

PRINCÍPIO DA IGUALDADE – PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

ROZI ENGELKE*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Pessoa com deficiência – Conceito; 2.1 Tipos de deficiência; 2.2 Nomenclatura; 3 Lei de cotas para deficientes – Necessidade; 4 Direito internacional e comparado; 5 Direito brasileiro – Ações afirmativas; 6 Garantia social ao emprego da pessoa portadora de deficiência; 7 Formas de controle e reparação das ações discriminatórias; 8 Assistencialismo – Benefício de prestação continuada – Previdência social; 9 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Igualdade foi eleito como tema de estudos do Grupo de Direito Material do Trabalho da Escola Judicial do TRT da 4ª Região para análise e aprofundamento de estudos pelos seus integrantes, sendo o enfoque do estudo a não discriminação por deficiência física ou mental, sendo analisado o mercado de trabalho do deficiente como um direito fundamental deste trabalhador.

O processo de exclusão, historicamente imposto às pessoas com deficiência, deve ser superado por intermédio da implementação de políticas afirmativas e pela conscientização da sociedade acerca das potencialidades desses indivíduos.

Este estudo visa aprofundar o conhecimento dos integrantes do grupo acerca das ações afirmativas no Brasil contra a discriminação das pessoas portadoras de deficiência como forma de cumprimento do Princípio da Não Discriminação previsto constitucionalmente.

2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA – CONCEITO

No Brasil há duas normas internacionais devidamente ratificadas, o que lhes confere status de leis nacionais, que são a Convenção nº 159/83 da OIT, ratificada por meio do Decreto nº 129, de 18 de maio de 1991 e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, também conhecida como Convenção da Guatemala, que foi promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Ambas conceituam deficiência, para fins de proteção legal, como *uma limitação física, mental, sensorial ou múltipla, que incapacite a*

* Juíza do Trabalho Substituta – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

pessoa para o exercício de atividades normais da vida e que, em razão dessa incapacitação, a pessoa tenha dificuldades de inserção social (BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conceito de pessoa com deficiência para Lei de Cotas).

Nesse diapasão está o Decreto nº 3.298/99, cuja redação foi atualizada após longas discussões no Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), pelo Decreto nº 5.926/04 e que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção.

Destarte, para o trabalhador ser considerado, perante a regulamentação, como portador de deficiência, deve atender um ou mais dos requisitos abaixo:

Veja-se, assim, o conteúdo da norma em comento:

Decreto nº 3.298/99

[...]

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

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 e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Releva notar que pessoas com visão monocular, surdez em um ouvido, com deficiência mental leve, ou deficiência física que não implique impossibilidade de execução normal das atividades do corpo, não são consideradas hábeis ao fim de que se trata.

Embora não citado no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego, o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 que Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007 tem como propósito:

[...] promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Também conceitua referido Decreto:

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

2.1 Tipos de deficiência

Segundo a Organização Mundial de Saúde, deficiência é o substantivo atribuído a toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica. Refere-se, portanto, à biologia do ser humano.

A expressão “pessoa com deficiência” pode ser atribuída a pessoas portadoras de qualquer tipo(s) de deficiência. Porém, em termos legais, esta mesma expressão é aplicada de um modo mais restrito e refere-se a pessoas que se encontram sob o amparo de determinada legislação.

É designado “deficiente” todo aquele que tem um ou mais problemas de funcionamento ou falta de parte anatômica, embargando com isto dificuldades a vários níveis: de locomoção, percepção, pensamento ou relação social.

No Brasil, o deficiente é caracterizado, para fins das ações afirmativas do Governo Federal como sendo:

Decreto nº 3.298/99:

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

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

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve;
- b) de 41 a 55 db - surdez moderada;
- c) de 56 a 70 db - surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 db - surdez severa;
- e) acima de 91 db - surdez profunda; e
- f) anacusia;

III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

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

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

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

2.2 Nomenclatura

A legislação brasileira que visa a proteção da pessoa portadora de deficiência perante o mercado de trabalho, datada de 1991, os Decretos posteriores e a própria Organização Internacional do Trabalho, nominam desta forma as pessoas com limitações físicas ou mentais.

