A UTILIZAÇÃO DO NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA

JULIANA IZAR SOARES DA FONSECA SEGALLA¹ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO²

RESUMO: A internalização da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe reflexos claros e objetivos no sistema legal brasileiro. O conceito de pessoa com deficiência foi alterado, modificando a regra prevista em decreto até então existente. O artigo pretende apontar as dificuldades de aplicação do novo conceito e, ao mesmo tempo, advertir da necessidade de tal aplicação, mesmo sendo um exercício mais complexo do que a aplicação anterior. PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência; Conceito; Vagas Reservadas; Concurso Público; Empresa; Inclusão; Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT: The incorporation of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities has brought nitid and objective consequences on the Brazilian legal system. The concept of persons with disabilities has been altered, modifing the pre existing decreed rule. This article intends to assert whether this new concept is being put into practice by the Judiciary Power and the Public Ministry and what the disparities of the new juridic panorama would be. KEY-WORDS: Person with Disabilities; Concept; Reserved Spots; Concurso; Civil Service Examination; Companies; Inclusion; Superior Labor Court.

SUMÁRIO: I O Quadro Normativo Constitucional e Infra Constitucional e o Dever de Contratar as Pessoas com Deficiência; II Algumas Considerações Iniciais; III O Conceito de Pessoa com Deficiência; IV A Revogação do Decreto 3.298/99 Temos um Novo Conceito de Pessoa com Deficiência; V Advertências aos Operadores do Direito: a necessária aplicação da Convenção; Bibliografia.

Artigo recebido em 13.12.2011. Pareceres emitidos em 11.03.2012, 21.04.2012 e 17.05.2012.

Artigo aceito para publicação em 17.06.2012.

Mestra pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP. Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC-SP, sob a orientação do Livre Docente Luiz Alberto David Araujo. Advogada. Pesquisadora e Bolsista da CAPES. Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Araraquara. Co-autora, dentre outros trabalhos, da cartilha "Atendimento Inclusivo – dicas para receber bem", disponível no site www.atendimentoinclusivo.blogspot.com. juizar@uol.com.br

Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional, Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC-SP e Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino - Bauru/SP. Foi Procurador do Estado e é Procurador Regional da República aposentado. Autor, dentre outras, da obra: A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência, disponível para cópia gratuita no site www.luizalbertodavidaraujo.com.br, in freedownload. lada10@terra.com.br

SUMMARY: I The Constitutional and Infra - Constitutional Legislative Framework and the Ought to Hire People with Disabilities; II A Few Initial Considerations; III The Concept of Person with Disability; IV The Revocation of the 3.298/99. Decree. The Arise of a New Concept of Person with Disability; V Warnings to the Operators of Law: the necessary adherence to the Convention; Bibliography.

I O QUADRO NORMATIVO CONSTITUCIONAL E INFRA CONSTITUCIONAL E O DEVER DE CONTRATAR AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal de 1.988 cuidou de deixar claro que o princípio da inclusão social deveria permear todas as relações jurídicas. E, para tanto, inscreveu tal princípio no artigo terceiro, da Constituição Federal de 1988, elencando-o, o princípio da inclusão social, dentre os Princípios Fundamentais do Título Primeiro da Constituição. Assim, tal princípio deve estar presente em todas as relações jurídicas. E foi por tal razão que, reconhecendo a dificuldade desse grupo de pessoas, que não tem acessibilidade, que é objeto de discriminação e preconceito, por falta de um ensino inclusivo e por falta de uma política clara do governo para inclusão social, a Constituição, em seu artigo 37, inciso VIII, garantiu vagas reservadas a tal grupo nos concursos públicos³. Esse princípio, que foi consolidado por norma jurídica específica (ou seja, artigo 37, inciso VIII), também ensejou a norma ordinária que determina que empresas com mais de cem empregados tenha um percentual de pessoas com deficiência. A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 93, cuidou de determinar que um percentual de pessoas com deficiência deveria fazer parte dos quadros da empresa⁴. A implementação de tal dispositivo

³ Afirmou Cármen Lúcia Antunes Rocha que antes da garantia constitucional de reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência, em diversas situações se verificava a ocorrência de afastamento e reprovações de indivíduos com deficiência nos concursos, sob o argumento de que a deficiência os estigmatizaria e impediria o exercício de autoridade de que alguns cargos se revestiam. Ressaltou também: "Não era, pois, a comprovação de que a deficiência os deixava inabilitado física ou psiquicamente para o desempenho que os conduziam à reprovação; era tão somente a deficiência moral dos espíritos menores agrilhoados em seus preconceitos." (grifamos). ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 15, p. 86, jul./set.1996, p. 94.

