

LEONARDO CORRÊA SIGOLO

A CONTRATAÇÃO DO APRENDIZ COM DEFICIÊNCIA

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC/SP.

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO (COGEAE).

A CONTRATAÇÃO DO APRENDIZ COM DEFICIÊNCIA

MONOGRAFIA
APRESENTADA À
PUC/COGEAE/SP, COMO
EXIGÊNCIA PARCIAL PARA
APROVAÇÃO NO CURSO
DE PÓS-GRADUAÇÃO
“LATO SENSU” –
ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO DO TRABALHO
SOB ORIENTAÇÃO DA
PROFESSORA Dra. FABÍOLA
MARQUES

SÃO PAULO

2013

LEONARDO CORRÊA SIGOLO

A CONTRATAÇÃO DO APRENDIZ COM DEFICIÊNCIA

Agradeço à Deus nosso Pai por tudo e pela vida.

Agradeço à professora Dra. Fabíola Marques pela colaboração na elaboração desta monografia e durante toda a especialização, sem a qual não seria possível a realização deste trabalho.

Agradeço à minha mãe Diná Corrêa Sigolo, pela força e estímulos constantes em minha vida.

Ao meu pai, Fábio Augusto Sigolo, *in memoriam*, pelo exemplo de simplicidade.

E por fim à minha querida Paula pelo amor que sustentarei por toda vida.

“Tudo aquilo, portanto, que quereis que os homens vos façam, fazei-o vós a eles, pois esta é a Lei e os Profetas”
Mateus VII 12

“A justiça é a primeira virtude das instituições como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento”
John Rawls

Resumo

As pessoas com deficiência encontram dificuldades na obtenção de um emprego, o legislador infraconstitucional criou o sistema de cotas. Contudo, a dificuldade permanece tendo como principal fator a falta de qualificação das pessoas com deficiência. Analisa-se a possibilidade de contratação das pessoas com deficiência na qualidade de aprendizes como forma de efetivação da ação afirmativa da Lei de cotas. A análise de textos legais e da doutrina reflete a eficácia desta medida. Propugna-se pela cumulação das cotas de aprendizes e a da ação afirmativa.

Sistema de cotas – pessoas com deficiência – aprendizes – cumulação de cotas.

Summary

At present, people who suffer of physical and/or intellectual deficiency face so many difficulties to conquer a regular job. In view of this situation, the infra-constitutional Legislator created the affirmative action known as Quotes System.

However, the lack of professional qualification by deficient people still remains as the major difficulty factor. Therefore, in order to solve this problem, experts are analyzing the possibility of hiring deficient people as trainees, as the way to accomplish, at same time, the Quotes Law and affirmative action. The legal texts and doctrine analysis reflects the effectiveness of this legal measure. So, due to the presented facts, trainee quotes and affirmative action accumulation are proposed.

Key words: Quotes system; deficient people; trainees; accumulation quotes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	página 3
CAPÍTULO 1 Dos Fundamentos	
1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	página 7
1.1.1 Escorço histórico	página 7
1.1.2 Dignidade da pessoa humana – alguns contornos	página 9
1.2 Objetivos e fundamentos do Estado brasileiro	página 13
1.3 Direitos fundamentais e dignidade	página 16
1.4 Dos direitos Sociais e do direito ao trabalho	página 20
1.5 Princípio da igualdade	página 24
1.5.1 Breve relato histórico	página 24
1.5.2 igualdade formal e material e de oportunidades	página 28
1.5.3 Discriminação	página 31
CAPÍTULO 2 - AÇÕES AFIRMATIVAS VOLTADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	
2.1 Fundamentos filosóficos das ações afirmativas	página 34
2.2 Denominação, conceito e fundamentos	página 39
2.3. Pessoas com Deficiência - denominação e conceito	página 44
2.4 Tratamento legal deferido às pessoas com deficiência no Brasil	página 48
2.4.1 Tratamento constitucional	página 48
2.4.2 Tratamento infraconstitucional	página 54
2.5 Sistemas de cotas	página 57
2.5.1 Política de emprego para os deficientes - colocação competitiva, seletiva.e.por conta.própria	página 57
2.5.2 Definição das empresas	página 66
2.5.3 Peculiaridades do contrato de trabalho	página 70
2.5.4 Atuação do MPT	página 76
CAPÍTULO 3 LEI DOS APRENDIZES	
3.1 Disposições gerais de proteção do trabalho do menor	página 79
3.1.1 Espécies de trabalho lícito	página 79
3.1.2 O menor empregado	página 82
3.2 Conceito de aprendizagem	página 86
3.3 Natureza jurídica da aprendizagem	página 87
3.4 Requisitos da aprendizagem	página 89
3.5 Formação técnico-profissional metódica	página 93

3.6 Rescisão do contrato de aprendizagem

página 96

CAPÍTULO 4 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO APRENDIZES

4.1 A educação profissional como direito da pessoa com deficiência

página 98

4.2 A aprendizagem da pessoa com deficiência

página 104

4.3 A cumulação de cotas da Lei 8.213/90 e da Lei de Aprendizagem

página 108

CONCLUSÃO

página 113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim tratar do sistema de cotas, ação afirmativa desenvolvida para inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho no setor privado.

Destina-se a analisar a possibilidade de contratação das pessoas com deficiência na qualidade de aprendizes, abordando a questão da cumulação de cotas, do sistema de cotas para pessoas com deficiência e a dos aprendizes.

Para tanto iniciamos o texto, após observamos as diversas etapas históricas de desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, desenvolvendo o assunto princípio da dignidade da pessoa humana, com enfoque, sobretudo no pensamento de Immanuel Kant.

Ainda no primeiro capítulo, traçamos os contornos das diversas classificações de Estado, e de forma precípua o Estado Democrático de Direito, mencionando seus objetivos e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Elencamos os direitos fundamentais e sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, suas características como a historicidade, concorrência e limitabilidade, definindo a forma de solução no embate entre direitos fundamentais.

Focamos o estudo nos direitos sociais, mormente o direito ao trabalho, demonstrando a premência de se utilizar, por vezes, dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, destacando o papel do direito do trabalho no modo de produção capitalista e na busca pela justiça social.

Dentro ainda do capítulo primeiro, tratamos da igualdade, iniciando o estudo nas diversas concepções no transcurso da história findando na concepção constitucional adotada hodiernamente.

Seguimos tratando das diversas formas coexistentes da igualdade, com enfoque na igualdade de oportunidade, como base para as ações afirmativas. Encerramos traçando as balizas para que a discriminação seja lícita, com enfoque no tratamento deferido às pessoas com deficiência.

No segundo capítulo trouxemos os fundamentos filosóficos das ações afirmativas, pelos pensamentos de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen.

Já no estudo das ações afirmativas propriamente ditas focamos o estudo no sistema legal de cotas no setor privado para as pessoas com deficiência.

Para tanto, apontamos o conceito de pessoa com deficiência, cujo centro está no relacionamento social e não na deficiência, demonstrando que o paradigma atual é o da inclusão social, cujo conteúdo é dado por normas de cunho constitucional e infraconstitucional, dentre as quais os direitos ao trabalho e à formação profissional estão inclusos.

Analizamos os modos de inserção no mercado de trabalho das pessoas com deficiência que, em atenção ao sistema de cotas, dar-se-á na forma protegida, sendo que importam para o cumprimento da reserva de vagas os modos de contratação competitiva, seletiva, desde que não se trate de terceirização, ou por meio de oficina protegida de produção quando houver a contratação direta pela empresa.

Vimos que são obrigadas a cumprirem a Lei de cotas as empresas com 100 ou mais empregados, inobstante o número de estabelecimentos, sendo condicionada a dispensa sem justa causa da pessoa com deficiência ou reabilitada à

contratação de outra em condições iguais. Sendo papel do Ministério Público do Trabalho fiscalizar o cumprimento das cotas pelas empresas.

No terceiro capítulo nos detemos ao estudo da aprendizagem, constatando que a falta de qualificação profissional das pessoas com deficiência é o principal fator aventado pelas empresas para o não cumprimento das cotas.

Assim, apontamos as formas lícitas de trabalho do menor e delimitando suas características.

Adentrando no tema da aprendizagem, após conceituá-lo e determinar sua natureza jurídica, passamos à análise de seus requisitos.

Analizamos a formação técnico-profissional como exigência do contrato de aprendizagem. Definimos quais as entidades autorizadas a promovê-la. Classificamos a aprendizagem com e sem vínculo de emprego, e encerramos ao tratar das hipóteses de rescisão do contrato de trabalho do aprendiz.

No quarto e último capítulo tratamos da aprendizagem das pessoas com deficiência, ressaltando ser direito constitucional fundamental a educação, em cujo cerne reside o direito à formação profissional, como demonstram os diversos dispositivos legais elencados.

Afirmamos que no atual estágio de desenvolvimento do capitalismo, a conquista, a manutenção e a ascensão profissional estão atreladas com a qualificação profissional. Sendo que o trabalho digno ultrapassa a simples garantia de sobrevivência, tendo a qualificação importante papel para prestígio e bem-estar do trabalhador.

Verificamos que a falta de qualificação reflete diretamente na eficácia do sistema de cotas, de maneira que deve esta política ser revista, o que se fez pela adoção da aprendizagem para as pessoas com deficiência.

Defendemos que as cotas de aprendizes com deficiência e a da reserva de vagas devem ser cumuladas, pois a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU determina seja observada a igualdade de oportunidade na formação profissional das pessoas com deficiência.

Logo, com a cumulação de cotas cria-se situação inicial mais favorável para as pessoas com deficiência para ao final haver mais igualdade entre estas e as pessoas sem deficiência.

É medida que atende igualmente os empregadores. Porquanto, no embate entre direitos fundamentais, de um lado a propriedade e de outro o trabalho, pelo princípio da proporcionalidade propugna-se pela mínima restrição dos direitos fundamentais.

Ora é cediço que a classe patronal arca com os custos não só da cota de aprendizes como também com a criada para as pessoas reabilitadas e com deficiência, o que justifica por fim a cumulação.

Finalmente, a cumulação serve à eficácia da Lei de cotas, pois proporciona ao aprendiz com deficiência o ingresso imediato no mercado de trabalho e propicia que o empregador participe diretamente na formação do aprendiz com deficiência, aumentando as possibilidades de contratação.

O presente estudo foi desenvolvido pelo método dedutivo teórico.

CAPÍTULO 1: DOS FUNDAMENTOS.

1.1 Dignidade da Pessoa Humana

1.1.1 Escorço histórico.

Na visão de Ingo Wolfgang Sarlet¹ a origem da dignidade da pessoa humana está no pensamento clássico e no cristianismo.

No pensamento clássico, antropocentrista, a dignidade era dada pela posição social que o indivíduo ocupava.

No Cristianismo, ainda que não se tenha extinguido o regime de escravidão, a dignidade toma outros contornos, que na máxima maior “Amar ao próximo como a si mesmo”, como assevera Sérgio Fernando de Melo², trouxe a lume as idéias de solidariedade, de igualdade e, sobretudo a valorização do ser humano como indivíduo.

A idéia de que Deus fez as suas criaturas a sua imagem e semelhança, sobretudo no início do cristianismo, quando se torna a religião oficial do império, trouxe noção decisiva para construção da dignidade humana. Este pensamento segue até os séculos XVII e XVIII quando surge o Iluminismo.

No iluminismo humanista, cujas idéias têm como expoente Immanuel Kant, há um processo de racionalização e secularização da dignidade humana, cujo valor maior é a liberdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, mantendo-se a noção de igualdade em liberdade e dignidade de todos os homens, torna-se valor intrínseco

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 9ª Ed. 2011. Editora Livraria do Advogado, p. 33/49

² MELO, Sérgio Fernando de. *Aprendizagem empresária: aspectos econômicos e sociais*. São Paulo, LTr, 2012, p. 108/113

do homem, considerado como um fim em si mesmo não sendo passível de coisificação.

Há por fim um último período, como destaca Firmino Alves Lima³. Em face das atrocidades que marcaram a Segunda Guerra Mundial, tornou-se premente a entronização do princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a princípio maior constitucional através de sua positivação.

Deveras, a Constituição da Organização das Nações Unidas (Carta das Nações Unidas de 1945), A Declaração Americana dos Deveres e Direitos do Homem de 1948, bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem deste mesmo ano, contemplam a dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, a Constituinte de 1988, após o regime ditatorial militar, proclama a Constituição cidadã, em cujo cerne está o princípio da dignidade da pessoa humana, não como garantia, mas como fundamento da República Federativa do Brasil. Aparece ainda como fundamento da ordem econômica e no âmbito familiar.

Esta nova fase de valorização da dignidade humana coincide com o fim do positivismo jurídico, na medida em que a obediência cega à Lei, argumento de defesa utilizado no Tribunal de Nuremberg, divorciou o Direito da realidade, da vida e da justiça.

Como bem demonstra Sérgio Fernando Melo⁴, na idade moderna, o iluminismo e as idéias liberais, a razão humana passou a definir o que seria direito natural, este subjugando até mesmo o Estado.

³ LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 18/25

⁴ Ob cit. p. 108/113

Com a finalidade de se criar uma ciência análoga às ciências naturais, o direito passou para o império da Lei e da codificação. O racionalismo foi a ponte para transpor o Estado feudal teleológico para o Estado positivo ou científico da nova sociedade.

A Lei, como vontade geral personificada, construída sobre o primado da liberdade, igualdade e propriedade, excluía qualquer outra fonte de direito e qualquer outro princípio supralegislativo, tidos como mera exortação.

Mas este sistema legal restou ineficaz para garantir o fim precípua do Direito: a justiça. O que se verificou, mormente com os regimes fascista e nazista.

Surge então a crítica a este sistema. Neste contexto, o pós-positivismo surge rompendo a separação entre a ética e o direito, centralizando o papel dos princípios, não mais relegados a segundo plano, meramente axiológicos, mas como normas, inclusive de cunho constitucional, a revelar unidade ao sistema e condicionando a atividade dos participantes do sistema.

O princípio da dignidade da pessoa humana, destarte, traduzindo o retorno dos Direitos Humanos, serve como novo parâmetro à ordem normativa internacional e nacional.

1.1.2 dignidade da pessoa humana - alguns contornos

O Princípio da dignidade da pessoa humana encontra previsão no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988 que trata dos fundamentos da República Federativa brasileira, constituída como um Estado Democrático de Direito. Há ainda outras disposições do princípio no corpo da *Lex Matter*, como no *caput* do art. 170 que versa sobre a Ordem Econômica, estipulando que esta tem como fim assegurar a todos uma existência digna.

É certo que a Constituição não cria, apenas reconhece a dignidade da pessoa humana, esta preexiste como valor intrínseco do ser humano.

Assim pensamos que neste sentido, sem descurar de sua raiz filosófica, o ser humano digno não pode ser utilizado como meio para se atingir algo, será sempre fim. Logo a Constituição acaba por erigir o ser humano como finalidade da ordem jurídica, o que equivale dizer que aquele é sujeito de direito e nunca objeto de direito, o que deriva de sua condição humana.

Assevera Werner Keller⁵ que a dignidade da pessoa humana é o princípio essencial do Estado Democrático de Direito porquanto é a razão do direito tutelar o ser humano.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶ diz que quanto à conceituação da dignidade da pessoa humana, percebe-se, com base na raiz kantiana, que é algo inerente ao ser humano. Esta é a dimensão ontológica.

Temos ademais que este conceito é fruto de uma construção histórica e cultural, cujo conteúdo e significado estão sempre a construir. Esta é a dimensão histórico-cultural.

É certo também, que ao lado da liberdade ou autonomia individual propugnada por Kant, este não descurou da sua dimensão social, marcada pela intersubjetividade, ou seja, pelas relações interpessoais de dignidades.

Com efeito, Sarlet citando Kant traz seu pensamento a respeito “é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se

⁵ KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental instrumentos de efetividade. LTr 75, março 2011, p. 70

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 9ª Ed. 2011. Editora Livraria do Advogado, p. 56/57

cada qual se não esforçasse por contribuir na medida de suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim em si mesmo. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, o seu fim tem que ser quanto possível os meus, para aquela idéia poder exercer em mim toda a sua eficácia”.⁷

O autor destaca que não há como traçar um caráter fixista deste princípio, por se tratar de categoria axiológica aberta, sendo conceituado de acordo com o pluralismo e diversidade de valores nas sociedades democráticas modernas.

Pensamos que a dimensão da dignidade da pessoa humana pode ser apreendida a partir do que o indivíduo enquanto membro de um grupo sente necessário ao seu semelhante, pressupondo o que necessita para si, pois o que é necessário para um o é para o outro, haja vista que todos os seres humanos almejam a felicidade e possuem ambições e anseios comparáveis, bem estar material e espiritual.

Extraí ainda Sarlet⁸ do princípio da dignidade da pessoa humana duas funções: limite e prestação concomitantemente.

Limite, e este é o caráter fixo do princípio, implica na vedação de supressão deste atributo, na proibição da inexistência ou alienação deste atributo. Na supressão ou alienação da dignidade o ser humano tornar-se-ia em meio para o uso arbitrário da vontade.

Prestação, pois ao Estado e à comunidade, incumbe o patrocínio de ações cujo objetivo seja a promoção e proteção da dignidade, dando condições ao indivíduo de exercê-la. Este é o elemento mutável da dignidade da pessoa humana.

⁷ KANT, Immanuel, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in Os Pensadores – Kant (II) *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 9ª Ed. 2011. Editora Livraria do Advogado. p. 127

⁸ Ob. Cit., p. 58

Como bem assevera a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, todos os homens são iguais em dignidade e direitos. Daí exige-se conduta ativa de todos para o reconhecimento e proteção do conjunto de liberdades e direitos conjunturais indispensáveis.

Neste diapasão podemos entender a partir do pensamento de Christiani Marques⁹ que a Constituição Federal, ao eleger série de princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, e esta uma vez aliada ao objetivo fundamental de nossa República de promoção do bem de todos sem preconceito ou qualquer forma de discriminação, cria o princípio da solidariedade o que por sua vez vincula toda sociedade como promotora dos direitos fundamentais ao lado do Estado.

Entendemos que a finalidade da dignidade da pessoa humana como tarefa é o bem estar, compreendido como o mínimo necessário à integridade física e espiritual do indivíduo, de conteúdo irrenunciável, e a oportunidade de exercer os direitos fundamentais, dentre ele o direito ao trabalho. Ora este é fim e meio para o alcance do bem estar espiritual e material.

Quando é suprimida a possibilidade de desenvolvimento da personalidade há ofensa à dignidade da pessoa humana, por exemplo, quando se pratica a discriminação no ato da contratação de empregado.

Entendemos finalmente que privar as pessoas com deficiência de trabalho no ato da admissão no emprego por preconceito é afronta à sua dignidade, pois retira-lhe a capacidade de autodeterminar-se e até de sobreviver.

⁹ MARQUES Christiani. Discriminação no emprego, *in* Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Coordenador Luiz Alberto David Araujo. São Paulo, LTr. 2006, p. 104/130.

Pois como assevera Firmino Alves Lima¹⁰ o humano deve ser protegido como pessoa, mas ser livre para dispor dos meios necessários ao seu desenvolvimento.

1.2 Objetivos e fundamentos do Estado brasileiro

Ensina José Afonso e Silva¹¹ que o Estado Democrático de Direito é a forma final encontrada de um Estado, cujo processo iniciou-se na concepção do Estado de Direito, passou pelo Estado Social e desaguou no que hoje se entende por Estado Democrático de Direito.

Estado de Direito surge no liberalismo e tem como fundamentos: a submissão do poder ao império da Lei como ato emanado do poder legislativo, composto de representantes do povo; a tripartição do Poder que atuam de forma harmônica e independente; e a enunciação de direitos e garantias individuais fundamentais.

O Estado Social evoluiu em face das injustiças sociais que passaram ao largo do Estado, eminentemente abstencionista e os conseqüentes movimentos sociais voltados à reparação destas injustiças sociais.

Caracteriza-se pela enunciação de direitos sociais, com o fim da neutralidade do Estado, e mantendo ao lado do modo de produção capitalista a consecução do bem estar social, através de um capítulo na Constituição destinado aos direitos sociais e econômicos. O final do processo é o Estado Democrático de Direito.

Neste o princípio da legalidade, expressado na subordinação do Estado à Constituição e à lei, não deixou de existir, porém o significativo de Lei diverge

¹⁰ LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 24

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. 1998, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 116/126.

daquele outrora adotado no Estado de Direito focado na normatividade pura, e passa a influir na sociedade a impor mudanças sociais democráticas.

Na sociedade democrática almeja-se um modo de convivência livre, justo e solidário, libertando a pessoa dos modos de opressão não só pelo reconhecimento de direitos individuais, políticos e sociais, mas, sobretudo na concretização destes, pela realização prática dos direitos sociais, culminando na implementação da justiça social fundada na dignidade da pessoa humana.