Já os grupos de inclusão social, onde discussões recentes sobre a forma de procedimentalização desta inclusão são frequentes, preferem a denominação “pessoas com necessidades especiais”. Tanto é assim que a Lei nº 10.172/2001 que trata do Plano Nacional da Educação apresenta esta forma de tratamento das pessoas portadoras de deficiência;

Lei nº 10.172/2001:

[...]

8. EDUCAÇÃO ESPECIAL

8.1 Diagnóstico

A Constituição Federal estabelece o direito de as pessoas com necessidades especiais receberem educação preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III). A diretriz atual é a da plena integração dessas pessoas em todas as áreas da sociedade. Trata-se, portanto, de duas questões – o direito à educação, comum a todas as pessoas, e o direito de receber essa educação sempre que possível junto com as demais pessoas nas escolas “regulares”.

[...]

Em nível de pedagogia e psicologia, o termo “pessoas com necessidade especiais” é amplamente difundido e utilização em detrimento do termo legal “pessoas portadoras de deficiência”.

3 LEI DE COTAS PARA DEFICIENTES – NECESSIDADE

Embora as conquistas, a partir da Revolução Francesa de 1789, tenham possibilitado a consolidação da concepção de cidadania, elas não foram suficientes para emprestar plena validade ao Princípio da Igualdade, pois se constatou que a mera declaração formal das liberdades nos documentos e nas legislações esboroava, ruía, frente à inexorável exclusão econômica da maioria da população. Tratou-se, então, já no século XIX, de se buscar os direitos sociais com ações estatais que compensassem aquelas desigualdades, municiando os desvalidos com direitos implantados e construídos de forma coletiva, em prol da saúde, da educação, da moradia, do trabalho, do lazer e da cultura para todos.

Foi apenas depois da Segunda Guerra Mundial, porém, que a afirmação da cidadania se completou, eis que, só então, percebeu-se a necessidade de valorizar a vontade da maioria, respeitando-se, contudo, as minorias, suas necessidades e peculiaridades. Verificou-se claramente que a maioria pode ser opressiva, a ponto de conduzir legitimamente ao poder o nazismo ou fascismo. Para que isso não se repetisse na História, fez-se premente a criação de salvaguardas em prol de todas as minorias, uma vez que a soma destas empresta legitimidade e autenticidade àquela.

Este é o fundamento primeiro das políticas em favor de quaisquer minorias. Quanto às pessoas com deficiência, é necessário superar o viés assistencialista e caridoso, excludente por si só, para possibilitar a inclusão efetiva desta minoria.

Os deficientes devem passar a ser sujeitos do próprio destino, não mais meros beneficiários de políticas de assistência social. O direito de ir e vir, de trabalhar e de estudar é a mola mestra da inclusão de qualquer cidadão e, para que se concretize em face das pessoas com deficiência, há que se exigir do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, Constituição Federal), por meio da implantação de políticas públicas compensatórias e eficazes.

As empresas, por sua vez, devem primar pelo respeito ao princípio constitucional do valor social do trabalho e da livre iniciativa, para que se implementem a cidadania plena e a dignidade do trabalhador com ou sem deficiência (art. 1º e 170 da CF/88). Nesse diapasão, a contratação de pessoas com deficiência deve ser vista como qualquer outra, eis que se espera do trabalhador nessas condições profissionalismo, dedicação, assiduidade, e todos atributos ínsitos a qualquer empregado. É a mudança do pensamento do mero assistencialismo, para a criação de oportunidades de eficaz inclusão dos deficientes na vida social.

O fato de a Constituição Federal afirmar de que todos são iguais perante a lei não é excludente da medida afirmativa de que se cuida. Trata-se de materializar a igualdade real entre as pessoas a partir do pensamento de

que a verdadeira igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida da desigualdade.

Assim, de acordo com Arion Sayão Romita (2012):

[...] a idéia de igualdade deve converter-se em igualdade material. Deve inspirar medidas legislativas que reconheçam as situações concretas dessemelhantes, a fim de lhes dispensar tratamento diferenciado. Esta é a noção consagrada pelo Estado Social de Direito, que assimila a possibilidade material da existência de desigualdades fáticas existentes na vida real.

