

O CONTRATO DE TRABALHO E O PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS

*Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A vertente tutelar incondicionada. 3. A vertente tutelar restrita ou condicionada. 4. Portador de necessidades especiais e a “reserva do possível”. 5. Empresa – Totalidade de Empregados. 6. Ação Civil.

RESUMO

O autor aborda o tema da absorção do “portador de necessidades especiais” a partir da Convenção 159 da OIT e a sua inclusão na atividade privada e a sua “legitimação” na Constituição Brasileira. Relaciona a partir da “vedação” de exclusão, como “fato-tipo”, mas sem oferecer a idéia-força de “inclusão” imediata e compulsória.

O trabalho assenta-se na análise de duas vertentes: a vertente “tutelar incondicionada” e a “tutelar restrita”. Na primeira, a previsão e a compulsoriedade, na esfera privada, baseia-se na “ação afirmativa ou discriminação positiva”. Como igualdade dos desiguais tratados com objetivo constitucional. Desta, então, o motivo das “quotas” para as minorias, afirmando a esse respeito, a Constituição Federal de 1988, tanto proíbe a discriminação como forma de alcançar o princípio da igualdade.

Passa, então a considerar o tema pela “vertente tutelar restrita ou condicionada”. Especialmente à luz do art. 93 da Lei 8.213/91 que “obriga” as empresas privadas a contratarem portadores de necessidades especiais. Tal lei estaria cometendo incongruência por

* Juiz do TRT da 3ª Região. Aposentado. Professor emérito da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado em Belo Horizonte.

se tratar de contrato de trabalho, no qual predominam a liberdade de contratar e a autonomia da vontade.

Destaca o que chama de “reserva possível” para a compulsória inserção e aproveitamento do portador de necessidades especiais lembrando que deve ser precedida de consideração e critérios que não desfigurem o processo de desenvolvimento e expansão da atividade criativa e produtiva.

De toda forma, destaca a necessidade de conduta cautelosa, levando em consideração o direito de a empresa discutir as antinomias na ordem jurídica ou de expor suas dificuldades concretas no comprometimento dos seus serviços.

ABSTRACT

The article studies the subject of the absorption of the “special necessities person”, from Convention 159 of the OIT, and its inclusion in the private activity and its “legitimation” in the Brazilian Constitution. It elaborates a relation from the “prohibition” of exclusion, as “fact-type”, but without offering the idea-force of immediate and obligatory “inclusion”.

It detaches the necessity of cautious behavior, taking in consideration the right of the company to argue the antinomies in the jurisprudence or to display its concrete difficulties in its services, in order to not follow some obligations that are imposed to them.

1. Introdução

Em 18 de maio de 1991, entrou em vigor no Brasil, por força de ratificação, a Convenção 159, da OIT, que dispõe sobre a Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, dispondo que os Países-Membros deveriam adotar Política Nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, asseverando no art. 4º que

“Essa política deverá ter como base o princípio da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas

especiais, com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos”.

Regulamentada a Lei 7.853/89 pela edição do Decreto 914, de 06 de dezembro de 1993, que veio a ser revogado pelo Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, atualmente em vigor, detalharam-se conceitos e ações necessárias para a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho, cabendo a este Decreto regulamentar, também, conforme o disposto no art. 93 da Lei 8213/91, o regime de quotas destinadas aos deficientes nas empresas privadas.

Se não mais pairam dúvidas sobre o propósito do legislador constituinte de fazer integrar o deficiente na sociedade, de forma influente e produtiva, ainda assim não se pode de plano afiançar que o sistema de quotas e de inclusão na atividade profissional dos hoje chamados *in genere* e mais eufemicamente *portadores de necessidades especiais* na atividade privada¹ – objeto da controvérsia – estabelecido na Lei 8213/91, esteja acobertada por alguma previsão ou autorização, ou seja, *legitimação*, na Constituição da República.

Em termos de inserção da Convenção 59 da OIT, na ordem interna, haverá por distinguir em seu art. 4º, que ela *veda a exclusão*, como *fato-tipo* obstativo, mas não estabelece a idéia-força da *inclusão*, como uma obrigação imediata de admissão do portador de necessidades especiais em quaisquer condições que sejam e compulsoriamente.

Como se poderá ver, em uma análise mais aprofundada, a questão, em suas bases jurídicas, não é tão simples assim.

Aberta a questão sob o prisma da estrutura, das vinculações e da exegese em torno do ordenamento jurídico brasileiro, considerado em sua unidade e autonomia (*Bobbio*), o exame da questão aqui proposta comporta a abertura de duas o tanto quanto possíveis exaurientes abordagens, absorvíveis em conotações jurisprudenciais sob os desvãos e o domínio de um teleologismo mal encoberto.

1 Cf. Boletim da UFMG, nº 1.413 . Ano 3º. De 23.10.2003, p. 5.

Diante disso, passarão a ser expostas abaixo as duas faces da questão, ou seja, os planos jurídico e procedimentais em que, por fundamento que se pré-excluem, se desdobra o seu enfrentamento conceitual-legal, cujas posições vão sendo pinçadas por entremeios na exposição em que despontam duas e distintas vertentes objeto de amplos debates: a que denominaremos *tutelar incondicionada* e a que qualificaremos *tutelar restrita*. Este é o objeto deste trabalho que se desenvolverá em dois tópicos específicos. Como se aludiu, os canais de abordagem desembocam em distintas correntes jurisprudenciais.

2. A vertente tutelar incondicionada

A previsão e a compulsoriedade da admissão dos *portadores de necessidades especiais*, notadamente na esfera privada, tem como força política ou ideológica de efetivar-se o paradigma da chamada *ação afirmativa* ou *discriminação positiva*².

Não se podem fechar os olhos para a realidade do portador de necessidades especiais. Vítimas de enfermidades congênitas ou traumatológicas, muitas até decorrentes do próprio trabalho, constituem uma minoria quase esquecida da população, que, de forma às vezes inconsciente, o vê como um ser inválido, desconhecendo que eles têm um potencial de capacidade produtiva às vezes inigualável superando os que se enquadram dentro das faixas confortáveis da noção de normalidade.

A sua assimilação qualitativa e quantitativa como minoria acaba levando os portadores de necessidades especiais à zona lúgubre da discriminação, do descaso e, principalmente, do *pré-conceito*, idéia que, aqui, deve ser apreendida a partir mesmo da acepção etimológica, que envolve a impossibilidade de adaptar a noção que se faz de alguma coisa ao que aquela coisa representa efetivamente quando analisada a sua realidade.

A partir do momento em que o Constituinte veda quaisquer formas de discriminação de minorias, está-se já no campo da igualdade institucional, princípio que se inseriu em quase todas as cartas constitucionais a partir do século XVIII, de natureza jurídico-formal,

2 GOMES, 2001, p. 131.

em que a lei deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio.

Bastava, pois, inserir este princípio na Constituição, para se ter de fato, como se supunha na escola liberal, a efetividade da igualdade por ele assegurada. Imaginava-se, assim, que, quando a Constituição proibia qualquer discriminação, estaria esta *ipso facto* banida. Se assim o era sob o prisma jurídico-formal, na maioria das vezes, entretanto, não encontrava efetiva resposta na realidade dos fatos sociais.

