

AS DIFICULDADES DAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO PARA O CUMPRIMENTO DA LEI DE COTAS FACE À CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Leandro Henrique Simões Goulart¹

Patrícia Maria Vila Nova de Paula²

RESUMO: O presente estudo pretende enfatizar as maiores dificuldades na inclusão de pessoas com deficiência nas empresas do setor privado, visa ainda esclarecer sobre as normas, jurisprudências e pensamentos doutrinários jurídicos envolvidos na discussão, em casos de reserva de vagas, verificando como os empresários brasileiros vêm enfrentando os problemas relativos à dificuldade do cumprimento da norma que estabelece a reserva legal das vagas.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão Social; Pessoas com deficiência; Empresas do Setor Privado; Reserva Legal; Dificuldades para a eficácia da Lei de Cotas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sistema de cotas para inserção das pessoas com necessidades nas empresas do setor privado no Brasil; 3. As dificuldades das empresas do setor privado para o cumprimento das cotas; 4. A Exclusão da base de cálculo das cotas de cargos a serem ocupados por empregados de plena capacitação física e mental; 5. Considerações finais.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 no Brasil representou um marco em relação aos direitos sociais para as pessoas com deficiência, pois visou retirar a figura até então presente do assistencialismo, para oferecer espaço à integração social, buscando promover meios de acesso para facilitar o convívio social deste grupo.

Neste sentido foi criada a Lei n.8.213, de 24.07.1991, que em seu artigo 93, estabelece a obrigatoriedade de que as empresas do setor privado com 100 (cem) ou mais funcionários incluam em seus quadros de empregados uma cota com pessoas com deficiência, como também dispõem sobre os procedimentos de dispensa deste empregado.

Entretanto, a eficácia deste dispositivo vem sendo discutida tanto pela doutrina, como nos tribunais, sob a ótica de que a determinação legal deve vir precedida de políticas públicas que visem à implantação de providências, com a finalidade auxiliarem o cumprimento do sistema de cotas de forma digna e justa.

Assim, neste contexto, a proposta é promover uma reflexão sobre o tema no sentido de conhecer algumas das dificuldades enfrentadas pelas empresas do setor privado para o cumprimento da norma, em relação ao preenchimento da cota para pessoas com deficiência.

2 O SISTEMA DE COTAS PARA INSERÇÃO DAS PESSOAS COM NECESSIDADES NAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO NO BRASIL

O sistema de cotas foi criado com a finalidade de possibilitar o ingresso dos diversos grupos, sejam eles: negros; índios; deficientes e estudantes de escolas públicas, nas áreas de educação, saúde e trabalho. Visando sempre manter a igualdade de oportunidades destes grupos perante a sociedade.

Visto para muitos autores como uma das ações afirmativas de maior relevância dos últimos tempos.

Sobre o assunto, leciona Costa:

O sistema de cotas, ou sistema de reserva legal, consiste em um mecanismo compensatório utilizado para a inserção de determinados grupos sociais em nosso contexto comunitário, facilitando o exercício dos direitos ao trabalho, à educação, à saúde, ao esporte etc. É uma forma de ação afirmativa com o intuito de tentar promover a igualdade, o equilíbrio de oportunidades entre diversos grupos sociais. (2008, p.105)

O sistema de cotas voltado para inserção das pessoas com deficiência no setor privado é um grande avanço, no sentido de promover a inclusão através do trabalho.

Sem dúvida, existe a satisfação das pessoas em contribuírem para o crescimento da sociedade em decorrência de seus esforços exercendo sua cidadania e buscando cada vez mais a dignidade por meio do trabalho.

A Lei 8.213, de 24.07.1991, dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Determinando em sua subseção II que trata da habilitação e da reabilitação profissional o artigo 93, que estabelece o percentual obrigatório que as empresas do setor privado devem reservar à inserção de pessoas reabilitadas ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas.

O dispositivo trata de reabilitado e pessoa portadora de deficiência habilitada, sendo neste momento importante estabelecermos a diferenciação entre os termos: reabilitada é pessoa que adquiriu por algum motivo limitação para o trabalho; o deficiente habilitado é aquele que já possuía limitação, mas que se encontra habilitado para exercer certas funções.

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 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante.....5%.
- IV - de 1.001 em diante.....5%.

Logo após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, esta Lei representou a oportunidade das pessoas com deficiência, a ingressarem no mercado de trabalho do setor privado.

Entretanto, somente após quase uma década é que a referida lei obteve a sua regulamentação, através do Decreto 3.298/99, demonstrando que apesar da preocupação do legislador em inserir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho do setor privado, houve uma demora expressiva nas providencias necessárias ao cumprimento da lei.

