

SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SETOR PRIVADO: QUESTÕES CONTROVERSAS E COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

QUOTA SYSTEM FOR PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE PRIVATE SECTOR: CONTROVERSIAL ISSUES AND DISCRIMINATION

Fernanda Menezes Leite¹
Jair Aparecido Cardoso²

RESUMO

Políticas de inclusão social e laboral, mobilizadas sob a bandeira da “discriminação positiva” ou “ação afirmativa”, vêm adquirindo crescente difusão no período contemporâneo. Dentre as ações afirmativas destinadas a promover a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, o sistema de reserva legal de vagas na esfera privada merece ser destacado, o qual foi implementado no Brasil sob o fundamento da Lei 8.213/91. Contudo, ainda permeiam algumas discussões a respeito do cumprimento do sistema de cotas pelas empresas brasileiras, como, por exemplo, a questão de como proceder com o preenchimento das vagas para as empresas com atividades sazonais ou com atividades altamente insalubres ou perigosas. Desse modo, o presente estudo visou responder a esses pontos controversos com base na doutrina e na atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Dessa forma, a metodologia utilizada foi o método dedutivo, sem descartar o método indutivo, com fulcro em pesquisa documental no âmbito doutrinário e legislativo, mas também foi empregada uma análise documental jurisprudencial, na medida em que a busca por decisões judiciais e a análise das mesmas integrou o conteúdo deste trabalho. Através da observação de como a doutrina e a jurisprudência regulamentam esse tema, considerou-se ser possível obter respostas fidedignas e conclusivas ao presente estudo e, conseqüentemente, contribuir para a erradicação de toda e qualquer manifestação discriminatória em relação às pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Discriminação. Ações afirmativas. Sistema de cotas. Pessoas com deficiência. Questões controversas.

ABSTRACT

Social and labor inclusion policies, mobilized under the banner of "positive discrimination" or "affirmative action", have become increasingly widespread in the contemporary period. Among the affirmative actions aimed at promoting the inclusion of person with disabilities in the labour market, the legal reserve system of vacancies in the private sphere deserves to be highlighted, which was implemented in Brazil under the basis of Law 8.213/91. However, there are still some discussions about compliance with quotas by Brazilian companies, such as, for example, the question of how to proceed with filling of vacancies for businesses with seasonal activities or with highly unhealthy or dangerous activities. Thus, the present study aimed to answer these controversial issues based on the doctrine and in the current jurisprudence of the Superior Labor

¹ Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP; Email: fernanda.menezes.leite@usp.br.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba- UNIMEP, Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto- USP. Email: jaircardoso@usp.br.

Court. Therefore, the methodology used was the deductive method, without discarding the inductive method, with focus in documentary research under doctrinal and legislative, but also been employed a documental analysis of jurisprudence, once the search of judicial decisions and the analysis of them integrated the content of this work. By observing how doctrine and case law regulate this subject, it was considered possible to obtain reliable and conclusive answers to the present study and, consequently, contribute to the eradication of any discriminatory manifestations against people with disabilities.

Keywords: Discrimination. Affirmative action. Quota system. People with disabilities. Controversial issues.

INTRODUÇÃO

Políticas de inclusão social e laboral, mobilizadas sob a bandeira da “discriminação positiva” ou “ação afirmativa”, vêm adquirindo crescente difusão no período contemporâneo. Nesse sentido, buscando garantir a efetivação do direito fundamental ao trabalho, expressamente reconhecido pela Constituição Brasileira de 1988 em seu art. 1º, inciso IV, o legislador tem editado normas que visam à inclusão laboral das pessoas com deficiência.

No âmbito da empresa privada, a reserva de mercado de trabalho à pessoa com deficiência encontra-se regulada no artigo 93 da Lei 8.213/91, o qual obriga as empresas com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência.

Contudo, ainda permeiam algumas discussões a respeito do cumprimento do sistema de cotas pelas empresas brasileiras, dentre as quais merecem destaque as seguintes questões: o percentual indicado na legislação faz referência à empresa ou ao estabelecimento? Como proceder com o preenchimento das vagas para as empresas com atividades sazonais? E para as empresas que atuam com atividades de vigilância ou em atividades altamente insalubres ou perigosas? Cumpre a legislação a empresa que só contrata pessoas que possuem um único tipo de deficiência? E, por fim, a falta de candidatos para as vagas ofertadas exonera a empresa da obrigação de cumprimento da lei de cotas?

Diante deste quadro, o presente estudo tem por objetivo buscar responder a essas questões, com base na doutrina e na atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Dessa forma, a metodologia utilizada será o método dedutivo, sem descartar o método indutivo, com fulcro em pesquisa documental no âmbito doutrinário e legislativo, mas também será empregada

uma análise documental jurisprudencial, na medida em que a busca por decisões judiciais e a análise das mesmas vão fazendo parte do conteúdo da pesquisa.

Acredita-se que com o esclarecimento dessas questões será possível a plena aplicação da lei de cotas para pessoas com deficiência, pois não obstante o caráter protetivo e inclusivo do art. 93 da Lei 8.213/91, não se pode desprezar as dificuldades dos empregadores em interpretar esses pontos que ainda causam controvérsias.

Por fim, somente observando como a doutrina e a jurisprudência regulamentam esse tema, considera-se ser possível obter respostas fidedignas e conclusivas ao estudo que ora se propõe e, conseqüentemente, contribuir para a erradicação de toda e qualquer manifestação discriminatória em relação às pessoas com deficiência. Obviamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, nem tampouco de apresentar uma verdade imutável, mas apenas fomentar o interessante e necessário debate.

1. AÇÕES AFIRMATIVAS E INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

A Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) marcou um processo de redemocratização do Estado Brasileiro e se constitui em uma legislação mais avançada em relação aos direitos e garantias fundamentais. No referido diploma, o direito ao trabalho é expressamente reconhecido como direito fundamental, sendo considerado como meio legítimo de se assegurar uma vida digna a todas as pessoas (art. 1º, inciso IV, da CF/88).

Desta forma, o universo dos direitos fundamentais necessita do direito do trabalho à medida em que é no contexto das relações sociais do trabalho que o homem atua na realidade, modifica-a, transforma-se e constrói sua identidade pessoal e social³. Segundo Maria Hemília Fonseca⁴, o direito ao trabalho mostra-se “como uma fonte de sobrevivência e promotora de dignidade humana, vinculando-se ao direito à vida, pois sem trabalho as pessoas não têm como proporcionar uma vida digna para si e para os seus familiares”.