⁴ A reserva de vagas para pessoas com deficiência não é exclusividade do Brasil, senão vejamos: 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, que 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. L323-1, 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 empregados, 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 Act (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. ARGENTIÑA: 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. - Conforme cartilha desenvolvida pelo Ministério do Trabalho e Emprego: A Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho. Brasília: MTE, SIT, DEFIT, 2007, p. 12-14.

vem sendo objeto de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que vem analisando tais pleitos e vem confirmando ou não as decisões dos Tribunais Regionais. Muitas dessas ações têm sido ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho⁵. O princípio da igualdade material, portanto, foi concretizado por tal providência. Já havia instrumentos dessa igualdade material assegurados no texto da Constituição de 1988. Podemos mencionar o salário mínimo existencial, previsto no artigo 203, inciso V e as já mencionadas vagas reservadas, previstas no artigo 37, inciso VIIII. Esse amparo constitucional fez com que se permitisse que a lei ordinária tratasse do tema, estendendo a proteção para as empresas privadas⁶.

II ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando falamos em cumprimento da quota, quer no âmbito público (artigo 37, inciso VIII), quer no âmbito das empresas (Lei nº 8.213/91), a questão da inclusão social deve ser vista sobre o prisma da capacidade, de maneira que o princípio da igualdade material seja aplicado, respeitada a questão da capacidade da pessoa com deficiência. Ou seja, para a pessoa com deficiência possa estar participando do critério de seleção (quer na empresa, quer no concurso público), ela deve estar habilitada. Não se pode imaginar. em nenhum dos casos, que a pessoa com deficiência não esteja habilitada para a função em discussão. Assim, para um determinado cargo, é necessário que a pessoa com deficiência esteja em condições para o seu desempenho. Sua deficiência não será impeditivo para o exercício do cargo. Ela deve estar plenamente habilitada ao cargo postulado. E isso se aplica tanto para o serviço público, como para a empresa privada, porque é um princípio (da igualdade formal) que deve permear todo o sistema. Uma pessoa cega, por exemplo, não pode pretender habilitação para determinados cargos públicos e nem tampouco em determinados postos na empresa onde a visão seja indispensável. De outro lado, não é possível imaginar que, em caso de dúvida, o comportamento seja excludente. Em caso de dúvida, ele deve ser incluído. Se houver dúvida real sobre as condições de desempenho da pessoa com deficiência, ela deve ser incluída, quer sob o regime da experiência

⁵ Segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, a experiência demonstra que o cumprimento das cotas e a efetiva inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho dependem de diálogo paciente e firme entre empresários, autoridades e entidades representativas dos interesses desse grupo e isso é bem revelado pela atuação do Ministério Público do Trabalho no Brasil. Afirma, também, que "raríssimas empresas cumprem espontaneamente a cota", evidenciando a importância da fiscalização do cumprimento da legislação, bem como da urgente conscientização da sociedade. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos*: o direito ao trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006, p. 227.

⁶ Eliana Franco Neme faz um necessário alerta: "Não há a menor possibilidade de integração se retirarmos dos portadores de deficiência a capacidade de autodeterminação. Não há como falar em dignidade humana ou em igualdade se não oferecermos condições para que essas pessoas possam ganhar honestamente o seu próprio sustento." NEME, Eliana Franco. Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: RT, 2006. p. 143.

(nas empresas privadas), quer sob o regime do estágio probatório (no serviço público). De qualquer maneira, ela, pessoa com deficiência contratada, deve ter a possibilidade de comprovar, atuando direta e concretamente, se tem condições de desempenhar suas funções. Se não tiver condições, não deve continuar no trabalho; se tiver condições, deve continuar. Quando se fala em condições, fala-se em concessão das ajudas técnicas que a lei determina (Lei 10.098/00 e do Decreto 5.296/04). Assim, a pessoa com deficiência tem direito à uma inclusão social, inclusão essa que é garantida pela Constituição Federal e deve ser objeto de atenção do Poder Judiciário, que é responsável pela fiscalização de tal inclusão.