Em contraponto, a esta igualdade teórica e racional, insatisfatória e sem efetivo curso no *humus* da realidade social, vê-se o surgimento de um novo conceito de igualdade, que vai ao tumultuário concreto da realidade dos fatos, tornando patente que o simples enunciado de um princípio segundo o qual

“concluiu-se então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter e efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”³.

Daquele conceito de igualdade formal, surge um outro, o da igualdade efetiva. Não se toma mais o indivíduo abstrato e genericamente considerado: agora volta-se para um indivíduo concreto, em que vicejam particularidades (idade, sexo, cor, deficiência, etnia, credo), para fins de se lhe dar tratamento igualitário àquele abstratamente considerado.

Surgem assim, novas políticas sociais que buscam concretizar a igualdade efetiva, através do que se denominou de *ação afirmativa* ou *discriminação positiva*. Nesta tônica, deixa o Estado de ser neutro e busca novas políticas sociais capazes de concretizar o princípio da igualdade efetiva, como um objetivo constitucional a ser satisfeito pelo Estado e pela sociedade, como prossegue a já citada autora:

3 Cf. ROCHA, 1985, p. 86.

“a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”⁴.

As ações afirmativas, em que bem se situam as denominadas *quotas* para a minorias, posto que não se resumam apenas a isso, encontram eco na Constituição Brasileira de 1988, quando ela, especificamente, não obstante vedar qualquer tipo de discriminação, ou dizer serem todos iguais perante a lei, acaba autorizando ao legislador discriminar de forma positiva, quando, por exemplo, dispõe no art. 7º, *caput* (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”) e em seu inciso XX (“Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”), ou no art. 37, VIII (“A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”).

Vê-se, pois, que a Constituição da República de 1988 não só proíbe a discriminação, mas também a autoriza, como forma de alcançar o princípio da igualdade, que não se contém no campo apenas jurídico-formal, mas também de forma efetiva.

No campo da constitucionalidade da denominada discriminação positiva, a questão toma relevo pois

“se por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com

4 Cf. ROCHA, 1985, p. 86.

diferenciações, nem todas as diferenciações são aceitas (...), a justificação do estabelecimento da diferença seria uma condição *sine qua non* para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade. Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) se específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de umnexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida”⁵.

A se tomarem por base estes parâmetros poder-se-ia sustentar a constitucionalidade do art. 93 da Lei 8.213/91.

Bastariam as disposições do art. 7º, inciso XXXI, da Carta de 1988 (“proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”) e do seu art. 37, inciso VIII, (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”).

Enquanto naquele poder-se-ia aduzir da igualdade jurídico-formal, neste, a Constituição da República discrimina os deficientes de forma positiva, ao determinar a reserva de vagas para fins de concurso. A proibição de discriminar ou o discriminar positivamente demonstram que se está diante de uma situação específica, que exige

5 Cf. GOMES, 2001, p. 129-152.

diferenciação apropriada de forma a tornar efetiva a igualdade ante a desigualdade concretamente percebida na realidade de fato, o que acaba por tolher, de forma direta ou indireta, a discriminação legalmente percebida. A igualdade, propriamente dita, substitui-se pela *igualização*, como se fossem o mesmo.

Acresça-se a isto o fato de que o Brasil é signatário da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), ratificada em 27 de março de 1968 que dispõe em seu art. 1º, nº 4 que

“Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

Este dispositivo inserir-se-ia como garantia fundamental, em face do que dispõe o § 2º, do art. 5º da citada Constituição.

Não se veria, pois, inconstitucionalidade no regime de quotas estabelecido no art. 93, da lei 8213/91.

No entanto, ainda que se superasse esta situação de lastro formal dentro do sistema jurídico, o quadro abre-se para uma outra contingência, que a seguir se abordará, a qual se liga aos aspectos concretos de execução do preceito sob a perspectiva da vida produtiva da empresa.

3. A vertente tutelar restrita ou condicionada

Conquanto se possa convir no alto conteúdo social que contenha o art. 93, da Lei 8.213/91 – que *obriga* as empresas privadas a contratarem, em certo e gradual percentual, portadores de necessidades especiais, tal norma vai de encontro do princípio da autonomia privada no ato da formação ou da constituição do contrato mantido no citado art. 5º, *caput* e inciso XIII da Constituição Federal,

versão esta que mais se corrobora diante da específica exceção aberta no citado art. 37, inciso VIII, da mesma Carta Constitucional de 1988⁶.

Indo-se mais a fundo e em curso de mais explícita dissertação, cabe se tragam argumentos mais claros e deduzidos que tornem mais compreensível a posição aqui assumida.

De fato, o art. 93 da Lei 8.213/91, que impõe a contratação de portador de necessidades especiais, traz à discussão dúvida quanto à sua constitucionalidade e a forma de sua execução, se compulsória, pelas empresas.

Sob o prisma da legitimidade constitucional, como norma que deva obedecer, seja formal seja materialmente, ao princípio da hierarquia das leis em um ordenamento jurídico harmônico e unitariamente estruturado como o é, ou deve ser, o brasileiro, o art. 93, da Lei 8.213/91, não encontra cobertura direta em uma regra constitucional e o princípio de tutela nele intentado, a partir de uma exegese sistemática, chega a ir até de encontro do que deixa ver e entrever o constituinte de 1988.

A Lei 8.213/91, por sua finalidade e por seu contexto, é uma lei de índole tipicamente previdenciária, que “dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”.

O fecho “dá outras providências”, conquanto de cediço vezo legislativo, sempre se presta a estranhas inserções na lei de preceitos que nada têm a ver com ao seu objeto, com a sua finalidade e com a natureza da matéria por ela regulada. É o que ocorre com o citado art. 93, que apenas aparentemente supõe dar seqüência a benefício previdenciário, quando na realidade cria uma forma *compulsória* de admissão de empregados, invadindo, portanto, as searas da legislação trabalhista.

A um primeiro lance, vê-se que a Constituição Federal sob o aspecto da positividade, não abriu qualquer enunciação prévia que compactuasse com o art. 93, da Lei 8.213/91, já que o n.º XX, do art. 7.º, da Carta de 1988, revê, em caráter excepcional, a “proteção do mercado de trabalho da mulher”, sem qualquer alusão à abertura de

⁶ Cf. VILHENA, 1999, p. 193-9.

empregos a outras categorias, como, *v. gr.*, a dos *portadores de necessidades especiais*.

Na consideração de hiposuficientes específicos, nada impede se dê apropriada captação, no caso, pelo citado art. 7º, XX, à parêmia *inclusio unus exclusio alterium*, ou seja, nada obstava ao constituinte abrisse ensanchas, no quadro da *legislação do trabalho*, a que a lei dispusesse sobre aproveitamento ou admissão de portadores de deficiência como deixou em aberto relativamente à mulher. Tal, porém, não se deu.