³ ARANHA, Maria Salete Fábio. **Trabalho e Emprego: Instrumento de Construção da Identidade Pessoal e Social**. São Paulo: SORRI-BRASIL; Brasília: CORDE, 2003. Série Coleção e Pesquisas na Área da Deficiência, v. 9, p. 10.

⁴ FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p. 256.

Em relação às pessoas com deficiência, a integração desse grupo na vida economicamente ativa de um país, a par de se mostrar como um gesto de solidariedade e fraternidade, representa um ganho expressivo na qualidade de vida delas, ao mesmo tempo em que traz resultados positivos para os demais membros da sociedade. Conforme Luís Antônio Camargo de Melo, “uma vez que sejam capazes de garantir seu próprio sustento, elas (pessoas com deficiência) não precisam demandar os benefícios sociais oferecidos pelo Estado, exercendo menos pressão sobre os serviços da seguridade social”⁵.

No entanto, além dos reflexos positivos para a sociedade, a inserção laboral das pessoas com deficiência contribui para o resgate da autoestima das mesmas. Nas palavras de Ricardo Tadeu Marques Fonseca, “as deficiências, que sempre foram fatores de exclusão social nas relações sociais do trabalho, passam a um segundo plano, visto que a pessoa que trabalha é respeitada como igual. Trata-se, assim, do mais eficiente mecanismo de libertação e inclusão social”⁶.

Dentre os diversos tipos de minorias, estudar as pessoas com deficiência mostra-se relevante uma vez que “essa é a maior minoria do mundo”. Além disso, ninguém está isento de se tornar uma pessoa com deficiência. Segundo Diego Nassif da Silva, “todos os anos, milhares de pessoas somam-se às estatísticas ao se envolverem em acidentes domésticos, de trabalho, de trânsito, ao sofrerem alguma violência ou, ainda, ao não receberem o devido tratamento médico ou ambulatorial”⁷. Portanto, inegavelmente, a realidade desse “outro” que existe na periferia da cotidiana normalidade encontra-se muito mais próxima de todos do que se imagina.

Contudo, segundo o Relatório Mundial sobre Deficiência, divulgado em 2011 pela Organização das Nações Unidas (ONU), as pessoas com deficiência têm maior probabilidade de ficarem desempregadas e geralmente ganham menos, mesmo quando empregadas⁸. Além disso, é mais difícil para as pessoas com deficiências se beneficiarem do desenvolvimento e saírem da pobreza devido à discriminação no trabalho, acesso limitado ao transporte, e falta de acesso aos recursos para promover o auto-emprego e atividades que garantam sua subsistência.

⁵MELO, Luís Antônio Camargo de. A pessoa com deficiência e o Direito do Trabalho. *Revista do Advogado*, n. 121, nov. 2013, p. 159-164.

⁶FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *Trabalho da pessoa com deficiência: lapidação dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2006, p. 249.

⁷SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 17.

⁸GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência. *Relatório Mundial sobre a Deficiência*. São Paulo, 2013, p. 10.

De acordo com o referido relatório da ONU, existe um número superior a 1 bilhão de pessoas em todo o mundo com algum tipo de deficiência. No Brasil, os resultados apresentados pelo Censo Demográfico 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontaram que 23,9% da população brasileira possui alguma deficiência – aproximadamente 45 milhões de pessoas⁹.

Desse grupo, segundo a Relação Anual de Informações Sociais - 2014 (RAIS 2014), do Ministério do Trabalho e Emprego, havia no Brasil apenas 381,3 mil pessoas com deficiência contratadas até setembro de 2014, o que corresponde a um percentual de 0,77% do total dos vínculos empregatícios da RAIS 2014¹⁰.

Diante deste exame inicial, não é difícil perceber que, embora o direito ao trabalho seja reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio como um direito fundamental, o Brasil possui um significativo número de pessoas com deficiência que não estão inseridas no mercado de trabalho.

E isso ocorre porque as pessoas com deficiência são adjetivadas como pessoas improdutivas, e assim ficam impedidas de ter acesso ao direito humano ao trabalho. Isto é, as pessoas com deficiência foram e ainda são consideradas como verdadeiros estorvos à produtividade e ao crescimento econômico e financeiro de empresas e do Estado¹¹.

Buscando reverter esse cenário, houve a necessidade do uso de políticas estatais ou privadas com o intuito de reduzir o processo discriminatório e seus efeitos nocivos. Assim, iniciou-se um movimento conhecido por “ações afirmativas” ou “discriminação positiva”. As ações afirmativas, segundo Álvaro Ricardo Souza Cruz, podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitiva ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de

⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: < <http://censo2010.ibge.gov.br/resultados> > Acesso em: 05 mai 2017.

¹⁰ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Característica do Emprego Formal. Relação Anual de Informações Sociais – 2014**. Disponível em: < <http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814F4D225D014FB3757F852753/Caracter%C3%ADsticas%20do%20Emprego%20Formal%20segundo%20a%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20Anual%20de%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20Sociais%202014%2031082014.pdf> > Acesso em: 06 mai 2017.

¹¹ RESQUE, João Daniel Daibes. **O conceito de pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas ao mercado de trabalho**. 2014. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2014. p. 73.

indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, patologia física/psicológica, etc¹².

As ações afirmativas buscam um modelo de promoção da igualdade real, possibilitando o acesso prioritário de grupos e indivíduos a recursos essenciais, os quais antes eram inacessíveis por consequência da “discriminação negativa” e da exclusão social. Nesse sentido, sendo certo que as ações afirmativas são mecanismos compensatórios, estas podem ser utilizadas para inserir determinados grupo sociais no exercício do direito ao trabalho. Nesta esteira, constituem ações afirmativas: o sistema de cotas, a concessão de benefícios e subsídios às empresas, deduções, entre outras.

No que diz respeito à inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXXI estabelece a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de cotas puro, para a reserva de vagas no mercado de trabalho às pessoas com deficiência nos concursos públicos e nas empresas privadas com mais de cem empregados.