III O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência, definido pelo Estado Brasileiro, era o constante do Decreto Regulamentar 3.298/99, que depois teve sua redação modificada pelo Decreto 5.296/04. Enquanto os outros dispositivos legais falavam em proteção, o dispositivo que realmente disse quem estaria albergado ou não no conceito de pessoa com deficiência foi o Decreto Regulamentar mencionado. Entendemos que o Decreto Regulamentar não teria condições de criar direitos e obrigações, em homenagem ao princípio da reserva legal, consagrado constitucionalmente⁷. Assim, como poderia um decreto regulamentar definir quem é pessoa com deficiência e, assim, definindo, outorgar uma série de direitos como, por exemplo, autorizar a pessoa a concorrer a vagas reservadas? Inegável que a Lei não definia e deixava a questão para o decreto regulamentar. Mas o decreto não poderia ter esse âmbito, razão da sua inconstitucionalidade. Poderíamos, talvez, falar em ilegalidade do Decreto, porque ele extrapolou os limites da lei. Inegável que o Decreto foi instrumento útil, porque era objetivo e tinha clareza na fixação dos critérios. Como pode alguém ser privado de seus direitos com fundamento em um Decreto Regulamentar (e não na lei)? O princípio da legalidade deve estar presente. Portanto, o Decreto 3.298/99 não tinha o condão de excluir, mas apenas o de incluir. Ou seja, se estava enquadrado no Decreto, era considerado pessoa com deficiência e, portanto, poderia disputar a vaga reservada, por exemplo, constante do artigo 37, inciso VIII. Ou poderia pretender o salário mínimo existencial, previsto no artigo 203, inciso V.

7

O artigo 84, IV, da Constituição Federal, dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República para "sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos para sua fiel execução". Assim, tem-se que a função do Decreto regulamentar é a de dar operacionalidade a Lei, trazendo disposições para sua fiel execução. Não pode, destarte, o Decreto alterar os direitos previstos pela Lei que regulamenta (nem os alargando, nem os restringindo). Ele existe apenas para viabilizá-la. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que o regulamento é ato "de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública" (grifos no original). Ele também afirma que "só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica", lembrando que o regulamento é fonte secundária do Direito, enquanto a lei é fonte primária. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 327.

Mas e se não se enquadrasse? Não poderia haver a exclusão automática. O seu caso deveria ser analisado à luz da Constituição Federal, que trazia vetores importantes que permitiam uma definição do que seria pessoa com deficiência bem mais ampla do que o Decreto pretendia. Assim, a interpretação correta seria: se enquadrado no decreto, estaria incluído no conceito; se não fosse enquadrado, não queria dizer, automaticamente, que estava excluído. O intérprete deveria se valer dos conceitos constitucionais para tal definição. O mesmo deve se dizer do cumprimento das cotas definidas pela Lei nº 8.213/91. O enquadramento nas hipóteses fechadas do Decreto não serve para a análise da boa interpretação. Se tivermos pessoas que poderiam ser consideradas com deficiência e não estivessem enquadradas no Decreto, elas serviriam para cumprimento da quota. A primeira questão, portanto, já deve ser analisada. Os processos que estão tramitando pelo Poder Judiciário brasileiro tem como base o Decreto Regulamentar? Mas Decreto Regulamentar poderia criar direitos e obrigações? E se houvesse uma deficiência que não estivesse abarcada pelo Decreto? Deveria ser considerada? Qual o fundamento normativo utilizado pelo Ministério Público do Trabalho, pelos Sindicatos, pelo Poder Judiciário, na definição de pessoa com deficiência para cumprimento da cota nas empresas privadas (ou mesmo para os concursos públicos)?

Se foi uma ação civil pública ou um termo de ajustamento de conduta, formulado pelo Ministério Público, qual o conceito utilizado? Se foi o do Decreto (estrito), tais procedimentos, salvo melhor juízo, são nulos, porque tiveram a aplicação do direito equivocado. Se tivessem tomado o Decreto Regulamentar como uma base inicial, mas admitiram outras hipóteses, decorrentes da aplicação da Constituição, então poder-se-ia falar em aplicação correta. No entanto, se a utilização do decreto foi feita de forma singela, estamos diante de um problema, pois o decreto regulamentar não pode se prestar a criar direitos e obrigações. Portanto, o fundamento utilizado era um fundamento inexistente, porque não poderia ter fincado a caracterização de direitos e obrigações, o que se daria apenas por lei. O argumento de que o Decreto regulamentar era fácil de ser aplicado, porque trazia hipóteses precisas (e em alguns casos, já balizadas por um mínimo e um máximo) não pode prosperar. Não é porque uma norma é clara e prática, que é constitucional!