E tão pertinente é essa construção exegética que, em se tratando de serviço público, a Constituição de 1988 manifestou-se expressamente, embora sob pressupostos não determinados, e conferiu legitimidade à lei ordinária para dispensar um tratamento especial aos portadores de deficiência, dispondo em seu art. 37, inciso VIII:

“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”

A indiscrepante reserva da Constituição Federal de 1988 em desconsiderar, senão afastar, a situação dos *portadores de deficiência* como objeto de tutela especial no Direito do Trabalho, direcionada nas regras e nos princípios acima expostos, ganha contornos mais evidentes em seu art. 24, quando, admitindo competência concorrential da União, dos Estados e do Distrito Federal, prevê, nessa *competência concorrente*, a de legislar sobre :

“XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.”

Ora, se se confere competência paralela à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre determinada matéria, é evidente que tal matéria não será trabalhista, pois a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é *privativa* da União, esfera atributiva em que não se encontra a regulação das relações sociais e/ou econômico-tutelares dos portadores de deficiência. Quer isto significar que tais pessoas, pela Carta de 1988, constituem em realidade objeto de cuidado e de proteção do Estado, mas de que deverão desincumbir-se

as suas pessoas jurídicas de direito público interno ou as instituições por ele criadas ou por ele reconhecidas com essa específica finalidade.

Não haverá falar, aí, em discriminação nem em atentado ao princípio da igualdade de todos perante a lei, quando pode o Estado, diretamente e por seus órgãos, propiciar oportunidades especiais de acesso a uma atividade a todo aquele que não esteja provido (ou deixou de estar) de sua capacidade e de meios normais de trabalho e de ganho de seu sustento.

A ordem jurídica brasileira, em suas fontes constitucionais, portanto, não direcionou e menos ainda legitimou o legislador para regular de forma compulsória o trabalho de portadores de deficiência na esfera das relações privadas de trabalho, seja propiciando-lhes campos objetivos de acesso ao emprego e menos ainda de seu *modus faciendi*, o que seria vedado à lei ordinária fazê-lo impositivamente quanto às empresas privadas, sob pena de atentar-se contra o princípio básico da igualdade, através de discriminação cogente (CF, art. 5º, *caput*) e o da liberdade de trabalho sob o qual e pelo qual concorrem ao emprego todos os trabalhadores brasileiros, independentemente de quaisquer condições impositivas.

O princípio da livre oportunidade, anti-discriminatório, acha-se resguardado no art. 7º, inciso XXX, da Constituição, inciso este em que, uma vez mais e no quadro da legislação do trabalho, a norma básica não estendeu qualquer preservação excepcionadora aos portadores de deficiência.

É estranho que o Estado, pela ordem constitucional, mostrando-se com justa razão zeloso do amparo aos portadores de deficiência em geral no que se refere ao trabalho, não se tenha diretamente auto-obrigado em inserir tais pessoas em um quadro próprio de emprego, mas apenas criado nesse sentido uma expectativa geral e indeterminada, como um princípio a ser por ele pautado, sem qualquer previsão legiferante específica comprometendo a sua *qualitas iuris* de empregador.

Obviamente, uma lei ordinária que, nas dobras de uma regulamentação dos benefícios da previdência privada, venha a encaixar uma obrigação dirigida às empresas privadas de o fazer não só não encontra

respaldo na reticente formulação das normas constitucionais acima apontadas – exclusivas para as pessoas jurídicas de direito público interno – mas não se coaduna com os princípios retores do Direito do Trabalho brasileiro, fundado na livre formação do contrato de trabalho e na liberdade das partes para entre si se obrigarem ou não.

O aludido art. 93, quando consagra prioridade de oportunidade de emprego para determinada categoria de pessoas, afeta ainda o art. 5º, *caput*, da Constituição, além de contrapor-se ao art. 170, que resguarda a livre iniciativa (*caput*) e a livre concorrência (inciso IV), todos da Constituição Federal.

É o que se exporá doravante em torno desse segundo tópico, no quadro desse especial ramo do Direito que é o Direito do Trabalho.

Ao dirigir-se à *empresa*, dispondo que está ela “obrigada a preencher de 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência”, o art. 93, da Lei 8.213/91, em realidade incorre em uma grave incongruência jurídica, pois está *impondo* às empresas a *contratação* de pessoas, nas condições por ela, a lei, especificadas.

O *contrato* em que se inseririam tais pessoas é um contrato de trabalho, o que torna mais agudo o contrasenso em que labora o dispositivo em apreço.

Desde que a relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador é uma relação contratual, é evidente que ela se assenta em princípios básicos contidos na ordem jurídica, em especial o da liberdade de contratar e o da autonomia da vontade para constituir-se um contrato.

Como acentua, em abordagem primacial *Manuel Alonso Garcia*

“o quadro jurídico, positivo e jurisprudencial, dos modernos ordenamentos jurídicos conduz inevitavelmente, queira-se ou não se queira, à consideração de que o objeto do Direito do Trabalho é um trabalho voluntariamente realizado, enquanto é voluntariamente aceito e desenvolvido livremente”⁷.

7 ALONSO GARCÍA, 1960, t. I, p. 43, n. 4.

Ou, em outras palavras dito por eminentes constitucionalistas:

“De fato, o trabalho é que confere ao homem uma das suas qualificações marcantes... Mas, obviamente, o trabalho que redime não é o escravo, mas o livre. Não é o trabalho imposto de fora, *mas o trabalho livremente escolhido*”⁸.

A ideologia político-social pautada no liberalismo em todos os ordenamentos jurídicos modernos, que assentou a doutrina individualista no primado da autonomia da vontade, desde fins do Século XVIII, com a Revolução Francesa e a Carta de Filadélfia, teve e tem o *contrato* como o instrumento de exteriorização dessa vontade em todas as relações de que participe o homem para a consecução de fins pela satisfação de interesses.

Alinha-se nesse contexto o contrato individual de trabalho, “que é um instrumento de regularização de interesses privados”⁹,

ou seja, “um instrumento” que também compõe a atividade negocial do homem.

Se conciso, é lapidar o asserto de *Schaub*:

“O contrato de trabalho tem natureza jurídica *privada*”¹⁰,

o que o qualifica iniludivelmente como um negócio jurídico.

Essa atividade negocial e o contrato, “como regularização de interesses privados”, não estão atirados *per se*, no mundo dos negócios e do tráfego social, mas eles compõem a própria ordem jurídica como uma forma de execução e de realização de interesses em que se funda essa ordem em harmonia com os princípios constitucionais que a regem.

Adriano de Cupis, em passagem lapidar, remonta à raiz da questão:

“A autonomia do sujeito na esfera negocial – autonomia pela qual ele pode, a seu arbítrio, estipular ou não negócios jurídicos de diferente

8 Cf. BASTOS, MARTINS, 1988, v. 1, p. 425 - grifos nossos.

9 Cf. GOMES, 1961, p. 283, n. 8.

10 “*Der Arbeitsvertrag hat privatrechtliche Rechtsnatur*” - SCHAUB, 1972, p. 83, n. 2 - Grifos do Autor.

conteúdo – deve obviamente considerar-se comum uma *expressão de liberdade*¹¹.