Além desta previsão de obrigatoriedade da reserva de cargos para as pessoas com deficiência, o referido artigo também trata em seu inciso 1º, que a dispensa por contrato determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

Artigo 93 [...]

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imo-

tivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

Tal determinação visa proteger o grupo, não sendo possível ser interpretada como uma forma de assegurar o emprego da pessoa com deficiência, mesmo porque determina a obrigatoriedade do percentual e não do empregado. Neste sentido, Mendonça ressalta que:

À finalidade da norma é assegurar o percentual estabelecido em lei para os trabalhadores com deficiência e reabilitados nos quadros das empresas, “a fim de garantir-lhes uma atividade profissional diária, onde possam obter condições de vida mais digna, além de uma maior interação social. (2010, p.115)

Outro ponto importante a ser esclarecido, diz respeito à contratação de substituto semelhante, em que a lei determina a substituição por outra pessoa com deficiência e não a substituição de pessoa com a mesma deficiência seja ela habilitada ou reabilitada, pois desta forma estaria contribuindo para discriminação quanto à espécie de deficiência. Assim ensina Costa:

Não significa que uma vaga, antes ocupada por uma pessoa com deficiência visual, só poderá ser preenchida por outro com a mesma deficiência. Garante-se, sim, a vaga, a outro portador de deficiência/beneficiário reabilitado, independentemente da deficiência. Admite-se a substituição daquela vaga por outra, uma vez que o objetivo é garantir vaga compatível, qualquer que seja para preenchimento da cota existente. (2008, p.153)

Portanto, fica evidente que intenção do legislador é que a norma seja cumprida, ou seja, o percentual de cotas seja alcançado, contribuindo para a finalidade que é a inclusão social do grupo por meio do trabalho no setor privado.

Caberá também ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), fornecer listas de profissionais habilitados e reabilitados aptos ao desempenho das funções solicitadas sob pena das empresas estarem isentas do cumprimento de sua obrigação de contratar, de acordo com a regra preconizada no artigo 476, do Código Civil/2002, que dispõe que uma parte não pode exigir o implemento do outro, antes de cumprida a sua obrigação.

Ainda, segundo o artigo 93 da Lei 8213/91,

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados

e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Contudo, apesar da lei completar hoje quase 22 anos, as empresas do setor privado ainda encontram sérias dificuldades quanto à inserção de pessoas com deficiência nas empresas do setor privado.

O Estado, visando fiscalizar e controlar o desenvolvimento das ações relativas ao trabalho, criou vários órgãos tais como: Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Ministério Público (MPT), Ministério Público Estadual (MPE), Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), Secretarias Estaduais e Municipais de Assistência Social, de Educação e Saúde, Entidades integrantes do Sistema “S”, Instituições e Associações que lutam pelos direitos das pessoas com deficiência, dentre outras. Cabe ressaltar a atuação de dois órgãos:

O Ministério do Trabalho e Emprego que desempenha papel de destaque, pois trabalha (fiscalizando), buscando suprimir todas as formas de discriminação, proporcionando, através de ações, estabelecer a igualdade de chances a este grupo tão prejudicado historicamente.

Segundo artigo 36, §5º, Decreto n.3298/1999:

Art.36

[...]

§ 5º Compete ao ministério do trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no caput deste artigo.

Existe uma parceria entre Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e outros órgãos governamentais e não governamentais, que visam combater a desigualdade e discriminação, criando um ambiente propício à integração. Segundo o referido Ministério,

O MTE firmou parcerias com órgãos governamentais e não governamentais, dando continuidade às ações de promoção de igualdade e oportunidades no trabalho, de forma a pôr em prática as Convenções 100 e 111 da OIT, ratificada pelo Brasil nas décadas de 50 e 60, respectivamente. A principal estratégia tem sido a articulação e a integração de políticas que visam ao fortalecimento institucional para superar as várias formas de discriminação.

A fiscalização do cumprimento da lei compete aos auditores-fiscais do trabalho, segundo o artigo 36, §5º, do Decreto n. 3.298/99, que podem lavrar auto de infração com a conseqüente imposição de multa administrativa. Podendo encaminhar relatório ao Ministério Público do Trabalho para as devidas medidas que julgarem adequadas, conforme disposto no artigo 10, §5º, do Decreto n. 3.298/99.

O Ministério público do trabalho órgão também responsável pelo cumprimento da Lei, na figura de seu Procurador, primeiramente tenta compor a situação através do Termo de ajustamento de conduta (TAC), que estipulará prazo para adequação da situação, ou seja, cumprimento da norma, além de multa pelo descumprimento.