A igualdade permite o tratamento diferenciado de situações desiguais, a fim de restabelecer o equilíbrio rompido pela situação de inferioridade ou de debilidade de indivíduos econômicos socialmente desfavorecidos. Procura dispensar proteção a estes indivíduos, em busca de um equilíbrio social.

4 DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO

A nível de direito comparado, a maioria dos países trata da inclusão da pessoa portadora de deficiência, não só países de primeiro mundo, como países em desenvolvimento (BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Direito internacional e comparado).

PORTUGAL: art. 28 da Lei nº 38/04 estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública.

ESPANHA: a Lei nº 66/97 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores fixos. Já a Lei nº 63/97 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.

FRANÇA: o Código do Trabalho Francês, em seu art. L3231, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.

ITÁLIA: a Lei nº 68/99, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devam contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; duas pessoas com deficiência, em empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.

ALEMANHA: a lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando uma contribuição empresarial para um fundo de formação profissional de pessoas com deficiência.

ÁUSTRIA: a lei federal reserva 4% das vagas para trabalhadores com deficiência nas empresas que tenham mais de 25, ou admite a contribuição para um fundo de formação profissional.

BÉLGICA: existe sistema de cotas, porém, não há um percentual legal para a iniciativa privada. Este é negociado por sindicatos e representantes patronais para cada ramo da economia.

HOLANDA: o percentual varia de 3% a 7%, sendo este firmado por negociação coletiva, dependendo do ramo de atuação e do tamanho da empresa.

IRLANDA: a cota é de 3%, sendo aplicável somente para o setor público.

REINO UNIDO: o Disability Discrimination (DDA), de 1995, trata da questão do trabalho, vedando a discriminação de pessoas com deficiência em relação ao acesso, conservação e progresso no emprego. Estabelece, também, medidas organizacionais e físicas, para possibilitar o acesso de pessoas com deficiência. O Poder Judiciário pode fixar cotas, desde que provocado e de que se constate falta de correspondência entre o percentual de empregados com deficiência existente na empresa e no local onde a mesma se situa.

ARGENTINA: a Lei nº 25.687/98 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se, ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.

COLÔMBIA: a Lei nº 361/97 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.

EL SALVADOR: a Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu art. 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devam contratar uma pessoa com deficiência.

HONDURAS: a Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência, o Decreto nº 17/91, em seu art. 2º, fixa cotas obrigatórias para contratação de pessoas com deficiência por empresas públicas e privadas, na seguinte proporção: uma pessoa com deficiência, nas empresas com 20 a 40 trabalhadores; duas, nas que tenham de 50 a 74 funcionários; três, nas empresas com 75 a 99 trabalhadores; e quatro, nas empresas que tenham mais de 100 empregados.

NICARÁGUA: a Lei nº 185 estabelece que as empresas contratem uma pessoa com deficiência a cada 50 trabalhadores empregados.

PANAMÁ: a Lei nº 42/99 obriga os empregadores que possuam em seus quadros mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. O Decreto Executivo nº 88/93 estabelece incentivos em favor de empregadores que contratem pessoas com deficiência. O governo também está obrigado a empregar pessoas com deficiência em todas as suas instituições.

PERU: a Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, estabelece a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratem, como, por exemplo, a obtenção de créditos preferenciais e financiamentos de organismos financeiros nacionais e

internacionais; preferência nos processos de licitação; e dedução da renda bruta de uma percentagem das remunerações paga às pessoas com deficiência.

URUGUAI: a Lei nº 16.095 estabelece, em seu art. 42, que 4% dos cargos vagos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no art. 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que estes contratem pessoas com deficiência, mas não estabelece qualquer percentual.

VENEZUELA: a Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, fixa uma cota de uma pessoa com deficiência a cada 50 empregados.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: inexistem cotas legalmente fixadas, uma vez que as medidas afirmativas dessa natureza decorrem de decisões judiciais, desde que provada, mesmo estatisticamente, a falta de correspondência entre o número de empregados com deficiência existente em determinada empresa e aquele que se encontra na respectiva comunidade. De qualquer modo, a The Americans with Disabilities Act (ADA), de 1990, trata do trabalho de pessoas com deficiência, detalhando as características físicas e organizacionais que devem ser adotadas obrigatoriamente por todas as empresas para receber pessoas com deficiência como empregadas.