Por outro lado, de toda a pertinência para mais precisamente situar-se o foco central da questão aqui proposta, é indispensável se atente para a distinção hoje sedimentada na teoria dos contratos e lembrada – entre outros e muitos autores – por *José Martin Blanco*:

“A vontade das partes contratantes segue imperando em um duplo sentido: em um sentido constitutivo, quando é tal vontade a que pode dar origem a uma situação “laboral” ou relação de trabalho em todos os casos contratual; e quanto ao seu conteúdo porque este é, queira-se ou não, o *produto ou resultado da livre vontade dos contratantes*”¹².

A distinção entre o ato de constituir-se o contrato e o de clausulá-lo, ou seja, o de compor as suas cláusulas, é hoje em dia pacificamente explicada, sobretudo em aras ao princípio da preservação da teoria dos contratos, em que se explicam e se agasalham, como contratos, dentro do princípio da autonomia da vontade, aqueles pactos chamados *regulamentares* ou *de adesão*, ou *contratos-tipo*, cujas cláusulas em sua grande maioria se não em sua totalidade ou tem sua origem na lei, ou em norma regulamentar estatal (seguro, transporte aéreo, ferroviário, rodoviário etc.) ou em convenção coletiva, acordo coletivo e, concomitante ou concorrentemente, na lei, como o contrato de trabalho¹³.

Todavia, tais relações jurídicas não deixam de ser qualificadas como contrato e isto porque, se a vontade das partes não atuou, ou atuou parcialmente em sua clausulação ou em toda a sua clausulação, ela, entretanto, foi e é essencial no ato da formação ou da constituição do negócio.

Exatamente em razão dessa bipolaridade conceitual é que autores da maior nomeada, como *Hans Nawiasky* ou *Gustavo Radbruch*, entendem que, na formação das obrigações, comparecem duas vontades, a vontade vinculante (a que forma ou aceita o negócio) e a

11 Cf. CUPIS, 1961, p. 103 ¼ Grifos nossos.

12 Cf. sua obra MARTIN BLANCO, José. *El contrato de trabajo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 228 Grifo nosso.

13 Cf. GALANTINO, 1994, p. 22-4, n. 11.

vontade vinculada (a que se subordina à obrigação assumida). Enquanto à primeira, é ela essencial à existência e validade do vínculo constituído e à segunda, *ipso facto*, conseqüentemente, está atrelada à primeira, inclusive para cumprir o ajustado e as cláusulas inerentes no negócio, qualquer que seja a sua peculiaridade.

Não se poderia deixar de fazer a explanação intercalar, que melhor conduz à mais exata compreensão da colocação de *Martin Blanco*, assim como para melhor situar-se o ponto nevrálgico do tema que vimos desenvolvendo e entender onde reside o erro do art. 93, da Lei 8.213/91.

Como que a esse preceito referindo, em antecipação magistral, expôs *San Tiago Dantas*:

“Outras normas, menos numerosas, parecem, entretanto, por em xeque (*verbis*), de maneira mais direta, as concepções básicas da doutrina dos contratos.

São elas, sobretudo, as que não se limitam a fixar total ou parcialmente o conteúdo dos contratos, chegam a criar a obrigação de contratar, atingindo assim o princípio da autonomia, não só na sua primeira manifestação, que é a *liberdade contratual*, mas também na segunda, que é a *liberdade de contrair ou não uma obrigação*”¹⁴.

Como que enfatizando a dissertação do grande professor brasileiro e ao mesmo tempo localizando-a no Direito do Trabalho, sentencia *Brox*:

“Ninguém pode ser obrigado, fundamentalmente, a concluir um contrato e até um contrato com determinadas pessoas. Este princípio é válido inclusive para o contrato de trabalho (...) O princípio da liberdade de conclusão enfeixa o contrato de trabalho tanto quanto a imposição quanto à proibição de concluir”¹⁵.

14 DANTAS, 1953, p. 22, n. 12 – Grifos do Autor.

15 “Niemand kann gezwungen werden, überhaupt einen Vertrag oder sogar einen Vertrag mit einer bestimmtem Person abzuschliessen. Dieser Grundsatz gilt auch für den ArbV (...) Der Grundsatz der Abschlussfreiheit ist aber für den ArbV durch Abschlussgebote und Abschlussverbote eingeschränkt.” ¼ Cf. BROX, 1967, p. 19, n. IV.

O trabalho *forçado* e/ou o trabalho *obrigatório* não são objeto do Direito do Trabalho nem com eles se forma um *contrato* de trabalho mas uma relação de força, coativamente imposta seja até por uma lei, o que exclui a autonomia da vontade e o princípio da liberdade na *formação* ou *constituição* do negócio jurídico, que fica desfigurado como tal.

Lembre-se que o *trabalho-dever* (então enunciado na Constituição Federal de 1946, na Constituição italiana e na Constituição francesa, da mesma década, fundamenta-se em um princípio de ordem social que exproba a ociosidade e impulsiona a prosperidade como mola mestra do *bem estar social*. A ordem jurídica, porém, organiza o princípio e, legitimando-o, distribui-lhe os meios de execução.

Não se nega – e histórica e acidentalmente isto ocorre – que determinados países, em épocas ocasionais e em caráter excepcional, contenham formas episódicas de *contratos* de trabalho obrigatórios, impondo às empresas a admissão de um certo número, percentualizado, de pessoas como empregados, o que se deu sobretudo no pós-Segunda Guerra, relativamente aos mutilados de guerra ou acidentados.

Assim, nos Estados Unidos, houve o *Emergency Powers (Defense) Act 1939 4 Dec.* “que autorizava o Governo a ditar ordenações” nesse sentido e que, segundo a aguda observação de *Pablo Lucas Verdú*,

“afetavam gravemente o direito de propriedade e introduziam o trabalho obrigatório (*Conscription of Labour*)”¹⁶.

Ernesto Krotoschin, no tópico, elucida a situação das admissões obrigatórias, ressaltando sua natureza jurídica e os efeitos que possam dela decorrer, no que, aliás, se põe em paralelismo com a doutrina germânica do tempo¹⁷ quando, meticulosamente, desenvolve:

“Também deve distinguir-se dos casos autênticos de trabalho obrigatório, aqueles em que a colocação de certas

16 Cf. VERDÚ, 1955, p. 27

17 Cf. HUECK, NIPPERDEY, 1968, p. 29, b, que consideram as relações oriundas da obrigação de “contratar” como equiparadas à relação de emprego – *eines ihm gleich gestellten Rechtsverhältnisses*.

... pessoas é obrigatória para determinados padrões. São estes os casos, v. gr., em que por lei se estabelece o dever de ocupar determinada quantidade de mutilados de guerra ou acidentados de trabalho, ex-carcerários, aprendizes, etc. Ainda quando a colocação a impõe diretamente o poder público (v.gr. a um patrão que se negasse a empregar a quantidade prescrita de trabalhadores que se acham nas condições especiais indicadas) a relação criada deste modo entre as partes é uma relação de trabalho *de coordenação* (*una relación laboral de coordinación*). *A falta de vontade do patrão pode impedir a existência de um contrato de trabalho, mas não a de uma relação de trabalho distinta deste*¹⁸.