Isso significa que qualquer procedimento (judicial ou extra judicial) que se baseou apenas no Decreto, sem dar espaço para outras situações, não pode prevalecer por inconstitucional. O Direito aplicado foi equivocado. Se tivessem tomado o Decreto regulamentar apenas como uma diretriz (ou seja, está enquadrado nas hipóteses do Decreto, é pessoa com deficiência; não está enquadrado, mas pode ser considerada pessoa com deficiência). O Decreto Regulamentar, portanto, era instrumento de inclusão, não de exclusão. Assim, se o processo judicial ou administrativo tomou como base o Decreto simples, servindo de parâmetro único, o processo está eivado de

nulidade, porque o direito adotado é equivocado. Serviu-se, no caso, de base legal errada. O Decreto é uma das formas de definir pessoa com deficiência. Quando a prova é feita apenas nos limites do Decreto, estamos diante de uma decisão que se baseia em uma norma equivocada: o decreto regulamentar, que cria direitos e obrigações.

Nosso primeiro teste, portanto, é verificar como se comportaram tais processos e tais decisões? Seria, portanto, o caso de uma ação rescisória, porque o direito aplicado não era o vigente!

IV A REVOGAÇÃO DO DECRETO 3.298/99 - TEMOS UM NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Mesmo que admitíssemos, por amor ao argumento, o fato de que o Decreto Regulamentar poderia dispor sobre o tema, não podemos perder de vista que o Brasil assinou a Convenção da Organização das Nações Unidas, pelo Direito das Pessoas com Deficiência. Referida Convenção é de 2006. Foi ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008 e o Decreto Presidencial 6.949/2009 promulgando a Convenção se deu em data de 25 de agosto de 2009.

Também devemos lembrar que esse tratado internacional de direitos Humanos foi o primeiro a entrar no sistema brasileiro sob os critérios do artigo terceiro, do parágrafo quinto, da Constituição Federal. Isso significa que, aprovado por três quintos, votado em dois turnos – e sendo um Tratado de Direitos Humanos, seria equivalente a uma emenda constitucional.

Assim, o Brasil já possui o seu primeiro tratado internacional que foi internalizado como se emenda constitucional fosse. Para o referido tratado de Direitos Humanos ter vigência interna, a nosso ver, pela forma própria como é aprovado, diferentemente dos tratados regulares, ele não necessitaria da promulgação do Presidente da República. Se o instrumento foi votado duas vezes, com quórum de três quintos, como se fosse o rito da emenda constitucional, parece que seria desnecessária a vontade do Presidente da República, pois o Congresso Nacional, em dois turnos, atingiu o elevado quórum, deixando clara a vontade do Brasil e incorporar tal tratado. E podemos nos servir, como parâmetro, do processo legislativo da emenda constitucional, que não tem necessidade de sanção. Ela é promulgada pelas mesas das duas casas, conforme o artigo 60, parágrafo 3º da Constituição Federal.

Não vamos discutir esse tema aqui. Vamos partir para a ideia de que o Tratado Internacional passou a produzir efeitos internos a partir de sua promulgação, ou seja, em data de 25 de agosto de 2009.

A Convenção Internacional da ONU pelos Direitos das Pessoas com Deficiência traz normas de diversas espécies. Por exemplo, traz programas que devem ser desenvolvidos pelos Estados-membro, define a regra do não retrocesso, ou seja, a Convenção deve ser aplicada para melhorar a situação das pessoas com deficiência e, se a legislação interna já for mais

avançada e protetiva, deve-se dispensar a aplicação da Convenção e, de forma objetiva, define quem é pessoa com deficiência. E, sendo norma de hierarquia superior, inegável que revoga o decreto regulamentar.

Vejamos como a Convenção⁸ define quem é pessoa com deficiência:

Artigo 1

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

Logo se verifica que estamos diante de um conceito completamente diferente do adotado pelo decreto regulamentar (ou por outras normas anteriores), que fincava seu marco em conceitos médicos. A Convenção traz um conceito ambiental⁹, relacionando a pessoa com a sua atividade, com a sua vivência e não marcando a pessoa com uma relação médica¹⁰. O conceito da Convenção, que hoje é o vigente¹¹, é mais amplo, mais abrangente e traz hipóteses que não eram protegidas pelo decreto regulamentar. Revogado o decreto regulamentar, não pode ser mais aplicado. Temos, portanto, um novo conceito de pessoa com deficiência, fruto de debate internacional e aceito pelo Brasil, na forma prevista pelo artigo quinto, parágrafo terceiro.

