

A OBRIGATORIEDADE DE AS EMPRESAS PROMOVEREM O PREENCHIMENTO DE CARGOS COM PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E REABILITADOS

Dinorá Carla de Oliveira Rocha Fernandes¹

Nos últimos anos as empresas têm sido surpreendidas com as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho em virtude do disposto no artigo 93 da Lei 8.212/93, que determina:

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

*I – até 200 EMPREGADOS – 2%;
II – de 201 a 500 – 3%;
III – de 501 a 1000 – 4%;
IV – de 1001 em diante 5%.”*

Primeiramente, deve-se questionar se teria o Ministério Público do Trabalho legitimidade para propor ações visando o cumprimento do contido na norma citada? Ora, o artigo 83, inciso III da Lei Complementar 75/93 determina que compete ao órgão ministerial “promover ação civil publica no âmbito da Justiça do trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente adquiridos.”

A par disso, verifica-se que o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para postular em juízo a defesa de interesses coletivos, sendo certo não possuí-la para pleitear em defesa da ordem jurídica, como vem ocorrendo.

¹ Advogada em Belo Horizonte. Pós-graduanda em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva em convênio com a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES

Ao ajuizar uma ação cível pública buscando a condenação das empresas ao cumprimento da cota de contratação estipulada pelo artigo 93 da Lei 8.213/91, o Ministério Público atua na tutela de interesses individuais ou , no máximo, de grupos determinados, direitos não considerados como direitos indisponíveis.

Assim, sendo possível a **identificação** e **determinação** das pessoas, ou de um determinado grupo de pessoas, (portadores de deficiência e reabilitados), evidente a ilegitimidade ativa do MPT, pois não está ele legitimado à defesa de “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível”, porque os titulares desses direitos só podem ser “grupos, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base” (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, inciso II).

Ora, a ação civil pública é de “utilização excepcional” (RTJSP 117/42), e “constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais”, passa ao largo de questões como a ora debatida, à vista da inexistência de questão jurídica relevante, pois, como assentou o Tribunal Superior do Trabalho, por serem tutelados pela ação civil interesses e não direitos, é imprescindível que a infringência a direitos se dê em clima “que traduza a inquietação pública e traga, portanto, em seu âmago, “*fumus*” de afetação pública” (LTr 58/05, p.266).

Ademais, não pode o MPT pretender através de ação civil pública o que já existe na lei que pode ser aplicada pelo órgão próprio, ou seja, na Lei 8.213 já existe a sanção para o caso de descumprimento da norma.

Ainda, o artigo 93 da Lei n. 8.213/91 é inconstitucional por violar o art. 5º, XIII e XXII, o art. 174 e o art. 203, IV, todos da Constituição da República Federativa do

Brasil. De fato, viola os incisos XIII e XXII do artigo 5º da Carta Magna porque impede o livre exercício de “trabalho, ofício ou profissão”, retirando a liberdade do empregador em escolher aqueles que lhe prestarão serviços, assim como interfere na propriedade privada.

Por sua vez, o artigo 174 da Constituição também resta violado, porque o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A norma em questão impõe uma conduta ao empregador incompatível com a interferência estatal na atividade privada, que é meramente indicativa e não determinante.

Viola, por fim, o inciso IV do artigo 203 da Constituição, pois a assistência social será prestada pelo Estado a quem dela necessitar, tendo como objetivo a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. A norma questionada transforma o empregador em substituto do Estado na prestação de assistência social e, ademais, extrapola da norma constitucional, que prevê a integração à vida comunitária e não cogita de reserva de mercado.

Ademais, ao propor a ação civil pública o MPT deveria, pelo menos, comprovar que algum portador de deficiência ou reabilitado tenha se candidato a emprego, o qual tenha sido negado pela sua condição, em evidente ato discriminatório, não obstante poder possuir qualificação profissional para exercer atividade a que se candidatou.

É estranha também a imposição porque o beneficiário da previdência social habilitado ou a pessoa portadora de deficiência pode não se interessar por empregar-se em determinada empresa.

Como ficaria então? A norma em questão não teria como ser aplicada, por impossibilidade gerada pela ausência de interesse daqueles que seriam por ela beneficiados.

Como se não bastasse, a imposição do artigo 93 da lei 8.213/91 não se enquadra no espírito da lei porque, quando o legislador constituinte editou o art. 203, inciso IV, fê-lo no capítulo “Da assistência social”, que se sustenta com a participação de todos não se podendo usar a via judicial para garantir direito e interesses de determinado grupo de pessoas, quando, sabidamente, esse não foi o objetivo da norma constitucional, que no caso, é, programática, e, portanto, deve ter sua aplicação nos exatos limites que pretendeu o legislador constituinte.

O art. 93 da Lei 8.213/91, por se tratar também de norma programática, depende de regulamentação, ainda pendente, o que implica na impossibilidade de sua aplicação, como se depreende da Portaria INSS n. 4.677/98, cujo art. 3º dispõe, verbis:

“Art. 3º. O INSS estabelecerá no prazo de trinta dias sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, para o fiel cumprimento do disposto nesta Portaria, gerando estatística sobre o total de empregados e vagas preenchidas para acompanhamento por parte das unidades de reabilitação profissional e quando solicitado, por sindicatos e entidades representativas de categorias.”(D.O.U., 30.07.98, Seção 1, p. 49).

Assim, o MPT não tem competência concorrente com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para promover a execução da citada lei, como lhe é vedado pelo artigo 129, inciso IX, da Constituição da República. Segundo se depreende dos dispositivos acima citados, e em especial do §1º do artigo 136 do Decreto n.º 3048/99,

cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS promover a prestação de que o mesmo trata.

Ante tais considerações, conclui-se que a norma em comento, se aplicável, deveria seguir alguns parâmetros, quais sejam: às diversas unidades de determinada empresa, com menos de 100 (cem) empregados, não se imporia a obrigação, por estar fora do campo de abrangência do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e a contratação do portador de deficiência ou do reabilitado estaria condicionada à existência de candidatos em condições de preencher a vaga aberta, ficando permitido às empresas na hipótese de inexistência de tal candidato, a contratação de outro trabalhador, por razões mais do que óbvias.