Persistindo a situação de descumprimento o MPT poderá ajuizar Ação Civil Pública, que fixará multa inerente à obrigação de contratar, até que a cota se preencha, bem como indenização social pelo descumprimento da Lei.

Entretanto, a realidade mostra-se que as empresas do setor privado, mesmo na eminência de sofrer sérias penalidades, vêm enfrentado dificuldades para o cumprimento da Lei.

Nas palavras de Benatti, Presidente da Seção de Transporte da Confederação Nacional de Transporte,

Não é pressionando, com discursos ou com multas, que se resolve a questão; é necessário inteligência em relação à lei, que precisa de flexibilidade e de entendimento conforme a atividade. Ele reiterou o argumento de que falta qualificação a boa parte dos deficientes. (2011, 1)

Neste contexto, há de analisar o caso concreto, visto que muitas empresas não medem esforços para a contratação, mas infelizmente não encontram profissionais habilitados ou reabilitados no mercado para exercerem as funções disponibilizadas no setor privado para que se evitem ajuizamentos de ações civis precipitadas.

É o dispõe a jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL. O quadro fático delineado no acórdão regional é no sentido de que não houve qualquer verificação pela autarquia previdenciária (INSS) de que estivesse a empresa a descumprir o artigo 93 da Lei 8.213/1991, a saber, a existência de vaga capaz de ser provida por pessoa reabilitada ou deficiente habilitado. E, também, porque foi constatada a existência de trabalhadores em tal situação no quadro da empresa, embora ainda em número menor que o exigido por lei, mas sem indicativo de que novas houvessem deixado de ser

providas por pessoas reabilitadas ou deficientes habilitados. Recurso de revista não conhecido. (TST – 2ª Turma – processo RR – 746/2000-007-10-85 Publicação: DJ – 05/09/2008 – Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva).

Assim, percebe-se que o Ministério Público atua como fiscalizador em prol do cumprimento da Lei agindo com firmeza e determinação, contudo há de se levar em conta a dificuldades das empresas quanto ao cumprimento da Lei, fatos muitas vezes alheios a sua vontade.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, dispõe que ao interpretar uma norma o aplicador deve estabelecer critérios voltados para estabelecer o fim social, ou seja, para qual finalidade aquela norma foi criada pelo legislador.

Buscar a função social da norma é aplicar a norma ao caso concreto, tendo como parâmetro a sua finalidade social e o bem comum. Conforme Trentini, em sentença proferida no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, nos autos do processo 00443200602902005, que tramita na 29ª Vara do Trabalho de São Paulo,

É inoportuno, portanto, obrigar as empresas, indistintamente, à contratação sem critérios, apenas pelo fato do contratado possuir deficiência. Com efeito, a lei objetiva proteger tais pessoas e permitir-lhes meios dignos de socialização e sobrevivência, sem transformá-los em meros atores insensíveis, colocados em qualquer posição funcional apenas para servir à matemática fria constante na norma legal. (2012, p.1)

Desta forma, embora a norma estabelecida no artigo 93 expresse que as empresas estão obrigadas a preencher referidas vagas, a real finalidade da norma (interpretação teológica) é garantir às pessoas portadoras de deficiência determinado número de vagas, para evitar a concorrência entre estes e os demais trabalhadores em condições desiguais.

Neste sentido, tem-se observado nos tribunais superiores brasileiros um movimento no sentido de interpretar a norma de forma teológica, buscando entender a real intenção do legislador ao criar a norma.

Cabe citar, neste interim, parte da decisão proferida no acórdão de uma Ação Civil Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, no processo 0196400-23-2008-5-20-0002, in verbis:

A intenção do legislador, ao criar o sistema de cotas, previsto no art.93 da Lei 8.213/91, foi permitir o acesso dos portadores de deficiência ao merca-

do de trabalho e ao convívio social, e, desse modo, buscar a igualdade de oportunidades. Comprovado nos autos que o empregador buscou preencher as vagas destinadas aos portadores de deficiência através de envio de ofícios às instituições correlatas, sem, entretanto, obter êxito, não há de falarem descumprimento da norma supracitada.

Sobre este assunto o doutrinador José Afonso da Silva (2008, p.66) tem o seguinte entendimento:

[...] O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Deste modo, aplicação fria e literal da norma sem considerar a realidade fática pode representar injustiça. Deve-se ter como objetivo a verdadeira finalidade da norma, ou seja, a inclusão das pessoas deficientes no mercado privado de forma digna, utilizando-se do bom senso e o conceito de justiça.

3 AS DIFICULDADES DAS EMPRESAS DO SETOR PRIVADO PARA O CUMPRIMENTO DAS COTAS

A Lei 8.213/91 estabelece em seu artigo 93 a obrigatoriedade de que as empresas com 100 (cem) ou mais funcionários incluam em seus quadros de empregados uma cota com pessoas com necessidades especiais.