Quando a nossa Constituição enuncia que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, o qualitativo democrático refere-se ao Estado, de modo a irradiar os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, inclusive a ordem jurídica.

O princípio da dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito do Brasil serve de valor supremo não só a ordem jurídica, mas a toda vida nacional, de maneira que, fundamenta, além da ordem jurídica, a ordem política, econômica, cultural e social. É princípio fundamental constitucional e de toda ordem jurídica.

Neste sentido, a Constituição Federal elencou exemplificativamente série de objetivos no artigo 3º, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou outra forma de discriminação.

Os objetivos fundamentais, embora não abarquem todos os objetivos do Estado, justificam medidas positivas que venham a concretizar a democracia, cultural, social e econômica, efetivando a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que os objetivos elencados na Constituição e supra referidos denotam sempre uma ação com vistas à sua concretização, quais sejam: construção, garantir o desenvolvimento, erradicar, promover (art. 3º e incisos)

Pensamos assim que na busca pela concretização da dignidade da pessoa humana, não há como negar aos deficientes ações positivas, como as ações afirmativas proporcionando a fruição dos direitos fundamentais.

Isto porque o comando constitucional é pela remoção das desigualdades sociais, com justiça social, e erradicação da discriminação, dando condições materiais para desenvolvimento da personalidade, de forma solidária e democrática, tendo em vista que o humano é o fim último.

Reiteramos que todos os homens são iguais em dignidade e direitos. Daí exige-se conduta ativa de todos para o reconhecimento e proteção do conjunto de liberdades e direitos fundamentais.

O Estado assim pode criar ações afirmativas para implementar o direito fundamental ao trabalho, pois como assevera Ingo Wolfgang Sarlet¹² ao ser consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o nosso constituinte estabeleceu qual a relação do Estado com as pessoas individualmente e coletivamente consideradas, sendo que a estes deve o Estado servir. O ser humano é a finalidade precípua do Estado.

Para Flávia Piovesan¹³ a Constituição deve ser considerada como uma unidade. Esta é dada pelo princípio da dignidade humana, que ao lado da cidadania, como fundamentos da República Federativa do Brasil, são respectivamente princípio do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 9ª Ed. 2011. Editora Livraria do Advogado, p. 79/80.

¹³ Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4ª Ed. 2000. São Paulo, Ed. Max Limonad, p. 51/55.

A constituinte de 1988 inovou com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Colocou o princípio dentro daquilo que se considera o núcleo essencial da nossa Constituição, cujo conteúdo é composto pelos princípios fundamentais e pelas garantias e direitos fundamentais.

Conquanto não se possa descurar de suas origens históricas e filosóficas, é certo não se pode negar que este princípio integra o direito positivo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ “Princípio é por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”

Logo serve ao sistema normativo para lhe dar unidade e sentido e alicerce.

Na hermenêutica do princípio, Firmino Alves Lima¹⁵ pensa que como norma o princípio da dignidade humana serve ao indivíduo proibindo condutas do Estado e da sociedade em geral atentatórias aos preceitos mínimos de existência, condensados pelos tratados internacionais e direitos e garantias fundamentais insertos em nosso ordenamento pátrio.

1.3 Direitos Fundamentais e dignidade

Como aduz José Afonso e Silva “No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem

¹⁴ Curso de Direito Administrativo. 12ª Ed. 2000, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 747

¹⁵ LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 35

no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.¹⁶

Trata-se, portanto de categoria de direitos umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto estabelecem patamares intransponíveis, sem o quais haveria a supressão deste valor intrínseco do ser humano.

Neste diapasão destaca Luiz Alberto David Araújo¹⁷ que os direitos fundamentais constituem direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, direitos políticos e relativos à nacionalidade, bem como os direitos sociais.

Continua, são direitos de categoria jurídica peculiar voltados à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, ou seja, na proteção da liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais) e na sua preservação.

Assevera Sérgio Fernando de Melo¹⁸ que a observância de todos os direitos fundamentais é o que confere maior concretude ao princípio aberto da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de sua influência nos demais direitos.

Frisa Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹ que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento e medida dos direitos fundamentais. Disto decorre que os direitos fundamentais são manifestações prévias do constituinte daquilo que entendeu como afeito à dignidade.

¹⁶SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. 1998, Ed. Malheiros, São Paulo P. 182

¹⁷ARAÚJO. Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. 2001, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 77/80

¹⁸MELO, Sérgio Fernando de. *Aprendizagem empresária: aspectos econômicos e sociais*. São Paulo, LTr, 2012, p.115.

¹⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 9ª Ed. 2011. Editora Livraria do Advogado. P. 100/118

Assim, para Ingo Wolfgang Sarlet²⁰ na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, deve o intérprete perquirir sobre a ofensa a um direito fundamental. Neste sentido reduz-se a margem de arbítrio do intérprete que deverá respeitar a posição prévia do constituinte, dando, outrossim, pragmatização ao conceito de dignidade da pessoa humana, simplificando a retórica vaga e vazia.

Prossegue afirmando o autor que há uma concepção negativa e positiva da dignidade, a influenciar na concretização dos direitos fundamentais, posto que a consideração do ser humano como fim e não meio, constitui limite à atuação do Estado, da sociedade e das pessoas; e tarefa a legitimar prestações normativas e fáticas, com o escopo de promover condições de vida dignas, evitando assim ofensa ao seu núcleo essencial.

Os direitos fundamentais guardam certas características, as quais destacamos inicialmente a historicidade a significar serem frutos de processo histórico.

Como afirma Norberto Bobbio²¹ os direitos humanos, cuja categoria admitimos também o sejam os direitos fundamentais, não são o produto da natureza e sim construção histórica humana, suscetíveis de ampliação, pautadas pelas novas exigências, emergem das lutas e conquistas humanas.

Uma vez reconhecidos, dentro de um processo histórico, não há como suprimi-los, pois não se suprime a dignidade humana. Logo são concorrentes, no sentido de que em uma situação concreta pode existir mais de um direito fundamental.

Por serem concorrentes não basta garantir a liberdade. Indispensável é dar condições para tanto, como se faz ao dar oportunidade de trabalho, de educação e

²⁰ Ob cit. p. 131/140

²¹ A Era dos Direitos, 9ª Tiragem, Tradução Carlos Nelson Coutinho, Ed. Caampus, São Paulo, p. 32

condições materiais dignas, com moradia, saúde, lazer, dentre outras prestações sociais fundamentais.

Para Sarlet²² o reconhecimento dos direitos sociais ligados ao direito ao trabalho é a extensão da liberdade e igualdade aos trabalhadores, com intuito de assegurar autonomia pessoal não só em face do Estado, mas sim também dos poderes sociais.

São limitáveis e não absolutos, pois a concorrência importa que por vezes devam se harmonizar com outros direitos fundamentais, proporcionalmente. Não há direito absoluto, afirma Ingo Wolfgang Sarlet²³ mesmo que este seja fundamental, no sentido de imunização quanto a restrições.

No embate entre direitos particulares igualmente fundamentais deve-se utilizar do princípio da proporcionalidade, a fim de estabelecer no caso concreto, não obstante às restrições a direitos fundamentais, uma harmonia e concordância prática, sem que se esteja a defender hierarquia jurídica entre normas constitucionais.

Pelo princípio da proporcionalidade na lição de Paulo Bonavides,²⁴ no caso de colidência de direitos fundamentais, a solução legítima deve ser buscada considerando os três elementos do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Na adequação verifica-se se o meio eleito é apto a alcançar o fim visado. Na necessidade busca-se não exceder os limites indispensáveis à consecução do fim proposto. Elege-se a via menos ofensiva. Finalmente o último elemento a escolha deve recair nos meios, que no caso específico, comportem todos os interesses em questão.

²² Ob. Cit. p. 108/111

²³ Ob cit. p. 141/148

²⁴ Curso de Direito Constitucional. 26ª Ed. 2010, Ed. Malheiros, São Paulo. P.396/398

Contudo, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ nenhuma limitação do direito fundamental será desproporcional e a limitação em seu núcleo essencial, o que levaria a supressão ou esvaziamento do direito, sempre será desproporcional.

1.4 Dos direitos sociais e do direito ao trabalho

Na definição de José Afonso e Silva²⁶ direitos sociais pertencem a uma “dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais.”

Guardam, portanto, íntima relação com o princípio da igualdade material, na medida em que reconhecem a necessidade de distinções necessárias para uma melhor justiça distributiva dos benefícios sociais.

Alocados no art. 6º da Constituição, o rol é exemplificativo, considerando que a Constituição contempla outros direitos fundamentais decorrentes dos princípios e regime adotados, bem como de tratados internacionais ratificados.

Como afirma José Afonso e Silva²⁷ a Constituição de 1988 trouxe capítulo sobre os direitos sociais e posteriormente capítulo sobre a ordem social. Não há desconexão na medida em que os direitos sociais, trabalho, educação, saúde, lazer e outros se realizarão na forma prevista na ordem social.

É certo que a ordem econômica constitui pressuposto para a existência dos direitos sociais no entendimento de José Afonso e Silva²⁸. Os direitos econômicos, como direitos de realizar determinada política econômica, são premissas para que o

²⁵ Ob. Cit. p. 142/143.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. 1998, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 289.

²⁷ Ob. Cit. p.288

²⁸ Ob. Cit. p. 289

Estado tutele os fracos e mais numerosos. É a disciplina jurídica do mercado sob a primazia do interesse social.

A concretização dos direitos sociais é fundamental ao indivíduo para que este se reconheça como componente da sociedade, uma vez que a autodeterminação do indivíduo, o exercício das liberdades clássicas e a própria capacidade de expandir seu potencial, depende da efetivação dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais da liberdade e sociais de uma mesma pessoa concorrem, pois não há como reduzir a dignidade à concessão da liberdade, destituída de condições materiais mínimas para a existência olvidando, deste modo os direitos sociais, econômicos e culturais. Isto porque a liberdade se deteriora quando há extrema pobreza.

Por vezes, no entanto, para proteção dos direitos fundamentais, como o trabalho, na lição de Werner Keller²⁹, não basta o efeito vertical destes, assim entendido aquele estabelecido entre Estado e cidadão, que determina a remoção de obstáculos para concretização da dignidade compreendida nos direitos fundamentais.

Verifica-se, por vezes, que aqueles que detêm grande poder econômico podem representar ameaça aos direitos fundamentais, mormente no atual estágio de globalização.

Quando invocado o dever do Estado em proteger os direitos do indivíduo em face de ameaça de terceiro, faz-se um contrabalanceamento entre a autonomia privada, que não pode deixar de existir, e o respeito aos direitos fundamentais.

²⁹ KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental instrumentos de efetividade. LTr 75, março 2011, p. 29/31

O efeito que se pretende dar aos direitos fundamentais na relação entre particulares, ou efeitos horizontais dos direitos fundamentais, é de que a norma constitucional deve ser reinterpretada, a fim de não suprimir a autonomia privada e estar de acordo com os direitos fundamentais.

Na concretização dos direitos sociais em face da característica da limitabilidade dos direitos fundamentais, deve ater-se ao princípio da proporcionalidade, o que uma vez observado atende-se ao princípio da isonomia, assim pensa Walber de Moura Agra³⁰.

Acompanhamos o autor citado, isto porque se sopesa no caso de colidência de direitos fundamentais, a maneira não só eficaz, mas igualmente menos gravosa, com o mínimo de restrição possível dos direitos fundamentais.

Isto implica tratar situações desiguais desigualmente na medida da desigualdade, quando se aterá aos limites necessários a supressão da desigualdade, o que importa na mínima restrição aos direitos fundamentais em colidência.

Assim no embate entre a livre iniciativa e o direito de propriedade e por outro lado o direito fundamental ao trabalho tem que considerar em uma primeira análise que não há direito absoluto, mesmo que fundamental. Logo pelo princípio da proporcionalidade chega-se a uma harmonia entre estes.

O fim almejado é a redução das desigualdades, a eliminação da pobreza e da marginalização, o bem de todos sem qualquer forma de discriminação e a justiça social, o que autoriza às ações afirmativas com vistas a eliminar distorções sociais, de modo menos gravoso para o setor produtivo.

³⁰ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais, *in* Tratado de Direito Constitucional 1, Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento, p. .514

A busca pelo lucro não é proibida, mas tem como contraponto respeito aos direitos fundamentais, como o direito ao trabalho e os seus valores sociais.

Quando o empregador, sem motivo legítimo, como por discriminação, suprime a possibilidade do trabalho há ofensa à dignidade do trabalhador, pois este direito fundamental contém parcela de dignidade.

Assim, a discriminação na contratação enseja a correção com a inclusão, que pode se dar através das ações afirmativas, como veremos adiante.

Sérgio Fernando de Melo³¹ pondera, no modo de produção capitalista, cujo pressuposto é a livre iniciativa, a remuneração é essencial ao ser humano propiciando-lhe o mínimo existencial e a satisfação de suas necessidades.

Onde não há trabalho não há remuneração digna, educação, o que comer e vestir ou onde habitar, ou seja, não tem o mínimo existencial a lhe franquear dignidade. Principalmente, considerando que o salário é ainda a principal forma de distribuição de renda em nossa sociedade.

Na definição de Amauri Mascaro Nascimento é o “Meio pelo qual o ser Humano incorpora-se a natureza. Trabalho é vida³².”

A nosso ver o direito ao trabalho assume a feição de direito social maior, a ser enaltecido e resguardado com máximo empenho do Estado e de todo corpo social, daí a razão de a ordem econômica ter como escopo assegurar a dignidade, haja vista que o trabalho constitui pressuposto para realização dos anseios humanos. É, igualmente, modo de desenvolvimento e construção da personalidade humana.

³¹ MELO, Sérgio Fernando de. *Aprendizagem empresária: aspectos econômicos e sociais*. São Paulo, LTr, 2012.

³² Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho *apud* KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental instrumentos de efetividade. LTr 75, março 2011

Tem ainda o potencial de socializar a manutenção das contingências sociais, permitindo a participação de todos na construção solidária dos benefícios sociais, com fortalecimento da justiça social, dando a cada um o que lhe é devido.

Além, desonera a sociedade de manter grupos sociais dependentes de um sistema securitário em prejuízo não só dos próprios beneficiários, mas igualmente de toda a sociedade.

1.5 Princípio da igualdade.

1.5.1 Breve relato histórico

A igualdade pode ser apreendida em diversos momentos históricos.

Firmino Alves Lima³³ traz a lume que na antiguidade clássica foram elaborados na Grécia antiga conceitos de igualdade, conquanto coexistisse a escravidão.

Neste diapasão, Platão concebia uma igualdade absoluta, em que homens e mulheres recebessem mesma educação e que tudo fosse comunitário.

Aristóteles, com a ressalva que considerava haver diferença de igualdade entre governante e governados, conjuga a igualdade com a noção de justiça. Na relação entre particulares há justiça na igualdade e injustiça na desigualdade. Na lesão restaura-se a igualdade na busca do meio termo.

Nas relações entre cidadãos regidos por uma mesma Constituição, na outorga de bens públicos e outras coisas, vige a justiça distributiva, sendo o justo o

³³ LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 41/52

que é proporcional ao mérito. Assim, para o pensador, no trato de iguais deve haver igualdade e nos desiguais há tratamento desigual na busca da igualdade.

Já no Cristianismo aponta Firmino propõem-se uma igualdade que transcende as relações sociais, uma vez que Deus não distingue os seres humanos por sua origem, admitindo-se a igualdade como condição humana.

Avançando para idade média, ressalta o autor mencionado, que em Tomas de Aquino, ao discorrer sobre a justiça de uma lei, faz importante proposição ao afirmar que uma lei deve ater-se ao bem comum.

Porém, mesmo que atendido o bem comum não pode haver ônus desiguais aos governados, sendo também injusta quando defere excesso de poder ao seu autor. Logo justa a Lei que atende à igualdade.

É na idade média que toma realce a concepção de igualdade do indivíduo baseada na sua capacidade racional.

Nas revoluções liberais, fruto do inconformismo de privilégios que levaram a uma estratificação da sociedade e no poder absoluto do Monarca que não se sujeitava à Lei como os seus súditos, a igualdade está na submissão de todos à Lei.

O ideal liberal de igualdade perante a lei se expressa nos pensamentos filosóficos de John Locke, Jean Jacques Rosseau e Immanuel Kant.

Para Locke³⁴ todo o homem goza igualmente de uma liberdade natural, não passível de restrição pela vontade da autoridade ou outro homem, embora haja

³⁴ LOCKE, John. Carta acerca da tolerância, segundo tratado sobre o governo, Ensaio acerca do entendimento humano *apud* LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 48

diferença entre esses, como idade, virtude, mérito, mas que não deslustram a igualdade citada.

Para Rousseau³⁵ há duas espécies de desigualdades: a fundada em características naturais e físicas, como saúde, força, e as desigualdades políticas ou morais estabelecidas por convenção ou assentimento dos homens. Sendo que esta por constituir privilégio perante a lei é contrária ao direito natural

Kant considera que todos os homens devem ser iguais na faculdade de usar da própria liberdade.

Verifica-se, em suma, que o pensamento liberal está pautado na liberdade formal que considera iguais os homens perante a Lei, sem distingui-los, todavia, em suas dessemelhanças de fato ou econômicas.

Ao nivelar todos perante a Lei o Estado viu-se obrigado a editar normas gerais e abstratas, mas considerando o homem abstrato.

Mais adiante no contexto da Revolução Industrial surge o incremento do número de trabalhadores que mediante o salário buscam condições de sobrevivência, o que acarretou em um contingente excessivo de mão de obra disponível.

A sobrevivência da classe trabalhadora a depender do salário, aliado ao monopólio pelos empregadores dos meios de produção, trouxeram o desequilíbrio de forças na contratação de mão de obra.

³⁵ RUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. *apud* LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 48/49

Embora seja desferido formalmente pela Lei tratamento igualitário houve a fragilização dos empregados e o empoderamento do empregador, implicando na total submissão daqueles primeiros às condições contratuais impostas pelo empregador.

Seja por temor às idéias socialistas do século XIX, pela influência da doutrina social da Igreja ou pelas lutas sociais dos trabalhadores, raia no horizonte do direito uma nova classe de direitos denominados de sociais, em cujo centro está a idéia da igualdade material, compreendida na máxima tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Passa-se a considerar a par da igualdade formal a igualdade material, tendo o Estado papel ativo no estabelecimento de discriminações em Lei para promoção do bem estar social e distribuição mais equitativa da riqueza.

Neste sentido o constitucionalismo social, expressado primeiramente na Constituição mexicana de 1917 e alemã de Weimar de 1919, é assim denominado por positivar em escala constitucional os direitos sociais.

O fundamento das discriminações, cujo agente é o Estado, viria da necessidade de conceder ao homem condições pelo trabalho de sobreviver e não ser tratado como mercadoria, cerne do princípio da dignidade da pessoa humana. Tratar desigualmente os desiguais é legitimar discriminações racionalmente admitidas como necessárias para atingir tal escopo.

Nesta medida, no Estado Social o direito à propriedade é inferiorizado em face do direito individual de obter os meios de subsistência e condições dignas de existência.

Finalizando este processo, temos o Estado Democrático Social que almeja a justiça social através da democracia econômica e social, conquistada através da

oferta de igualdade de oportunidades e concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A Constituição de 1988 traz o Ideal do Estado Democrático de Direito fundado na dignidade humana, no valor social do trabalho e na livre iniciativa.

Positiva os objetivos do Estado trazendo rol exemplificativo de fatores, e o compromisso pela construção de uma sociedade voltada ao bem de todos.

No que tange à igualdade é tratada como direito fundamental e voltada para a promoção de iguais oportunidades para todos, com vista a suprir as desigualdades sociais e econômicas. Prevê uma série de direitos trabalhistas e maior proteção à pessoa com deficiência.

1.5.2 Igualdade formal e material e de oportunidades

Podemos vislumbrar a partir da evolução histórica da igualdade modos de concepção do princípio da igualmente todos coexistindo, como demonstra Firmino³⁶.

A primeira, conseqüência do Estado Liberal e neoliberal, é a igualdade formal expressada na máxima - todos são iguais perante a Lei. Importa que na interpretação, na aplicação ou na criação da Lei é defeso estabelecer diferenças entre integrantes de uma mesma categoria, ou seja, os direitos são os mesmos para todos.

Como assevera Luiz Alberto David Araújo³⁷, o princípio da igualdade formal foi topograficamente colocado no *caput* do art. 5º, o que foi intencional como forma de extensão do princípio a todo texto constitucional e infraconstitucional.

³⁶ Ob. Cit. p. 56/64

Isto não implica que por vezes haja discriminações, desde que estas sejam logicamente justificáveis.