A reserva de vagas pretende inserir o indivíduo com deficiência no mercado de trabalho, viabilizando-lhe prover o seu próprio sustento, de maneira autônoma e livre, devolvendo-lhe a cidadania e proporcionando-lhe o protagonismo e a participação plena nos rumos da sua vida e da comunidade na qual está inserido. Além do mais, esta modalidade de ação afirmativa permite que a pessoa com deficiência, subjugada aos olhos da sociedade, prove por meio do convívio e do desenvolvimento de suas capacidades laborais que é apta a contribuir com os mais variados processos produtivos.

Desse modo, não há dúvidas de que o sistema de cotas para inclusão das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho configura uma relevante ação afirmativa. Assim, visando o pleno acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho é preciso esclarecer questões controvertidas a respeito desse sistema de reserva de vagas no setor privado, o que será realizado ao longo deste trabalho.

2.PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA FINS DA LEI DE COTAS

¹² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 185.

A princípio, destaca-se que a sociedade, a doutrina, bem como a própria legislação vigente utilizam terminologias distintas para tratar e conceituar as pessoas com deficiência. Contudo, a construção de uma verdadeira sociedade inclusiva passa também pelo cuidado com a linguagem. Assim sendo, é necessário atentar para a escolha da expressão mais adequada para indicar a pessoa com deficiência.

Ocorre que, no passado, inúmeras expressões foram utilizadas de forma pejorativa para apontar uma pessoa com deficiência, destacando-se tão somente a existência da doença e afastando a individualidade do homem e sua dignidade, como, por exemplo, “aleijado”, “maneta”, “manco”, “mongoloide”, “defeituoso”, “mudinho”, entre outros¹³.

A partir de 1981 passou-se a utilizar o termo “deficiente”, por influência do Ano Internacional e da Década das Pessoas Deficientes, estabelecido pela Organização das Nações Unidas (ONU). Contudo, alguns autores observam que a expressão “deficiente” seria utilizada para relacionar o oposto daquilo que é eficiente¹⁴. Ou seja, o termo “pessoa deficiente” acentuaria uma qualidade de ineficiência na pessoa.

Em meados dos anos 1980, entraram em uso as expressões “pessoa portadora de deficiência” e “portadores de deficiência”. Contudo, conforme esclarecem os ensinamentos do doutrinador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, as deficiências não se portam, estão com a pessoa ou na pessoa¹⁵. Isto é, a deficiência não pode ser entendida como uma coisa que às vezes se porta e às vezes não: tem-se uma deficiência.

Também em um determinado período acreditava-se como correta a terminologia “pessoas com necessidades especiais”. Contudo, ser “especial” exclui a pessoa do todo, da igualdade, remetendo-se somente à diferença. Por outro lado, pode-se entender também que o termo “especial” não é adequado porque outros indivíduos, além das pessoas com deficiência, também necessitariam de atenção especial, como os idosos e as crianças¹⁶.

Por volta da metade da década de 1990, a terminologia utilizada passou a ser “pessoas com deficiência”, que permanece até hoje. A diferença entre esta e as terminologias anteriores é

¹³GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. 2013. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p.22.

¹⁴BERVENVANÇO, Rosana Beraldi. **Direitos da pessoa portadora de deficiência: da exclusão à igualdade**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2001, p.10-11.

¹⁵FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 270.

¹⁶LEAL, Carla Reita Faria. **Proteção internacional do direito ao trabalho da pessoa com deficiência**. 2008. 279 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 18.

simples: ressalta-se a pessoa à frente de sua deficiência. Isto é, busca-se destacar e valorizar a pessoa acima de tudo, independentemente de suas condições físicas, sensoriais ou intelectuais.

Como observa AntonioRulli Neto¹⁷, um primeiro passo na integração do indivíduo à sociedade seria deixar de caracterizá-lo como diferente e deficiente, mas como igual a todos, com algumas necessidades diferentes daquelas que as demais pessoas têm. Desse modo, não se rotula a pessoa pela sua característica física, visual, auditiva ou intelectual, mas reforça-se o indivíduo acima de suas restrições.

Nesse sentido é a definição de pessoa com deficiência prevista na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Assembleia da ONU em 2006, assinada pelo Brasil e cerca de outros 80 países em 2007, e ratificada pelo Congresso nacional através do Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Na referida Convenção, as pessoas com deficiência são definidas em seu artigo primeiro como aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

De acordo com Ricardo Tadeu Marques da Fonseca¹⁸, o conceito de pessoa com deficiência adotado pela Convenção Internacional para Proteção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência da ONU supera as legislações tradicionais que normalmente enfocavam o aspecto clínico da deficiência. As limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais passam a ser consideradas atributos das pessoas, atributos esses que podem ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais ou culturais que se imponham aos cidadãos com tais limitações pessoais. Desloca-se a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para as sociedades, que passam a assumir a deficiência como problema de todos.

Após a sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro, o conceito normativo da Convenção da ONU foi repetido na íntegra: pelo artigo 2º do Decreto n. 7.612/11 (que institui o Plano Viver sem Limites); pelas Leis n. 12.435/11 e 12.470/11 que alteraram o §1 do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 (que dispõe sobre a organização da Assistência Social e versa sobre o Benefício de Prestação Continuada); pelo artigo 2º da Lei Complementar n. 142/2013 (que altera as regras

¹⁷ RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**: guia para o portador de deficiência e para o profissional do direito. 2. Ed., São Paulo: Fiúza Editores, 2002, p. 34.

¹⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **Revista LTr**. São Paulo, Ano 72, n. 03, mar. 2008, p. 270.

de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição para as pessoas com deficiência); bem como pelo artigo 2º da Lei n. 13.146/2015 (que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Assim, atualmente o que define a pessoa com deficiência não é a falta de um membro, nem visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. Isto é, a deficiência não está ligada a determinado indivíduo (como pessoa humana), mas sim à forma como se relaciona com a sociedade.

Nesse sentido, Sandra Moraes de Brito Costa¹⁹ conceitua a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Nesse contexto, no âmbito do direito do trabalho, a pessoa com deficiência deve ser conceituada como aquela que enfrenta maiores dificuldades para se inserir no mercado de trabalho e nele se manter e desenvolver, especialmente quando comparado às pessoas que não possuem tais limitações, necessitando, pois, de medidas compensatórias com vistas a efetivar a igualdade de oportunidade e o acesso ao emprego.