Mas por que, então, ainda encontramos a aplicação do decreto regulamentar, se ele já foi revogado? A resposta vem da facilidade de sua aplicação. Sendo um conceito médico, era muito mais fácil definir quem era pessoa com deficiência. A definição, no entanto, era incompleta, porque pecava pela falta dos elementos ambientais, presentes na vigente definição.

Description of the control of the co

⁸ O Brasil teve participação ativa na elaboração desse documento, levando, inclusive, uma moderna proposta para o conceito de pessoa com deficiência, qual seja: "aquela cujas limitações físicas, mentais ou sensoriais, associadas a variáveis ambientais, sociais, econômicas e culturais tem sua autonomia, inclusão e participação plena e efetiva na sociedade impedidas ou restringidas". LOPES, Laís Vanessa C. de Figueirêdo. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: nova ferramenta de inclusão. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, nº 95, p. 57, dez. 2007, p. 58.
⁹ Para Laís Lopes, o texto da Convenção Internacional é progressista e inclusivo. Segundo ela

⁹ Para Laís Lopes, o texto da Convenção Internacional é progressista e inclusivo. Segundo ela "A base conceitual da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência é a mudança de paradigma da perspectiva médica e assistencial para a visão social com fundamento nos direitos humanos". Idem, ibidem.

Claudia Werneck assim define o modelo social (ambiental) da deficiência: "De acordo com o modelo social, a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas. Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade" – grifo nosso. WERNECK, Claudia. Manual sobre Desenvolvimento Inclusivo. Rio de Janeiro: WVA, 2005, p. 33.

¹¹ Segundo Claudia Werneck, o modelo médico tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se "normalizar" perante os olhos da sociedade. *Idem*, p. 27.

A anterior era de mais fácil aplicação; a atual exigirá uma compreensão mais apurada. No entanto, ela foi universalmente adotada e não traz qualquer dificuldade de aplicação. Ela só não é tão mecânica quanto a definição do decreto. Mas todos os autores saudaram a mudança do modelo médico para o modelo ambiental.

Dificuldade de aplicação não pode significar não adoção do novo, como sabemos. Seria como se uma lei processual fosse difícil de compreender. O Poder Judiciário deveria deixar de aplicá-la? Evidente que não. O Direito é complexo, estudar direito é deparar-se com dificuldades que devem ser sanadas, muitas vezes, pela Filosofia do Direito, pela Teoria Geral do Direito. Inegável que a aplicação do conceito convencional é mais difícil. Mas, inegavelmente, é mais completa e atenderá muito mais à tarefa de incluir. E traz a hierarquia de norma equivalente à emenda à Constituição.

V ADVERTÊNCIAS AOS OPERADORES DO DIREITO: A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO

Diversas ações foram ajuizadas para cumprimento da quota prevista no artigo 93, sob o fundamento do decreto regulamentar. Isso poderia ser aceitável antes da promulgação da Convenção¹².

Como o conceito da Convenção, como vimos, é mais sofisticado, menos prático e mais abrangente, haveria uma tendência a deixar de aplicá-lo, fixando-se na facilidade do decreto regulamentar e seu conceito quase matemático.

O universo buscado era mais restrito, deixando de fora outros grupos que estão previstos na Convenção e que não estariam no revogado decreto. Provavelmente, seguindo o conceito da Convenção, muitas empresas podem já estar cumprindo a quota. No entanto, todos (autores, réus e o Poder Judiciário) decidiram que era melhor trabalhar com um conceito menor, já revogado (portanto, inútil), mas mais fácil de ser aplicado. Trocamos efetividade da norma internacional, mais ampla e abrangente pela facilidade de um decreto já revogado pela força hierárquica da norma convencional. A advertência deve ficar presente, pois o fácil (decreto regulamentar) não pode substituir o sofisticado e complexo, mesmo sendo de mais difícil aplicação. A Administração Pública, o Poder Judiciário, o Ministério Público devem estar atentos à utilização adequada do conceito, sob pena de "banalizarmos" os termos da Convenção.

Não se pode perder de vista que, como foi dito anteriormente, embora se entenda que o Decreto legislativo já era suficiente para que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência fosse considerada em vigor no Brasil, neste estudo far-se-á o uso de decisões com data posterior

_

Registrou-se acima nosso entendimento de que os efeitos internos já estariam sendo produzidos com a edição do Decreto Legislativo 186, não havendo necessidade do Decreto Presidencial.

ao Decreto Presidencial 6.949/2009, para que não restem dúvidas quanto à vigência do documento internacional à época dessas decisões.

Interessante frisar que o objetivo é contribuir para uma evolução na maneira de enxergar a deficiência e, por consequência, a aplicação da Lei de Cotas.