Assim, o princípio da igualdade formal, reforçado no inciso XIII do art. 7º cuja redação veda a discriminação na admissão e salários do trabalhador com deficiência, subentendendo-se que se estende a todos os aspectos do contrato de trabalho das pessoas com deficiência, não veda, por exemplo, que não se contrate pessoa com deficiência visual para o cargo de motorista.

Pede-se sim que não haja discriminações, autorizando somente aquelas que guardem correlação lógica entre o fator *discrímen* e o tratamento deferido à situação fática.

Por sua vez a igualdade material, construção do Estado Social, preconiza o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. Serve de fundamento de uma série de prestações sociais para, tratando desigualmente os desiguais, alcançar a igualdade.

O direito do trabalho guarda especial relação com o princípio da igualdade material aduz Firmino. De fato, a relação entre o empregador e o empregado é marcadamente desigual.

Disto resulta um tratamento dado pelo constituinte, impondo desigualdades expressas para que, seja na fase pré contratual seja na execução do contrato, conquistem-se condições mais equânimes, dada a desigualdade sócio-econômica entre os contratantes.

³⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. 2ª edição. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília. 1997, p. 72/75.

Percebeu-se que a redução das desigualdades sociais não só é atingida pelo tratamento diferenciado, é forçosa a criação de desigualdades com vistas à inclusão social, outorgando vantagens jurídicas aos desfavorecidos.

Temos assim a igualdade de oportunidades, na expressão de Firmino³⁸, como instrumento de inclusão social, que significa um tratamento das situações como devem existir, e não só como existem.

Afirma Luiz Alberto David Araújo “A igualdade material (vista sob o ângulo de proteção de certos grupos sociais) nada mais é do que a explicitação de princípios constantes nos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, enunciados respectivamente nos artigos primeiro e terceiro”.³⁹

A proteção das pessoas com deficiência neste sentido é a forma de garantir a cidadania e a dignidade deste agrupamento, eliminando as desigualdades sociais para participar da sociedade de forma democrática.

Na concepção de igualdade formal, aduz Firmino⁴⁰, tem-se do pressuposto que, na busca de um destino, os competidores tem a mesmas potencialidades no início desta competição.

Ocorre que esta percepção nem sempre se confirma. Decerto há desníveis sociais, econômicos, fáticos e históricos que desmentem esta pretensa igualdade entre pessoas que almejam um mesmo fim.

De forma que para superar estas desigualdades deve-se criar outra desigualdade. Assim, através de uma postura ativa estatal, cria-se uma igualdade de oportunidades para a conquista do bem almejado, no sentido de que no início da disputa sejam as partes consideradas desigualmente para ao final igualarem-se.

³⁸ Ob cit. p. 61/62

³⁹ Ob. Cit. p. 77

⁴⁰ Ob. Cit. p. 58

É o que faz as ações afirmativas, propiciando a integração social da pessoa com deficiência por intermédio do trabalho.

1.5.3 Discriminação

Assevera Christiani Marques⁴¹ que o reconhecimento de uma sociedade pluralista brasileira conforme se obtêm do Preâmbulo de nossa Carta Maior não impede que haja igualdade de oportunidades, pelo contrário, por vezes é o esteio para que, em nome da igualdade, promovam-se diferenças legítimas e justificáveis para a inclusão e o pleno exercício da cidadania e da dignidade humana.

Como menciona Celso Antônio Bandeira de Mello é próprio da Lei traçar tratamentos díspares. A princípio qualquer traço discriminador existente nas pessoas, coisas ou situações podem ser eleitos para fins de discriminação.⁴²

Haverá sempre pontos de semelhanças e pontos dissonantes entre as situações, pessoas e coisas consideradas na atividade legiferante, sem embargo de ofensas ao princípio da isonomia.

A célebre afirmação de Aristóteles a respeito da igualdade: tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, embora seja ponto de partida não é suficiente para elucidar todas as questões.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade, quando dirigido ao legislador, vincula este no sentido de que entre situações, coisas e pessoas sejam deferidos tratamentos iguais, se iguais, e desiguais se desiguais. Porém, o elemento eleito como fator preponderante para tanto deve ser peculiar à pessoa, coisa ou situação.

⁴¹ MARQUES Christiani. Discriminação no emprego, *in* Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Coordenador Luiz Alberto David Araujo. São Paulo, LTr. 2006, p. 110.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª Ed. 9ª Tiragem. Ed. Malheiros, São Paulo 2001 *passim*.

Ora, nada mais crível, porque a máxima aristotélica de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades traz em seu bojo que o elemento discriminador seja intrínseco na situação coisa ou pessoa diferente, ou seja, que não lhes seja neutro, pois se assim o é nada haverá de desigual para justificar tratamento desigual.

Isto não implica dizer seja legítimo que o fator residente na coisa, pessoa ou situação acarrete singularização atual de uma pessoa definitivamente, seja ostensivamente ou sub-repticiamente, de maneira que a situação legal não possa se reproduzir.

A igualdade possui dois significados: vedam-se privilégios e perseguições. Individualizando estar-se-á perseguindo ou prestigiando.

Com o princípio da isonomia o que o constituinte pretendeu é evitar discriminações fortuitas e injustificadas, sendo que critérios como sexo, raça, credo religioso e orientação política elencados na Constituição foram ressaltados haja vista serem estes fatores historicamente motivos de preconceito.

Não que estes critérios não possam ser escolhidos para trazer diferenciações. Basta, no entanto, que haja neste fator próprio das situações, coisas e pessoas, correlação lógica com o tratamento desigual.

Neste diapasão a deficiência de uma pessoa, como característica pessoal desta, acarreta maiores dificuldades para alcançar uma profissão, em face do preconceito secular que é impingido a este grupo de pessoas tidas como inaptas às atividades profissionais e à vida social.

Nesta medida nada mais equânime do que trazer tratamento desigual entre as pessoas com e sem deficiência, posto que estas últimas têm maiores possibilidades de conquista de um emprego. Assim o critério de discriminação,

deficiência, guarda correlação lógica com o tratamento diferenciado proposto pelo sistema de cotas.

Para a isonomia não se deve descurar, igualmente, da consonância com os interesses prestigiados na Constituição, o que implica não uma correlação abstrata, mas sim concreta. É necessário, em suma, que se retrate um bem constitucionalmente absorvido.

A discriminação atenta de maneira contumaz contra a dignidade da pessoa humana. Vislumbramos isto porque não só obsta o exercício dos direitos fundamentais em cujo cerne reside o princípio da dignidade humana, como também nega, pela forma odiosa do preconceito, outro valor inerente ao ser humano, a igualdade em dignidade.

Subtrair a igualdade de dignidade é estratificar em classes distintas o ser humano, permitindo que alguns sejam tratados como instrumentos da vontade arbitrária de outros.

Podemos afirmar que pelo preconceito as condutas discriminatórias são perpetradas. É o que ocorre com as pessoas com deficiência. Tem-se o preconceito de que estas são incapazes de produzir no mercado de trabalho, o que as exclui na contratação para um emprego, pois se enfatiza a deficiência eclipsando suas qualidades.

Contudo, considera Christiani Marques⁴³ que a falta de um sentido ou função são alavancas para o desenvolvimento acentuado em outros sentidos metais e sensoriais que podem ser aproveitados pelos empregadores. Por exemplo, podemos citar a contratação de pessoas com deficiência visual para trabalharem em câmaras escuras de Raios-X. O que nos induz a pensar que hodiernamente há outros atributos humanos a serem sopesados na contratação de pessoas com deficiência.

⁴³ Ob cit. p. 115/116

CAPITULO 2 - AÇÕES AFIRMATIVAS VOLTADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

2.1 Fundamentos filosóficos das ações afirmativas.

Assevera Cláudio Monteiro de Brito Filho⁴⁴ que antes de tratar das ações afirmativas deve-se previamente localizá-la dentro de um modelo, cujos meios de produção sejam de uso privado, pois em outros modelos não há necessidade de executar programas voltados a compensar desequilíbrios causados pela exclusão.

Deve ainda pressupor a liberdade do indivíduo de buscar seu bem-estar. Liberdade mais para o modelo em que, pela distribuição de recursos, permitem-se criar ao indivíduo ambiente propício para a realização de suas concepções de vida boa. Este modelo é denominado liberalismo kantiano ou liberalismo igualitário, caracteriza-se pela distribuição igualitária dos recursos.

Assim para Rousseau⁴⁵ a propriedade é garantida. Porém, não uma propriedade desmedida em detrimento do conjunto da sociedade. Para o autor as condições para autorizar o direito do ocupante da propriedade são que ocupe a quantidade que necessita para sobreviver e que tome posse pelo trabalho e pela cultura da terra⁴⁶.

Já Adam Smith⁴⁷ sustentava que a equidade exige que, aqueles que trabalham para que outros desfrutem dos bens necessários devem poder desfrutar,

⁴⁴ BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. São Paulo, LTr. 2012, p.13 a 59.

⁴⁵ RUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia política e do contrato social*. Tradução Maria Constância Peres Pissara. Petrópolis: Vozes 1995, *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. São Paulo, LTr. 2012, p.25

⁴⁷ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues. São Paulo. Martins fontes, 2003, vol 1, *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. São Paulo, LTr. 2012, p. 26

também, de parte desses bens. Conclui que não pode haver prosperidade em uma sociedade em que a maior parte dela é condenada à pobreza e à miséria.⁴⁸

Finamente para Kant⁴⁹ na *Fundamentação da metafísica dos costumes* partindo da dignidade da pessoa humana na sua dimensão intersubjetiva, há o dever dos indivíduos ajudarem-se mutuamente.

Para estes pensadores a justiça distributiva é um dever.

Mas adiante encontramos a teoria de Rawls, formulada em sua obra “Uma Teoria de Justiça”,⁵⁰ que elege o indivíduo singularmente considerado para desenvolvimento de sua teoria de justiça. Importa na vedação de que um indivíduo se sobreponha ao outro, e condena desigualdades prejudiciais aos menos favorecidos.

Teoria contratualista, haja vista pressupor um acordo original entre pessoas livres e racionais, mas limitada, pois se cinge à escolha dos princípios de justiça.

Opõem ao utilitarismo, que concebe ser mais vantajoso o bem estar, aquilo que produz maior felicidade para os membros da sociedade, do que a justiça. Sendo o moralmente correto, o maior bem estar, mesmo que em detrimento da minoria. Para Rawls o justo prevalece sobre o bem.

A justiça é a primeira virtude das instituições, aqui compreendidas a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. O objeto da justiça para Rawls é a maneira pela qual as instituições distribuem os direitos e

⁴⁸ SIMTH, Adam. A Riqueza das Nações. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues. São Paulo. Martins Fontes, 2003, v. 2, 2010.

⁴⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2003 *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. São Paulo, LTr. 2012, p. 27

⁵⁰ RAWLS, John. Uma Teoria de Justiça. 2. Ed. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo. Martins Fontes. 2002, *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. São Paulo, LTr. 2012, p. 32/45.

deveres fundamentais e a forma como dividem as vantagens decorrentes da cooperação social.

Os princípios de justiça para Rawls estão vinculados aos bens primários, compostos de direitos, liberdades e oportunidades. São os princípios de justiça:

Há um direito igual de toda pessoa ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

As liberdades básicas são as liberdades políticas (expressão, reunião, entre outras), a propriedade privada e a proteção contra prisão arbitrária.

O segundo princípio prescreve que as desigualdades econômicas e sociais devem ser organizadas de tal forma que tragam maiores benefícios possíveis aos menos favorecidos e que sejam dadas oportunidades iguais a todos.

Para Rawls, nas reivindicações conflitantes, faz-se mister regras de prioridades para alcançar uma concepção de justo, ordenando aquelas.

Nesta ordenação a liberdade é prioritária sobre os demais princípios. De maneira que as reivindicações de liberdade devem ser satisfeitas primeiro, obstando a discussão de outros princípios até este momento. Só se justifica a redução da liberdade para fortalecer o sistema total de liberdades.

A segunda regra de prioridades ordena que, em uma desigualdade de oportunidades, devem-se aumentar as oportunidades daqueles que tem oportunidades menores.

Esta regra tem aplicação na distribuição de renda e riqueza. Admite Rawls a desigualdades econômicas e sociais, sob a condição de incremento de benefícios aos menos favorecidos. A sociedade neste diapasão deve dar mais atenção àqueles com menores talentos e condições sociais e econômicas.

O mérito de Rawls está na introdução da igualdade como ideal político, até então concentrada no binômio liberdade-propriedade, conquanto esteja em pleno inferior à liberdade.

Critica-se ainda a teoria formulada por desconsiderar os grupos vulneráveis, centrando as diferenças no âmbito da riqueza e renda, embora recomende atenção da sociedade àqueles com menos dotes inatos.

Ronald Dworkin⁵¹ procura trazer outros contornos para a justiça distributiva. Inicialmente, traz novo enfoque a igualdade, pensada no plano individual e não vinculado a idéia de classe, como Rawls.

Dworkin opta pela igualdade de recursos, sendo medida de igualdade os recursos que dispõem os indivíduos. Neste sentido há tratamento igual entre as pessoas quando nenhuma transferência ou distribuição adicional de recursos seja apta a tornar mais iguais suas parcelas de recursos.

A conexão que se estabelece com o mercado e os recursos é que as pessoas ingressem em igualdade de condição. Neste ponto pode-se falar em ações afirmativas.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo, Martins Fontes. 2005, *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. Ações Afirmativas. São Paulo, LTr. 2012, p. 46/52

Forçoso mencionar que para o pensamento liberal igualar as pessoas não significa esteja o Estado obrigado a custear gostos dispendiosos.

Para Dworkin igualdade e liberdade estão no mesmo nível hierárquico, posto que a sociedade garante ao mesmo tempo o exercício das liberdades fundamentais sem descuidar da obrigação de criar condições materiais também fundamentais para todos.

Verifica-se que Dworkin considera os grupos vulneráveis, tanto que permite ajustes e compensações posteriores, não para proporcionar tudo que seja necessário a estes, e sim para haver igualdade de distribuição de recursos.

Ora não haverá esta igualdade se desconsiderar o custo que uma pessoa vulnerável tem para fazer suas escolhas, elas encaram a vida com menos recursos em relação aos outros.

Dentre os autores que tratam sobre o assunto justiça distributiva, encontramos ainda Amartya Sen⁵² que aduz ser imprescindível na busca da igualdade a consideração da diversidade humana.

A igualdade considerada a partir dos bens primários, como faz Rawls, ou a partir dos recursos como faz Dworkin, cinge-se aos meios. Contudo, é certo que as pessoas podem ter os mesmos pacotes de bens e recursos e ainda assim não serem igualmente capazes de utilizá-los, por uma série de fatores, como por exemplo, a deficiência.

Forçoso é considerar a diversidade dos grupos de indivíduos, o que já o fazia Dworkin, porém sem a mesma amplitude de Sen, na hora de determinar estratégias

⁵² SEN, Amartya. Desigualdade reexaminada. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro. Record, 2001 *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. Ações Afirmativas. São Paulo, LTr. 2012, p. 52 a 55.

para obter igualdade entre as pessoas, ao menos quanto aos bens fundamentais, justificando condições adicionais ao pacote de recursos.

Encerra Brito⁵³ aduzindo que dentre os critérios a legitimar as ações afirmativas o primeiro deles é a justiça distributiva vista aqui por dois ângulos: a harmonia da ação com os princípios eleitos para reger as ações das instituições sociais; e o abalizamento no ordenamento jurídico do Estado.

Quanto ao primeiro aspecto, a justiça distributiva, na junção dos modelos de Dworkin e Amartya Sen, ou seja, a distribuição de recursos agregada a idéia de diversidade, é apta à corrigir as desigualdades geradas pela admissão da propriedade privada.

Franqueia-se, igualmente a fruição pelos indivíduos dos recursos fundamentais necessários à realização de sua dignidade e cidadania, sem descuidar da liberdade e em sintonia com a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, construindo uma sociedade livre, justa e solidária.

2.2 Denominação, conceito e fundamentos

As ações afirmativas têm origem no direito norte americano, cuja denominação é igual à usual brasileira. Há, porém outra denominação comum na Europa, qual seja a discriminação positiva.

Há diversos conceitos de ações afirmativas, adotamos aquela trazida pelo Ministério do Trabalho e Emprego:

“Ação afirmativa é uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e

⁵³ Ob. Cit. 55/57

beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.”⁵⁴

Podemos através do desenvolvimento deste trabalho encontrar fundamentos para as ações afirmativas, afora aqueles demonstrados no item anterior de feição filosófica.

Com efeito, verificamos que a dignidade da pessoa humana pede mais de que uma abstenção com vistas a não supressão deste valor. Como bem observado por Kant, quando define a dimensão intersubjetiva da dignidade, todos devem se esforçar para os fins de seus semelhantes, pois o ser humano é fim e não meio.

Como consectário deste pensamento, torna-se mister o patrocínio de ações, pelo Estado e por toda comunidade, a fim de promover a dignidade humana. É a dimensão prestação da dignidade.

O princípio da dignidade está inserido como fundamento do Estado Democrático de Direito do Brasil, o que significa que o fim do Estado é o ser humano, devendo implementar medidas políticas e sociais, resguardando não só a dignidade como também a cidadania.

O qualificativo democrático do Estado se estende a todos seus elementos constitutivos, inclusive a ordem jurídica, o que por certo envolve o acesso democrático aos direitos fundamentais.

Para tanto, os Direitos Fundamentais individuais e sociais a todos devem ser formalmente reconhecidos e materialmente concretizados, pois constituem manifestações prévias do constituinte originário do conteúdo da dignidade, direitos

⁵⁴ Site: www.mte.gov.br apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O Direito do Trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. Revista LTr. Nº 7, vol. 68, jul. 2004, p. 777/787

sem os quais o ser humano não convive, realiza ou mesmo sobrevive. Com eles não se transige.

Verificou-se que por vezes, no modo de produção capitalista, os poderes sociais, e não só o Estado, são os que mais exercem perigo à concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito fundamental ao trabalho.

Isto leva ao embate entre a livre iniciativa de um lado e de outro a premência de se resguardar os direitos fundamentais e por via oblíqua a própria dignidade humana.

É o que se convencionou chamar de efeito horizontal dos direitos fundamentais, traduzindo a disciplina do mercado com foco no interesse social, cuja solução está no princípio da proporcionalidade, tornando harmônica esta relação com a mínima restrição dos direitos envolvidos e prestigiando todos os interesses envolvidos.

O direito fundamental do trabalho foi formalmente garantido, contudo, em face de determinados grupos historicamente discriminado, como as pessoas com deficiência, esta medida demonstrou-se inócua, mesmo tendo o inciso XLI do artigo 5º da Constituição incriminado conduta discriminatória atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

Isto levou à supressão deste direito para parcela da população, o que é inadmissível dada sua natureza, o que por fim criou uma situação de exclusão social, acirrando a desigualdade social em detrimento do acesso democrático aos recursos, criando uma desigualdade não permitida no acesso ao mercado de trabalho.

Em vista desta desigualdade tornou-se cogente desigualar situações para promoção da inclusão social através da igualdade de oportunidades, garantindo dignidade, cidadania, igualdade social e democracia.

No trato desta desigualdade o meio eleito foram as ações afirmativas, cujas regras são eleição de um fator intrínseco à pessoa, a deficiência, a correlação lógica entre este fator e o tratamento dado, e pertinência com os princípios constitucionais.

Com reserva de cotas, as partes envolvidas, pessoas com e sem deficiência, são desigualadas em uma situação inicial, porquanto as com deficiência são desfavorecidas na disputa no mercado de trabalho, para ao fim desta competição se igualarem.

Por fim atendem aos preceitos constitucionais. As pessoas portadoras de deficiência possuem o direito ao trabalho digno e respeito ao valor social do trabalho, sem qualquer discriminação, (art. 7º XXXI da Constituição Federal), consagrado como direito fundamental e princípio fundamental do Estado Democrático Brasileiro.

Ademais o Estado, por meio da assistência social deve promover a integração da pessoa com deficiência à vida social através do trabalho (art. 203, III e IV da Constituição Federal), sendo, igualmente dever do Estado, conjuntamente com a sociedade e a família, garantir a profissionalização do adolescente com deficiência (art. 227, §1º, II da Constituição Federal).

Ora, as ações afirmativas, como maneira de expressar a igualdade de oportunidades tem como escopo ainda erradicar o preconceito e a discriminação.

O contato da maioria com a minoria, compreendidas não em termos numéricos e sim dentro da concepção de acesso às oportunidades sociais e ao

poder estabelecido dentro da sociedade, poderá reduzir o preconceito e a discriminação histórica como consequência⁵⁵.

Serve de instrumento para a concretização do direito ao trabalho, garantindo também a integração à vida social da pessoa com deficiência, com solidariedade, justiça e liberdade, promovendo o bem de todos com a diminuição das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza e marginalização. Até porque a busca pelo bem de todos é dever de todos.