Entretanto, a eficácia deste dispositivo vem sendo discutida sob a ótica de que a determinação legal deve vir precedida de ações afirmativas que visem à implantação de providências, com a finalidade de promover a inclusão deste grupo, possibilitando a efetiva igualdade constitucional.

Segundo entendimento de Costa,

No Brasil, a questão do acesso ao mercado de trabalho da pessoa com deficiência, e sua conseqüente inclusão social, ocorre de forma limitada. A política de inclusão social dessas pessoas, por meio do trabalho, praticamente restringe-se ao sistema de cotas. Somos defensores da adoção de outras ações afirmativas para conferir efetividade ao direito ao trabalho da pessoa por-

tadora de deficiência, entendemos que as cotas, isoladas, são insuficientes para garantir tal direito. (2008, p.121-122)

Muitas empresas do setor privado vêm enfrentando dificuldades para o cumprimento da Lei por motivos alheios a sua vontade, dificuldades estas que passam despercebidas pelos auditores fiscais.

Sobre este assunto, Mendonça aduz que:

Ao contrário do que boa parte da doutrina pensa acerca da questão da inclusão social da pessoa com deficiência, a nossa experiência revelou que muitas empresas se preocupam com o tema, disponibilizando vagas reservadas para as pessoas com deficiências. Chegam, inclusive a promover campanhas internas para a contratação das pessoas com deficiência, mas ao final, não conseguem atingir a cota legal por problemas que muitas vezes são ignorados pelos auditores fiscais do trabalho. (2010, p.173)

Em decorrência desta situação fática, as empresas têm recorrido ao Poder Judiciário, na busca de estabelecer equilíbrio entre o cumprimento da norma e os problemas existentes que impedem sua eficácia. E de forma especial, os recentes entendimentos dos Tribunais sinalizam para a aplicação do princípio da razoabilidade na interpretação e aplicação da norma legal.

Percebe-se a evidente preocupação do Judiciário em avaliar a real situação fática vivida pelas empresas do setor privado, no sentido da dificuldade da admissão de pessoas portadoras de necessidades especiais em condições de exercer as funções disponibilizadas no mercado de trabalho.

Neste contexto, surgem discussões acerca destas dificuldades, que serão alvo de exame do tema problema da presente pesquisa. Destaca-se, ainda, que o objetivo deste estudo é chegar a um posicionamento fundamentado de acordo com a Constituição Federal, e com os demais princípios norteadores do direito brasileiro.

Uma das grandes dificuldades apontadas pelo setor privado é a falta de qualificação dos candidatos para as vagas disponibilizadas.

A este respeito Costa destaca que:

[...] as políticas públicas na área da educação não são suficientes. Segundo dados do IBGE, dos que tem o primeiro grau completo ou oito anos de estudo, apenas 10% são pessoas com deficiência, contrariando este quadro, o nível de exigência das empresas para contratar é alto, além da falta de vontade pura e simples. (2008, p.128)

Por outro lado, o Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (Conade), Moisés Bauer, expõe que, “Há preconceito e “corpo mole” por parte dos empresários, que utilizam a falta de qualificação como “desculpa” para não contratar deficientes”.

As empresas do setor privado se defendem alegando que o não cumprimento da determinação legal, relativa ao sistema de cotas para pessoa com deficiência, muitas vezes está na especificidade da atividade desenvolvida pela empresa, que cada vez mais precisa de profissionais altamente especializados. Sobre o referido assunto, Manica, gestora do programa de ações inclusivas do Serviço Nacional de aprendizagem (SENAI), explica que:

Um dos principais obstáculos enfrentados pela entidade é a baixa escolaridade dessas pessoas, já que cerca de 60% delas seriam analfabetas - ou seja, sem os pré-requisitos mínimos para serem capacitadas. Ela também ressaltou que esse grupo é formado, em boa parte, por adultos com mais de 30 anos ou em idade avançada. (2011, p.1)

Assim, as empresas por mais que precisem preencher a cota, não tem encontrado no mercado mão de obra suficiente. E quando encontra, muitas vezes, esbarra na não qualificação dos candidatos para exercer determinadas funções.

Nos ensinamentos de Costa,

Cumprir o sistema de cotas é uma tarefa bastante difícil em determinados setores, como vigilância, trabalho em minas e subsolo, atividades altamente insalubres. Contudo, não há em nossa legislação, nem na que está a iminência de surgir previsão para a não-incidência de cota ou modificação do percentual, considerado o tipo de atividade exercida. (2008, p.117)

Desta forma, não basta à existência de pessoas com deficiência para o cumprimento da norma. Faz-se necessária a capacitação destas pessoas, assegurando-lhes formação técnica e profissional adequada. O Estado é responsável direto pela qualificação destas pessoas, contudo, o que fica evidente é a falta de políticas públicas eficazes para resolver o problema.