Indubitavelmente o Poder Judiciário tem um papel fundamental para esse avanço. Todavia, também não se tem dúvidas de que para que essas mudanças aconteçam é necessário sair da "zona de conforto" e ter coragem de decidir de acordo com o que é novo e vigente, em detrimento do que é prático, conhecido, habitual, mas revogado.

É preciso destacar que o Tribunal Superior do Trabalho não tem uma posição sedimentada sobre os critérios de preenchimento da quota. No entanto, a oscilação da jurisprudência não passa pelo problema aqui tratado, ou seja, pela aplicação do critério convencional e não o critério do decreto regulamentar.

Foram selecionadas algumas decisões de Tribunais Regionais do Trabalho e outras do Tribunal Superior do Trabalho para análise, expostas a seguir.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região ao julgar o Recurso Ordinário deu provimento à pretensão da Ré, considerando que a obrigação das empresas, no que tange à contratação de pessoas com deficiência em cumprimento à Lei de Cotas restringe-se ao oferecimento das vagas, a tornar pública sua oferta e, dentro da razoabilidade, empreender meios para facilitar o acesso a elas. Tal decisão foi proferida em 20 de maio de 2010 e sua publicação se deu em 28 de maio do mesmo ano, ou seja, durante a vigência da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. A Ação Civil Pública que deu origem a esse Recurso Ordinário foi ajuizada em 28 de fevereiro de 2008.

Eis uma parte do voto do Relator, que demonstra o teor da decisão:

TRT-PR-01425-2008-018-09-00-0-ACO-16227-2010-publ-28.05.2010

"... A obrigatoriedade na contratação de portadores de necessidades especiais, portanto, deve ser concebida somente nos caso de existência de interessados nas vagas. A empresa deve tornar pública a oferta e, dentro da razoabilidade, empreender meios para facilitar o acesso a tais vagas. Mais que isso seria determinar que o empregador seja obrigado a fazer as vezes do Estado, sendo que as empresas já recolhem altos impostos para que o Estado cumpra com tal obrigação.

Ressalte-se, por fim, que a Ré comprometeu-se em envidar esforços na tentativa de contratação de portadores de necessidades especiais, como se depreende do TAC 101/2007 (fl. 108):

"1) sempre que houver necessidade de realizar contratações de empregados, oficiar à Agência do Trabalhador da SEPT – Secretaria de Estado do Trabalho e Promoção Social e ao Serviço de Reabilitação do

INSS (caso esteja ativo), mediante protocolo, indicando a disponibilidade de vagas e os requisitos necessários ao seu preenchimento, visando buscar candidato que se enquadre nos termos do art. 93 da Lei 8.213/91 (beneficiário reabilitado ou portador de deficiência) e Decreto 3.298/99 (art. 36 e art. 4°)"

Desta feita, insustentável a condenação na forma posta na decisão de origem, ficando restrita a obrigatoriedade de contratação de portadores de necessidades especiais à existência de interessados nas vagas..."

O Tribunal Superior do Trabalho manteve a posição do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, quando decidiu o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e o Recurso de Revista dessa decisão, entendendo que não houve por parte da ré violação do artigo 93 da Lei 8.213/91 e que "... o dispositivo não determina que a empresa seja obrigada a procurar os destinatários, mas tão-somente que, caso sejam selecionados por testes, deve admiti-los enquanto não totalizar os percentuais previstos...". Assim se ementou o posicionamento do TST:

TST-AIRR e RR-142500-83.2008.5.09.0018

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – LIMITES LEGAIS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA – O artigo 93 da Lei nº 8.213/91 tem o objetivo definido de estabelecer critérios objetivos que impeçam a discriminação das pessoas portadoras de deficiência no âmbito das relações trabalhistas. O dispositivo não determina que a empresa seja obrigada a procurar os destinatários, mas tão-somente que, caso sejam selecionados por testes, deve admití-los enquanto não totalizar os percentuais previstos. No caso dos autos, há comprovação de tentativas no atendimento da cota legal, inclusive com adoção de medidas proativas. Recurso de revista não conhecido.

A decisão do TST foi proferida em 26 de abril de 2011, portanto, também durante a vigência da Convenção.