Ademais aduz Werner Keller⁵⁶ que a própria Constituição no Título VII da Ordem Econômica e Financeira em seu artigo 170 determina quais posturas deve o Estado adotar na ordem econômica na busca pela redução das desigualdades sociais, quais sejam fiscalizar, fomentar e implementar políticas públicas.

Assim o faz ao prescrever respectivamente que a ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano deve observar os seguintes princípios: função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Pelo seu conceito, as ações afirmativas têm prazo determinado. Para Claudio Monteiro Brito Filho,⁵⁷ contudo isto não significa estabelecer de início seu termo final. Quando muito se deve estabelecer prazo que uma vez atingido propicie uma revisão ou ajustes necessários, ou até sua extinção conforme o caso.

⁵⁵ LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo Nov. 2006, p. 152.

⁵⁶ KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental instrumentos de efetividade. LTr 75, março 2011, p. 72/73

⁵⁷ BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. Ações Afirmativas. São Paulo, LTr. 2012, p. 67.

2.3. Pessoas com Deficiência denominação e conceito.

A questão da terminologia a ser empregada às pessoas com deficiência tem relevo, pois denota maior ou menor preocupação com o preconceito embutido na expressão adotada.

Nesta esteira, a Constituição de 1934 adotou a expressão de desvalidos, com forte conotação de desqualificação destas pessoas para o convívio social.

Em seguida a Constituição de 1967 empregou a palavra excepcional mais afeita às pessoas com deficiência mental.

A emenda constitucional de número 12 à Constituição Federal de 1967 publicada em 1978 utilizou-se do termo deficiente para designar estas pessoas, cujo enfoque na deficiência potencializou o preconceito.

A Constituição de 1988 renova com a expressão pessoas portadoras de deficiência, que ao lado da expressão pessoas com deficiência, tem como núcleo pessoa e qualificativo sua deficiência. Este fator acaba por valorizar o ser humano desprestigiando o estigma que carregava as outras terminologias.

Por uma questão legal o termo correto a ser empregado é pessoas com deficiência, haja vista que com a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto nº 6.949 de 2009, o que se fez nos moldes do §3º do artigo 5º da Constituição, esta expressão guarda força de norma Constitucional revogando a expressão outrora adotada, pessoas portadoras de deficiência.

Em uma primeira análise, o conceito de pessoa com deficiência foi tratado pela Convenção 159 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto 129/91:

Art. 1.1: “Para efeitos desta Convenção, entende-se por "pessoa deficiente" todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”

Como afirma Luiz Alberto David Araújo⁵⁸ os termos empregados na Constituição, por ser uma Carta Política, um documento de cidadania, são apreendidas no seu sentido mais usual. Logo se socorre o autor do sentido lexical.

O vocábulo deficiente no dicionário é definido como: em que há deficiência, falta, falha, carência.⁵⁹

Prossegue o autor, de maneira muito sensível à questão, afirmando que diante da complexidade em que a deficiência se apresenta, dado que em alguns a deficiência sequer traduz em falha e sim excesso, como o é para os superdotados, o enfoque da falha ou falta trazido pelo dicionário não está no indivíduo e sim em seu relacionamento com a social.

Há uma dificuldade, por falta ou excesso sensorial ou motor, de relacionamento social, de integração na sociedade.

O Decreto 3.298/99 que regulamentou a Lei 7.853/89, alterado pelo Decreto 5.296/2004, traz conceito legal de pessoa com deficiência que adotamos.

Artigo 3º “Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

⁵⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. 2ª edição. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília. 1997, p. 18/22.

⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Ed. Positivo. 5ª Ed. 2010.

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.”

Há consonância com o entendimento esposado por Luiz Alberto David Araújo na medida em que a deficiência, permanente ou não, está atrelada ao conceito de incapacidade, esta, por sua vez, caracteriza-se pela redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social.

Observe-se que ao vincular a deficiência à incapacidade, o meio quanto mais for inclusivo maior será a capacidade de integração social da pessoa com deficiência, transmitindo esta função para o meio e retirando-a da pessoa. Se o ambiente externo, que inclui arquitetura, transporte coletivo, ferramentas de apoio ao trabalho, não for inclusivo a deficiência ocasionará limitação.

Prossegue o Decreto especificando os tipos de deficiência no seu artigo 4º em categorias: física, auditiva, visual, mental e múltipla.

Finalmente temos o conceito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Artigo 1.1: “Pessoas com deficiência são 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.”

Esta Convenção frise reconhece que a deficiência é um conceito em evolução e resulta da interação das pessoas com deficiência e a barreiras e atitudes que as impedem de integrar-se na sociedade.

Preferimos a definição trazida pelo Decreto 3.298/99 por trazer maior segurança jurídica dada à especificação das categorias de deficiência, embora estejam alijadas importantes fatores que levam à incapacidade e que são mencionadas pela doutrina, tais como o albinismo⁶⁰, os superdotados⁶¹, as deficiências de metabolismo⁶², dentre outras, sem prejuízo do ingresso no judiciário, com base no art. 3º do Decreto.

O Decreto 3.298/99 estabeleceu quais as diretrizes da Política Nacional para Integração das Pessoas com Deficiência, dentre elas: criar mecanismos de integração sócio-econômica e cultural destas pessoas, proporcionando o exercício dos direitos previstos na Constituição, sem cunho assistencialista.

Depreende-se que o paradigma que todos seguem e acham ideal na atual na sociedade brasileira, com relação às pessoas com deficiência, é o da inclusão social.

Assevera Katia Regina Cezar⁶³ que do modelo exclusivista em que as pessoas com deficiência eram segregados da sociedade, tornando-se reclusos em

⁶⁰ GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho. Reserva de cargos em empresas, emprego apoiado. Ed. Obra Jurídica. Santa Catarina. 2007, p. 82

⁶¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. 2ª edição. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília. 1997, p. 30/31.

⁶² Idem p. 38/41

⁶³ CEZAR, Kátia Regina Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista Lei de Cotas, LTr, 2012, p. 37/43.

institutos cujo abrigo envolvia não só os deficientes como também detentos, idosos e doentes, passou-se ao modelo inclusivista.

Para o modelo inclusivista da desinstitucionalização a pessoa com deficiência não é segregada da comunidade. Entendem os adeptos deste movimento, que a inclusão não pode passar em separado da sociedade.

Pelo contrário, como é o pensamento dominante atual, o meio deve se adaptar para incluir em seus sistemas sociais gerais as pessoas com deficiência, e estas simultaneamente devem se preparar para assumir seus papéis na sociedade. É um processo bilateral de equacionamento dos problemas, decisão de soluções e efetivação das oportunidades.

2.4 Tratamento legal deferido às pessoas com deficiência no Brasil

2.4.1 Tratamento Constitucional.

Verificou-se que o modelo adotado no Brasil é o da inclusão social. Analisaremos agora o conteúdo do direito à integração social.

Com base na pesquisa de Luiz Alberto David Araújo⁶⁴ as Constituições Federais de 1824 e 1891 consagravam tão somente o direito à igualdade para as pessoas com deficiência. Este direito foi repetido em todas as Constituições seguintes.

Contudo, apenas a partir da Constituição Federal de 1934, revelando o caráter social desta, é que houve ainda que em incipiente o direito à integração social, determinando o amparo aos desvalidos.

⁶⁴ ⁶⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. 2ª edição. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília. 1997, p. 59/64.

A Constituição de 1937 repetiu à anterior. A Constituição de 1946 há uma breve menção ao direito à previdência, fórmula seguida pela Constituição de 1967. A emenda 1 à Constituição de 1967 determinava que lei especial cuidaria da educação dos excepcionais.

Somente com a emenda constitucional 12 de 1978 é que houve grande avanço na integração social das pessoas com deficiência.

Com efeito, pela redação da emenda garantiu-se o direito à acessibilidade a edifícios e logradouros públicos, à educação especial e gratuita, à reabilitação e assistência para reinserção na vida econômica, vedou-se a discriminação no acesso ao trabalho e ao salário.

A Constituição atual trouxe a proteção de forma dispersa. Assim veda a discriminação no acesso ao trabalho e ao salário no art. 7º XXXI. Garante a habilitação e reabilitação no art. 203. Inova com o direito a um salário mínimo mensal. Prevê a obrigatoriedade do ensino especializado. Traça metas para a família, sociedade e Estado, inclusive no treinamento para o trabalho.

Quanto às competências dos entes federativos, o cuidado com a proteção das pessoas com deficiência é comum a todos os entes (artigo 23, II da Constituição Federal), contudo a legislativa é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, (artigo 24, XIV da Constituição Federal).

Luiz Alberto David Araújo⁶⁵ traz o rol de direitos fundamentais da pessoa com deficiência possa se integrar à sociedade, que devem ser observados em conjunto para atingir o desiderato da inclusão social.

⁶⁵ Ob. Cit. p. 44/54

Estes direitos são baseados na igualdade material, via de regra, que a par de vedar a discriminação dá suporte à proteção social, haja vista necessidade de tratamento específico.

Nesta esteira temos o direito à saúde, dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal) que compreende: o direito de estar são, o direito de permanecer são, e o direito à habilitação e reabilitação (artigo 203, IV), posto que a saúde é o estado físico e mental são que possibilita uma vida integrada na sociedade.

Ainda, o direito ao trabalho (artigos 193 e 203, III da Constituição Federal) como meio de subsistência, forma de afirmação pessoal e social, intimamente ligada, portanto, com a dignidade humana, deve ser garantido, seja em ambientes protegidos, seja em ambientes regulares.

Criou em sede constitucional uma ação afirmativa no setor público ao reservar vagas nos concursos públicos para as pessoas com deficiência, nos moldes do artigo 37, VIII, em percentual de 20% de acordo com a Lei 8.112/90. Para efeitos de nosso estudo este dispositivo não será analisado e aqui mencionado apenas compor o direito ao trabalho.

Como direito ainda temos ao transporte (artigo 227, § 2º da Constituição Federal) é o que dá suporte ao direito ao trabalho, sendo assim direito correlato àquele, sendo direito meio conquanto possa se expressar como direito autônomo.

Deveras, o exercício democrático da cidadania implica lazer, tratamento médico dentre outros, que é propiciado pelo transporte adequado.

Não cabe ao Estado tão somente proporcionar veículos públicos adaptados, deve também estimular a fabricação de meios de transporte privados condizentes

com as necessidades das pessoas com deficiência, sobretudo considerando a ausência de transporte coletivo nestes moldes.

Importante direito é o de convívio em uma família esclarecida, sem preconceitos que rotineiramente maculam os laços de família no mais das vezes por ignorância.

Assim, nasce a vergonha, a superproteção, a segregação, e demais sentimento perniciosos à integração social das pessoas com deficiência.

Logo há um direito de um serviço de informação para família, dever estatal contido no § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, a fim de que sentimentos perniciosos como os acima exemplificados sejam extirpados, favorecendo a integração social das pessoas com deficiência.

A educação, outro direito garantido, é para todos e tem como escopo a formação da cidadania e a qualificação para o trabalho. É dever da família e do Estado com a colaboração da sociedade (artigo 205 da Constituição Federal). É direito inclusive para as pessoas com deficiência, de maneira que esta se dará em estabelecimento especial ou comum, com educação especializada (art. 208, III da Constituição Federal).

Para Cibele Linero Goldfarb⁶⁶ A educação para as pessoas com deficiência, embora especial, será realizada preferencialmente em rede regular de ensino. Somente em casos de impossibilidade será realizada fora deste âmbito. Isto revela a intenção de inserção social da pessoa com deficiência.

⁶⁶ GOLDFARB, Cibele Linero. Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego. O sistema de cotas no Brasil. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 93.

Ademias, é dever da família, da sociedade e do Estado a integração social do adolescente com deficiência através do treinamento para o trabalho (art. 227, §1º, II da Constituição Federal).

A eliminação de barreiras arquitetônicas (artigo 227, § 2º da Constituição Federal) constitui direito meio, haja vista ser imprescindível ao exercício dos demais direitos. Constitui grave barreira à integração social.

Para as pessoas com deficiência que não podem promover o próprio sustento, por meio do trabalho, considerando não só as condições subjetivas como também a objetivas (dificuldade de transporte, por exemplo), devem ter direito a uma renda mensal. É o benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, V da Constituição Federal.

O lazer, por meio do esporte ou freqüência em locais públicos como cinema, museus dentre outros faz parte de sua integração social. É direito garantido nos artigos 215 e 217 da Constituição Federal, devendo o Estado incentivar e garantir.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949 de 2009 e aprovada pela forma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, ingressou no nosso ordenamento com força de emenda Constitucional. Conquanto não seja o único instrumento internacional relativo ao tema, merece estudo para apreensão do seu conteúdo.

Dentre os princípios da Convenção está a não discriminação, com especial deferência às mulheres com deficiência, a igualdade de oportunidades e a plena participação e inclusão na sociedade.

Tem como objetivos promover, proteger e assegurar às pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo de todos os direitos e liberdades

fundamentais descritos na Convenção, promover o respeito à sua dignidade e combater a discriminação.

Reconhece a Convenção, no entanto, que os direitos econômicos, sociais e culturais são normas programáticas que, sem afastar seus efeitos imediatos, devem ser assegurados progressivamente, sendo que a aplicação da Convenção será de forma subsidiária em face da existência de uma política já contida na legislação do Estado.

Quanto ao direito de conviver em família, determinou que haja um programa de conscientização, não só da família como de toda sociedade, a respeito dos direitos e capacidades da pessoa com deficiência combatendo igualmente o preconceito.

Tratou da acessibilidade, com a eliminação de obstáculos e barreiras em espaços públicos ou de uso público especificando-os, estendendo a acessibilidade ao transporte e à comunicação, incentivada por meio de tecnologias.

Garantiu o direito à vida, à integridade física e mental, à nacionalidade e liberdade de locomoção, de expressão e opinião facilitadas por tecnologias e linguagem especiais, propiciando o acesso e o compartilhamento de informações, inclusive via internet.

Garante o direito à educação, que baseada na igualdade de oportunidades, dar-se-á pelo modelo inclusivo, sendo ministrada dentro do sistema educacional comum de forma especial.

Quanto à saúde coloca como dever do Estado, incluindo os serviços de habilitação e reabilitação que propiciem o desenvolvimento da capacidade física, mental, social e profissional, e autonomia para a plena inclusão na vida social.

Demonstra preocupação com a eugenia na medida em que garante a saúde na área sexual e reprodutiva. Esta preocupação revela-se igualmente, quando ao dispor sobre a família, garante às pessoas com deficiência a paternidade e a conservação da fertilidade.

Quanto ao trabalho, o Estado reconhece o direito ao trabalho em ambiente inclusivo e acessível, devendo adotar medidas de combate à discriminação, de promoção do emprego no setor privado, o que poderá ser feito por meio de ações afirmativas, e de aperfeiçoamento profissional através de treinamento profissional, orientação técnica e profissional.

Por fim garante o direito ao lazer, cultura e esporte em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

2.4.2 Tratamento infraconstitucional

Com base na competência constitucional foi editada a Lei nº. 7.853/89 pela União que dispõem sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, criou a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos e definiu práticas criminosas.

A Lei 7.583/89 enumera cinco áreas principais para implementação de políticas públicas voltada às pessoas com deficiência: saúde, educação, trabalho e formação profissional, recursos humanos e acessibilidade.

Como direito à saúde temos o direito a reabilitação e habilitação (artigo 2º, parágrafo único, II, c). Na regulamentação da Lei, dada pelo Decreto nº 3.298/99, a reabilitação compreende (§1º do art. 17 do Decreto):

“Considera-se reabilitação o processo de duração limitada e com objetivo definido, destinado a permitir que a pessoa com deficiência alcance o nível físico, mental ou social funcional ótimo, proporcionando-lhe os meios de modificar sua própria vida, podendo compreender medidas visando a compensar a perda de uma função ou uma limitação funcional e facilitar ajustes ou reajustes sociais.”

Estas visam à independência e integração educativa, laboral e social da pessoa com deficiência.

Mais adiante, quando regulamenta o direito a habilitação e reabilitação profissional, coloca este direito dirigido a capacitação para obtenção e conservação de trabalho.

Reza o Decreto regulamentar em seu Artigo 30. “A pessoa portadora de deficiência, beneficiária ou não do Regime Geral de Previdência Social, tem direito às prestações de habilitação e reabilitação profissional para capacitar-se a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente.”

Finalmente define pessoa com deficiência habilitada profissionalmente no § 2º do artigo 36 do Decreto:

“Considera-se pessoa portadora de deficiência (*sic*) 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.

Podemos dizer então que a habilitação profissional é mais restrita do que a tratada no âmbito da saúde.

Com relação à educação a Lei 7.853/89 garantiu o ingresso da pessoa com deficiência na rede regular de ensino em todos os seus níveis, com educação especializada, em consonância com a Constituição e com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96).

Incluiu a habilitação e reabilitação profissional na seara da educação, sendo que a educação especial para o trabalho foi também disciplinada pelo art. 59, IV da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) como direito das pessoas com deficiência.

Na área de recursos humanos previu a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional, (artigo 2º, parágrafo único, IV, a).

Na acessibilidade defendeu-se a remoção de todos os óbices em edifícios, logradouros e no transporte. Recentemente a matéria foi objeto de apreciação legislativa culminando na Lei 10.098/00 que determina séries de medidas arquitetônicas como forma de alcançar a acessibilidade.

Neste diapasão nas edificações de uso coletivo, cujo ambiente de trabalho insere-se, deve contar com banheiros próprios, elevadores acessíveis, e alterações arquitetônicas que removam os obstáculos.

Finalmente tratou do direito ao trabalho. Disposto nas alíneas do inciso III do artigo 2º, a Lei 7.853/89 traçou quatro linhas de ação governamental: apoio a formação profissional e acesso aos cursos de formação profissional; adoção de ações para inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, inclusive com medidas legislativas, garantindo reserva de vagas no setor privado e público; e finalmente criação e manutenção de emprego para as pessoas com deficiência alijadas dos empregos comuns.

Dentre as medidas consideradas urgentes merecem destaque: o acesso a cursos regulares voltados à formação profissional, a formulação de ações destinadas a inserir no setor privado, com a possibilidade de reserva de mercado.

A medida legislativa de reserva de vagas no setor privado veio prevista no artigo 93 da lei 8.213/91 que prevê os seguintes percentuais para as empresas de 100 a 200 empregados: 2%; de 201 a 500 empregados: 3%; de 501 a 1000: 4%; por fim de 1001 em diante: 5%.

O Decreto regulamentar nº 3.298/99 por sua vez delimita que a formação profissional, destinada à obtenção da habilitação profissional, será oferecida nos níveis básico, técnico e tecnológico, em escola regular, em instituições especializadas e nos ambientes de trabalho (artigo 28, § 1º). Por fim a capacitação profissional por meio da habilitação será promovida, igualmente pelo Instituto Nacional de Seguro Social (artigo 30).

Finalmente o benefício de prestação continuada, referido na Constituição Federal (artigo 203, V) está previsto no artigo 2º e da Lei 8.742/93 para a pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de garantia de sua manutenção ou tê-la mantida por sua família.

2.5 Sistemas de cotas.

2.5.1 Política de emprego para os deficientes - colocação competitiva, seletiva e por conta própria.

Observamos que foi garantido percentual de trabalhadores com deficiência nas empresas com mais de 100 empregados. Contudo, passaremos a analisar detalhadamente qual a política de emprego adotada para este agrupamento humano.

Os destinatários da norma estão referidos no item 2.3 supra, remetemos o leitor a este capítulo para tanto.

Podem compor as cotas tanto o trabalhador acidentado e reabilitado como a pessoa com deficiência habilitada.

A habilitação e a reabilitação profissionais previdenciárias têm natureza de prestação previdenciária na modalidade serviço.

Contudo, como assevera Maria Aparecida Gugel⁶⁷, os destinatários das cotas, além do acidentado reabilitado, não são apenas as pessoas com deficiência habilitadas e com certificação do INSS, estende-se àquelas que concluíram o curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, curso superior legalmente credenciado pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente (artigo 36, § 2º do Decreto nº 3.298/99), e finalmente as que não tenham se submetido a nenhum processo de habilitação, mas estejam capacitadas para o exercício da função (artigo 36, § 3º do Decreto nº 3.298/99).

Neste sentido percebe-se que, inobstante tenha relevância a qualificação profissional garantindo a habilitação com a aquisição de conhecimentos específicos à determinada profissão ou ocupação, não há uma vinculação desta ao preenchimento das cotas pelas pessoas com deficiência.

A incorporação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho dar-se-á pelo trabalho protegido, nos termos do artigo 34 do Decreto regulamentar nº 3.298/99:

⁶⁷ GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho. Reserva de cargos em empresas, emprego apoiado. Ed. Obra Jurídica. Santa Catarina. 2007, p. 88 e 89.

“É finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido.”