JAPÃO: a Lei de Promoção do Emprego para Portadores de Deficiência, de 1998, fixa o percentual de 1,8% para as empresas com mais de 56 empregados, havendo um fundo mantido por contribuições das empresas que não cumprem a cota, fundo este que também custeia as empresas que a preenchem.

CHINA: a cota oscila de 1,5% a 2%, dependendo da regulamentação de cada município.

5 DIREITO BRASILEIRO – AÇÕES AFIRMATIVAS

Segundo ensina Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 35-38), as ações afirmativas, em um primeiro momento, instigaram e encorajaram as autoridades públicas, sem as obrigar, a tomar decisões em prol de grupos flagrantemente excluídos, considerando a raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas, fatores que, até então, consideravam-se irrelevantes. A pressão organizada desses grupos evidenciou as injustiças e impulsionou o estímulo a políticas públicas compensatórias de acesso à educação e ao mercado de trabalho. Nas décadas de 1960 e 1970, diante da constatação da inoperância das normas de mera instigação, e tendo em conta o aumento da pressão dos grupos discriminados, adotaram-se cotas rígidas, obrigatórias, que vieram a compor nas escolas, no mercado de trabalho e em outros setores da vida social um quadro mais representativo da diversidade dos povos.

A estatística era o principal instrumento de prova da discriminação objetiva, restando superada a preocupação com a intencionalidade na discriminação, de difícil prova, e que inviabilizava os avanços no sentido da sociedade inclusiva.

Assim, as ações afirmativas de firmam por conter elementos concernentes à compensação, à mobilização de grupos privados, à proatividade do Estado na direção dessa compensação e à materialização da igualdade real, concreta, objetiva.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 40) apresenta um conceito bastante abrangente, que define as ações afirmativas como:

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Trata-se, então, de superar a proibição pura e simples da discriminação, que possibilitava, tão-somente, a reparação de danos *a posteriori*, muitas vezes impossível diante da exigência quase sempre intransponível da prova do ânimo discriminatório. As ações afirmativas compensam danos oriundos do passado, de condutas imemoráveis ou de raízes históricas profundas, e podem decorrer de imposição legal, judicial ou de ações voluntárias de entidades privadas instigadas ou não por leis abertas, de política de isenções fiscais, por exemplo, ou bolsas de ensino, e outras tantas.

Há que acrescentar a necessidade de outras perspectivas de proteção que abarquem grupos diversos, tais como as pessoas com deficiências, os homossexuais ou aquelas situações em que a pessoa pertença a mais de um grupo discriminado, como as mulheres negras com deficiência.

As ações afirmativas são, assim, medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional. Podem, portanto, decorrer da lei que institua cotas ou que promova incentivos fiscais, descontos de tarifas; podem advir de decisões judiciais que também determinem a observância de cotas percentuais, mas sempre em favor de grupos, porque o momento histórico da criação das medidas afirmativas foi o da transcendência da individualidade e da igualdade formal de índole liberal e também da mera observância coletiva dos direitos sociais genéricos, que implicavam uma ação estatal universal, buscando compensação social em favor dos hipossuficientes social e econômico. As ações afirmativas representam um corte de observação da realidade que incide na maioria desvalida, mas observa as peculiaridades das minorias que a compõem, tendo-se em vista a insuficiência das ações genéricas em si mesmas.

Os valores que lastreiam as ações afirmativas no Brasil estão contidos nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição brasileira. Asseguram tais normas os princípios da dignidade e cidadania, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, e o da igualdade real de todos perante a lei.

A Constituição, além dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, trata diretamente das pessoas portadoras de deficiência, nos seguintes artigos:

Art. 7º

[...]

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 37

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão;

[...]

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

IV - a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;

Art. 227

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, 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.

A nível infraconstitucional, o art. 93 da Lei nº 8.213/91, fixa percentuais de contratação obrigatória de pessoas com deficiências habilitadas, ou reabilitadas, exercendo ação afirmativa, e cuja implementação depende das empresas.