O art. 93, da Lei 8.213/91, a despeito de empregar a expressão verbal “está obrigada”, faz seguir-se ela de um campo inespecífico quanto à prestação da empresa, pois não determina objetivamente a contratação de “beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas”. Além de abrir uma postura vaga com dizer “preencher (...) cargos”, acaba o dispositivo por encerrar uma incongruência, ao adicionar um pressuposto a mais, dizendo que tais pessoas devam ser *habilitadas*, o que induz *a fortiori* deverem ser *aptas* para o trabalho.

Se se toma a *omissão* da empresa ao preceito do art. 93 como *infração*, deveria estar incurso na penalidade prevista no art. 133, da mesma lei, o que seria pouco plausível, à falta de tipicidade, como o é exigível para as cominações na esfera penal-administrativa.

Convindo-se em que o art. 93, da Lei 8.213/91, contenha um preceito provido de hipótese preenchível com pressupostos concludentes e de sanção – o que é discutível – a questão, porém, deve ser antes examinada dentro do sistema legal brasileiro, a partir da Constituição Federal e dos princípios que ela contém e que não podem ser afastados nem descurados na hipótese *sub examen*.

Como se viu acima, se o art. 93, da Lei 8.213/91, obriga à contratação como empregados de portadores de deficiência física,

18 Cf. KROTOSCHIN, 1965, vol. I, p. 95/96 ¾ Grifos nossos.

refoge ele do campo do Direito do Trabalho e a relação não é contratual, além de atentar, insista-se, contra o princípio básico da liberdade de contratar, assegurado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XIII).

Por outro lado, como se deduz do questionamento levantado nos Estados Unidos por ocasião do *Emergency Powers*, de 1939, transposto o mesmo equacionamento para a ordem constitucional brasileira, não resta a menor dúvida que o mesmo art. 93 atenta contra o direito amplo de propriedade, no sentido de a empresa, proprietária dos meios e instrumentos de produção, estar sendo constrangida a contratar em detrimento do uso regular que se confere ao empregador de exercer os poderes de livre contratação como titular do processo produtivo representado pela empresa em *iter*.

O art. 93, da Lei 8.213/91 é frontalmente questionável diante dos princípios constitucionais que garantem a liberdade de contratar e o exercício da propriedade da empresa, defluentes dos art. 5º, incisos XIII e XXII, da Constituição Federal.

Quando a relação de emprego se forma pela sucessiva prestação de serviços, que é o suporte fático de natureza continuativa sobre que incide a lei, os princípios retores do Direito do Trabalho vedam a exploração da atividade humana, especificamente quando os resultados dessa atividade são colhidos pelo credor do trabalho, no caso, o Estado, vacilante a jurisprudência em conceder ou não ao trabalhador determinados efeitos de uma relação constitucionalmente nula.

Se, no geral, para a relação de trabalho privado, não ocorreram os suportes formais de admissão, esta não deixou de existir e a sua substância, que é objetiva e fundada no *ato-fato-trabalho*, declarou-se abertamente.

Os efeitos jurídicos são os efeitos trabalhistas e, na área pública, o funcionário que, inadvertidamente ou não, permitiu o trabalho de outrem em uma repartição, responde, se for o caso, perante o Estado pela ação ou pela omissão.

O quadro jurídico da relação de emprego desencadeia-se pelo princípio da simples inserção do trabalhador, cuja atividade passa a integrar a empresa (*Nikisch*).

Encontra-se, aqui, um ângulo diverso do princípio da incorporação (*die Eingliederung*) do empregado, cujas conseqüências jurídicas atuam inclusive contra a vontade do empregador, que antes se omitiu ou negligenciou em determinar a saída do *estranho* que lhe vinha prestando serviços.

A fertilidade doutrinária abre fundadas vertentes conceituais entre *contrato e relação jurídica de trabalho* sob mantos que se sustenta serem distintas, senão antinômicas, as correntes que propugnam ora pelo institucionalismo ora pelo contratualismo.

4. Portador de necessidades especiais e a “reserva do possível”

A formulação e a efetividade do princípio da *igualação* (*auf der Suche der Effektivität der Vergleichung*) e situações naturais e históricas de corrente desigualdade, especialmente em áreas de competitividade social e econômica tradicionalmente dispostas, deve ser procedidos com moderação e prevenida por critérios de execução que não desequilibrem o processo do desenvolvimento e da expansão da atividade produtiva e criativa como alicerces e supostos básicos do incremento e do bem estar social.

Tal advertência ganha especial relevância no caso da *compulsória inserção* e do aproveitamento do *portador de necessidades especiais* no mercado de trabalho, ou seja, no centro da co-relação entre força de trabalho e meios de produção, donde se deve partir como primária premissa básica em sua concretude do preceito afirmado pela Carta Constitucional alemã, como ressalta *Gilmar Ferreira Mendes*:

“as pretensões destinadas a criar pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*)”¹⁹.

Mas a posição da Corte Constitucional alemã contém um pressuposto anterior à exeqüibilidade de que qualquer pretensão, que há de ser juridicamente acionável, ou seja, até pleonasticamente, que a sua efetividade resulte de um *direito preexistente*.

19 MENDES, 2000, n. 4.1.

Não em contexto meramente circunloquial e no encaço do nosso tema, coincide a raiz do preceito germânico de *reserva do possível*, que versa a legalização da igualdade de oportunidades (para o acesso ao trabalho a todos) com um incontornável e conseqüente juízo hipotético extraído da doutrina norte-americana, em lapidar e corrente preceito:

“Afigura-se que uma oportunidade requer, no mínimo, que a parte tenha chance de atingir sua meta, isto é, que não existam explícitos e insuperáveis obstáculos no curso do alcance de seu objetivo”²⁰.

A coerência de tal colocação pode ser inferida na análise de uma recente decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em ação civil pública, que versa o tema aqui focado.

Trata-se do RO 5966/02 (número único: 0286-2001-08-03-00-2), de que foi relator o Juiz *Bolívar Viegas Peixoto* que julgou recursos interpostos por ambas as partes (o autor, o Ministério Público do Trabalho e o réu, o Banco Mercantil do Brasil S/A) da decisão do juiz da 29ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte que julgou procedente em parte a ação civil pública nos seguintes limites, a serem observados no prazo de um ano após o trânsito em julgado da ação, sob pena de multa mensal de R\$1.000,00, na hipótese de “resistência injustificada”, a saber:

“a) o número completo de todo o seu corpo funcional em Belo Horizonte, com os cargos devidamente especificados, para fins de se estabelecer qual seria o percentual descrito no artigo 93 da Lei n.º 8.213/91, a ser observado; b) o rol de seus empregados que atualmente trabalham como deficientes físicos ou reabilitados pelo INSS; c) quais seriam os cargos passíveis de enquadramento de deficientes físicos ou reabilitados, especificando quais seriam as deficiências físicas que poderiam neles ser inseridas; d) a exclusiva admissão de deficientes físicos ou reabilitados para aqueles que, na mesma situação,

²⁰ “It thus appears that an opportunity requires at a minimum that an agent have a chance to attain his goal, that is, that no insurmountable obstacles explicitly stand in the way of his attaining his goal” – WEST, Peter. The concept of equal opportunity. In: POJMAN, WESTMORELAND, 1997, p. 160.

tiverem seus contratos de trabalho rescindidos por qualquer motivo; e) oficial ao Centro de Reabilitação Profissional do INSS e para a Coordenadoria de Apoio e Assistência à Pessoa Portadora de Deficiência, quando deverá indicar o número de vagas para a contratação de deficientes físicos ou reabilitados, apresentando-se o tipo de deficiência que possibilite a contratação do empregado e todas as exigências para o exercício da função”.