Como forma de garantir as cotas por meio do regime especial de trabalho protegido o Decreto prevê as diferentes modalidades de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: colocação competitiva, seletiva e por conta própria.

Determina neste sentido o artigo 35 do diploma legal referido:

“Art. 35. São modalidades de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência:

I - colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais;

II - colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização; e

III - promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vistas à emancipação econômica e pessoal.”

Preliminarmente, antes de tratar dos modos de contratação é forçoso conceituarmos alguns elementos assistivos que se agregam às obrigações

contratuais entre o empregador e o trabalhador com deficiência, como aduz Maria Aparecida Gugel⁶⁸.

Os elementos tecnológicos assistidos estão previstos na norma brasileira, NBR 9050:2004 da ABNT, com vistas à independência da pessoa com deficiência na vida diária.

O Decreto sob análise, por sua vez, traça alguns elementos assistivos elencados nos artigos 19 e 35 §§ 2º e 3º, definidos respectivamente como ajudas técnicas, procedimentos especiais e apoios especiais.

Apoios especiais vão desde órteses, próteses, equipamentos e utensílios de trabalho especialmente desenhados para pessoas com deficiência, animais, até adaptações ambientais e fornecimento de bolsas coletoras. Compõem, enfim, um amplo rol voltado à compensação de limitações das pessoas com deficiência.

Procedimentos especiais são meios especiais destinados na contratação das pessoas com deficiência, cujo grau de severidade da deficiência impõe sejam adotadas condições especiais de trabalho tais como jornada variável, horário flexível, entre outros.

Como último elemento assistivo, traz o Decreto os apoios especiais. Conceito amplo voltado à eliminação das barreiras de mobilidade e comunicação, tem como elemento integrante o serviço de apoio pessoal no aprimoramento do relacionamento interpessoal entre empregado e chefe imediato, bem como demais empregados.

Embora estes elementos assistivos componham as obrigações contratuais, como asseveramos, não há por parte do Estado uma política de incentivos para o

⁶⁸ Ob. Cit. p.129.

setor privado, obrigado pelo regime de cotas a contratar pessoas com deficiência, divergindo dos modelos internacionais, como em quase toda Europa, como aponta Glaucia Gomes Vergara Lopes⁶⁹

Isto revela que no trato da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, e na equação entre o do direito fundamental do trabalho e o da propriedade, ainda que esta esteja sujeita à sua função social, há uma um ônus maior a ser suportado pelo setor produtivo, em dissonância com o princípio da proporcionalidade que propugna pela mínima redução dos direitos fundamentais e atenção a todos os interesses envolvidos.

Uma política de incentivos econômicos, não só desoneraria os encargos assumidos pelas empresas como facilitaria a implementação da ação afirmativa, como afirma Maria Aparecida Gugel⁷⁰.

Não se trata de novidade, pois a própria *Lex Matter* em seu artigo 195, § 9º prevê a possibilidade de alíquotas e bases de cálculo diferenciadas em razão da utilização intensiva da mão de obra e atividade econômica.

Ainda temos a previsão legal, outorgada ao Chefe do Poder Executivo Federal, consistente na possibilidade de promover mecanismos de estímulo às empresas que utilizem empregados com deficiência (art. 22, IV, § 4º da Lei 8.212/91).

Após este aparte voltemos aos modelos de contratação das pessoas com deficiência.

⁶⁹ LOPES, Glaucia Gomes Vergara. A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras. São Paulo, Ed. LTr, agosto de 2005.P. 93

⁷⁰ Ob. Cit. P. 61

A colocação competitiva, ao lado da seletiva, segue as normas da legislação trabalhista e previdenciária. Está prevista no inciso I do artigo 35 do Decreto regulamentar sendo a regra na contratação das pessoas com deficiência. Caracteriza-se por modo de contratação regular, com dispensa de procedimentos especiais e opção pela utilização de apoios especiais.

A colocação seletiva está prevista no inciso II do artigo 35 do Decreto regulamentar. Neste modo de contratação permite-se a adoção de apoios especiais e procedimentos especiais, tais como jornada variável, horário flexível dentre outros, bem como apoio de equipe capacitada para aprimorar o relacionamento interpessoal.

Diferencial importante trazido pelo §1º do artigo 35 é que entidades beneficentes de assistência social, constituídas normalmente como associações, a exemplo das APAE's (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais), intermediam a inserção no trabalho das pessoas com deficiência, seja no modo de colocação seletiva seja no modo de colocação por conta própria.

No modo de contratação seletiva, modelo em que se permite alternativamente a intermediação de entidades beneficentes, estas não só cuidarão da identificação das competências das pessoas com deficiência, como promoverão a qualificação profissional, podendo estender a intermediação no acompanhamento na colocação e na adaptação do trabalhador com deficiência na empresa, como assevera Maria Aparecida Gugel⁷¹.

Na contratação seletiva, as entidades promovem a contratação para prestação de serviços nos órgãos públicos ou empresas privadas (artigo 35, § 1º, I do Decreto regulamentar). Em razão da delimitação do tema trataremos apenas da contratação com empresas privadas.

⁷¹ Ob. Cit. p.139.

Observa Maria Aparecida Gugel⁷² que a finalidade da Lei não se restringe à garantia de vaga a um emprego e sim criar reais condições de igualdade entre o trabalhador com e sem deficiência.

Logo, se as empresas utilizarem-se das entidades beneficentes em atividades passíveis de serem terceirizadas, ou seja, dissociadas das suas atividades fins, os contratos de trabalho das pessoas com deficiência serão firmados com as entidades beneficentes e não com as empresas.

Na hipótese de intermediação, as verbas trabalhistas e previdenciárias ficaram a cargo das entidades beneficentes e não importará para fins do cumprimento da ação afirmativa a utilização da mão de obra terceirizada, salvo se as empresas procederem à contratação direta, ainda que haja uma qualificação profissional prévia e utilização dos recursos assistivos.

Temos ainda como forma de colocação seletiva a proporcionadas pelas oficinas protegidas de produção, que funcionam com relação de dependência com a Administração Pública ou entidade beneficente.

A oficina protegida de produção está prevista no § 4º do artigo 35 do Decreto 3.298/99, que assim dispõem:

“§ 4º Considera-se oficina protegida de produção a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa.”

⁷² Ob. Cit. p. 146 a 149

Explica Maria Aparecida Gugel⁷³ que as oficinas protegidas são de produção e terapêutica. Funcionam em relação de dependência com a Administração Pública ou entidade beneficente.

A primeira, de produção, destina-se às pessoas com deficiência excluídas do processo produtivo, mas com relativa capacidade de incorporar-se ao mercado de trabalho. Identifica as habilidades e promove a capacitação profissional das pessoas com deficiência em atividades passíveis de serem contratadas.

O trabalho prestado na forma supra definida gera vínculo de emprego com a entidade beneficente ou alternativamente com as empresas privadas, quando então servirá o contrato de trabalho firmado para fins do cumprimento das cotas reservadas por Lei.

Quanto à modalidade do trabalho por conta própria, inserto no modo de trabalho protegido, há três modalidades de trabalho: as cooperativas sociais, o regime de economia familiar e o trabalho autônomo.

A Lei 9.867/99 criou as cooperativas sociais com a finalidade de inclusão de pessoas em desvantagem, dentre elas as pessoas com deficiência, no mercado de trabalho através do desenvolvimento de atividades comerciais e de serviços. Promove igualmente treinamentos voltados à capacitação das pessoas em desvantagem.

O regime cooperativo, não obstante componha o regime especial de trabalho protegido (art. 34 do Decreto), assevera Maria Aparecida Gugel⁷⁴, não presta ao preenchimento da cota.

⁷³ Ob. Cit. p. 150/152

⁷⁴ Ob. Cit. p. 157

Isto porque não se admite a contratação de seus trabalhadores, sob pena de precarização dos direitos. O que é permitido é a compra de seus produtos ou lançar mão da prestação de serviços dos cooperados.

O regime de economia familiar é a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência do grupo familiar, e a atividade é desenvolvida por mútua colaboração e dependência sem a contratação de empregados. Igualmente por sua natureza é imprestável para o preenchimento das cotas.

Temos finalmente o trabalho autônomo. Neste o trabalho se dará com relação de dependência com entidade beneficente de assistência social.

As entidades beneficentes de assistência social intermediam a inserção no trabalho das pessoas com deficiência de forma autônoma, desenvolvido em ambiente protegido, através da comercialização dos bens produzidos em oficina protegida terapêutica.

As oficinas protegidas terapêuticas, destinadas às pessoas com deficiência que devido ao grau da deficiência de antemão sabe-se estarem impossibilitadas de exercer atividades laborais no mercado regular ou seletivo de trabalho, está prevista no § 5º do artigo 35 do Decreto 3.298/99, que assim dispõem:

“§ 5º Considera-se oficina protegida terapêutica a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção.”

A comercialização de bens é forma de promoção de trabalho na modalidade autônoma, é imprestável para fins de cumprimento da reserva de vagas no setor privado, e não gera vínculo de emprego com as entidades beneficentes.

Destarte, implicam para preenchimento das cotas destinadas às pessoas com deficiência no mercado de trabalho privado as seguintes modalidades de colocação: competitiva (artigo 35, I do Decreto 3.298/99); seletiva com adoção de procedimentos e apoios especiais quando a contratação se der pelas empresas privadas (artigo 35, II); seletiva por meio de oficinas protegidas de produção quando a contratação se der pelas empresas privadas (artigo 35, § 1º II).

2.5.2 Definição das empresas.

A reserva de cotas tem como parâmetro o tamanho da empresa, tendo em vista que deve reservar as cotas empresas com mais de cem empregados.

Há projeto de Lei prevendo a modificação da Lei, diminuindo o número de empregados totais da empresa para fins de reserva de vagas, certamente sensíveis às limitações enfrentadas pelo padrão atual.

Deveras, como aponta Maria Aparecida Gugel⁷⁵, as empresas de grande porte, conquanto sejam maiores na quantidade de empregados não o são em maior número no Brasil, cujo setor produtivo em sua maioria é preenchido por empresas de menor porte.

Ademais estas empresas estão concentradas em regiões definidas no território em dissonância com a proteção das pessoas com deficiência, que estão espargidas por todo o território nacional.

⁷⁵Ob. Cit. P.59

Finalmente, estas empresas são as que exigem maior capacidade profissional frente à concorrência no mercado produtivo.

Há de se atentar para não confundir empresa de estabelecimento.

Na definição de Maurício Godinho Delgado⁷⁶ empresa “é o complexo de bens materiais e imateriais e relações jurídicas que se reúnem como um todo unitário, em função de dinâmica e finalidades econômicas fixadas por seus titulares.” Estabelecimento seria uma “unidade particularizada da empresa”. É o local em que se exerce a atividade laboral.

Na hipótese da existência de mais de um estabelecimento, contando cada qual com número de CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), para fins de cálculo de número de empregados a incidir os percentuais legais das cotas, deve-se considerar o total de empregados de todos os estabelecimentos.

Mesmo que possa haver estabelecimento com menos de 100 empregados, se o total destes ultrapassa os 100 empregados, esta está obrigada a observar o regime de cotas.

Isto porque são conceitos distintos, empresa e estabelecimento e o artigo 93 da Lei 8.213/91 utiliza o conceito de empresa e não estabelecimento para cálculo do número de empregados.

Existem empresas que contratam em caráter sazonal, variando durante o ano o número de empregados, como por exemplo, empresas de construção civil. Estas também estão obrigadas a contratar pessoas com deficiência pelo sistema de cotas se contratarem mais de 100 empregados, tendo em vista que a Lei utiliza como critério único o número de empregados da empresa.

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 7ª Ed. 2008, Editora LTr. São Paulo. p. 398.

Contudo, a dificuldade está em como estabelecer o número total de empregados, dada a sazonalidade da contratação e o silêncio da Lei no que tange a critérios para aferição do número de empregados para fins de cumprimento do regime de cotas.

A doutrina⁷⁷ aponta como critério a NR 4 da portaria nº 3.214/78 do MTE, devendo se considerar a média aritmética dos últimos doze meses.

Já se falou mais de uma vez que o critério utilizado pela Lei de cotas foi o número de empregados contratados pela empresa. A questão que se coloca é se há empresas eximidas de cumprir a Lei dependendo das atividades profissionais exercidas, mormente às ligadas a segurança coletiva.

Argúi-se que determinadas atividades são incompatíveis com a deficiência do trabalhador.

Contudo este argumento não se sustenta, na medida em que a Constituição Federal determina que no ato da admissão não poderá haver qualquer forma de discriminação às pessoas com deficiência (artigo 7º, XXXI).

É certo que os critérios de qualificação profissional, bem como a exigência de habilidades e competência para o exercício da função, não são discriminatórios, pois como demonstramos no capítulo primeiro havendo correlação lógica com a distinção efetuada atende-se a igualdade.

Porém pela adoção de técnicas de acessibilidade e adaptação do ambiente de trabalho, em toda a atividade organizacional da empresa, franqueia-se o exercício de determinadas funções às pessoas com deficiência.

⁷⁷GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho. Reserva de cargos em empresas, emprego apoiado. Ed. Obra Jurídica. Santa Catarina. 2007, p. 95
idem ⁷⁷GOLDFARB, Cibelle Linero. Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego. O sistema de cotas no Brasil. Ed. Juruá, Curitiba, 2007. P. 141.

De modo que, como aponta Maria Aparecida Gugel⁷⁸ é o meio ambiente de trabalho que deve se moldar ao trabalhador com deficiência que, salvo em caso de impossibilidade, por exemplo, condução de veículo por pessoa cega, não pode haver discriminação na contratação de pessoas com deficiência.

Ademais, pondera Cibelle Linero Goldfarb⁷⁹, mesmo que algumas atividades não sejam franqueadas às pessoas com deficiência, haja vista a incompatibilidade para tanto, nem todas as atividades dentro da empresa são incompatíveis com a contratação da pessoa com deficiência. Sendo incompatíveis deve-se provar cabalmente.

Logo, ilustrativamente, as empresas de vigilância podem contratar para aquelas atividades cuja vigilância é feita por monitoramento eletrônico.

Quanto às empresas cujas atividades sejam insalubres ou perigosas o mesmo raciocínio se aplica, de maneira que não sendo demonstrado cabalmente, seja por perícia ou outro modo equivalente, não deve haver empecilho para a contratação.

Como assevera Cibelle Linero Goldfarb⁸⁰, o simples entendimento subjetivo do empregador não é suficiente para excluir a empresa da obrigação legal, posto que sendo possível o exercício da profissão e não agravando a deficiência é possível contratar pelo sistema de cotas.

Acresce que não é a atividade que inibe a contratação e sim a falta de adaptação. Nisto a CIPA tem papel fundamental, ou seja, na adaptação da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho e na sua função.

⁷⁸ Ob. Cit. p. 113

⁷⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero. Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego. O sistema de cotas no Brasil. Ed. Juruá, Curitiba, 2007. P. 141.

⁸⁰ Ob. Cit. p. 139

O que define o contrato de trabalho como temporário é a natureza do serviço, por si transitório. Há empresas cujas atividades são transitórias, a exemplo daquelas que funcionam em determinada época, (exemplo: festa junina, páscoa). Estas empresas não estão excluídas do comando da Lei quanto às cotas, assevera Maria Aparecida Gugel⁸¹.

Finalmente por se tratar de direito fundamental, a responsabilidade não pode ser atribuída somente às empresas, deve haver um empenho conjunto do Estado, família e sociedade para efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência como aduz Katia Regina Cezar⁸².

Por parte do Estado, por exemplo, com a inclusão através de uma boa formação escolar, possibilitando seu ingresso no mercado de trabalho.

Por parte da família, representante ou curador, estimular sua independência e autonomia, gerando cidadania e dignidade.

Por parte dos entes sindicais da categoria profissional negociar e reivindicar medidas inclusivas em prol da melhoria das condições de trabalho das pessoas com deficiência.

Por parte do Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público e à Justiça, aprovando programas verdadeiramente inclusivos.

2.5.3 Peculiaridades do contrato de trabalho

Vamos traçar alguns traços importantes da Lei de cotas.

⁸¹ Ob. Cit. p. 95 e 96

⁸² CEZAR, Kátia Regina Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista Lei de Cotas, LTr, 2012. P. 55 e 56

A Lei 8.213/91 em seu artigo 93, após prever a reserva de vagas para as pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados, cria mecanismo de suma relevância para manutenção destas vagas no § 1º do artigo mencionado. É a redação da Lei:

“§ 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 imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.”

Trata-se de dispositivo que condiciona a dispensa do empregado com deficiência à contratação de outro empregado com deficiência, conquanto não seja unânime este entendimento.

Com efeito, Glaucia Gomes Vergara⁸³ defende que a intenção do legislador não foi estipular uma estabilidade provisória social sem prazo certo, e sim obrigar o empregador vinculado ao sistema de cotas que permaneça neste regime com a observância do número de cotas.

Para a autora não cabe reintegração no caso de dispensa sem justa causa seguida de nova contratação, pois há outros mecanismos que suprem a omissão do empregador e a conseguinte não preenchimento das cotas, quais sejam, multas sem prejuízo das penalidades administrativas.

A multa administrativa por descumprimento da Lei de cotas está na Portaria nº 1.199/2003 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Pensamos de maneira diversa. Há uma garantia de emprego sem prazo, de modo que não pode haver demissão sem justa causa da pessoa com deficiência ou

⁸³ LOPES, Glaucia Gomes Vergara. A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras. São Paulo, Ed. LTr, agosto de 2005, p.63/64

acidentado reabilitado enquanto não preenchido o percentual por outro trabalhador em igual condição.

Não se trata de estabilidade. Por estabilidade entende-se “a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador”⁸⁴

Por sua vez garantia de emprego “é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independente da vontade do empregador.”⁸⁵

Ora o empregador não está impedido de exercer seu direito de demitir, a única limitação é a contratação de outro empregado em igual condição, com deficiência ou acidentado reabilitado, para substituir aquele a ser demitido. Tem-se na verdade uma garantia de emprego, sem prazo, ou até a contratação do outro empregado em condições similares.

Neste sentido Cibelle Linero Goldfarb⁸⁶ entende que exceto demissão por justa causa, o empregado com deficiência ou acidentado reabilitado não pode ser demitido, salvo se houver número superior de contratados pelo sistema de cotas, ou quando houver pessoa a ser contratada em situação semelhante. Não presente estas hipóteses deve haver a reintegração da pessoa demitida, com pagamento dos salários devidos durante o período de afastamento.

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª Ed. 2008. São Paulo. Editora LTr. P. 1.244.

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª Ed. 2008. São Paulo. Editora LTr. P. 1.250.

⁸⁶ GOLDFARB, Cibelle Linero. Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego. O sistema de cotas no Brasil. Ed. Juruá, Curitiba, 2007. P. 127

Para as pessoas com deficiência esta semelhança não implica mesma deficiência, e sim as diversas previstas em Lei (visual, menta, física, etc.)

Defende Maria Aparecida Gugel ⁸⁷ que a norma que reserva percentual nas empresas para as pessoas reabilitadas e com deficiência é de ordem pública, logo interfere no direito potestativo do empregador.

Embora consista em uma garantia especial no emprego, o fim da Lei a isto não se limita. Trata-se na verdade de mecanismo para manutenção permanente da reserva legal, dirigida às pessoas com deficiência consideradas de forma coletiva e não uma pessoa individualizada.

Por sua vez, uma vez aderindo ao sistema de cotas, a classe patronal não está impossibilitada deixá-lo. Para Glaucia Gomes Vergara Lopes, é irrazoável que a empresa necessitando reduzir seu quadro de funcionários seja multada por demitir pessoas com deficiência sem contratação de outras.

Veda-se a demissão arbitrária, não a que importe a redução do quadro de empregados na empresa.

Quanto ao momento da contratação deve se dar paulatinamente, ou seja, não é necessário demitir funcionários para contratar pessoas com deficiência, basta que ao abrir a vaga seja dada ampla publicidade para contratação de pessoas com deficiência. Assim pensa Cibelle Linero Goldfarb ⁸⁸.

Neste sentido a Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS n. 90 de 27 de outubro de 1998 no item 6.2 determina que não implica descumprimento ao regime de cotas formulado no art. 93 da Lei 8.213/91, quando o quadro de funcionários da empresa estiver preenchido.

⁸⁷ GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho. Reserva de cargos em empresas, emprego apoiado. Ed. Obra Jurídica. Santa Catarina. 2007.

⁸⁸ Ob. Cit. p. 136

Assevera Glaucia Gomes Vergara Lopes⁸⁹ que este dispositivo serve como proteção ao *jus variandi* do empregador, no sentido de que este estaria obrigado a criar vagas para preencher as cotas em prejuízo do empregado sem deficiência que ficaria em situação de desemprego.