Preceitua a lei:

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

I – até 200.....2%

II – de 201 a 500.....3%

III – de 501 a 1.000.....4%

IV – de 1.001 em diante.....5%

§ 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 contratação de substituto de condição semelhante.

Trata-se de ação afirmativa para implementar uma iniciativa de combinação de esforços entre o Estado e a sociedade civil.

Cabe salientar que este dispositivo não é novo no ordenamento jurídico nacional, pois a Lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960, continha previsão semelhante no art. 55 para empresas com 20 ou mais empregados.

Conforme se depreende do texto de Sebastião Geraldo de Oliveira, a nova redação é mais objetiva e traz a influência benéfica da ação afirmativa, apesar de ter excluído o imenso contingente das pequenas empresas. Na Lei nº 3.807/60, havia a obrigação da reserva de cargos, mas faltava a obrigação de admitir.

Com a redação atual, não restam dúvidas de que o empregador, que se enquadre dentro do padrão estabelecido pela norma, está obrigado a reservar vagas e a contratar os portadores de deficiência para preenchê-las, sob pena de se considerar prática discriminatória.

Sendo a inclusão social a palavra-chave a nortear todo o sistema de proteção institucional da pessoa com deficiência no Brasil se depreende a ideia de que há um débito social secular a ser resgatado em face das pessoas com deficiência; a remoção de barreiras arquitetônicas e atitudinais acarreta a percepção de que os obstáculos culturais e físicos são opostos pelo conjunto da sociedade e excluem essa minoria do acesso a direitos fundamentais básicos. Cabe, portanto, à sociedade agir, combinando-se esforços públicos e privados para a realização de tal mister.

Em decorrência, a Lei nº 7.853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, traça a diretriz central a ser aplicada ao tema em estudo, ao estabelecer que:

Art. 2º Ao Poder Público e a seus órgãos cabem assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos,

inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

III - na área da formação profissional e do trabalho:

- a. o apoio governamental à formação profissional e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
- b. o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
- c. a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência;
- d. a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

Também a Convenção nº 159 da OIT, ratificada pelo Brasil, milita em favor de ações combinadas entre Estado, sociedade civil e empresas para a efetiva inclusão da pessoa com deficiência no trabalho, sendo de se ressaltar a esse respeito o que se contém no art. 5º do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89 e a Convenção em apreço, nos seguintes termos:

Art. 5º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios:

- I. desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto socioeconômico e cultural;
- II. estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bemestar pessoal, social e econômico; e
- III. respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

Recentemente a alteração legal da Lei nº 11.180/05 possibilita a formalização de contratos de aprendizagem para pessoas com deficiência, sem limite máximo de idade, tanto que assim dispõe:

Art. 18. Os arts. 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é 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.

[...]

§ 5º A idade máxima prevista no **caput** deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§ 6º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização. (NR)

Art. 433. O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

[...]

No Brasil, estas são as ações afirmativas legais tomadas pelo legislador com o fito de evitar/diminuir a exclusão da pessoa portadora de deficiência do mercado de trabalho.

6 GARANTIA SOCIAL AO EMPREGO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

É discutida na doutrina e jurisprudência se o percentual mínimo para contratação de trabalhadores portadores de deficiência pelas empresas com mais de 100 empregados e a limitação ao poder potestativo destas de dispensar este trabalhador antes da contratação de substituto de condição semelhante, corresponde a uma forma de estabilidade ou de garantia de emprego da pessoa portadora de deficiência.

A garantia de emprego advém de normas de cunho social e que visam impossibilitar o despedimento imotivado do trabalhador pelo empregador, mas não impõe qualquer formalidade para a rescisão contratual em face de existência de motivo justo ou não arbitrário.

De outra banda, a estabilidade – provisória ou não – impede a rescisão contratual, somente sendo possível após ajuizamento de procedimento

próprio, o inquérito para apuração de falta grave onde o contrato é resolvido judicialmente.

Assim, é certo que não se trata a garantia prevista na Lei nº 8.213/91, art. 93, § 1º de estabilidade, eis que para a dispensa do trabalhador – ainda que portador de deficiência, não há necessidade legal de inquérito para apuração de falta grave ou instituto semelhante, podendo a empresa dispensar de forma imotivada o trabalhador.