A leitura dos itens deixa entrever a dificuldade concreta que se apresenta na efetivação dos preceitos protetivos, ainda que a empresa se habilite à prática de todas as condutas administrativas para implementá-los.

Apesar de a decisão haver rejeitado todas as preliminares (incompetência absoluta em razão da matéria, ilegitimidade de parte do MPT, ausência de direito coletivo, inconstitucionalidade do art. 83, III da LC 75/93 e do art. 93 da Lei 8.213/91, falta de interesse processual, e que se trata de ação para cumprimento da própria lei), há uma porção dos fundamentos que é reveladora dos obstáculos para a concreção direta do comando normativo, notadamente se se considerar a previsão de cotas como algo cogente ou absolutamente vinculante.

“Ressalte-se que a obrigação de apurar quais seriam os cargos passíveis de enquadramento de deficientes físicos ou reabilitados, especificando as deficiências físicas que poderiam neles ser inseridas (conforme letra c do decisum), além de observar o poder diretivo da empresa, é medida favorável a ela.

Por outro lado, a determinação para que seja oficiado o Centro de Reabilitação Profissional do INSS e a Coordenadoria de Apoio à Pessoa Portadora de Deficiência, indicando o número de vagas para a contratação de deficientes físicos ou reabilitados, é medida que visa a operacionalizar e fazer cumprir o mandamento constitucional, porquanto, ao comunicar a estes órgãos o tipo de deficiência que possibilita a contratação do

empregado, está condicionada a todas as exigências para o exercício da função.

Com efeito, ao limitar à “exclusiva admissão de deficientes físicos ou reabilitados para aqueles que, na mesma situação, tiverem seus contratos de trabalho rescindidos por qualquer motivo”, não se traduz na proibição de contratação de empregado, caso nenhum deficiente físico se apresente nas condições estabelecidas para preenchimento da função, ou à sua falta, por se tratar de suposição, apresentando o direito material do trabalho solução plausível”²¹.

A decisão revela que a idéia de “igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes”, a que se refere o art. 4º da Convenção 159/83, não é problemática de um ponto de vista abstrato e mesmo de avaliação da ampliação dos paradigmas históricos de proteção. A zona nebulosa é a de sua absorção pela realidade do dia a dia. O elemento que caracteriza a *necessidade especial* do empregado não pode ser usado para excluí-lo se ele, para a função em que há a demanda, tem todos os qualificadores técnicos especificamente exigíveis para exercê-la. Isto não significa, porém, que a empresa *esteja obrigada* a criar a função apenas com o objetivo de contratá-lo (ainda que tenha a *faculdade* de fazê-lo para se inserir numa política socialmente empática) ou que *esteja obrigada* a contratar caso não se habilitem pessoas aptas ao exercício da função para a qual tem vagas disponíveis.

O ponto nevrálgico aqui será, certamente, que a empresa, em cada processo de admissão, se municie de elementos que comprovem suas tentativas de promovê-la e o respectivo sucesso ou insucesso de seu intento.

Ainda que se possam considerar os efeitos de precedente para a decisão citada e que se desconsidere a impugnabilidade de seu teor, é preciso alcançar o seu sentido específico, uma vez que ela fixa

²¹ Publicado em 24.07.02 e pendente de julgamento de recurso de revista já recebido, segundo informação extraída pela Internet em 11.01.04 – <www.mg.trt.gov.br>.

comandos apenas procedimentais. Não há ali, e não poderia haver dadas as circunstâncias fáticas que se interpolam, uma *ordem* no sentido da contratação, mas apenas a indicação de que há um núcleo tutelar a ser perseguido e a aferição da intenção da empresa de cumprir a norma regulamentadora se fará por meio do atendimento e da comprovação dos requisitos de forma.

A proteção dos *portadores de necessidades especiais* constitui uma face de evolução do Direito e de seus mecanismos de tutela como tantas outras que se revelam numa análise aprofundada de sua história. A peculiaridade da situação brasileira, porém, encontra a necessidade de assimilação do comando normativo sem a contrapartida de um processo de formação e/ou de habilitação do portador de necessidade especial que o capacite para o exercício de funções para as quais tenha aptidão. Qualquer pessoa, por exemplo, que visite a sala de processamento do setor de identificação da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais encontra um ambiente de absoluto silêncio e de ampla concentração. As pessoas que ali trabalham são surdas-mudas com formação especial para a digitação sem os percalços da distração por ruídos do ambiente que caracteriza aqueles que não têm aquela condição especial.

Esta, porém, é uma situação rara em termos globais. A deficiência de formação e de informação é uma barreira no quadro da *igualação*.

Esta faixa veemente da realidade possibilita a visualização da intensa introjeção da noção de proporcionalidade e de equivalência para a formação da idéia de igualdade, como prefigura *Engisch*²². *Proporcionalidade e equivalência* são parâmetros importantes, no caso, porque embutem as perspectivas variáveis das condutas de aplicação da lei, as quais se destacam no que concerne aos processos em que se busca a fonte igualadora de situações que envolvem faces cambiantes, móveis e até distintas.

Lembre-se, com vistas à estrita abertura da regra contida no art. 37, inciso VII da Constituição, a lapidar enunciação de *Adorno*:

22 "wir sollten bei den herkömmlichen formalen Ideen der Gleichheit der Proportionalität und der Äquivalenz stehenbleiben" – ENGISCH, 1971, p. 159.

“Cada texto, cada peça, cada parágrafo, por conseqüência, deve se examinado como se o motivo central estivesse suficiente e nitidamente destacado. Fica-se muito perto da intenção *em pensamento* e se esquece de dizer, o que se quer dizer”²³.

A intenção da linha protetiva da norma para se instalar no quadro fluido da realidade exige uma atuação que envolve várias áreas, entre as quais está certamente a força perceptiva ou aglutinadora da empresa como centro de operações produtivas, que pode engendrar canais mais ricos de significação neste processo.

No entanto, este não é um caminho sem percalços.

A *reserva do possível* exigiria também uma atuação construtiva do Estado, para além da elaboração dos cânones abstratamente prefigurados na lei.