Mas algumas condutas denotam que a alegação do empregador não condiz com a verdade, como por exemplo, a submissão do empregado a regime constante de horas extras, contratação de mão de obra terceirizada, dentre outras.

Verificou-se que as empresas com mais de 100 empregados deve aplicar percentual na seguinte proporção: de 100 a 200 - 2%; de 201 a 500 - 3%; de 501 a 1.000 – 4%%; e de 1001 em diante 5%.

Aplicando o percentual e este resultar em número fracionado deve-se proceder ao arredondamento para o número inteiro subsequente, nos termos do artigo 37, §2º do Decreto 3.298/99, por analogia, que versa sobre fracionamento de vagas em concurso público.

Pode compor este percentual o empregado acidentado reabilitado. Porém se posteriormente tornarem-se aptos ao trabalho não deve seu contrato de trabalho ser computado na reserva legal, como pensa Cibelle Linero Goldfarb.⁹⁰

Por sua vez os empregados cujos contratos de trabalho encontram-se suspensos por gozo de auxílio doença ou por invalidez, são considerados licenciados da empresa. Destarte, para fins de cômputo do número de empregados da empresa não são considerados, como pondera Maria Aparecida Gugel⁹¹.

⁸⁹ Ob. Cit. p. 69 a 71.

⁹⁰ Ob. Cit. p. 138

⁹¹ Ob. Cit. p. 96.

Quanto ao contrato de trabalho firmado, embora a regra vigente seja pela sua inalterabilidade, entende Cibelle Linero Goldfarb⁹² face às peculiaridades das pessoas com deficiência, caso não se adéquem ao trabalho podem ser remanejadas para outra função que não importe, ressalte-se, rebaixamento ou redução de salário, a pedido também do trabalhador com deficiência.

Em vista das enormes dificuldades de acessibilidade que enfrentam os trabalhadores com deficiência, aconselha Cibelle Linero Goldfarb⁹³ conquanto os privem do convívio social, o desempenho do trabalho no domicílio é solução prática, econômica e facilitadora da contratação, no sentido de o trabalhador terá mais liberdade e autonomia, ao empregador mais economia.

Finalmente, como último tema a ser tratado temos o benefício da prestação continuada.

Com previsão no art. 203, V da CF/88, e regulamentado pela Lei nº 8.742/93, trata-se de um benefício constituído de um salário mínimo, para os idosos (maior de 70 anos) ou pessoas com deficiência, aquelas incapazes para vida independente e para o trabalho, cuja renda familiar não ultrapassa $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*.

Como aliado da inclusão, a partir do Decreto 6.214/2007, as pessoas com deficiência desempregadas readquirem o benefício, sendo certo que com a Lei nº 12.470/2011, há uma mera suspensão no recebimento do benefício quando o beneficiário consegue um emprego. Isto implica dizer que uma vez desempregado, não há necessidade do processo de requerimento e avaliação da deficiência e do grau de impedimento para voltar a receber o benefício.

⁹² Ob. Cit. p. 160

⁹³ Ob. Cit. p. 169

Neste sentido, Kátia Regina Cezar⁹⁴ entende que estes avanços legislativos acabam por promover o ingresso no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, pois era temido por parte destas não só perder o benefício como o salário ser inferior à prestação mensal do benefício.

Contudo, para Maria Aparecida Gugel⁹⁵, esta última previsão para a autora é equivocada, pois o benefício deve ser dirigido a quem necessariamente precisar. Uma vez inserido no mercado comprova-se a capacidade para o trabalho.

É certo que uma vez obtido o benefício, este é temporário posto que devem ser desenvolvidas atividades inclusivas, como cursos de profissionalização, de alfabetização, com vistas a promover a independência destes cidadãos.

Pondera a autora que na prática as pessoas com deficiência recusam-se a trabalhar ou registrar seus contratos de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social, com medo de perder o benefício.

Mas discordamos, pois acaba por afastar o dilema emprego versus benefício, fomenta a inclusão destas pessoas no mercado de trabalho, haja vista que outrora o medo impedia a pessoa com deficiência de aventurar-se na busca de um emprego.

2.5.4 Atuação do Ministério Público do Trabalho

Como último tópico do presente capítulo vamos analisar a forma de fiscalização e efetivação do regime de reserva de vagas por meio de cotas, no setor privado.

⁹⁴ CEZAR, Kátia Regina Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista Lei de Cotas, LTr, 2012. P. 78

⁹⁵ Ob. Cit. p. 57

Para efetivação da Lei de cotas segue-se o procedimento a seguir com base na obra de Glaucia Gomes Vergara⁹⁶.

Os Estados federados por suas Secretarias; instituições (como por exemplo, o Instituto Brasileiro de Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência); e até o INSS, possuem bancos de dados sobre pessoas habilitadas para trabalhar, subsídio para contratação de pessoas com deficiência.

A pessoa com deficiência pode recorrer a estes órgãos, para intermediar a contratação, com base nos cadastro de pessoas com deficiência aptas para o trabalho.

Com base nos cadastros do Ministério do Trabalho e Emprego as empresas com mais de 100 empregados são convocadas a prestarem informação sobre o cumprimento da Lei.

O Ministério do Trabalho deve fiscalizar as empresas obrigadas a contratação pelo sistema de cotas, para aferir se estão cumprindo a lei.

Na hipótese de descumprimento o auditor fiscal encaminha o caso ao Núcleo de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação, ou instaura procedimento especial previsto no art. 627-A da CLT, segundo o qual pode se firmar termo de compromisso.

Não sendo firmado o termo ou sendo este descumprido o caso é encaminhado para o Delegado Regional do Trabalho para remessa ao Ministério Público do Trabalho.

⁹⁶ LOPES, Glaucia Gomes Vergara. A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras. São Paulo, Ed. LTr, agosto de 2005. P. 106 a 109

Dois são os remédios constitucionais à disposição do *parquet*: o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, destinada à defesa dos interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência (artigo 3º da Lei 7.853/89).

O Ministério Público assim promove um procedimento investigatório, instaurando inquérito civil, que a tentará conciliação mediante um Termo de Ajustamento de Conduta sob pena de multa a ser revertida para o Fundo de Amparo ao Trabalhador.

O Ministério Público do Trabalho propõem termo de ajuste de conduta, que aceito e não cumprido ou não aceito leva ao ingresso de ação civil pública, na seara do judiciário com pedido de obrigação de fazer, contratar, sob pena de multa diária a ser revertida para o Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Frise-se que a legitimidade para promover a ação civil pública estende-se à União, aos Estados Municípios e Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 ano, bem como autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações cujas finalidades sejam destinadas à proteção das pessoas com deficiência, nos termos do artigo 3º da Lei 7.853/89.

Com o advento da portaria nº 1.199/2003 do Ministério do Trabalho e Emprego podem os auditores do trabalho aplicar multas como forma de pressão para o cumprimento da Lei.

CAPÍTULO 3 LEI DOS APRENDIZES

Dado ser a norma da reserva de cargos de natureza pública, é certo que a mesma deve ser cumprida imediatamente ao surgimento ou desocupação de vaga. Contudo, a falta de qualificação das pessoas com deficiência é apontada pelas empresas obrigadas como principal obstáculo para o cumprimento das cotas.

O Estado tem o dever de promover a educação profissional, mas a carência de pessoas com deficiência qualificadas é o reflexo desta ausência estatal.

Como medida legal criou-se a possibilidade de qualificar as pessoas com deficiência através da aprendizagem. Instituto a que nos debruçaremos agora.

3.1 Disposições gerais de proteção do trabalho do menor

3.1.1 Espécies de trabalho lícito.

A Constituição Federal de 1988 tratou do trabalho do menor no inciso XXXIII, de acordo com a redação da emenda 20 de 1998 assim dispondo:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXIII -" proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”

Percebe-se que a maioridade civil (artigo 5º do Código Civil) coincide com a maioridade trabalhista, 18 anos, quando então o trabalhador passará a ter plena

capacidade trabalhista. Considera-se menor para o Direito do Trabalho, o trabalhador entre 14 e 18 anos.⁹⁷

Mas como assevera Sérgio Pinto Martins⁹⁸ “O menor não é incapaz de trabalhar ou não está incapacitado para os atos da vida trabalhista; apenas a legislação dispensa-lhe uma proteção especial.”

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu Título III, Capítulo IV cuidou do trabalho do menor. Para Alice Monteiro de Barros⁹⁹ menor empregado, ainda que aprendiz, está conceituado no artigo 3º da Consolidação que assim reza:

“Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Ou seja, aquele que presta serviço subordinado, continuamente para a mesma fonte, mediante remuneração, sob direção do empregador e com personalidade.¹⁰⁰

Para a autora estas normas são imperativas e, portanto, insuscetíveis de renúncia pelas partes.

Antes de adentrar na proteção legal aos menores, cumpre frisar que há algumas modalidades de atividade, que conquanto remuneradas, não se subsumem à categoria emprego.

Aponta Amauri Mascaro Nascimento¹⁰¹ algumas formas de trabalho que não geram vínculo de emprego, lícitas, porém, pois previstas em lei.

⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 558.

⁹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 604

⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 557/558.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo. P. 890.

A primeira é o trabalho socioeducativo com previsão no artigo 67 do Estatuto da Criança e do Adolescente que visa capacitar o menor para uma atividade, cujo caráter de desenvolvimento pessoal e social sobrepuja o produtivo.

A outra figura é o trabalho familiar, disciplinado no artigo 402 parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, que uma vez desenvolvidos em oficinas onde trabalham pessoas da família sob a direção de pai, mãe ou tutor, não configuram relação de emprego, haja vista tratar-se de cooperação familiar.

Ressalte-se que no trabalho familiar, como aponta Alice Monteiro de Barros¹⁰², as vedações de trabalho insalubre ou perigoso, noturno ou em locais prejudiciais à moralidade, bem como atividades que exijam força muscular acima da permitida legalmente, são aplicáveis.

Temos ainda o menor jornaleiro, regulado no § 4º do artigo 405 da Consolidação das Leis do Trabalho. Trata-se de trabalho desenvolvido em ruas, praças ou outros logradouros públicos, sob o amparo de instituição destinada ao amparo do menor jornaleiro.

Sendo este trabalho prestado para fins econômicos e lucrativos, e não assistencialistas ou socioeducativos, gera vínculo de emprego, atendida a Constituição quanto à idade mínima de 16 anos.

Finalmente temos a figura do menor bolsista, com previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente recebe bolsa e não salário.

¹⁰¹ Ob. Cit., P. 884/888

¹⁰² Ob. Cit. p. 558

3.1.2 O menor empregado

Aponta Amauri Mascaro Nascimento¹⁰³ que o trabalho do menor na Antiguidade era adstrito ao âmbito familiar e a aprendizagem era a característica básica.

Já na idade média, nas corporações de ofício, o menor aprendiz realizava atividades produtivas gratuitamente, sob a supervisão do mestre ou companheiro, que lhe ensinava o ofício mediante pagamento de uma quantia pela família do aprendiz. Ao final era-lhe conferido o título de companheiro.

A Revolução industrial substitui o sistema corporativo e passa a empregar os menores em larga escala, contudo em condições precárias.

Dadas as condições precárias em que eram submetidos os menores surge na Europa a preocupação com a proteção dos menores.

Neste sentido em 1802 na Inglaterra o *Moral and Health Act* (ato de moral e da saúde em tradução livre) expedido por Robert Pel é apontado como a primeira medida de proteção do trabalho dos menores vinculados à indústria de lã e algodão.

Seguiram-se diversos dispositivos protetivos.

No Brasil, como aponta Sérgio Pinto Martins¹⁰⁴, a preocupação com os menores data de 1890 com o Decreto nº 1.313 que estabelecia normas gerais que nunca foram regulamentadas.

As Constituições Federais trataram do assunto.

¹⁰³ Ob. Cit. p. 878/879

¹⁰⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 603

Assim a Carta de 1934, a par de vedar a diferença de salário com base na idade, proibia o trabalho de menores de 14 anos, de trabalho noturno aos menores de 16 anos, de trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos. Esta fórmula foi seguida pela Constituição de 1937.

A Constituição de 1946 repetiu os termos das demais, mas inovou ao vedar trabalho noturno e em indústrias insalubres aos menores de 18 anos, sem mencionar o menor de 16 anos.

A Constituição de 1967 alterou a idade mínima de trabalho de 14 anos para 12 anos, proibindo o trabalho em indústrias insalubres e noturno aos menores de 18 anos.

A emenda constitucional nº 1 de 1969 manteve a idade mínima de 12 anos, porém vedou o trabalho do menor, em qualquer idade, em indústrias insalubres e o noturno.

A Constituição de 1988, antes da emenda constitucional nº 20/98, proibia a distinção de salários, critérios de admissão e exercício de funções em razão da idade, vedou o trabalho insalubre, perigoso e noturno aos menores de 18 anos, e qualquer trabalho ao menor de 12 anos, salvo na condição de aprendiz.

Após emenda nº 20/98 a idade mínima para o menor trabalhar passou a ser 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos. O limite de idade se aplica tanto ao trabalhador urbano como o rural, mas não se aplica ao empregado doméstico, pois o parágrafo único do artigo 7º da Constituição não faz referência ao inciso XXXIII.

Como resultado de sua ausência de sua capacidade plena para trabalhar o menor de 18 anos depende de autorização do responsável legal para trabalhar, a

qual, como afirma Amauri Mascaro Nascimento¹⁰⁵, a Carteira de Trabalho e Previdência Social faz prova da existência.

Embora necessite de outorga dos responsáveis para trabalhar, na forma supra indicada, o menor pode firmar recibo de pagamento, nos termos do artigo 439 da Consolidação das Leis do Trabalho, independente de assistência do responsável. O mesmo não se aplica no ato de assinatura do recibo de verbas rescisórias, exigindo-se a assistência.

Conquanto seja necessária a assistência do responsável legal para assinar recibo de verbas rescisórias, Aduz Alice Monteiro de Barros¹⁰⁶ os responsáveis não poderão tomar a iniciativa do distrato, exceto se o trabalho desenvolvido causar prejuízos de ordem física ou moral, (artigo 408 da CLT).

Quanto às atividades laborais a serem desenvolvidas há restrições legais que se cingem a quatro fundamentos de proteção: cultural, moral, fisiológico e segurança, como afirma Sérgio Pinto Martins.¹⁰⁷

Cultural: o menor deve receber instrução, estudar. Moral: proíbe o trabalho do menor em locais que lhe prejudiquem a moralidade. Fisiológico: o menor não deve trabalhar à noite, em locais insalubres, penosos e perigosos ou ainda em horas excessivas. Segurança: diz respeito às normas de proteção que evitem acidentes de trabalho.

Neste sentido, a Constituição além de limitar a idade de trabalho, proíbe o trabalho noturno, pois como é cediço à noite realiza-se o descanso. Ademais, na maioria das vezes o menor que trabalha reserva a noite para frequentar as aulas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Ob. Cit. p. 891

¹⁰⁶ Ob. Cit. p. 566

¹⁰⁷ Ob. Cit p. 605.

¹⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 608.

Veda, igualmente o trabalho insalubre, assim entendido aquele em que há o uso de agentes químicos, físicos ou biológicos prejudiciais à saúde.

Justifica-se a restrição, como expõe Alice Monteiro de Barros¹⁰⁹ porque o organismo do menor está em desenvolvimento e não reage de forma igual ao de uma pessoa adulta.

A Constituição proíbe ainda os trabalhos perigosos aos menores, que compreendem aqueles em que há o emprego de substâncias inflamáveis, explosivas ou que envolvam eletricidade de alta tensão nos termos da Lei nº 7.369/85.

O uso dos equipamentos de proteção individual não tem o condão de permitir o trabalho dos menores em atividades insalubres ou perigosas¹¹⁰.

O trabalho penoso, conquanto não esteja restringido na Constituição o foi pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em seu artigo 67, II, suprimindo a omissão do constituinte.

Ainda, conjugando-se o artigo 390 com o §5º do artigo 405 da Consolidação das Leis do Trabalho, o emprego de menores em atividades cujo esforço muscular necessário ultrapasse 20 quilos, em atividades contínuas, e 25 quilos para o trabalho ocasional é vedado.

Mais uma vez a justificativa¹¹¹ está a condição de desenvolvimento do menor, em específico sua estrutura óssea.

Proíbe-se, nos termos do parágrafo único do artigo 405, II da CLT, em locais prejudiciais à sua moralidade, assim entendido (artigo 405, §3º) dentre outros locais:

¹⁰⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 561/562

¹¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 562

¹¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 563

o de venda a varejo de bebidas alcoólicas; em teatros de revista, boates, cinemas, cabarés, dentre outros.

Importante restrição, com vistas à proteção do menor, é o exercício da profissão nas ruas, praças e outros logradouros públicos, haja vista serem ambientes que favorecem o contato com elementos perniciosos.

Esta última proibição pode ser suprida por autorização judicial, ou ainda quando o trabalho é desenvolvido com amparo da instituição destinada ao amparo do menor jornalista.

Ao menor é assegurado o salário mínimo ou o salário profissional, ressalvado o direito da livre pactuação, sendo abrangidos também pelos reajustamentos salariais coletivos.

Quanto à jornada o empregador é obrigado a conceder ao menor tempo necessário para frequentar as aulas (artigo 427 da CLT). No mais a jornada é igual a do trabalhador adulto, qual seja 8 horas diárias e 44 semanais, vedadas porém, as horas extras, salvo o sistema de compensação de horas ou em caso de força maior (artigo 413, I e parágrafo único da CLT).

As férias devem ser concedidas de uma só vez, que devem coincidir com as férias escolares se o trabalhador menor for estudante. No mais se segue as prescrições legais dos trabalhadores adultos.

3.2 Conceito de aprendizagem

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 428 conceitua aprendizagem como o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de

aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Como pondera Vólia Bomfim Cassar ¹¹²: “O empregador, ao contratar trabalhador aprendiz, se obriga não só ao pagamento dos salários, mas a ensiná-lo uma profissão. Gera vínculo de emprego, mas este é apenas o meio pelo qual o menor realiza seu objetivo, que é o de obter a formação técnico-profissional metódica, compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do menor.”

Logo, aduz João de Lima Teixeira Filho¹¹³, a aprendizagem é um processo de formação técnico-profissional, sem prejuízo de sua formação escolar, cujo objetivo é a qualificação para obtenção futura de um emprego. Composta de uma mescla entre transmissão de ensinamentos metódicos especializados e atividade prática no próprio mister.

3.3 Natureza jurídica da aprendizagem

Para Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁴ os contratos de formação profissional não deveriam ser considerados como contratos de emprego. Fundamenta seu entendimento no fato de que as empresas devem arcar com os ônus da estrutura da qualificação e da orientação profissional, remunerar os que aprendem a profissão, e finalmente os produtos ou serviços produzidos por vezes não guardarão a perfeição daqueles produzidos pelos funcionários já qualificados.

Uma vez que a qualificação profissional visa à facilitação do ingresso no emprego bem como o combate à precarização do trabalho, afirma o autor supra citado que a qualificação profissional é um direito-dever.

¹¹² CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2012. Ed. Impetus. Niterói. P. 577.

¹¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, vol. II 19ª Ed. Ed. LTr. São Paulo. P. 1.002

¹¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo. P. 948 a 953

Direito, pois a empresa deve proporcionar meios para que se efetive a qualificação, dever do trabalhador em se empenhar para aumentar seus conhecimentos e se aperfeiçoar.

É contraditória a política brasileira de formação de jovens para o mercado de trabalho, como expõe Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁵, porquanto há uma duplicidade de ônus para o empregador: formar o profissional e pagar a este os mesmos encargos do profissional já formado.

Inobstante estas ponderações, conclui o renomado jurista que a natureza jurídica será determinada pela legislação de cada país. No Brasil são contratos de formação profissional a aprendizagem e o estágio. Neste não há vínculo de emprego, naquele há, sendo a aprendizagem um contrato especial de trabalho. Ao prestador de serviço devem ser dispensados cuidados especiais.

Esclarece Sérgio Pinto Martins¹¹⁶ que “a aprendizagem é um contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado. É, portanto, um contrato de trabalho, devendo o empregado ser registrado desde o primeiro dia de trabalho, embora haja ao mesmo tempo caráter discente.”

É contrato de trabalho, porquanto a Constituição Federal determina que para admissão de menor a partir dos 14 anos como trabalhador somente se dará por meio de contrato de aprendizagem.

Para Alice Monteiro de Barros,¹¹⁷ por ser obrigação principal do empregador dar formação profissional e a secundária pagar salário, sendo que o aprendiz trabalha mais para sua formação do que pela empresa, o contrato reveste-se de especialidade.

¹¹⁵ Ob. Cit. p. 954

¹¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 137

¹¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 571

Ressalve-se que há duas modalidades de aprendizagem a que gera vínculo de emprego e a que não gera vínculo de emprego, assunto a ser tratado mais adiante.