Em outra Ação Civil Pública, o Tribunal Regional da 9ª Região, quando do julgamento do Recurso Ordinário 00912-2008-669-09-00-8, em 03 de março de 2010, aceita a alegação de que existe falta de profissionais com deficiência e que por isso, apesar de todos os esforços, a empresa não conseguiu cumprir a determinação do artigo 93 da Lei 8.213/91. Observa-se que a Convenção Internacional já estava em vigor na data do julgamento. A Ação Civil Pública desse Recurso foi ajuizada em 08 de setembro de 2008.

A argumentação da falta de pessoas com deficiência disponíveis no mercado de trabalho foi aceita no julgamento do Recurso Ordinário 00391-2009-001-10-00, em 13 de outubro de 2009, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região e mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião da decisão no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1072-72.2010.5.10.0000, em 16 de março de 2011. Em tal caso,

a empresa-autora conseguiu rechaçar a multa aplicada por não ter cumprido o artigo 93 da Lei 8.213/91, apesar de a Convenção em comento ser vigente nas datas dessas decisões. O ajuizamento da Ação Ordinária para afastamento dessa multa se deu em 10 de março de 2009. Vejam-se as ementas:

TRT 10 - 00391-2009-001-10-00-0 RO (Acordão 3ª Turma)

ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 – AUTO DE INFRAÇÃO – MULTA – NULIDADE – É certo que as empresas devem atender ao preceito constitucional regulamentado pelo artigo 93 da Lei nº 8.213/91, que visa a adaptação social do portador de deficiência. Todavia, no caso concreto, não restou provado que houve descumprimento da legislação, máxime considerando que a Reclamada contrata e disponibiliza vagas destinadas aos beneficiários da previdência reabilitados ou portadores de deficiência. Não pode a empresa ser punida pela dificuldade de se encontrar mão-de-obra com o perfil previsto na norma legal, reabilitadas ou portadoras de deficiência, que atendam os requisitos necessários para assumir os cargos colocados à disposição. (Julgado em 13 de outubro de 2009)

TST-AIRR-1072-72.2010.5.10.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUTO DE INFRAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DAS VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA – PERCENTUAL DO ART. 93 DA LEI 8.213/91 – DIFICULDADE PARA CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA – DESPROVIMENTO – Não há se falar em ofensa ao art. 93 da Lei 8.213/91 quando o eg. Tribunal Regional traz o entendimento de que a empresa comprovou, documentalmente, que se propôs a cumprir a norma legal, no sentido de preencher percentual de vagas para contratação de pessoas reabilitadas pela Previdência Social ou portadoras de deficiência. O fato, tão-somente de o julgado regional ter considerado que a empresa não conseguiu contratar empregados, por comprovada dificuldade de encontrar mão-de-obra com o perfil previsto na norma, não denota ofensa literal ao dispositivo legal. Agravo de instrumento desprovido. (Julgado em 16 de março de 2011)

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região ao julgar o Recurso Ordinário 00837-2006-102-18-00-5, em 04 de março de 2009, aceitou a justificativa de que a empresa ré demonstrou que se esforçou para cumprir a legislação e o TST, ao analisar o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 837/2006-102-18-40.0, originário desse feito, manteve a situação determinada pelo Tribunal Regional, na decisão proferida em 09 de dezembro de 2009. Importante notar que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho aconteceu na vigência da Convenção Internacional. Essa Ação Civil Pública foi proposta em 13 de junho de 2006.

A inexistência de candidatos habilitados para a ocupação das vagas determinadas pela Lei de Cotas e a verificação de que o Ministério Público não produziu quaisquer provas acerca da efetiva existência de uma ou

mais lista de candidatos ou supostos interessados, numa Ação Civil Pública ajuizada em 12 de março de 2007, foram os argumentos que fundamentaram a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, no Recurso Ordinário 00649-2007-029-12-85-4, em 06 de setembro de 2010 (portanto, posteriormente à internalização e vigência da Convenção).

Por fim, cabe mencionar que o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região entendeu, no RO 0196400-23.2008.5.20.0002, escusável a não contratação de funcionários com deficiência de acordo com a Lei de Cotas, aceitando que a empresa não contratou tais pessoas por carência de profissionais, embora tenha se esforçado para tanto. Baseou seu julgamento, que ocorreu em 22 de março de 2011, no Decreto 3.298/99. Essa Ação Civil Pública foi proposta em 31 de outubro de 2008. Registra-se a ementa:

RO 0196400-23.2008.5.20.0002- AÇÃO CIVIL PÚBLICA – "Existência nos autos de documentos que provam que a empregadora diligenciou perante as instituições para o preenchimento de vagas destinadas aos portadores de deficiência – Não houve descumprimento da norma – Manutenção da Sentença." (Decisão em 22 de março de 2011)

Não vamos discutir aqui, em relação às hipóteses anteriores, quais conceitos deveriam ser aplicados: o conceito (que já vimos, deveria ser veiculado por lei e não por decreto) quando do ajuizamento da ação ou o direito que surgiu após o ajuizamento da ação, revogando o anterior? Entendemos que deveríamos aplicar o direito novo. De qualquer forma, para efeitos de nossa advertência, as decisões, quer dos Tribunais Regionais do Trabalho, quer do Tribunal Superior do Trabalho, não mencionam os termos da Convenção.