Ou seja, adotando-se o conceito de pessoa com deficiência estabelecido pela Convenção Internacional para Proteção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência da ONU e reproduzido na legislação nacional, torna-se necessária uma análise específica de cada caso concreto para saber quando o indivíduo se insere ou não no conceito de pessoa com deficiência, e passa a ser titular do direito às cotas.

Segundo João Daniel Daibes Resque²⁰ este não é um exercício tão simples e demanda grande esforço interpretativo em alguns casos, fato que contribuiu para a ainda baixa eficácia do conceito normativo da ONU. Contudo, esse autor defende que esse é um exercício possível e recomenda a sua utilização, uma vez que um conceito aberto acaba possibilitando a inclusão de forma mais ampla, não restringindo os direitos assegurados no texto internacional somente a alguns grupos específicos²¹.

¹⁹ COSTA, Sandra Moraes de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008, p. 30.

²⁰ RESQUE, João Daniel Daibes. Op. Cit. p. 185.

²¹ Ibidem, p. 190.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o médico, ao emitir um atestado, é obrigado a enquadrar a deficiência no rol taxativo do artigo 70, do Decreto n. 5.296 de 02.12.2004, que alterou a redação do artigo 4º do Decreto n. 3.298/1999, a qual atualmente dispõe que:

Art. 4 - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Assim, mesmo após a promulgação do Decreto n. 6.949/2009, que introduziu a Convenção da ONU no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito estabelecido pelo artigo 4º do Decreto n. 3.298/99 ainda encontra-se arraigado na tradição jurídica brasileira e é o mais utilizado, conforme se pode observar em editais de concurso público e nas orientações elaboradas pelo próprio Ministério do Trabalho e Emprego para cumprimento da lei de cotas²².

Especificamente em relação à lei de cotas, o artigo 93 da Lei 8.213/1991 estabelece que “empresa com 100 ou mais funcionários está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência”. Desse

²²Ibidem, p. 188-189.

modo, de acordo com o referido artigo, nota-se que a lei incluiu no sistema de cotas para o setor privado todas as pessoas com deficiência habilitadas e os trabalhadores reabilitados.

Segundo o artigo 36 do Decreto n. 3298/99, considera-se pessoa com deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Ademais, também é considerada pessoa com deficiência habilitada, para os fins do referido dispositivo, o indivíduo que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitado para o exercício da função. Assim, qualquer pessoa com deficiência pode ser contratada, desde que demonstre a capacidade para assumir as atividades atinentes à vaga de trabalho ofertada.

Por outro lado, entende-se por reabilitada a pessoa que passou por processo orientado a possibilitar que adquira, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, o nível suficiente de desenvolvimento profissional para reingresso no mercado de trabalho e participação na vida comunitária (Decreto nº 3.298/99, art. 31). A reabilitação torna a pessoa novamente capaz de desempenhar suas funções ou outras diferentes das que exercia, se estas forem adequadas e compatíveis com a sua limitação.

No entanto, vale destacar que, segundo Luiz Eduardo Amaral de Mendonça²³, a distinção que o legislador fez entre o habilitado e o reabilitado acabou enquadrando todas as pessoas com deficiência em geral, seja porque estejam participando do processo de iniciação profissional ou por que estejam passando por processo de reformulação, atribuindo-lhes um enquadramento na empresa que pode ser por meio de ingresso inicial (preparação para dar início a uma atividade qualquer – habilitação) ou por meio de uma nova profissão (quando não podem mais exercer a profissão anteriormente executada e se preparam para assumir outra função, mediante aquisição de novas técnicas – reabilitação).

Desse modo, esclarece o referido autor que, na verdade, a legislação trabalhista e previdenciária utilizam dois termos para tratar das pessoas com deficiência: i) deficientes habilitados – para aquelas pessoas sem qualquer origem que nunca tiveram ou nunca puderam ter

²³MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. **Lei de Cotas: Pessoas com Deficiência: A Visão Empresarial**. São Paulo: LTr, 2010, p. 46.

uma profissão, e ii) deficientes reabilitados – para aquelas pessoas que foram habilitadas anteriormente e que, em virtude de perdê-la ou na impossibilidade jurídica de exercê-la, terão que passar por processo de reabilitação profissional para voltar à ativa²⁴.

Assim, conclui-se que a conceituação de pessoa com deficiência para fins da lei de cotas decorre da interpretação conjunta dos artigos 4º e 36 do Decreto n. 3.298/99, que trazem o rol taxativo de quais espécies de deficiência gozam de proteção, bem como quais pessoas com deficiência estariam enquadradas na condição de habilitadas e reabilitadas.

3.SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SETOR PRIVADO

Conforme visto anteriormente, a Constituição brasileira de 1988, em correlação com a ideia de ação afirmativa, optou pela adoção de um sistema de cotas ou de reserva legal para incentivar a inclusão das pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho.

No que diz respeito ao setor público, a Constituição Federal, no artigo 37, inciso VIII, prevê a obrigatoriedade de fixação de cotas na administração direta e indireta, ao dispor que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão”. O percentual mínimo foi definido no Decreto nº 3.298/1999, sendo de 5%, e o máximo, de 20%, foi definido pela Lei 8.112/1990.

No âmbito da empresa privada, a reserva de mercado de trabalho à pessoa com deficiência encontra-se regulada no artigo 93 da Lei 8.213/91, o qual obriga a empresa com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência, habilitadas.

O parágrafo primeiro desse artigo condiciona a dispensa destes profissionais à contratação de substituto em condição semelhante e o parágrafo segundo determina ao Ministério do Trabalho e Emprego que estabeleça a sistemática de fiscalização e gere estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoa com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social. Já o parágrafo terceiro esclarece que para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

²⁴Idem.

As disposições do artigo 93 da Lei 8.213/91 foram repetidas no Decreto 3.298/99, sendo que este introduziu algumas disposições adicionais referente ao conceito de pessoa portadora de deficiência habilitada e também quanto à competência do Ministério do Trabalho e Emprego para estabelecer uma sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, com vistas a propiciar estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência.