O poder judiciário vem em reiteradas decisões buscando resolver conflitos, em que as empresas são penalizadas com multas pesadas, devido não encontrarem pessoas qualificadas para exercer os cargos disponibilizados. Cabe ressaltar trecho da fundamentação da decisão da Desembargadora Silvestre:

A louvável iniciativa do legislador de instituir um sistema de cotas para as pessoas portadoras de deficiência, obrigando as empresas a preen-

cher determinados percentual de seus quadros de empregados com os denominados PPDs, não veio precedida nem seguida de nenhuma providência da Seguridade Social, ou de outro órgão governamental, no sentido de cuidar da educação ou a formação destas pessoas, sequer incentivo fiscais foram oferecidos às empresas. A capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção do deficiente no mercado de trabalho. (Processo 03506-2006-081-02-00-8. TRT 2ª Região. DJ: em 12/08/2008)

Desta forma, é injusto que as empresas do setor privado sejam penalizadas, através de sanções, em razão do descumprimento de tal legislação, pois a lei obriga a empresa a contratar, mas não leva em consideração a inércia do Estado que possui a obrigação de contribuir para a capacitação deste grupo.

A administração Pública precisa regular sua atuação sempre dentro do princípio da legalidade, como também seus atos administrativos devem ser norteados, através do princípio da razoabilidade, o que expressa dizer, que a Administração Pública não está impedida de cumprir a lei, mas deverá aplicá-la buscando a correta finalidade da norma.

Percebe-se a evidente preocupação do Judiciário em avaliar a real situação fática vivida pelas empresas do setor privado, no sentido da dificuldade da admissão de pessoas com deficiência em condições de exercer as funções disponibilizadas no mercado de trabalho. A este respeito, cita-se a sentença proferida pelo MM Juiz da Vara de Unaí/MG, decisão que foi alvo de ratificação pelo Tribunal de 2ª instância, nos seguintes termos:

[...] em suma, comungo, do entendimento exarado pelo d.juízo sentenciante, segundo o qual o recorrido demonstrou, efetivamente, que envidou esforços na busca por candidatos para preenchimento das vagas para deficientes físicos habilitados e/ou reabilitados do INSS, o que se infere das cópias das correspondências enviadas ao SINE, ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Unaí/MG e ao INSS, mas que, todavia, não obteve êxito na tentativa de admissão desses trabalhadores, como se vê das respostas enviadas pelas referidas entidades (fls.29/35), demonstrando que o cumprimento da obrigação legal se tornou impossível em virtude da inexistência de apresentação ou indicação de trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados. (Processo 0053200-72.2007.5.03.0096 – Ação Declaratória – julgado em 30/11/2007. DOU 03/12/2007)

Neste sentido, deve ser levado em consideração todo um contexto, que envolve a postura e atitudes de cada empresa do setor privado na busca do cumprimento da norma.

Também deve ser levada em consideração, a postura do Estado no que diz respeito ao tratamento diferenciado dado entre os artigos 36 e 37 do Decreto 3.298/99 que regulamentou a Lei 8.213/91.

O artigo 36 do Decreto 3.298/99 veio confirmar o já disposto na Lei que obriga as empresas do setor privado a contratarem pessoas deficientes a partir do número total de empregados da empresa.

Em contra partida no artigo 37, do referido Decreto que trata da reserva de vagas para o setor público, privilegiou o setor ao permitir que haja dedução de postos de trabalho em que o candidato necessite da capacidade plena. Conforme se verifica artigo 38, II, do referido Decreto. Ambos os dispositivos transcritos abaixo:

Art.37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

Art.38. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

I – [...]

II – cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Percebe-se claramente que o Estado tratou o assunto de forma diferenciada, ou seja, quando a obrigação de contratar for sua, a regra é que será necessário que haja a dedução de postos de trabalho em que o candidato necessite da capacidade plena.

Entretanto, para o setor privado a regra deve ser outra, ou seja, considera-se o número total de empregados de uma empresa, não podendo ser deduzido nenhum posto de trabalho em que o candidato necessite da capacidade plena.

Diante desta situação, fica claro que o Estado ao impor a determinação ao setor privado da contratação sobre o número total de vagas, como forma de promover a igualdade ao grupo das pessoas com deficiência, viola o princípio da igualdade, pois se eximiu do dever cumprir a determinação nos mesmos moldes estabelecidos para o setor privado.