Mesmo que se entenda que a obrigação de contratar deveria ter como base o Decreto, pois foi o marco fixador da petição inicial, ainda assim, poucas são as referências aos novos conceitos constantes da Convenção.

O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Advocacia não podem deixar de aplicar a Convenção. Em primeiro lugar, pela hierarquia superior da norma, por força do parágrafo terceiro, do artigo quinto da Constituição Federal; em segundo lugar, porque é um conceito mais moderno, mais abrangente e mais próximo da relação ambiental, largando o fechado conceito de caráter médico. E, por fim, porque é mais inclusivo, abarcando uma larga faixa que não encontrava suporte antes da Convenção.

De toda forma, o que não se pode imaginar é que deixemos de aplicar os conceitos da Convenção. Isso irá provocar, é verdade, uma reflexão mais apurada dos órgãos aplicadores e dos intérpretes, de maneira que deverá ser feito um estudo mais interdisciplinar, forçando o Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias e as Procuradorias a buscar fundamentos em outros saberes, como a Psicologia, a Psiquiatria, a Medicina, a Fonoaudiologia, dentre outros. O conceito da Convenção provoca e instiga o intérprete do Direito.

Retira esse estudioso de sua "zona de conforto", exigindo um comportamento interdisciplinar, mais aberto, mais oxigenado, obrigando uma abordagem mais próxima de outras Ciências e colocando (já não era sem tempo) esse profissional do Direito em diálogo direto e frequente com outros saberes.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência, 4. ed., Brasília: Corde, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. BARRADOS. Pessoas com Deficiência sem Acessibilidade: como, o que e de quem cobrar, Petrópolis: KBR, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. et al. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 2007.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência* e *a Lapidação dos Direitos Humanos*: o direito ao trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Laís Vanessa C. de Figueirêdo. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: nova ferramenta de inclusão. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, nº 95, dez. 2007, p. 57.

Ministério do Trabalho e Emprego: A Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho. Brasília: MTE, SIT, DEFIT, 2007.

NEME, Eliana Franco. Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Coord.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: RT, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 15, jul./set. 1996, p. 86.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. *Inclusão das Pessoas Portadoras de Deficiência no Mercado de Trabalho e Transformação Social – A Experiência da Serasa*. In: Constituição e Inclusão Social. BAURU: EDITE, 2007, v. 1, p. 131-148.

WERNECK, Claudia. *Manual sobre Desenvolvimento Inclusivo*. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

DECISÕES

TRT-PR-01425-2008-018-09-00-0-ACO-16227-2010-publ-28.05.2010 – Disponível em www.trt9.jus.br . Acesso em 29 jul. 2011, às 23:08 horas.

TRT-PR-00912-2008-669-09-00-8-RO – Disponível em www.trt9.jus.br. Acesso em 29 jul. 2011, às 23:20 h.

TRT 10 - 00391-2009-001-10-00 RO - Disponível em www.trt10.jus.br. Acesso em 29 jul. 2011, às 23:31 h.

TRT 12 – 00649-2007-029-12-85-4 RO – Disponível em www.trt12.jus.br. Acesso em 30 jul. 2011, às 00:22 h.

TRT 18 - 00837-2006-102-18-00-5 RO - Disponível em www.trt18.jus.br. Acesso em 30 jul. 2011, às 02:41 h.

TRT 20 - 0196400-23.2008.5.20.0002 RO - Disponível em www.trt20.jus.br. Acesso em 29 jul. 2011, às 20:49 h.

TST – AIRR e RR-142500-83.2008.5.09.0018 – Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 18 ago. 2011, às 01:20 h.

TST - AIRR-1072-72.2010.5.10.0000 - Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 18 ago. 2011, às 02:20 h.

 $\mathsf{TST}-\mathsf{AIRR}\text{-}837/2006\text{-}102\text{-}18\text{-}40.0-\mathsf{Disponivel}$ em www.tst.jus.br. Acesso em 29 jul. 2011, às 02:49 h.