3.4 Requisitos da aprendizagem

Como primeiro requisito da aprendizagem temos a idade. Conforme redação do *caput* do artigo 428 é sujeito da relação de aprendizagem, de um lado, o aprendiz, trabalhador maior de 14 e menor de 24 anos. A exceção é para as pessoas com deficiência.

Pondera Sérgio Pinto Martins¹¹⁸ que este dispositivo facilita com a aprendizagem que o trabalhador entre 18 e 24 anos adquira seu primeiro emprego.

De outro lado estão as empresas. Informa o autor que as empresas obrigadas a contratar são aquelas cujos estabelecimentos de qualquer natureza, ou seja, comercial, industrial, bancários, de serviços, etc., demandem formação profissional.
¹¹⁹

Pela redação do artigo 429 da CLT, devem as empresas empregar no mínimo 5% do total de trabalhadores cujas atividades exijam formação profissional, em cada estabelecimento, sob pena de multa. O máximo de aprendizes por estabelecimento de 15% pode ser ultrapassado.

As frações de unidade no cálculo da porcentagem darão lugar à admissão de um aprendiz, nos termos do artigo 429, §1º da CLT.

Para as microempresas e empresas de pequeno porte há dispensa de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de

¹¹⁸ Ob. Cit. p. 616

¹¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 429.

Aprendizagem, nos termos da Lei complementar nº 123/06. Estão dispensadas, igualmente, as entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a educação profissional.

Amauri Mascaro Nascimento¹²⁰ informa que o contrato de aprendizagem pressupõe a observância da forma escrita, sendo também exigível a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, inscrição em programa de aprendizagem e a frequência do aluno no ensino médio.

Ao aluno que tenha concluído o ensino fundamental pode ser dispensado de frequentar o ensino médio, se na localidade inexistir escola.

Entende Amauri Mascaro Nascimento¹²¹ que a inobservância da inscrição do aprendiz em programa de aprendizagem tem o condão de alterar a natureza do contrato de trabalho, que deixará de ser de aprendizagem.

O contrato tem prazo determinado de 2 anos, exceto para as pessoas com deficiência, consoante § 3º do artigo 428 da CLT. Alerta Alice Monteiro de Barros¹²² que ultrapassado este prazo o contrato de trabalho passa a vigor como um contrato comum por prazo indeterminado.

É certo que a relação de ofícios e ocupações sujeitos à aprendizagem, conforme Portaria nº 43 de 1953 do Ministério do Trabalho e Emprego, tem duração variada, podendo até durar até 3 anos. Isto não significa que está a empresa desobrigada a observar o prazo determinado de 2 anos para o contrato de aprendizagem.

¹²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo. P. 955/956

¹²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo. P. 956

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 572

Muito pelo contrário, a mesma ressalva se faz presente, ou seja, o contrato ultrapassado o prazo de 2 anos, independentemente da causa, transforma-se em contrato por prazo indeterminado.

No entanto, como observa Sérgio Pinto Martins¹²³, terminado o contrato de dois anos em uma empresa, e sem findar o curso de aprendizagem, o aprendiz pode ser contratado por outra empresa, pois se trata de outro empregador.

A jornada de trabalho será de 6 horas sendo vedadas a compensação e a prorrogação da jornada. Contudo, a jornada pode se estender para 8 horas, desde que o aprendiz tenha concluído o ensino fundamental e se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica, (artigo 432 e § 1º da CLT).

Comentando o dispositivo mencionado, Sérgio Pinto Martins¹²⁴ menciona que em hipótese alguma deverá haver jornada extraordinária, seja até por motivo de força maior, mas uma vez esta existindo, para evitar o enriquecimento ilícito do empregador, deve ser paga com acréscimo de 50%.

A finalidade da Lei foi a de permitir a conclusão do ensino fundamental.

Para Alice Monteiro de Barros¹²⁵ este dispositivo vem sendo considerado inconstitucional, seja por ferir a isonomia com tratamento distinto a trabalhadores em mesma condição por critério etário, seja por desmerecer a importância do ensino secundário.

Pensamos que a distinção é oportuna, pois um dos fundamentos de proteção do trabalho do menor é de proporcionar-lhe educação. Tanto isto é verdade que o artigo 427 da CLT obriga o empregador a conceder-lhe tempo para frequentar as aulas.

¹²³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 621.

¹²⁴ Ob. Cit. p. 617.

¹²⁵ Ob. Cit. p. 576

O ensino fundamental é a porta de entrada para a formação da pessoa sendo-lhe, portanto, deferido tratamento especial, como se verifica no §7º do art. 428, quando condiciona a ausência no ensino regular do aprendiz à conclusão do ensino fundamental.

Conforme artigo 18, §2º do Decreto nº 5.598/2005 que regulamenta a atividade de aprendizagem a jornada inferior a 25 horas semanais do aprendiz não configura trabalho a tempo parcial previsto no art. 58-A da CLT. Sendo que na jornada diária estão computados os períodos destinados às atividades teóricas e práticas (artigo 20 do Decreto).

Quanto à remuneração, salvo condição mais favorável, ao aprendiz é garantido o salário mínimo hora (§ 2º do artigo 428 da CLT).

Os empregadores estão obrigados a depositar mensalmente em conta bancária vinculada do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), 2% da remuneração paga ou devida no mês anterior, para cada menor aprendiz.

É assegurado ao aprendiz o direito ao benefício do vale-transporte, (artigo 27 do Decreto 5.598/2005).

Quanto às restrições do contrato do menor aprendiz são as mesmas atribuídas aos menores, conforme parágrafo único do artigo 403 da CLT, ou seja, locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, bem como em horários que o impeça de frequentar a escola.

É certo que, embora a contratação de aprendiz deva priorizar o menor entre 14 e 18 anos (artigo 11 do Decreto nº 5.598/2005), as atividades práticas da aprendizagem que ocorrerem no interior do estabelecimento, sujeitando os aprendizes à insalubridade ou à periculosidade, sem que se possa elidir o risco ou realizá-las integralmente em ambiente simulado, bem como quando a lei exigir, para

o desempenho das atividades práticas, licença ou autorização vedada para pessoa com idade inferior a dezoito anos, ficam obstadas aos aprendizes menores.

Veda-se finalmente o trabalho noturno.

Logo as restrições apontadas não se aplicam aos aprendizes maiores de 18 anos, o que vale também para os aprendizes com deficiência maiores.

Fica garantido o direito às férias.

3.5 Formação técnico-profissional metódica.

Como parte das exigências do contrato de trabalho está a inscrição do aprendiz em programa de aprendizagem. A elaboração destes programas incumbe aos Serviços Nacionais de Aprendizagem, ou, de forma subsidiária, a outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica.

Conforme redação do *caput* do artigo 428 da CLT a formação técnico-profissional metódica deve guardar relação com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do aprendiz, que por sua vez compromete-se a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a esta formação.

Assevera Alice Monteiro de Barros¹²⁶ que o aprendizado em geral segue um encadeamento de fases necessárias à assimilação dos conhecimentos. Se feito de forma errada afetam-se os sistemas neurológicos e psicológicos do educando, que passa a exibir dificuldades no desempenho de novas atividades.

O § 4º do artigo 428 da CLT define o que vem a ser formação técnico-profissional metódica como aquela composta por atividades práticas e teóricas,

¹²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. 2010, São Paulo, Ed. LTr. P. 570

metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho, sob a orientação e responsabilidade de entidades qualificadas.

São entidades qualificadas e ministrar a formação técnico-profissional: os Serviços Nacionais de Aprendizagem, assim identificadas: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI; Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC; Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR; Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT; e Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP.

Ainda são qualificadas as escolas técnicas de educação, inclusive as agrotécnicas; e as entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivos a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O artigo 431 da CLT autoriza a contratação do aprendiz pela empresa onde se realizará a aprendizagem ou pelas entidades sem fins lucrativos. Logo a aprendizagem pode ser feita diretamente pela empresa, com a ressalva, porém que neste caso será supervisionado pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem, como observa Alice Monteiro de Barros¹²⁷.

Quanto às entidades sem fins lucrativos, devem ser qualificadas na formação técnico-profissional metódica, ter por objetivo assistência ao adolescente e educação profissional e ser registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Ministério do Trabalho e Emprego avaliará a competência destas entidades.

¹²⁷ Ob. Cit. p. 574

Uma vez utilizando-se das entidades sem fins lucrativos a contratação se dará com estas e não gerará vínculo de emprego com a tomadora de serviço, nos termos do artigo 431 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com base neste dispositivo Amauri Mascaro Nascimento¹²⁸ traça uma distinção separando duas formas de aprendizagem: com vínculo de emprego e sem vínculo de emprego.

A primeira ocorrerá toda vez que se utilizar do programa de aprendizagem dos Serviços Nacionais de Aprendizagem ou das Escolas Técnicas de Educação, e o vínculo de emprego se dará com o empregador, inclusive para fins de cumprimento do percentual.

A aprendizagem sem vínculo de emprego com o empregador, ou na letra da Lei, com o tomador de serviço, é aquela em que o programa de aprendizagem é promovido pelas entidades sem fins lucrativos. Nesta hipótese a entidade oferecerá os cursos teóricos, e se não contar com estrutura adequada, a parte prática se desenvolverá na empresa.

Embora o autor mencione aprendizagem sem vínculo de emprego, a denominação pode gerar dúvidas, vez que, pela redação do artigo 15, § 2º, I do Decreto nº 5.598/05, assume a qualidade de empregador, com todos os ônus daí decorrentes.

Conquanto tenha sido ressaltado que a parte prática possa se desenvolver nestas entidades, desde que conte com estrutura adequada para tanto, para fins de cumprimento do percentual legal de aprendizes em cada estabelecimento, fica condicionado à formalização de contrato entre o estabelecimento e a entidade sem fins lucrativos, (§2º do artigo 15 do Decreto).

¹²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo. P.884/886

O programa de aprendizagem é composto de parte teórica e prática. A parte teórica desenvolve-se por meio de aulas demonstrativas com a faculdade do uso de equipamentos, ferramentas, em regra nas entidades qualificadas.

A parte prática desenvolve-se por sua vez no estabelecimento, onde se designará um monitor para acompanhar o desenvolvimento dos serviços práticos. Pode também o empregador centralizar em um único estabelecimento o aprendizado prático.

Ao término do processo de aprendizagem será conferido pela entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica certificado de qualificação profissional (artigo 430, §2º da CLT).

3.6 Rescisão do contrato de aprendizagem.

Como último tópico do capítulo, trataremos das hipóteses de rescisão do contrato de aprendizagem. Elas são especificadas no artigo 433 da CLT, a saber: no seu termo; quando o aprendiz atingir a idade limite de 24 anos; e de forma antecipada por desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz; falta disciplinar grave; ausência injustificada à escola ocasionando a perda do ano letivo; e a pedido do aprendiz.

Para Amauri Mascaro Nascimento¹²⁹ tem-se uma espécie de estabilidade provisória, haja vista, dentro do rol de possibilidades de rescisão antecipada do contrato de trabalho dos aprendizes não está à dispensa imotivada.

Frisa Alice Monteiro de Barros que desempenho insuficiente, a inadaptação do aprendiz e a perda do ano letivo em decorrência da faltas, não obstante constituam formas de rescisão antecipada, não o são por justa causa.

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo. P. 957

Sérgio Pinto Martins traz importante constatação em ao versar sobre as diferentes cotas a que se sujeitam as empresas no Brasil.

Aduz que “somadas as porcentagens de aprendizes e das pessoas reabilitadas ou portadoras de deficiência (*sic*), a empresa tem um grande percentual a destinar para pessoas específicas. Num contexto de globalização, tais percentuais podem diminuir as condições de concorrência na empresa no mercado.

Não há dúvida de que a questão é social e necessita de consideração, porém a empresa não pode arcar sozinha com tais hipóteses, principalmente quando empresas de outros países não tem as referidas obrigações.”¹³⁰.

Esta constatação serve ao próximo capítulo.

¹³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 618.

CAPÍTULO 4 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO APRENDIZES.

4.1 A educação profissional como direito da pessoa com deficiência.

A educação é um direito fundamental social previsto no artigo 6º da Carta Maior. Direitos de todos na dicção do artigo 205 *caput* e dever do Estado e da Família, com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania e sua qualificação profissional.

José Afonso e Silva assevera¹³¹ que ao mencionar a educação como direito de todos, todas as normas que cuidam da educação devem atender a este comando, visando sua plena e efetiva realização.

A qualificação profissional encontra ressonância em outros artigos constitucionais. Com efeito, o artigo 227 determina que é dever do Estado, em conjunto com a família e com a sociedade, assegurar com absoluta prioridade o direito à profissionalização da criança, do adolescente e do jovem.

O §1º, inciso II do artigo em questão traz importante disposição a favor da integração social da criança e do adolescente com deficiência, que se fará através do treinamento para o trabalho, tendo o Estado relevante papel como artífice de programas especializados.

Por fim o artigo 214 da Constituição Federal estabelece o plano nacional de educação, sendo relegada ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir as diretrizes, metas e estratégias deste plano, com vigência decenal, que conduzam, entre outros objetivos, a formação para o trabalho.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. 1998, Ed. Malheiros, São Paulo. P.316

No plano internacional o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, aprovada pelo Decreto-Legislativo 186 de 2008 e promulgada pelo Decreto 6.949 de 2009 com força de emenda constitucional.

Neste instrumento o Brasil assumiu como direito das pessoas com deficiência ambientes acessíveis e diversos direitos sociais como o trabalho e a educação.

Neste diapasão, os Estados signatários, como forma de efetivar o direito à educação, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida. Sendo faceta deste direito o treinamento profissional, consoante item 5 do artigo 24.

Mais à frente, ao cuidar do direito ao trabalho no artigo 27, a Convenção garante como direito das pessoas com deficiência o efetivo acesso a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado.

Sendo ainda dever dos Estados signatários promover o emprego e a manutenção deste para as pessoas com deficiência por meio de ações afirmativas e outros meios, bem como promover a ascensão profissional no mercado de trabalho deste grupo.

Com fulcro no artigo 214 da Constituição Federal temos o plano nacional de educação. O plano atual ainda tramita no Congresso Nacional,¹³² mas podemos destacar do projeto de Lei a preocupação com a formação para o trabalho, uma das diretrizes do programa.

¹³² http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16478&Itemid=1107 acesso em 26/12/2012.

Consiste diretriz para educação das pessoas com deficiência a universalização do atendimento escolar, tendo como meta universalizar o atendimento escolar às pessoas com deficiência de 4 a 17 anos, através do fomento da educação inclusiva, articulando o ensino regular e o atendimento escolar especializado, dentre outras estratégias.

Quanto à educação profissional traça duas metas: oferecer, no mínimo, 25% das matrículas de educação de jovens e adultos na forma integrada à educação profissional nos anos finais do ensino fundamental e no ensino médio; e duplicar as matrículas da educação profissional técnica de nível médio, assegurando a qualidade da oferta.

A Lei nº 7.583/89 enumera cinco áreas principais para implementação de políticas públicas voltada às pessoas com deficiência: saúde, educação, trabalho e formação profissional, recursos humanos e treinamento de pessoal que lidam com as pessoas com deficiência solucionando os problemas daí advindos.

O art. 2º, parágrafo único, III da referida Lei, prescreve que na formação profissional das pessoas com deficiência devem ser adotadas ações eficazes que propiciem a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, independente da reserva de vagas no mercado de trabalho, devendo o Poder Público adotar medidas para manutenção de empregos.

Já pela Lei de diretrizes e bases da educação, a educação está pautada nos ideais de solidariedade humana (artigo 2º), tendo como princípio o respeito a liberdade e apreço a tolerância (artigo 3º, IV).

Pensamos que na busca destes ideais a inclusão das pessoas com deficiência em toda a cadeia de ensino é fator estimulante, dado que pela convivência entre pessoas com e sem deficiência desenvolve-se a solidariedade e tolerância, atributos indispensáveis para a convivência harmônica.

Com base na Lei nº 9.394/1996 (lei de diretrizes e bases da educação nacional) podemos afirmar que a Educação é gênero, sendo espécie a educação profissional e sub-espécie a aprendizagem.

Com efeito, a educação profissional, tratada no Capítulo III, está inserta no Título V que trata dos níveis e modalidades de educação e ensino, sendo o artigo 39, § 2º da Lei referida define que a educação profissional será realizada mediante os seguintes cursos: de formação inicial e continuada ou qualificação profissional; de educação profissional técnica de nível médio; e de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação.

Por sua vez o artigo 40 da *Lex* determina que a educação profissional será desenvolvida em articulação com o ensino regular ou por diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente de trabalho.

Já a educação para o trabalho das pessoas com deficiência está compreendida no artigo 59, IV da Lei de diretrizes e bases da educação que assim dispõem:

Artigo 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais (*sic*):

(...)

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora.

A educação profissional desenvolvida em articulação com o ensino regular em instituição especializada ou no ambiente de trabalho, abrangendo desde a formação inicial até a pós-graduada, inclusive o ensinamento técnico, tem como uma das formas a aprendizagem, cujo foco é o caráter didático-pedagógico de maneira metódica, por intermédio da orientação de um responsável capacitado e sob um ambiente adequado para o aprendiz.

Pelos dispositivos apontados é estreme de dúvidas que há um direito das pessoas com deficiência à educação profissional, direito este fundamental na letra do artigo 6º da Constituição Federal.

Este direito à educação fundamental rompe com um “círculo vicioso” como bem percebe José Claudio Monteiro de Britto Filho¹³³.

Para o autor, desde momento que adotou no setor privado o sistema de cotas, este não vem sendo cumprido a contento, sendo a principal justificativa do patronato a falta de trabalhadores para preencher as vagas disponíveis. Aponta-se como motivo a baixa qualificação.

Ora, um dos empecilhos para que a pessoa com deficiência procure um emprego formal é que uma vez admitido o benefício de prestação continuada da assistência social ficará suspenso.

A renda deste benefício é de um salário mínimo, mas o desestímulo para ingresso no mercado de trabalho formal deve-se porque também os salários ofertados são baixos.

Assim, opta-se por uma situação mais estável. Contudo, este mecanismo camufla na verdade o empecilho maior que é a falta de qualificação profissional a

¹³³ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. São Paulo, LTr. 2012. P 95/96.

ensejar melhores salários, o que ao final tornaria mais atrativo o exercício de uma profissão ao recebimento do benefício mencionado.

Um dos mecanismos aptos para fomentar a qualificação profissional é a que se dá pelo aumento dos contratos de aprendizagem envolvendo os integrantes deste grupo.

Pela maior qualificação profissional garantindo maior igualdade, o resultado final é a melhoria na eficácia do programa de ação afirmativa adotado.

Neste sentido a Lei nº 8.742/93 que cuida da organização da assistência social, determina em seu artigo 21-A a não suspensão do benefício de prestação continuada, por motivo da contratação da pessoa com deficiência como aprendiz, como forma de estímulo.

Artigo 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

(...)

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Daí a importância da aprendizagem para as pessoas com deficiência que trataremos a seguir.

4.2 A aprendizagem da pessoa com deficiência

A Constituição Federal assegura o direito ao trabalho como direito social. Com vistas a tornar efetiva a norma constitucional o legislador infraconstitucional instituiu o sistema de cotas no setor privado.

Buscou-se, como afirma Soraya Regina Gasparetto Lunardi¹³⁴, por meio da ação afirmativa de cotas, assegurar a igualdade material, com a integração do portador de deficiência à sociedade, o que lhe garantiria dignidade e felicidade.

Contudo, o objetivo não foi alcançado, posto que o setor empresarial encontra grande óbice para contratação, a falta de capacitação.

Logo frisa Soraya Regina Gasparetto Lunardi¹³⁵ que o problema central para conseguir e manter um emprego é a educação.

Na doutrina é forte o entendimento que a falta de qualificação é o principal entrave para a eficácia da ação afirmativa de reserva de cotas.

Com efeito Werner Keller¹³⁶ afirma que o grande entrave para o setor privado em cumprir o sistema de cotas está na baixa qualificação profissional das pessoas com deficiência, o que gera uma série de autuações fiscais, haja vista que esta carência, de fato verificável, não exime as empresas de contratar.

Logo, para garantia da eficácia social da Lei de cotas a legislação deve evoluir adaptando-se à realidade social mutável.

¹³⁴ As Incompatibilidades e Incoerências da Proteção Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e da Lei de Reserva de Mercado para Pessoas Portadoras de Deficiência, LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto, *in* Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência uma tarefa a ser completada. Coordenador Luiz Alberto David Araujo. São Paulo, LTr. 2003, p. 483

¹³⁵ Ob. Cit. p.484

¹³⁶ KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental instrumentos de efetividade. LTr 75, março 2011. P.87

A lei de cotas, conquanto seja válida e vigente, tem eficácia parcial, na medida em que não estão presentes todas as condições fáticas para sua plena realização, como aduz Soraya Regina Gasparetto Lunardi¹³⁷.