Caberia o entendimento, contudo, que há uma garantia do empregado portador de deficiência na empresa, mas, contudo, o TST, tem relativizado este entendimento sinalizando que há uma garantia de emprego social e não individual do trabalhador.

Abaixo, aresto com a posição uniforme da corte:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DISPENSA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE OUTRO FUNCIONÁRIO EM CONDIÇÕES SEMELHANTES. ART. 93, § 1º, DA LEI 8.213/91. ESTABILIDADE NO EMPREGO. LIMITAÇÃO AO DIREITO POTESTATIVO DE RESCINDIR O CONTRATO DE TRABALHO IMOTIVADAMENTE. Ao condicionar a dispensa de um empregado reabilitado à contratação de outro em condições semelhantes, a regra legal tem por fulcro manter o percentual de vagas para portadores de deficiência e profissionais reabilitados. A garantia no emprego não é, nesse contexto, individual, mas sim social. Nesse contexto, esta c. Corte tem entendido que, nesses casos, o empregador tem limitado seu direito potestativo de dispensar o reabilitado profissionalmente, porque condicionado o exercício desse direito à contratação de outro empregado em condições semelhantes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-RR-110900-61.2009.5.05.0134, julgado 10.04.2013, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga).

7 FORMAS DE CONTROLE E REPARAÇÃO DAS AÇÕES DISCRIMINATÓRIAS

Em caso de constatação de discriminação a pessoa portadora de deficiência, é cabível a denúncia junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, junto ao Ministério Público do Trabalho ou mesmo ajuizamento de ação na Justiça do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho possui a Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho tem como objetivo definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional, em consonância com o princípio da unidade, respeitada a independência funcional, no combate à exclusão social e à discriminação no trabalho, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema, bem como a atuação ágil onde necessária se faça a presença do Ministério Público do Trabalho, integrando seus membros no plano nacional,

de forma uniforme e coordenada. Sua atuação ocorre, principalmente, em torno de três eixos temáticos: combate à discriminação a trabalhadores; inclusão nos ambientes de trabalho da pessoa com deficiência ou reabilitada; proteção da intimidade dos trabalhadores (BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Promoção da igualdade).

A Lei nº 7.853/89 legitima ativamente outras entidades e prevê ações civis públicas para a proteção de interesses coletivos e difusos dos deficientes, as quais poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; e por associação constituída há mais de um ano na forma da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção das pessoas portadoras de deficiência. É certo que o Ministério Público intervirá, obrigatoriamente, nos órgãos públicos, coletivos ou individuais, em que se discutem interesses relacionados à deficiência das pessoas (art. 5º). Constitui crime punível com reclusão de 1 a 4 anos e multa: "*obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivo derivados de sua deficiência*".

8 ASSISTENCIALISMO – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – PREVIDÊNCIA SOCIAL

Assistencialismo é a doutrina ou prática política que defende a assistência aos mais carenciados da sociedade. É uma doutrina baseada no conceito de assistência, obrigação que contraem os governos com seus cidadãos por meio de uma constituição pela qual se assinala o caráter de dignidade de todo ser humano sem distinções de tipo algum, e pela qual o governo há de assisti-los no que se refere à subsistência mínima básica (WIKIPEDIA).

No Brasil, para garantia mínima de que a pessoa portadora de deficiência possa suprir suas necessidades básicas, em nível de assistencialismo, foi criado, pela Constituição Federal de 1988 o Benefício de Prestação Continuada – BPC.

O Benefício de Prestação continuada da Assistência Social – BPC, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742, de 07.12.1993; pelas Leis nº 12.435, de 06.07.2011 e nº 12.470, de 31.08.2011, que alteram dispositivos da LOAS e pelos Decretos nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 e nº 6.564, de 12 de setembro de 2008.

O BPC é um benefício da Política de Assistência Social, que integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS e para acessá-lo não é necessário ter contribuído com a Previdência Social. É um benefício **individual, não vitalício e intransferível**, que assegura a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo ao idoso, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência, de qualquer idade, com 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 igualdade de condições com as demais pessoas.