Contudo, embora existam as referidas normas regulando o sistema de cotas nas empresas privadas, ainda subsistem alguns pontos a respeito do sistema de reserva legal de vagas que devem ser analisados a partir da doutrina e da jurisprudência, uma vez que legislação nada menciona a respeito deles. Acredita-se que apenas com o esclarecimento dessas questões será possível a plena aplicação da lei de cotas para pessoas com deficiência, e, consequentemente, contribuir para a erradicação de toda e qualquer manifestação discriminatória em relação às pessoas com deficiência.

Nesse contexto, a respeito do cumprimento do sistema de cotas pelas empresas brasileiras, merecem destaque as seguintes questões: o percentual indicado na legislação faz referência à empresa ou ao estabelecimento? Como proceder com o preenchimento das vagas para as empresas com atividades sazonais? E para as empresas que atuam com atividades de vigilância ou em atividades altamente insalubres ou perigosas? Cumpre a legislação a empresa que só contrata pessoas que possuem um único tipo de deficiência? E, por fim, a falta de candidatos para as vagas ofertadas exonera a empresa da obrigação de cumprimento da lei de cotas?

3.1 Questões controvertidas a respeito do sistema de cotas nas empresas privadas

Buscando esclarecer algumas discussões que ainda permeiam a respeito do cumprimento do sistema de cotas pelas empresas brasileiras, o primeiro ponto que precisa ser analisado diz respeito ao número de pessoas com deficiência que devem ser contratadas por determinação da lei.

Nesse sentido, o artigo 93 da Lei n. 8.213/91 diz expressamente que a empresa com cem ou mais empregados deve cumprir com os percentuais previstos no dispositivo. Desse modo, o artigo 10, §1º, da Instrução normativa nº 20/2001 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) determina que, tanto para verificar se a empresa está obrigada a ter pessoas com deficiência em

seu quadro, como para fixar o percentual dos cargos a serem preenchidos, deve-se utilizar como parâmetro o número de empregados da totalidade de estabelecimentos da empresa no Brasil.

Dessa forma, a análise do cumprimento da obrigação legal deve considerar o número total de empregados em todos os estabelecimentos da empresa e não em cada estabelecimento, para se evitar que o empresário tente burlar a lei distribuindo seus empregados somente em estabelecimentos com menos de 100 trabalhadores cada. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme demonstram os trechos retirados dos seguintes julgados:

(...)Nessa senda, os percentuais estabelecidos nos incisos I, II, III e IV do mencionado dispositivo de lei referem-se, conforme se denota de sua redação, a todos os empregados que prestam serviços ao empregador. Isso porque a lei, ao se utilizar do vocábulo ‘empresa’ alude à atividade desenvolvida pelo tomador dos serviços, nos exatos termos do art. 966 do Código Civil, sob pena de se tornar ineficaz a prática afirmativa instituída pelo legislador ordinário, pois bastaria ao empresário distribuir seus empregados em estabelecimentos com menos de 100 trabalhadores, para que pudesse burlar o comando legal, em patente afronta aos arts. 3º, IV, e 7º, XXXI, da Carta Magna, que vedam o tratamento discriminatório em prejuízo do portador de deficiência. (...) (TST-RR-224600-17.2001.5.02.0057, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 03.9.2010).

(...) O v. acórdão regional observou a disposição do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, que obriga a empresa com 100 (cem) ou mais empregados 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 hipótese vertente está registrado que a Reclamada possui mais de 100 (cem) empregados em seu quadro. **O dispositivo refere a quantidade de empregados na empresa, e não em cada estabelecimento, como quer fazer crer a Reclamada.** (...) (TST-RR-12900-07.2002.5.22.0002, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoy em Peduzzi, 8ª Turma, DJ 14.12.2007) – grifo nosso.

Outro ponto que precisa ser analisado a respeito do cumprimento do disposto no artigo 93 da Lei n. 8.213/91 diz respeito a quais empresas estariam obrigadas a preencher os respectivos percentuais. A princípio, é possível afirmar que a lei não traz nenhuma exceção, incluindo em seu rol as empresas com atividades sazonais, as empresas de vigilância, e as que desenvolvem atividades altamente insalubres ou perigosas.

Contudo, em razão da omissão legislativa em relação às empresas com atividades sazonais, a aferição do número de empregados pode ser feita utilizando-se a Norma Regulamentadora nº 4²⁵, que utiliza como base para dimensionamento do SESMT (Serviço

²⁵ 4.6. Os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho das empresas que operem em regime sazonal deverão ser dimensionados, tomando-se por base a média aritmética do número de trabalhadores do ano civil anterior e obedecidos os Quadros I e II anexos.

Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho), em caso de atividades sazonais, a média de empregados vinculados à empresa nos últimos 12 meses.

Nesse mesmo sentido é a Instrução Normativa 98/2012 da Secretaria de Inspeção do Trabalho, a qual determina em seu artigo 5º, §2º, que para fins de cálculo do percentual de vagas que devem ser destinadas para pessoas com deficiência, deve-se realizar a média aritmética da totalidade de empregados existentes ao final de cada um dos doze últimos meses²⁶. Assim, no caso de empresas com atividades sazonais, a cota deve ser auferida e adequada anualmente²⁷.

No tocante a empresas que atuam em ramos de vigilância ou que desenvolvem atividades altamente insalubres ou perigosas (como trabalhos em minas e subsolos), é possível afirmar que na legislação não existe exceção quanto a base de cálculo relativa ao sistema de cotas compulsórias. E a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também caminha nesta direção, conforme demonstram as passagens destacadas nos julgados abaixo:

(...)A jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento no sentido de que o artigo 93 da Lei nº 8.213/91 não comporta exceções no seu âmbito de aplicação, devendo ser aplicada a toda e qualquer empresa que se enquadre no percentual previsto, inclusive nas atividades de vigilância. Frise-se, que o aproveitamento do empregado portador de necessidades especiais não se dará, necessariamente, na atividade de vigilante, ao passo que, o art. 93 da Lei 8.213/91, estabelece proporcionalidade que confere ao empregador percentual considerável para contratar trabalhadores portadores de necessidade especiais em função compatível com a limitação apresentada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 852-51.2009.5.10.0019 Data de Julgamento: 14/09/2016, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016)

(...) O preceito magno possibilitou ao legislador infraconstitucional a criação de sistema de cotas para obreiros beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (caput do art. 93 da Lei n. 8213/91), o qual prevalece para empresas que tenham 100 (cem) ou mais empregados. **O mesmo dispositivo legal também não estabeleceu nenhuma ressalva acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência, sem prejuízo do fato evidente de que os contratados deverão possuir a aptidão para o exercício da função. Em suma, a ordem jurídica repele o esvaziamento precarizante do trabalho prestado pelos portadores de deficiência, determinando a sua contratação de acordo com o número total de empregados e percentuais determinados, bem como fixando espécie de garantia de emprego indireta, consistente no fato de que a dispensa desse trabalhador "... só poderá ocorrer após contratação de substituto de condição semelhante"**(parágrafo primeiro, in fine, do art. 93, Lei n. 8213/91). Recurso de revista conhecido e não provido, no aspecto. (TST-RR-769-61.2012.5.03.0007, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 26.6.2015) – grifo nosso.