Com efeito, a falta de educação sujeita a pessoa deficiente a atividades simples dada a extrema dificuldade no desenvolvimento profissional, o que em última análise é fator que não atende a dignidade da pessoa humana e não corresponde ao ideário constitucional. Para se ter dignidade, o escopo trabalho não se cinge à simples sobrevivência. Deve-se propiciar maior possibilidade de crescimento pessoal e profissional, com mais salário e qualidade de vida, o que se faz pela qualificação profissional

Como meio de solução as empresas socorrem-se de entidades sem fins lucrativos especializadas em formação profissional de pessoas com deficiência ou alternativamente utilizam-se do sistema S ou escolas técnicas. Há ainda aquelas que desenvolvem internamente o processo de qualificação profissional deste grupo de pessoas.

Acompanhamos Maria Aparecida Gugel ao afirmar que “Para o adolescente com deficiência que detém os mesmos direitos de todos em decorrência do princípio da proteção integral, o Estado deve exercer seu poder promocional, com participação de entidades não governamentais (ou sem fins lucrativos, conforme consta na Lei de Aprendizagem), na criação de programas que visem integrá-lo socialmente, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (227, II da Constituição)”¹³⁸.

¹³⁷ Ob. Cit. p. 488.

¹³⁸ GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho. Reserva de cargos em empresas, emprego apoiado. Ed. Obra Jurídica. Santa Catarina. 2007.P. 174

Prossegue Maria Aparecida Gugel¹³⁹ elencando os reais proveitos da colocação da pessoa com deficiência na qualidade de aprendiz.

Proporcionando-lhe interagir no ambiente de trabalho e na escola com outras pessoas, deficientes ou não, de maneira a formar uma sociedade inclusiva.

Com a aprendizagem, ao permitir a profissionalização, a pessoa com deficiência terá condições de alcançar a qualificação em uma atividade, pressuposto indispensável de um futuro contrato de trabalho, podendo concorrer com mais igualdade a uma vaga de trabalho, atendendo o comando constitucional da busca do pleno emprego (artigo 170, VIII da Constituição), dando efetividade à Lei de cotas.

Finalmente, é mecanismo de imposição para o Estado que deve garantir a educação de qualidade, de preferência em rede regular de ensino, (artigo 428, §1º da CLT).

Como forma de incentivo à contratação do aprendiz com deficiência a Lei 11.180/2005 alterou a redação de alguns artigos da CLT.

Assim o limite de idade 14 anos e 24 anos como início e fim respectivamente do contrato de trabalho, não se aplica à pessoa com deficiência, nos termos do § 5º do artigo 428 da CLT.

Esta medida afirma Maria Aparecida Gugel¹⁴⁰ atende aos interesses da pessoa com deficiência, tendo em vista que a falta de acesso a educação regular ou a tardia escolarização dificulta a possibilidade de contratação das pessoas com deficiência.

¹³⁹ Ob. Cit. p. 175

¹⁴⁰ Ob. Cit. p. 177

Neste sentido, afirma Werner Keller¹⁴¹ que a Lei nº 11.180/05, por não mais estabelecer teto de idade para que as pessoas com deficiência, mostrou-se sensível à condição precária de escolarização destas, muitas vezes estão cronologicamente necessitam de mais tempo para se adaptarem ao trabalho.

O parágrafo sexto do artigo 428 da CLT, com relação à pessoa com deficiência a comprovação de escolaridade do aprendiz com deficiência prioriza as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

Maria Aparecida Gugel afirma que este dispositivo atende particularmente as pessoas com deficiência mental, pois o tempo de aprendizagem deve ser flexível e adaptável, valorizando áreas de facilidade do aprendizado e apoiando áreas de dificuldade.¹⁴²

Embora tenha prazo de vigência máxima de dois anos este dispositivo não se aplica ao aprendiz portador de deficiência, consoante artigo 428, § 3º da CLT.

A duração do contrato está atrelada à organização do programa do programa de aprendizagem. O aprendiz deve estar inscrito em programa de aprendizagem do Sistema S, de escolas técnicas de educação ou entidades sem fins lucrativos.

Logo entendemos que o contrato de trabalho do aprendiz com deficiência limita-se ao tempo de conclusão do programa de aprendizagem. Do contrário haveria supressão de uma das condições de validade do contrato de aprendizagem, a inscrição em programa de aprendizagem, na forma do artigo 428, § 1º da CLT.

¹⁴¹ Ob. Cit. p. 88.

¹⁴² Ob. Cit. p. 177

4.3 A cumulação de cotas da Lei 8.213/90 e da Lei de Aprendizagem.

Pelo atual contexto do mercado de trabalho e o crescente desemprego estrutural, verificamos que a aprendizagem é importante alavanca para atingir maior qualificação importando melhores salários e condição de empregabilidade.

Hodiernamente, o trabalho exige do trabalhador uma qualificação constante e profissionalização flexível, capaz de atender o atual paradigma de produção marcado pelos avanços tecnológicos, novas formas de organização do trabalho, redução de custos, objetivando a maior competitividade.

Daí o liame entre qualificação e trabalho nos dias atuais.

As pessoas portadoras de deficiência possuem o direito ao trabalho digno. Pensamos que para tanto não bastar garantir qualquer trabalho. Para se ter dignidade, o escopo trabalho não se cinge à simples sobrevivência. Deve-se propiciar maior possibilidade de crescimento pessoal e profissional, com mais salário e qualidade de vida, o que se faz pela qualificação profissional.

Conquanto seja garantido, pela discriminação, as pessoas com deficiência enfrentam dificuldade em alcançar um emprego. Assim, criou-se, com base na igualdade de oportunidades, uma ação afirmativa consistente na reserva de vagas no mercado de trabalho, ou seja, sistema de cotas, com vistas ao acesso democrático ao direito fundamental ao trabalho e aos recursos da sociedade.

Dispõe o artigo 93 da Lei 8.213/91 que as empresas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

Como a simples reserva de vagas não tem o condão garantir a contratação, faz-se mister uma revisão da ação afirmativa implementada.

Tendo a baixa qualificação como principal causa a ensejar a não cumprimento da Lei de cotas, criou-se a possibilidade de contratação da pessoa com deficiência por meio da aprendizagem.

Entretanto, há uma dúvida: é possível a cumulação de cotas, a da Lei 8.213/91 com a da aprendizagem prevista no artigo 429 da CLT, a saber, de 5% a 15% dos trabalhadores, em cada estabelecimento, que demandem formação profissional.

Não obstante as razões a serem apontadas, o Ministério do Trabalho e Emprego entende que as cotas de aprendiz e da Lei nº 8.213/91 não podem ser cumuladas¹⁴³, conforme Manual da Aprendizagem.

Mas o entendemos que deve haver a cumulação.

Com efeito, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU prescreve como obrigação dos Estados signatários a promoção do emprego e a manutenção deste para as pessoas com deficiência por meio de ações afirmativas e outros meios, bem como promover a ascensão profissional no mercado de trabalho deste grupo.

É sabido que a promoção, manutenção e ascensão no emprego, mormente no sistema capitalista atual, exigem qualificação como forma de garantia de trabalho digno. Logo é dever constitucional garantir a contratação das pessoas com deficiência como aprendizes, o que se faz observando a igualdade de oportunidade.

¹⁴³Disponível em http://www.mte.gov.br/politicas_juventude/aprendizagem_pub_manual_aprendiz_2009.pdf acesso em 27/12/2012. p.30

Isto porque a mesma Convenção determina que, com base na igualdade de oportunidades, os Estados signatários devem assegurar às pessoas com deficiência acesso ao sistema educacional, o que envolve o treinamento profissional como foi observado.

Destarte, a cumulação de cotas é mecanismo de promoção da contratação das pessoas com deficiência como aprendizes, em igualdade de oportunidade, ao tratar desigualmente no início os aprendizes com deficiência, para ao final os igualar aos aprendizes sem deficiência, proporcionando assim a observância da Lei de cotas, porquanto com a qualificação maior igualdade haverá entre os aprendizes com e sem deficiência.

Não há que se falar em diferentes naturezas dos contratos de trabalho, aqueles do sistema de contas e estes da aprendizagem a obstar a cumulação. Isto porque a aprendizagem, por expressa determinação legal é contrato de trabalho, como foi demonstrado no capítulo anterior.

Ademais, a finalidade da Lei de cotas não se cinge unicamente em dar trabalho, sendo a qualificação profissional tornou-se por vezes condição *sine qua non* para tanto. Tem como finalidade criar mecanismos de integração socioeconômica destas pessoas.

A Lei de cotas, além de proporcionar trabalho, tem outra função: a inclusão social e a busca do pleno emprego. O obstáculo de falta de qualificação profissional perpetuar-se-á se não for garantido às pessoas com deficiência situação mais favorável para contratação como aprendizes.

O pleno emprego e a inclusão social encontram forte aliado na cumulação de cotas, promovendo por meio do trabalho e da aprendizagem a inclusão social e garantindo o pleno emprego.

Isto não implica que a cota de aprendizes suprirá a da reserva de vagas da Lei nº 8.213/91. Não, primeiro porque os percentuais são diversos, segundo a cota da aprendizagem é calculada em percentual do total de trabalhadores cuja função demanda a formação profissional, o que por certo não abrange todas as vagas de trabalho no estabelecimento, a que se prestam outras formas de qualificação profissional.

Outra justificativa para cumulação está no princípio da proporcionalidade.

Como bem observou Sérgio Pinto Martins Sérgio ao tratar das diferentes cotas a que se sujeitam as empresas no Brasil, constata que “somadas as porcentagens de aprendizes e das pessoas reabilitadas ou portadoras de deficiência (*sic*), a empresa tem um grande percentual a destinar para pessoas específicas. Num contexto de globalização, tais percentuais podem diminuir as condições de concorrência na empresa no mercado.

Não há dúvida de que a questão é social e necessita de consideração, porém a empresa não pode arcar sozinha com tais hipóteses, principalmente quando empresas de outros países não têm as referidas obrigações.”¹⁴⁴

Na concretização dos direitos sociais em face da característica da limitabilidade dos direitos fundamentais, deve ater-se ao princípio da proporcionalidade que determina considerar o interesse de todos os envolvidos, e que uma vez observado atende-se ao princípio da isonomia.

Isto porque, no caso de colidência de direitos fundamentais, o trabalho e a propriedade, a maneira não só eficaz, mas igualmente menos gravosa, com o mínimo de restrição possível dos direitos fundamentais, somente se observará no trato de situações desiguais desigualmente na exata medida da desigualdade.

¹⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. 2009. Ed. Atlas. São Paulo. P. 618.

Neste sentido a nossa Constituição ao lado dos valores sociais do trabalho tem igualmente como fundamento a livre iniciativa, de forma que deve haver equilíbrio entre ambos os fundamentos do nosso Estado Democrático, e uma vez equacionados um não deve suprir o outro.

Ainda é fator de promoção da efetividade da Lei de cotas, pois como aponta Cibelle Linero Goldfarb a cumulação de cotas, “permite que a empresa participe da formação do menor, que, ao término do contrato de aprendizagem poderá integrar o quadro de empregados.” ¹⁴⁵

Os benefícios são apontados até por aqueles que entendem pela não cumulação. Neste sentido Kátia Regina Cezar¹⁴⁶ com a cumulação haveria a possibilidade do imediato ingresso das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, oportunizando a estas demonstrar suas capacidades, sendo em ultima análise fator positivo para quebra dos preconceitos. Finalmente, acarretaria maior independência financeira da pessoa com deficiência, aumentando sua autoestima, autoconhecimento, independência e autonomia.

¹⁴⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego. O sistema de cotas no Brasil. Ed. Juruá, Curitiba, 2007. P. 145

¹⁴⁶ CEZAR, Kátia Regina Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista Lei de Cotas, LTr, 2012. P. 89

CONCLUSÃO

Verificou-se no primeiro capítulo que o princípio da dignidade da pessoa humana, no contexto do pós-positivismo, reveste-se de cunho constitucional, haja vista ser Fundamento do Estado brasileiro, determina unidade do sistema e condiciona a atividade dos participantes deste sistema, tornando o ser humano sujeito de direito.

Dentro das funções da dignidade da pessoa humana, a de prestação determina ao Estado e aos atores sociais que estes promovam ações, dando condições do indivíduo exercer sua dignidade.

É certo ainda que dentro do modelo de Estado Democrático de Direito, a Constituição com vistas a promover mudanças sociais democráticas, elenca série de objetivos que demandam não só a abstenção de medidas supressoras dos direitos individuais, políticos e sociais, mas atitudes positivas para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são manifestações prévias do constituinte originário do conteúdo da dignidade. Estes são classificados em dimensões, sendo que a certa categoria de direitos fundamentais, os sociais, em cuja categoria inclui-se o direito ao trabalho, faz se mister prestações para sua implementação.

Verifica-se que pelas características dos direitos fundamentais, mormente a limitabilidade e concorrência, na hipótese de embate entre direitos fundamentais, à vista de que os direitos fundamentais não são absolutos, pelo contrário são limitáveis, a solução está no princípio da proporcionalidade, que propugna pela mínima restrição possível entre os direitos fundamentais conflitantes e observância de todos os interesses envolvidos.

Os atores sociais representam por vezes os maiores responsáveis pela violação dos direitos fundamentais, a par do Estado, daí defende-se a possibilidade dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, que nada mais é do que a eficácia destes entre particulares.

Assim, busca-se preservar a autonomia privada com respeito aos direitos fundamentais, pois o lucro não é proibido, mas tem como contraponto o respeito pelos direitos fundamentais e a busca pela redução da marginalidade e da pobreza, mormente por ser o salário principal forma de distribuição de renda.

É a disciplina do mercado sob a primazia do interesse social, na busca pela justiça social.

Verificamos que na conquista dos direitos fundamentais certos grupos humanos, por fatores diversos, estão em condições desiguais com os demais, de forma que se deve criar na disputa pela concretização destes direitos, desigualdades no início da disputa para ao final haver igualdade entre os diversos grupos humanos.

Assim as ações afirmativas estão umbilicalmente relacionadas com a igualdade, mormente a igualdade de oportunidade.

Dentre estes grupos desfavorecidos, as pessoas com deficiência merecem atenção. Este grupo carrega o estigma da incapacidade para vida social e inaptidão para o trabalho.

Desta feita a discriminação perpetrada pela sociedade serve de substrato para que haja uma diferenciação legal pelo sistema de cotas, pois estão preenchidos todos os elementos válidos para que a discriminação feita por Lei trate desigualmente os desiguais.

Serve o sistema de cotas de instrumento de inserção social da pessoa com deficiência, por meio do trabalho, rompendo o preconceito e a discriminação histórica, contribuindo para o combate à desigualdade social, à pobreza e a marginalização, promovendo o bem de todos. Finalmente é importante ferramenta na busca pelo pleno emprego.

Verificamos que o atual paradigma da Política direcionada às pessoas com deficiência é pela inclusão social, cujo conteúdo é dado pela Constituição Federal pelo elenco de direitos fundamentais, dentre os quais o direito ao trabalho e a educação nos são mais próximos, e pela lei infraconstitucional, com expressa previsão da formação profissional.

Observamos que as pessoas com deficiência são inseridas no mercado de trabalho de forma protegida, sendo que importa para fins de preenchimento da reserva de vagas os modos de contratação competitiva, seletiva, desde que não se trate de terceirização, ou por meio de oficina protegida de produção quando houver a contratação direta pela empresa.

São obrigadas a cumprirem a Lei as empresas com 100 ou mais empregados, inobstante o número de estabelecimentos, sendo condicionada a dispensa sem justa causa da pessoa com deficiência ou reabilitada à contratação de outra em condições iguais, incumbindo ao Ministério Público do Trabalho fiscalizar o cumprimento das cotas pelas empresas.

No terceiro capítulo verificamos que a falta de qualificação profissional das pessoas com deficiência é o principal fator aventado pelas empresas para o não cumprimento das cotas.

Assim o legislador sinaliza a aprendizagem das pessoas com deficiência como ferramenta para promoção da capacitação profissional.

Neste diapasão verificamos ser a educação um direito fundamental de todos, destinada ao pleno desenvolvimento da cidadania e à qualificação para o trabalho. Sendo o treinamento para o trabalho forma constitucional adotada para inserção social da pessoa com deficiência.

Faz parte da política pública voltada às pessoas com deficiência a formação profissional. Por sua vez a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, aprovada com força de norma constitucional, garante às pessoas com deficiência treinamento profissional em igualdade de oportunidade.

O principal fator para conquista, manutenção e ascensão profissional, principalmente no sistema capitalista moderno, marcadamente tecnológico, é a formação profissional do trabalhador, que por consequência tem o condão de promover a dignidade da pessoa humana, haja vista gerar melhores condições de vida, com mais renda e prestígio.

Ciente desta condição é possível a contratação das pessoas com deficiência na qualidade de aprendizes, sendo deferido tratamento dispare a esta categoria de aprendizes, retirando a idade limite para contratação do aprendiz, priorizando as habilidades e competências do aprendiz com deficiência e estendendo o prazo de duração do contrato.

Tem-se, portanto, importante forma de alcançar maior igualdade e eficácia da ação afirmativa adotada, atendendo, igualmente à Constituição Federal na busca pelo pleno emprego.

Contudo, há certa celeuma em admitir sejam as cotas destinadas às pessoas com deficiência no setor privado cumuladas com as cotas destinadas aos aprendizes com deficiência.

Entendemos ser salutar a cumulação, pois, serve alavanca para efetividade das leis de cotas, ao permitir à empresa a participação na formação do aprendiz com deficiência, para ao final contratá-lo, promovendo o imediato ingresso no mercado de trabalho.

É direito das pessoas com deficiência o treinamento profissional em igualdade de oportunidade, nos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, o que implica dizer condições iniciais distintas entre aprendizes com e sem deficiência, para resultar ao final igualdade.

Em relação às empresas obrigadas a cumprirem ambas as cotas, há igualmente de se observar a mínima restrição no direito fundamental de propriedade, posto que na colidência deste com o direito também fundamental ao trabalho, vige a regra da proporcionalidade. Frise-se que o Estado Democrático brasileiro garante em igual medida a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, logo no embate do direito à propriedade e ao trabalho, todos os interesses devem ser abrangidos.

Finalmente aponta-se como fundamento para cumulação a finalidade do sistema de cotas, que não se cinge em garantir o trabalho, conquanto seja por vezes condição *sine qua non* para tanto a qualificação profissional.

Tem como escopo maior a integração socioeconômica das pessoas com deficiência, proporcionando sua inclusão social concomitantemente efetivando o princípio do pleno emprego.

Pelas razões expostas, a aprendizagem é fator de fomento ao cumprimento da Lei de cotas, devendo cumular as cotas de aprendizes com deficiência e a do sistema de reserva de vagas no setor privado.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. Revista de Direito Administrativo, n. 212, RJ, 1998, p. 89/94.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. Revista Trimestral de Direito Público, n.1/ 1993, p.79/83.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O Direito do Trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. Revista LTr. Nº 7, vol. 68, jul. 2004, p. 777/787

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 69, nº 2, jul/dez, 2003, p. 72/79..

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho: principiologia dos direitos humanos aplicada ao direito do trabalho. Revista do Advogado, AASP, p. 65/81.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª Ed. 9ª Tiragem. São Paulo Ed. Malheiros, 2001.

GOLDFARB, Cibelle Linero. Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego. O sistema de cotas no Brasil. Curitiba, Ed. Juruá, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David - Coordenador, Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo, Ed. LTr. 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David - Coordenador Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência uma tarefa a ser completada. Bauru, Ed. LTr. 2003

LIMA, Firmino Alves. Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho. São Paulo Ed. LTr. Nov. 2006

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, 9ª Ed. Editora Livraria do Advogado, 2011.

BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. Ações Afirmativas. São Paulo, Ed. LTr. 2012.

CEZAR, Kátia Regina Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista Lei de Cotas, São Paulo, Ed. LTr, 2012.

GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho. Reserva de cargos em empresas, emprego apoiado. Santa Catarina, Ed. Obra Jurídica, 2007.

MELO, Sérgio Fernando de. Aprendizagem empresária: aspectos econômicos e sociais. São Paulo, Ed. LTr, 2012.

KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental instrumentos de efetividade. São Paulo, Ed. LTr 75, março 2011

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 2ª edição, Brasília Programa Nacional de Direitos Humanos. Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 9ª tiragem, Rio de Janeiro, Ed. Elsevier, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed., São Paulo, Ed. LTr. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 1998,

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2001.

AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais, in Tratado de Direito Constitucional 1, Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento, São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª Ed, São Paulo, Ed. LTr, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, vol. II 19ª Ed. São Paulo, Ed. LTr.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª Ed. São Paulo Ed. Atlas, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6ª Ed. Niterói, Ed. Impetus, 2012.