Em ambos os casos, devem comprovar não possuir meios de garantir o próprio sustento, nem tê-lo provido por sua família. A renda mensal familiar *per capita* deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Conforme dados do sítio do Ministério do Desenvolvimento Social – MDS, Atualmente são 3,6 milhões (dados de março de 2012) beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 1,9 milhões pessoas com deficiência e 1,7 idosos.

Contudo, o fato de a pessoa portadora de deficiência necessitar dos benefícios concedidos pela assistência social não deve impedir a busca por sua formação e qualificação profissional para o ingresso no mundo do trabalho remunerado. Esse trabalho pode ser por conta própria ou autônomo, pelo sistema cooperativado, como microempreendedor ou por meio do emprego formal, com registro em carteira de trabalho.

Contudo, a existência de normas assistenciais ao deficiente acaba sendo duplamente maléfica, inicialmente por retirar o ânimo do deficiente e de seus familiares na busca do direito ao trabalho – pressuposto de sua cidadania e dignidade enquanto ser humano – e em segundo plano, por penalizar a comunidade que é obrigada a sustentar indivíduo muitas vezes em plenas condições de trabalho.

A maneira adequada de manejar a situação de desigualdade do deficiente é criando mecanismos capazes de inseri-lo no mercado de trabalho mediante ações que promovam a igualdade material onde há desigualdade formal.

Contudo, a colocação do deficiente no mercado de trabalho induz à suspensão do benefício, eis que a concessão do BPC pressupõe a ausência de renda do seu beneficiário, tanto que assim dispõe:

Lei nº 8.742/93:

...

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

[...]

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

Recentemente, a alteração desta lei pela Lei nº 12.470, de 31.08.2011 indica alteração do posicionamento e a conciliação inicial das ações afirmativas para inclusão da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho e o necessário assistencialismo para suprir as necessidades básicas e vitais destes trabalhadores, na medida em que preceitua a sua nova redação:

Art. 20, § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo.

Art. 21-A, § 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.

Sendo certo que a esmagadora maioria dos salários pagos à pessoa portadora de deficiência é de nível baixo, é certo que este não supre integralmente as necessidades vitais do trabalhador.

Assim não se deve entender como incompatível – de início e por certo lapso temporal – a percepção do benefício de prestação continuada – BPC, com o salário (seja na condição de aprendiz ou não) sob pena de o fazendo, desestimular o portador de deficiência na colocação profissional, já que a vantagem pecuniária auferida seria muito semelhante à vantagem assistencial já adimplida.

9 CONCLUSÃO

A análise da forma como as pessoas portadoras de deficiência eram tratadas nas mais antigas civilizações demonstra que a discriminação não é um fato histórico recente, o que demonstra o débito que a sociedade tem para com aqueles com características diferentes.

Esse débito, no entanto, não deve ser pago mediante mero assistencialismo. A colocação do trabalhador no mercado de trabalho é forma do exercício da cidadania e não deve ser substituída pelo assistencialismo, com a continuidade do portador de deficiência a margem do mercado de trabalho.

Este é o fim almejado pelas chamadas ações afirmativas, onde o legislador busca meios de superar as desigualdades materiais das pessoas portadoras de deficiência ou portadores de necessidades especiais, conforme terminologia preferida.

Deve-se buscar cada vez mais, além do cumprimento das ações afirmativas, também conscientizar a população de que as particularidades visíveis nos deficientes não os tornam dignos de pena, inferiores ou mais necessitados, não sendo estes alvo de discriminação, sobretudo no que diz respeito ao acesso ao trabalho, como forma de exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Conceito de Pessoa com Deficiência para Lei de Cotas*. Disponível em: http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/lei_cotas_2.asp.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Direito Internacional e Comparado*. Disponível em: http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/introducao_2.asp.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Promoção da Igualdade*. Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/discriminacao.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 1109.00.61.2009.5.05.0134*, da 6ª Turma. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 10 de abril de 2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=110900&digitoTst=61&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0134>.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1988.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2012.

WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. *Assistencialismo*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Assistencialismo>.