Quanto ao específico objeto de uma lei a ser aplicada, *Raz* arremata que os órgãos estatais têm a última autoridade de declarar o que é a lei (“ter a autoridade final para declarar o que é o direito”²⁴), o que afasta a irrestrita aplicação do secular axioma *in claris cessat interpretatio*.

A declaração de como é a lei realiza-se na aplicação, o que abrange a criação de instrumentos que conduzam os portadores de necessidades especiais ao amplo encontro de sua capacidade produtiva.

Veja-se a concessiva abertura de *Aristóteles*, consubstanciada por *Klaus Adomeit*:

“Aqui, situa-se o problema da igualdade: estabelecer se um igual e outro contém a medida da igualdade”²⁵.

23 jeden Text, jedes Stück, jeden Absatz daraufhin durchzusehen, ob das zentrale Motiv deutlich genug hervortritt. (...) Man ist der Intention zu nah, ‘in Gedanken’, und vergibt zu sagen, was man sagen will” ADORNO, 2003, p. 95.

24 “to have the final authority to declare what is the law” - RAZ, 1997, p. 88.

25 “Hier (...) besteht das Gleichheitsproblem, ob der eine gleiche wie der andere oder nicht das gleiche zugeteilt erhält” ADOMEIT, Klaus. *Recht- und Staatsphilosophie I: antike Denker über den Staat*. 3. Aufl. Heildeberg: C. F. Muller, 2001, p. 83.

O axioma adverte para o risco de não confundir-se *igualdade* com *igualização*, pois, esta, na verdade, pressupõe uma desigualdade.

A fonte basilar da convivência social, como ponto de partida de quaisquer atividades naturais do homem, pressupõe um esquema de liberdades, como equaciona *John Rawls*:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um igual direito ao mais amplo esquema de iguais liberdades básicas compatíveis com o similar esquema de liberdades para outrem.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas a fim de que elas sejam concomitantemente (a) razoavelmente expectadas como destinadas à vantagem de todos, e (b) ligadas a posições e postos acessíveis a todos”²⁶.

É indispensável, porém e mormente em áreas tão sensíveis como a ora focada, no processo de *igualização*, se conciliem os princípios da liberdade e da igualdade como deflui da minuciosa exposição de *Dworkin*²⁷.

Dworkin, na mesma direção, acentua, ainda, os dois princípios cardeais de justiça que, referidos numa abordagem das essencialidades humanas para *Rawls*, podem compendiar-se no preceito abaixo:

“todas as pessoas devem ter a maior liberdade política compatível com uma liberdade equivalente para todos, e que desigualdades de poder, riqueza, renda e outros recursos não devem existir, exceto na medida em que contribuam com o bem estar absoluto dos membros da sociedade”²⁸.

26 - First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others.

Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all" RAWLS, 2000, p. 53
27 Cf. DWORKIN, 2000, p. 149 *et seq.*, especialmente, p. 182, ainda RAWLS, 2000, p. 266)

28 "(...) every person must have the largest political liberty compatible with a like liberty for all, and that inequalities in power, wealth, income, and other resources must not exist except in so-far as they work to the absolute worst-off members of society." - DWORKIN, Justice and rights. In: DWORKIN, 1999, p. 150

No mesmo sentido, para o direito português, há por ponderar a circunstanciada exposição de *Martim de Albuquerque*²⁹, que timbra por distinguir:

“Sendo a liberdade um direito e a igualdade uma qualidade de todo e qualquer direito dificilmente se pode entender uma irreduzibilidade entre os dois *nomina juris*”³⁰.

A sociedade pode tender para a igualdade pela *igualização* sem romper os seus alicerces de liberdade compatível com a convivência de cada um e de todos entre si. Especificamente no tema, cabe se deduzam em termos de ação civil pública, em seus meandros, a viabilidade da construção legal vigorante no país.

5. Empresa – Totalidade de Empregados

O regime da antiga LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social, Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960), regulava a matéria em seu art. 55:

“As empresas que dispuserem de 20 (vinte) ou mais empregados serão obrigadas a *reservar* 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de cargos para atender os casos de readaptados ou reeducados profissionalmente, na forma que o regulamento desta lei estabelecer.” (Sem os grifos no original.)

O atual art. 93, da Lei 8.213/91, não se contenta com a simples reserva. Ele determina que a *empresa faça* a contratação.

Referida norma legal, primeiramente, foi regulamentada pelo Decreto nº 3048, de 06 de maio de 1999 (Aprova o Regulamento da Previdência Social), em seu art. 141, que veio a ser revogado pelo Decreto nº 3298, de 20 de dezembro de 1999 (Regulamenta a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida normas de proteção, e dá outras providências). A conclusão em torno da revogação não decorre da lei, em sua literalidade. Mas é resultado de processo

29 ALBUQUERQUE, 1993, p. 62 *et seq.* em sua síntese conclusiva a p. 78-9.

30 ALBUQUERQUE, 1993, p. 79.

interpretativo, porque, não obstante a norma se refira, expressamente, em seu art. 60, apenas ao § 2º, do art. 141, acaba por atingir a integralidade do dispositivo na medida em que dispõe casuisticamente sobre o mesmo tema.

Tanto a norma legal como o Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que a regulamentou fixam-se na totalidade dos empregados da **empresa** e não de cada estabelecimento de que ela se componha. E nisto firmou-se a Instrução Normativa nº 20, de 26 de janeiro de 2001, do Ministério do Trabalho e Emprego que determina ao Auditor-Fiscal do Trabalho, quando da apuração daqueles percentuais, considerar “o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa” (§ 1º, do art. 10). Nesse sentido, para fins de fiscalização daquele percentual, incidirá a exceção contida no § 4º, do art. 630 da CLT, ao dispor que

“Os documentos sujeitos a inspeção deverão permanecer, sob as penas da lei, nos locais de trabalho, somente se admitindo, por exceção, a critério da autoridade competente, sejam os mesmos apresentados em dia e hora previamente fixados pelo agente de inspeção”.

Por outro lado, em que pese tenha a Constituição da República determinado reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, bem como os critérios de sua admissão (art. 37, VIII), o Decreto 3.298/99 excluiu, para o Serviço Público, dessa reserva de percentual o provimento de

“cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração e cargo ou emprego público integrante da carreira que exija aptidão plena do candidato”(art. 38, incisos I e II).

No que tange às empresas privadas, a norma legal e o Decreto que a regulamentou referem-se à *totalidade dos empregados*, o que faz supor que dela, ou seja, da totalidade, não se poderiam excluir as funções que, por sua natureza e demanda, só podem ser exercidas por pessoas com aptidão plena.

Há portanto uma discriminação que impõe tratamento jurídico diferenciado para as pessoas de direito público e para as pessoas de

direito privado, consubstanciada na possibilidade da restrição do quadro para a apuração de percentuais no que concerne às primeiras, faculdade que não se estende às segundas.

Tal interpretação, contudo, não se sustenta no princípio da racionalidade que se deve buscar em toda norma legal, pois de outra forma, a exceção que já se tem na *discriminação positiva*, poderia se tornar negativa, na medida em que acabaria por discriminar, em determinadas empresas, o exercício de algumas atividades por pessoas com aptidão plena, pois, em alguns setores, só poderiam ser admitidas pessoas portadoras de deficiência e para algumas funções aquele percentual seria em muito ultrapassado.