O Estado por meio de seus órgãos públicos exige o cumprimento da lei de cotas para pessoa com deficiência, utilizando-se para tanto como já foi mencionado, dos órgãos fiscalizadores que podem aplicar multas, bem como ajuizar ações civis públicas contra as empresas do setor privado.

Realmente a fiscalização constitui uma ferramenta de grande relevância, visto que obriga o comprometimento do setor privado em contribuir para a inclusão deste grupo.

Entretanto, estes órgãos do governo não vêm considerando a atual situação fática das empresas do setor privado, que encontram dificuldades que vão além de sua vontade de contratar.

Assim é o entendimento de Mendonça:

Não há lógica alguma em punir-se uma empresa pelo fato de um terceiro (candidato a deficiência), que não possui obrigação nenhuma de celebrar contrato de trabalho (ao contrário das empresas que são obrigadas a contratar), rejeitar o cargo/vaga oferecida. (2010 p.153)

Cabe ressaltar que a obrigação de disponibilizar cotas para as pessoas com deficiência constitui dever das empresas do setor privado, bem como utilizar todos meios para que a disponibilização das vagas seja de conhecimento de toda a sociedade.

Contudo, não há como celebrar um contrato de trabalho sem que as partes tenham vontade de firmá-lo. Portanto não é justo que as empresas do setor privado sejam penalizadas por disponibilizarem as vagas, utilizarem todos os meios para conseguirem o preenchimento dos cargos, e infelizmente não haja interessados suficientes. Para Mendonça,

Desse modo, o limite de exigência da lei de cotas está diretamente condicionado à reserva de vagas, sendo que se a empresa comprovar que tentou localizar candidatos para as vagas e que promoveu a reserva legal do possível, não pode ser onerada por eventual insucesso. Há, nesse caso, que se prestigiar o princípio da boa-fé tão esquecido em nosso ordenamento jurídico. (2010 p.167)

Portanto, antes de punir sem qualquer critério, deve levar em consideração os esforços das empresas do setor privado na busca do cumprimento da determinação legal, analisando todo o contexto demonstrado pela contratante, sob a pena de transformar a inclusão social do grupo em apenas um número a ser alcançado, ignorando o seu objetivo, seu fim social.

Um exemplo de sistemas de cotas que teve ser alvo de elogios pela sociedade é o sistema de cotas raciais, em que as universidades federais reservam percentuais legais de vagas nos diversos cursos. Todavia não são penalizadas no caso de não preenchimento integral de todas as vagas.

4 EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS COTAS DE CARGOS A SEREM OCUPADOS POR EMPREGADOS DE PLENA CAPACITAÇÃO FÍSICA E MENTAL

As empresas do setor privado deparam com sérias e grandes dificuldades para o preenchimento das cotas determinadas pelo artigo 93 da Lei 8.213/91, no que tange a fiscalização feita pelos auditores.

A alegação é de que para lavratura do auto de infração, o auditor deva excluir da base de cálculo o número de cargos cujo exercício dependa de empregados com plena capacitação física e mental.

A discussão seria de que para algumas atividades, a exemplo dos trabalhadores da área de segurança, limpeza, construção civil dentre outras, em que uma pessoa com suas capacidades físicas e mentais plenas já encontram dificuldades para trabalhar, sendo muito mais ariscado para uma pessoa com deficiência.

No intuito de exemplificar esta real situação, a presente pesquisa optou em demonstrar a dificuldade vivida por empresas do ramo de transporte rodoviário em que a grande maioria de seus funcionários exerce função específica, qual seja a de motorista rodoviário, em que exige do empregado toda a capacitação física, mental e psicológica.

4.1 Da Função Específica de Motorista

Os empregados que desempenham a função de motorista, por determinação da legislação e do Departamento Nacional de Trânsito, em decorrência do interesse coletivo, precisam, obrigatoriamente, ter plena capacidade de trabalho, não sendo autorizada redução da capacidade laborativa.

O exercício da função de motorista de transporte coletivo de passageiros exige habilitação profissional específica, uma vez que é necessária a aprovação em curso técnico profissional especializado e em curso de treinamento em prática veicular e em situação de risco, conforme legislação em vigor.

Além das dificuldades que imperam no trânsito das grandes cidades e rodovias, exigindo mais do que conhecimento técnico, mas atenção e cuidados constantes, o que traz em maior pressão sob o empregado.

