ministério Público do Trabalho e as Superintendências Regionais do Trabalho e do Emprego possuem importante papel de fiscalização e garantia do cumprimento da lei, através de visitas aos estabelecimentos empresariais, conscientização e orientação dos empregadores, autuações administrativas, assinatura de termos de ajuste de conduta e, por fim, propositura de inquéritos judiciais para darem sustentação a ações civis públicas.

No tocante às fiscalizações por parte dos auditores das SRTEs, a jurisprudência admite, inclusive, a imposição de multa no prazo de vigência de TAC firmado com o MPT, a despeito da necessidade da atuação convergente destes dois órgãos protetivos dos direitos dos trabalhadores. Tal posicionamento jurisprudencial, embora não seja pacífico nos tribunais pátrios, revela a nítida sanha arrecadatória do Estado, que vê a sanção negativa como único meio de garantia do Direito, olvidando o papel de orientação, educação e fomento indispensáveis à atuação estatal.

A inclusão no mercado de trabalho da pessoa com deficiência é parte de sua dignidade humana, conferindo-lhe participação na sociedade, independência financeira e realização pessoal, devendo exercer trabalho de acordo com suas aptidões e possibilidades. A igualdade, corolário da dignidade humana, deve ser vista como igualdade de oportunidades, conceito atual e previsto em disposições normativas internacionais, devendo o Estado prover, diretamente, os meios para a redução das desigualdades, através de acessibilidade arquitetônica, estrutural, física, educacional e de oportunidades. As ações afirmativas, promovendo educação própria, acesso a meios de acesso à informação

³⁶ BAARS, Renata. *op. cit.* p. 7.

diferenciados, com uso de braile, linguagem de sinais e outros instrumentos que possibilitem o conhecimento ao deficiente, são necessárias para sua inclusão social.

A liberdade de iniciativa e a valorização social do trabalho, ao seu turno, estabelecem a importância do trabalho para o desenvolvimento nacional e do indivíduo, tratando a atividade laborativa como um meio para alcançar um fim – realização pessoal, profissional, sustento próprio e da família, *etc* – e não como um fim em si mesmo, ou uma obrigação frente ao Estado e à sociedade.

A liberdade de iniciativa é importante instrumento para o desenvolvimento sustentável, emergindo, daí, a função social da empresa que não tem mais como único intuito o enriquecimento do empreendedor, tendo que se pautar pelas normas da sociedade em que está inserida, contribuindo, solidariamente, para seu desenvolvimento em paralelo com seu próprio crescimento econômico.

A imposição de cotas ao setor privado, a despeito da inexistência de previsão constitucional que claramente adotou tal imposição somente para o setor público, se afigura como uma intromissão desarrazoada do Poder Público na esfera privada, em confronto com o papel do Estado na ordem econômica, nos ditames do art. 170 e 173 da Constituição Federal.

A adoção de políticas de fomento às práticas necessárias de inclusão social do deficiente, tal qual adotadas em países como Portugal e Argentina, se revelam mais condizentes com a ordem constitucional brasileira, afigurando-se, *prima facie*, também mais eficientes, tendo em conta o percentual de pessoas com deficiência empregadas em Portugal e no Brasil.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAARS, Renata. **Análise Sobre a Reserva de Cargos em Empresas Privadas para Pessoas com Deficiência**. Disponível em:<bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2661>

BRASIL. **Emenda Constitucional 12/78**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm> .

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR 49900-71.2009.5.04.0301**. Julgado em 29 maio 2013. Disponível em:<<http://www.tst.jus.br>>

BRASIL. **Decreto n. 6.939/09**. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho**. Disponível em:<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CCDAEDE012CD0A2B79F70B3/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf>.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ESPAÑA. Lei 30/84. Disponível em:< <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-17387>> Acesso em: 13 jul 2015.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013

MARTINS, Leonardo. Significado Macro-Econômicos dos Direitos Fundamentais à Luz da Liberdade Profissional-Empresarial (Art. 5º, XIII, da CF). *in* NOVELINO, Marcelo. *org. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FERRARI, Irany e SILVA FILHO, Ives Gandra. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

NERI, Marcelo, CARVALHO, Alexandre Pinto e COSTILLA, Hessia Guillermo. **Política de Cotas e Inclusão Trabalhista das Pessoas com Deficiência**. Disponível em:< http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0002351.pdf> .

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte; Del Rey, 2002.

VASCONCELOS, Fernando Donato. **O Trabalhador com Deficiência e as Práticas de Inclusão no Mercado de Trabalho de Salvador, Bahia**. *In* Revista Brasileira de Saúde Ocupacional. Vol. 35. São Paulo, 2010. Disponível em:< <http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572010000100006>>.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol I. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VILLATORE, Marco Antônio César. **O Decreto n. 3.298, de 20.12.99 – A Pessoa Portadora de Deficiência no Direito do Trabalho Brasileiro**. Disponível em:< http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_macv_04.asp>