²⁶ SIT 98/2012, art. 5º, §2º Para as empresas que apresentem variações sazonais no quantitativo de empregados, a fiscalização poderá utilizar, para a composição da base de cálculo da cota a ser cumprida, a média aritmética da totalidade de empregados existentes ao final de cada um dos doze últimos meses.

²⁷ GENOFRE, Gisele Accarino Martins. Op. Cit., p. 86-87.

(...) O art. 93 da Lei nº 8.213/91 não estabeleceu nenhuma ressalva ou exceção acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência.(...)(TST-AIRR-1111-20.2013.5.03.0013, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 14.11.2014).

Assim, de acordo com a legislação brasileira e com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, não é possível afirmar que as empresas de vigilância e as empresas que desenvolvem atividades altamente insalubres ou perigosas estejam desobrigadas de cumprir o sistema de cotas compulsórias.

Cabe à empresa, de acordo com o grau de deficiência, contratar trabalhador habilitado para desempenhar funções compatíveis com a sua capacidade laborativa, em conformidade com a determinação da lei, que tem como principal objetivo a inserção da pessoa com limitações no mercado de trabalho.

Ademais, conforme observa Cibelle Linero Goldfarb, por mais especializado que seja o ramo da atividade de uma empresa, dificilmente todas as funções existentes demandarão capacidades tão específicas que impossibilitem totalmente o acesso e a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho²⁸.

Assim, não havendo possibilidade de assumir qualquer exceção, se a empresa deixar de cumprir o preenchimento das cotas estabelecidas no artigo 93 da Lei n. 8.213/91, poderá ser autuada e punida com multas e indenizações. Inclusive, a jurisprudência já concluiu pela impossibilidade de flexibilização do disposto no referido dispositivo, ainda que por norma coletiva. Confira-se:

(...) É inválida cláusula constante de instrumento coletivo, em que se estipula a exclusão de determinados cargos existentes nas áreas de produção das empresas representadas da base de cálculo a ser utilizada para a aplicabilidade do percentual de vagas a serem preenchidas por portadores de deficiência. Incompatibilidade com o disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, norma de ordem pública, de caráter previdenciário, não passível de flexibilização por meio de acordo ou convenção coletivos de trabalho.(...) (TST-ROAA-2030000-26.2007.5.02.0000, Relator Ministro Fernando Eizo Ono, SDC, DEJT 21.10.2011)

²⁸ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego**: o sistema de cotas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008, p. 88.

No entanto, é importante mencionar que todo e qualquer labor exercido pela pessoa com deficiência não pode agravar, direta ou indiretamente, sua deficiência ou ocasionar prejuízo à saúde do trabalhador.

Neste caminho, conforme esclarece Gisele Accarino Martins Genofre²⁹, sendo as normas de medicina e segurança do trabalho consideradas dispositivos de ordem pública, a incompatibilidade devidamente atestada (laudo de perícia técnica no sentido de que as atividades da empresa não podem ser exercidas por pessoas com deficiência ou podem acarretar prejuízos a saúde destas) poderia sim desonerar o empregador do cumprimento da cota.

Contudo, a simples alegação, por parte da empresa, de que os cargos disponíveis não podem ser ocupados por pessoas com deficiência, por si só, mostra-se ineficiente e discriminatória. Assim, a referida autora conclui que não basta uma convicção subjetiva acerca da incompatibilidade ou da existência de razões de segurança, sendo imprescindível a demonstração de fato do prejuízo ou da incompatibilidade alegada³⁰.

Neste contexto, no julgamento do ARR-920-07.2013.5.09.0013, em 02/03/2016, a terceira turma do TST decidiu em desfavor de uma empresa prestadora de serviços auxiliares de transporte aéreo, reafirmando que os parâmetros para identificar os percentuais de trabalhadores com deficiência para fins da lei de cotas não estão restritos aos trabalhos associados ao setor administrativo da empresa. A aptidão para cada função na estrutura empresarial dar-se-á caso a caso, conforme a limitação do trabalhador.

Ainda na busca da erradicação de toda e qualquer manifestação discriminatória em relação às pessoas com deficiência, é preciso esclarecer se há alguma regulamentação em relação aos graus ou tipos de deficiências contratadas.

Neste ponto, é importante deixar claro que a legislação infraconstitucional, ao regulamentar o preceito fundamental em foco, não classificou os graus de deficiência em grave ou leve para efeitos de reserva no mercado de trabalho, nem estabeleceu nenhum critério de heterogeneidade em relação aos tipos de deficiência. Desse modo, de acordo com a legislação nacional, o direito fundamental de não discriminação a pessoa com deficiência na admissão ao trabalho não obriga o empregador a guardar proporção segundo o grau ou tipo de deficiência³¹.

²⁹ GENOFRE, Gisele Accarino Martins. Op. Cit., p. 88-89.

³⁰ Idem.

³¹ Nesse sentido: **RO 1478200800322001**; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; DJT/PI: 22/10/2009; Relator Des. WELLINGTON JIM BOAVISTA. Disponível em: <<https://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15750444/recurso->

Contudo, entendemos que a contratação de empregados apenas com deficiências leves ou de apenas um tipo de deficiência pode ser considerada uma prática discriminatória, tendo em vista que a finalidade da legislação é garantir o acesso ao trabalho a todas as modalidades de deficiências. Isto é, o que deve ser almejado é a inclusão da pessoa e não de sua deficiência, sendo certo que a pessoa com deficiência tem direito ao respeito, sejam quais forem as severidades de suas dificuldades.