Nesse sentido, a *totalidade de empregados* deve ser considerada em relação àqueles “cargos”, na expressão da lei, que podem ser exercidos por pessoas portadoras de deficiência. Do contrário, poder-se-ia instituir uma discriminação ao reverso, tomar setores em que a deficiência não pode ser admitida para compensar outros em que ela seria possível.

A proibição constitucional de “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” traz no preceito a conclusão de seu reverso, ou seja, igualdade de tratamento e de oportunidades a todos os trabalhadores – portadores de deficiência ou não –, o que a norma legal resolveu excepcionar com um mínimo de reserva de mercado para o deficiente, como forma de efetivar aquela proibição, não podendo, pois, ser ampliada para além da exceção admitida, pela compensação de ausência de oportunidade à falta de integral aptidão para o “cargo”.

O suposto da ação positiva é alcançar de forma efetiva a igualdade jurídica, pelo que nela só deve haver uma desigualdade suficiente para satisfazer o objetivo legal, sob pena de, ao contrário de erradicar a discriminação, torná-la mais agressiva.

A se tomar a literalidade da norma, cujo suposto se infere da Constituição da República, chegar-se-á ao absurdo de não se admitir exceção. Mas a exceção foi adotada na norma infraconstitucional em relação ao Poder Público apesar de o seu comando constitucional ser direto e amplo: *a lei reservará*.

Ainda, pelo que se depreende da norma legal, toma-se o total de empregados na empresa pelo que nele restam compreendidos os portadores de deficiência. Desta forma, na empresa, v.g., com 100 empregados, dois deles, pelo menos, deverão ser portadores de deficiência, ou seja, não lhe cabe criar dois novos cargos para implementar a quota da norma legal.

6. Ação Civil

Coube à Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, instituir a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. Em seu art. 3º, ela define e autoriza o manejo das ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência, legitimando para a sua propositura não só o Ministério Público, como também, a União, os Estados, os Municípios, e o Distrito Federal, a associação constituída há mais de um ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Dentro do próprio Direito do Trabalho, tal como se encontra sedimentado e vigorante, a partir da auto-defesa do trabalhador e do empregador que estão legitimados para a direta proteção judicial de seus interesses (como bens jurídicos definidos) patrimoniais e imateriais, são reconhecidos pela ordem jurídica, como desdobramentos específicos dessa proteção, dois outros planos distintos e superpostos de tutela jurídica, cuja legitimação passa à pessoa dos Sindicatos, como entidades representativas de interesses coletivos, munidas do poder jurídico de criar e modificar normas em plano hierárquico até superior ao da lei estatal, através das convenções ou acordos coletivos (CF, art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI), e o de tornar efetiva a observância de seus preceitos e os da própria lei estatal, para o que gozam, ainda, de legitimidade processual, junto do Poder Judiciário (cf., v.gr., CF, art. 8º, III, CLT, arts. 195, § 2º, 857 e seu parágrafo único, 872, parágrafo único, Leis 6.708/79, 7.238/84, 7.788/89 e 8.073/90, sob

regulamentação jurisdicional pelo Enunciado 310, do Tribunal Superior do Trabalho) e assim como a representação perante órgãos públicos (CLT, art. 513, a).

Ressalte-se que, por lei, está também o sindicato legitimado para propor ação civil pública, mas desde que em sua personalidade jurídica se encontrem, além dos fins específicos de defesa da categoria, aqueles expressamente exigíveis no art. 5º, inciso II da Lei 7.347/85.

Como toda a ação judicial, e mais esta que é de natureza excepcional, exige-se que os pressupostos de seu cabimento sejam bem nítidos e que se indiquem todos os detalhes práticos e concretos de sua pertinência.

Não se pode desconsiderar, porém, que o exame da jurisprudência mais recente revela uma utilização em escala cada vez mais larga do instituto da ação civil pública com uma tendência ainda variável de absorção e/ou de aceitação pelos Tribunais. A questão tumultuária é, na grande maioria dos casos, a execução das sentenças, normalmente caracterizadas pela fixação de multas vultosas.

O Ministério Público há de ser incentivado, nas hipóteses em que o conflito se deduza, a apontar todas as viabilidades de concreção e a indicar os atores, as funções e as condições econômicas e operacionais de a empresa poder arcar com tal medida, sem que lhe acarrete dano ou o sacrifício de seu corrente processo produtivo.

A conduta cautelosa apresenta-se como um bom indicativo na operação administrativa da empresa, de modo a ajustar, nesta área especialmente, os seus procedimentos preventivos e todas as medidas adotadas no sentido de implementação dos procedimentos previstos nas normas reguladoras. Será sempre bastante proveitosa, nas escalas de avaliação das circunstâncias, a constatação de que a empresa procurou aderir ao comando, ainda que possa reservar-se o direito de discutir as antinomias que se constatarem na ordem jurídica, tal como deduzidas, ou de expor com franqueza suas dificuldades concretas e as facetas do comprometimento de seus serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADOMEIT, Klaus. *Recht- und Staatsphilosophie I: antike Denker über den Staat*. 3. Aufl. Heildeberg: C. F. Muller, 2001, p. 83. -
- ADORNO, Teodor. *Minima moralia: Reflexionen aus den beschädigten Leben*. Frankfurt: Surhrkamp, 2003, p. 95.
- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Almedina: Coimbra, 1993
- ALONSO GARCÍA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1960.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil – Promulgada em 5 de Outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988
- BROX, Hans. *Grundbegriffe des Arbeitsrecht*. Berlin: W. Kohlhammer, 1967.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa, Morais, 1961
- DANTAS, F. C. San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro, Forense, 1953
- DWORKIN, Ronald. Justice and rights. *In: Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1999
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and the practice of equality*. Cambridge: Havard University, 2000.
- ENGISCH, Karl. *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit: Hauptthemen der Rechtsphilosophie*. München: R. Piper, 1971
- GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 1994, p. 22-4, n.11.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 151, jul./set. 2001
- GOMES, Orlando. *Direito privado. Novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961

- HUECK, Alfred, NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundriss des Arbeitsrechts*. 4. Aufl. Berlin u. Frankfurt: Franz Vahlen, 1968
- KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1965
- LAMBERT, Thierry (Org.). *Égalité et équité: antagonisme ou complémentarité?* Paris: Economica, 1999
- MARTIN BLANCO, José. *El contrato de trabajo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, n. 4, jul./2000.
- POJMAN, Louis P., WESTMORELAND, Robert (Org.) *Equality: selected readings*. New York: Oxford University, 1997, p. 160
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University, 2000, p. 53
- RAZ, Joseph. The identity of legal systems. *In: The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon, 1997, p. 88
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15/85.
- SCHAUB, Günter. *Arbeitsrecht Handbuch*. München: C.H.Beck'sche, 1972
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1955.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. ver. e aum. São Paulo: LTr, 1999.