De acordo com Lopes (2005), “é imprescindível à modificação da norma legal para que se criem exceções, considerando a atividade”. Para Mendonça deve-se observar o princípio da razoabilidade ao dispor que:

Por uma questão de razoabilidade e de justiça e, principalmente pelo fato da nossa legislação pátria não fazer qualquer distinção entre as empresas contratantes, impondo cotas iguais para empregadores que atuam em atividades distintas, cabe a fiscalização do trabalho, em especial à DRT, o dever de firmar acordos com essas em-

presas prevendo saídas criativas que corrijam essa omissão legal sem se esquecer da inclusão social, mas prestigiando o princípio da isonomia por meio de tratamento igual das empresas iguais e o tratamento desigual das empresas diferenciadas. (2010, p.191)

Neste sentido, as empresas do setor de transportes vêm invocando o princípio da razoabilidade, alegando a dificuldade de encontrar pessoas com deficiência habilitadas e capacitadas para exercer a função de motorista.

Acrescentam que não basta a existência de pessoas com deficiência desempregadas para cumprir a cota prevista na lei, mister se faz a capacitação destas pessoas, assegurando-lhe formação técnica e profissional adequada, e isto é papel do Estado em qualificá-los, o que infelizmente não se tem visto uma política pública voltada para esta situação.

Invocam o §4º do artigo 147, da Lei 9.503/97, do Código de Trânsito Brasileiro, que impõem limites à obtenção de carteira categoria D, necessária ao exercício da profissão, quando àqueles que possuem deficiência mental ou progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo.

Art.147 O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte ordem:

I - de aptidão física e mental

§4 Quando houver indícios de deficiência física, mental ou de progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo, o prazo previsto no § 2º poderá ser diminuído por proposta do perito examinador.

Neste sentido, cita-se a decisão que julgou o mandado de segurança sobre o assunto em tela:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – INCLUSÃO DE MOTORISTAS NA BASE DE CÁLCULO PARA DEFINIÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS DEFICIENTES FÍSICOS CONTRATADO PELA EMPRESA – IMPOSSIBILIDADE - *Da simples leitura dos artigos 145 e 147 do código de trânsito Brasileiro é possível se concluir que a atividade de motorista de coletivos não pode ser realizada por pessoas desprovidas de aptidão física e mental, já que se trata de profissão peculiar com exigências legais e específicas. Assim, merece ser concedida a segurança requerida para que os motoristas sejam excluídos da base de cálculo da cota de emprega-*

dos deficientes físicos que as empresas representadas pelo impetrante são obrigadas a contratar. (Mandado de Segurança 01743-2010-025-03-00-7 RO, Julgamento em 13/03/2012).

Cabe ressaltar que neste julgamento o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por sua Quinta turma, decidiu por unanimidade, em dar parcial provimento para conceder a segurança impetrada, determinando que os cargos de motoristas sejam excluídos da base de cálculo da cota de empregados.

Dentre os fundamentos apontados pelo judiciário, foram à segurança pública, pois colocaria em risco a vida de cidadãos inocentes no trânsito das grandes cidades, que cada vez está mais caótico e que mesmos na hipótese de adaptação dos veículos, não seria justa imputar às empresas do setor privado a responsabilidade pelo custo desses veículos, uma vez que a não há amparo legal neste sentido.

Não se pode negar que a obrigatoriedade de cumprir a cota se faz necessária, pois cumpri seu papel de função social, entretanto não há como fechar os olhos para a omissão existente na lei, no sentido de não regulamentar situação como a ausência de capacitação técnica dos candidatos para o desempenho de disseminadas profissões, como o risco de permitir que o façam sem o preenchimento de plenas aptidões que diminuam o risco de acidentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho está profundamente ligada aos princípios constitucionais. Em que garantem a dignidade da pessoa humana e promoção da igualdade.

Percebe-se que ao longo dos anos o legislador cada vez mais se preocupava com a inclusão social das pessoas com deficiência, promovendo a criação de ferramentas eficazes para colaborar para a inclusão desta classe a muito ignorada e humilhada ao longo da história da humanidade.

Uma destas ferramentas foi à inclusão através do trabalho que constitui sem dúvida uma oportunidade para que a pessoa com deficiência adquira a chance de independência que vai além do econômico-financeira, pois promove o exercício da cidadania, buscando cada vez mais a dignidade por meio de seus esforços.

A Lei 8.213, de 24/07/1991 estabeleceu o sistema de cotas para as pessoas com deficiência, que representa a igualdade material ou substancial que consiste em tratar os iguais de maneira igual, na medida de suas desigualdades, ou seja, promove o tratamento diferenciado, visando equilibrar a situação de desigualdade.

Contudo, apesar da lei completar hoje quase 22 anos, as empresas do setor privado ainda encontra sérias dificuldades quanto à inserção de pessoas com deficiência nas empresas do setor privado.