Nesse sentido, afirma Gisele Accarino Martins Genofre³² que a atitude de associar funções a determinadas deficiências merece ser afastada. De forma exemplificativa, a referida autora menciona o trabalho da pessoa com deficiência auditiva em lugares com excessivo ruído ou da pessoa com deficiência visual em telefonia. Segundo ela, referida correlação mostra-se absolutamente restritiva, ao passo que não permite o desenvolvimento das potencialidades destas pessoas no ambiente de trabalho, bem como afasta possibilidades de inclusão no mercado de trabalho³³.

Assim, defende que, antes de ceifar suas possibilidades de desenvolvimento ou afirmar que uma pessoa com deficiência não possui habilidades para trabalhar em determinada função, é preciso fornecer a oportunidade para que possa desempenhar suas reais habilidades, devendo ser observada inclusive a adaptação dos postos de trabalho³⁴.

Por fim, é importante esclarecer que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) vem se firmando no sentido de declarar a nulidade das execuções fiscais impostas contra empresas que não cumprem com o percentual de cotas previsto no artigo 93 da Lei 8.213/91, tão somente quando ficar demonstrado que a empresa envidou os esforços necessários para cumprir o mandamento legal, mas não conseguiu trabalhadores que atendessem às condições para preenchimento das vagas a elas destinadas.

Isto é, se a empresa tentou cumprir com as exigências previstas no art. 93 da Lei nº 8.213/91, mediante divulgação de processo seletivo em jornais locais e de encaminhamento de correspondências às organizações e entidades de apoio as pessoas com deficiência, entende o TST que ela não poderia ser responsabilizada pelo não comparecimento de profissionais habilitados para o exercício da função interessados em participar do processo seletivo. Assim,

ordinario-ro-1478200800322001-pi-01478-2008-003-22-00-1/inteiro-teor-103337091?ref=juris-tabs>. Acesso em 15.05.2017.

³²GENOFRE, Gisele Accarino Martins. Op. Cit., p. 89.

³³Idem.

³⁴Idem.

não se pode imputar à empresa qualquer conduta discriminatória quando a ausência de contratação decorreu de fato alheio à sua vontade.

Nessa linha, colhem-se os seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho:

(...) Na hipótese dos autos, concluiu o Regional que a empresa conseguiu comprovar ter feito o que estava ao seu alcance para cumprir a legislação, bem como a dificuldade para contratar profissionais portadores de deficiência ou reabilitados. (...) Assim, o Tribunal Regional considerou que, tendo a recorrente comprovado a realização de esforços para a contratação de empregados portadores de deficiência ou reabilitados, bem como que não houve demonstração de que a empresa não reservou as vagas nem elas deixaram de ser preenchidas por recusa da empresa, não há como penalizá-la pelo não preenchimento da totalidade de vagas destinadas por lei aos portadores de deficiência ou reabilitados. Desse modo, por depreender-se da lei que a reserva dessas vagas não é para qualquer portador de deficiência, e sim para aqueles trabalhadores reabilitados ou os portadores de deficiência que possuam alguma habilidade para o trabalho, ou seja, cuja deficiência permita o exercício de uma atividade laboral, e sendo certo que a empresa reclamante empreendeu todos os esforços ao seu alcance necessários ao atendimento do comando legal, não há falar que a decisão da Corte a quo tenha afrontado os artigos 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal e 93 da Lei nº 8.213/91. Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-505-97.2012.5.19.0007. 2ª Turma. Min. Relator José Roberto Freire Pimenta. DEJT 31.03.2015)

(...) Não se pode, assim, imputar à empresa qualquer conduta discriminatória quando a ausência de contratação decorreu de fato alheio à sua vontade (na hipótese, por desinteresse dos candidatos habilitados) (...). (AIRR 234500-51.2009.5.02.0022. 3ª Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Publicação: DEJT 01.07.2013)

Segundo o TST, a atividade administrativa não pode interpretar dispositivos constitucionais assecuratórios de direitos sociais como se fossem normas imperativas, levando-se em conta a letra fria da lei, e extrair delas autuações em favor dos cofres públicos sem ponderar a finalidade do legislador ao instituí-la, bem como o contexto social em que estão inseridas essas leis, abstendo-se de avaliar o papel do Estado e do empresariado nessa missão³⁵.

Neste contexto, vale ressaltar a constatação promovida por Sandra Morais de Brito Costa³⁶ no sentido de que o sistema de cotas se torna eficiente quando acompanhado de medidas complementares que estimulem e criem condições para a empresa contratar e manter nos seus quadros as pessoas com deficiência de uma forma respeitosa e digna.

Assim, para que haja uma efetiva implementação do sistema de reserva de vagas no mercado de trabalho é necessário a promoção de políticas públicas destinadas à execução de

³⁵ Nesse sentido está argumentado o seguinte acórdão: **ED-AIRR: 158700-11.2009.5.02.0024**, Relatora Min. Delaíde Miranda Arantes, data de Julgamento: 26/06/2013, 7ª Turma. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23577370/embargos-declaratorios-agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ed-airr-1587001120095020024-158700-1120095020024-tst/inteiro-teor-111750680>>. Acesso em 17 mai. 2017.

³⁶ COSTA, Sandra Morais de Brito. Op. Cit., p. 109.

medidas de acessibilidade, habilitação e qualificação profissional, educação inclusiva e política de incentivos fiscais.

Desse modo, embora o esclarecimento das questões controvertidas a respeito do sistema legal de cotas seja importante no processo de efetivação dessa medida afirmativa, acredita-se que são necessários outros mecanismos, além da previsão legal, que incentivem o convívio com a diversidade e promovam a plena superação da opressão histórica, cultural e social vivenciada pelas pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

As medidas de discriminação positiva ou ações afirmativas consistem em previsões expressas no ordenamento jurídico interno destinadas a solucionar a inclusão das minorias. Os diplomas normativos estabelecem a obrigatoriedade do Estado em promover medidas de discriminação positiva até que ocorra a efetiva transformação do comportamento discriminatório na sociedade.

Dentre as ações afirmativas destinadas a promover a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, o sistema de reserva legal de cotas na esfera privada merece ser destacado, o qual foi implementado no Brasil sob o fundamento da Lei 8.213/91.

Segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca³⁷, a reserva de vagas nas empresas privadas jamais poderá ser considerada como uma proteção paternalista. Trata-se, isto sim, da própria revelação da essência do Direito do Trabalho, o qual nasce da premissa básica de que a lei deve assegurar a igualdade real entre as pessoas, suprimindo as desigualdades que se constituam em fatores de segregação.

Assim, conforme foi demonstrado, assentado o entendimento de que as pessoas com deficiência, como qualquer pessoa, têm direito ao trabalho, e que para que elas possam ingressar no mercado em igualdade de oportunidades com as pessoas sem deficiência, devem ser promovidas políticas públicas que viabilizem tanto o seu acesso quanto a sua permanência no ambiente de trabalho, essas medidas demonstram-se justas e totalmente compatíveis com seus fins.

Nesse sentido, visando ampliar a efetividade da lei de cotas, buscou-se esclarecer algumas questões controvertidas a respeito do sistema de reserva de vagas do setor privado. Por

³⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Op. Cit. p. 59.

consequente, foi possível afirmar que a análise do cumprimento da obrigação legal deve considerar o número total de empregados em todos os estabelecimentos da empresa e não em cada estabelecimento; e no caso de empresas com atividades sazonais a cota deve ser auferida e adequada anualmente. Ainda, concluiu-se que as empresas de vigilância e as empresas que desenvolvem atividades altamente insalubres ou perigosas também são obrigadas a cumprir com o sistema de cotas compulsórias, bem como que a legislação nacional não obriga o empregador a guardar proporção segundo o grau ou tipo de deficiência. Todavia, a contratação de empregados apenas com deficiências leves ou de apenas um tipo de deficiência poderia ser considerada uma prática discriminatória.

Por fim, demonstrou-se que o Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo que não se pode imputar à empresa qualquer conduta discriminatória quando a ausência de contratação (não preenchimento das vagas ofertadas) decorreu de fato alheio à sua vontade. Desse modo, empresas que não cumprem com o percentual de cotas previsto no artigo 93 da Lei 8.213/91 estão conseguindo na justiça que se declare a nulidade das execuções fiscais, objeto de autuação impostas contra elas.

Esse dado revela que somente a observância do sistema legal de cotas não é capaz de resolver a questão da exclusão da pessoa com deficiência do mercado de trabalho, a qual certamente decorre de um processo histórico de marginalização e exclusão em todas as esferas.

Muitos são os passos que devem ser dados em direção a uma inclusão efetiva. Nesse sentido, conclui-se que a inclusão social e laboral da pessoa com deficiência é uma tarefa complexa e árdua de ser concretizada, sendo certo que envolve inúmeros fatores, como educação, qualificação, eliminação de barreiras arquitetônicas e adequação ao meio ambiente de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Maria Salete Fábio. **Trabalho e Emprego: Instrumento de Construção da Identidade Pessoal e Social**. São Paulo: SORRI-BRASIL; Brasília: CORDE, 2003. Série Coleção e Pesquisas na Área da Deficiência, v. 9.

BERVENVANÇO, Rosana Beraldi. **Direitos da pessoa portadora de deficiência: da exclusão à igualdade**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2001.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 224600-17.2001.5.02.0057**, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 03.09.2010. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&c>

[onscsjt=&numeroTst=224600&digitoTst=17&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0057&submit=Consultar](http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=224600&digitoTst=17&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0057&submit=Consultar)>. Acesso em 08 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº12900-07.2002.5.22.0002.8ª** Turma, Relatora Ministra Maria Cristina IrigoyenPeduzzi, DEJT 14.02.2007. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=12900&digitoTst=07&anoTst=2002&orgaoTst=5&tribunalTst=22&varaTst=0002&submit=Consultar>>. Acesso em 08 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº852-51.2009.5.10.0019. 2ª** Turma. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann. DEJT 23.09.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=852&digitoTst=51&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0019&submit=Consultar>>. Acesso em 10 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº769-61.2012.5.03.0007. 3ª** Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT 26.06.2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=769&digitoTst=61&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0007&submit=Consultar>>. Acesso em 10 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº1111-20.2013.5.03.0013. 8ª** Turma. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. DEJT 14.11.2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=1111&digitoTst=20&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0013&submit=Consultar>>. Acesso em 15 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº2030000-26.2007.5.02.0000. SDC.** Relator Ministro Fernando Eizo Ono. DEJT 21.10.2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=2030000&digitoTst=26&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0000&submit=Consultar>>. Acesso em 15 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº505-97.2012.5.19.0007. 2ª** Turma. Min. Relator José Roberto Freire Pimenta. DEJT 31.03.2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=505&digitoTst=97&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=19&varaTst=0007&submit=Consultar>>. Acesso em 17 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº234500-51.2009.5.02.0022.3ª** Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT 01.07.2013. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&onscsjt=&numeroTst=234500&digitoTst=51&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0022&submit=Consultar>>. Acesso em 17 mai. 2017.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **Revista LTr**. São Paulo, Ano 72, n. 03, mar. 2008.

GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. 2013. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Relatório Mundial sobre a Deficiência**. São Paulo, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: < <http://censo2010.ibge.gov.br/resultados> > Acesso em: 05 mai. 2017.

LEAL, Carla Reita Faria. **Proteção internacional do direito ao trabalho da pessoa com deficiência**. 2008. 279 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MELO, Luís Antônio Camargo de. A pessoa com deficiência e o Direito do Trabalho. **Revista do Advogado**, n. 121, nov. 2013.

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

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Característica do Emprego Formal. Relação Anual de Informações Sociais – 2014**. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814F4D225D014FB3757F852753/Caracter%C3%A2sticas%20do%20Emprego%20Formal%20segundo%20a%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20Anual%20de%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20Sociais%202014%2031082014.pdf>> Acesso em: 06 mai. 2017.

RESQUE, João Daniel Daibes. **O conceito de pessoa com deficiência para fins de reserva de vagas ao mercado de trabalho**. 2014. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2014.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais: guia para o portador de deficiência e para o profissional do direito**. 2. Ed., São Paulo: Fiúza Editores, 2002.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Submetido em 18.10.2017

Aceito em 13.11.2017