Ocorre atualmente um desequilíbrio latente entre oferta e a demanda de portadores de deficiência, seja pela falta de qualificação, adequação a norma a realidade, omissão de órgãos do governo, dentre outras dificuldades.

Assim sendo a aplicação fria e literal da norma sem considerar a realidade fática pode representar injustiça. Deve-se ter como objetivo a verdadeira finalidade da norma, ou seja, a inclusão das pessoas deficientes no mercado privado de forma digna, utilizando-se do bom senso e o conceito de justiça.

Ao final da presente pesquisa, comprovada a hipótese inicial, sustentou-se, então, que a inclusão social das pessoas com deficiência no setor privado, deve ser pautada nos alicerces do princípio da igualdade e razoabilidade.

Buscando a interpretação (teológica), que embora a norma expresse que as empresa estão obrigadas a preencher referidas vagas, a real finalidade é garantir ao grupo determinado número de vagas, para evitar a concorrência entre estes e dos demais trabalhadores em condições desiguais.

Trata-se de discriminação positiva, com finalidade semelhante ao que justificou a criação de cotas nas universidades públicas, o que também ocorre com a norma do art.37, inciso VIII, da Constituição Federal/1988 em relação ao servidor público.

Cabe o Estado promover políticas públicas que propicie ao grupo segurança e confiança para participar da sociedade por meio de seus esforços, possibilitando estímulos e garantias iniciais para que eles ingressem no setor privado e profissionalizem.

Não se pode negar que a obrigatoriedade de cumprir a cota se faz necessária, pois cumpri seu papel de função social, entretanto não há como fechar os olhos para a omissão existente na lei, no sentido de não regulamentar situação como a ausência de capacitação técnica dos candidatos para o desempenho de disseminadas profissões, como o risco de permitir que o façam sem o preenchimento de plenas aptidões que diminuam o risco de acidentes.

REFERÊNCIAS

BENATI, Flavio. Pessoas com deficiência podem ter prioridade em processos na justiça. CONGRESSO DE INCLUSÃO SOCIAL. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/04/14/pessoas-com-deficiencia-podem-ter-prioridade-em-processos-na-justica>>. Acesso em: 15/10/2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 nov 2013.

_____. Convenção 159 da OIT. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/legislacao_2_1.asp>. Acesso em 21 jan. 2013.

_____. Decreto 3.298/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm Acesso em 15 nov. 2012.

_____. Decreto 5.296/2004 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em 26 jan. 2013.

_____. Lei nº 7853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 03 mar.2013.

_____. Lei 12.735/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm. Acesso em 22 nov. 2012.

_____. Portaria 1.199/2003 Disponível em: http://www.arantesdepaiva.adv.br/pagina/cotas_para_deficientes. Acesso em 20 jan. 2013.

_____. Vade Mecum. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

COSTA, Sandra Morais de Brito. Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência Aspectos Legais e Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença. Belo Horizonte: ARRAES, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & principio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. A efetividade das leis brasileiras. São Paulo: LTr, 2005.

LORENTZ, Lutiana Macur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho, disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub61.html>. Acesso em 31/01/2013.

_____. A Norma da Igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: LTR, 2006.

MANICA, Loni Elisete. Pessoas com deficiência podem ter prioridade em processos na justiça. CONGRESSO DE INCLUSÃO SOCIAL. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/04/14/pessoas-com-deficiencia-podem-ter-prioridade-em-processos-na-justica>>. Acesso em: 15/10/2012.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Ciência e conhecimento científico. In: Metodologia científica. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. Lei de Cotas Pessoas com Deficiência A visão Empresarial. São Paulo: LTr, 2010.

PORTAL MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/noticias/>> Acesso em set.2012.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7° ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.319 p.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Classe: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Processo: 0196400-23-2008-5-20-0002. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis Isoladas. Data de Publicação: 31/01/2008. Disponível em <<http://www.trt20.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Classe: AÇÃO DECLARATÓRIA. Processo: 0196400-23-2008-5-20-0002. Julgamento em 30/11/2007. DOU 03/12/2007. Disponível em <<http://www.trt20.jus.br/busca/?tb=proc>>.

Acesso em: 2 abr. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Processo: 03506-2006-081-02-00-8. Desembargadora Rita Maria Silvestre. TRT 2ª Região. DJU: 12/08/2007. Disponível em <<http://www.trt20.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 12 de maio de 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Classe: MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 01743-2010-025-03-00-7 RO. TST - 2ª Turma - processo RR - 746/2000-007-10-85 Publicação: DJ - 05/09/2008 - Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva. Julgamento em 13/03/2012. Disponível em <<http://www.tjro.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil, Ética e Teoria Geral do Direito Privado, Coordenador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídico e Advogado.

2 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.