

Ação afirmativa e inclusão no mercado de trabalho – a base de cálculo das cotas para pessoas com deficiência

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Especialista em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Direito ao Trabalho Decente” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, *campus* Natal-Central. Professor efetivo do IFRN, *campus* Natal-Central.

Resumo: Este artigo de investigação foi elaborado a partir de um estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Direito ao Trabalho Decente”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), e trata de uma análise dogmática sobre o direito de cotas no mercado de trabalho para pessoas com deficiência. A escolha do tema se justifica diante da busca de implementar o trabalho decente como oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. A pesquisa em tela se utiliza de uma metodologia de análise qualitativa, usando métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando técnica de pesquisa bibliográfica e documental, em que se visitam a legislação, a doutrina e a jurisprudência, e tendo por desiderato explicitar os contornos jurídicos afetos à base de cálculo quanto às cotas destinadas a vagas de emprego para trabalhadores com deficiência.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Espaço no mercado de trabalho. Cotas. Base de cálculo.

Sumário: Introdução – **1** Do respaldo convencional ao direito à não discriminação – **2** Decompondo o princípio da igualdade a partir de Humberto Ávila – **3** Da inserção social da pessoa com deficiência no mercado de trabalho – Considerações finais – Referências

Introdução

O valor social do trabalho constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988), apresentando-se o trabalho como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988) e fundamento da ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal de 1988), além de ser o primado da ordem social (art. 198 da Constituição Federal de 1988), o que desvela o trabalho como um direito humano fundamental.

Intimamente associado ao valor social do trabalho está o princípio da não discriminação, que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988) e um dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, contido na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que vem compor a concepção de trabalho decente.

A partir disso, tem-se elencado um conjunto de regras que constituem um mínimo civilizatório e patrimonial do trabalhador, destacando-se, aqui, a vedação a quaisquer formas de discriminação quanto à “(...) admissão do trabalhador portador de deficiência”, prescrito na parte final do enunciado do art. 7º, XXXI, da Constituição de 1988.

O presente ensaio versa sobre a temática da ação afirmativa que implementou o direito de cotas para trabalhadores com deficiência (PCD), de sorte a proporcionar a inclusão destes no mercado de trabalho.

A escolha da temática justifica-se em face de constituir como oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 a busca pela promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, pelo emprego pleno e produtivo e pelo trabalho decente para todos. Constitui a meta 8.5: “Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência (...)”.

Importa relatar, ainda, que estatisticamente, a partir dos dados extraído da relação anual de informações sociais (RAIS), em 2018, os trabalhadores PCDs correspondiam a apenas 1% dos 46 milhões de trabalhadores formais no Brasil.¹ Isso revela a tímida inserção e participação dos trabalhadores PCDs no mercado de trabalho, o que leva à ilação de possíveis práticas discriminatórias no processo de contratação, de forma a obstar a oportunidade de acesso ao emprego.

A imposição de cotas para trabalhadores PCDs decorre da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002), isto é, a propriedade não pode ser considerada um direito exclusivamente privado, possuindo uma dimensão socioeconômica de sorte que deve ser aos propósitos coletivos.²

¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Incluir: o que é, como e por que fazer?* Disponível em: www.ilo.org/pt-pt/publications/incluir-o-que-e-como-e-por-que-fazer. Acesso em: 24 maio 2024.

² Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 247. “A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.” “Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre

A questão-problema visa determinar como se deve compor a base de cálculo das cotas de vagas de emprego para as pessoas com deficiência.

Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de abordagem qualitativa, usando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, e adotando uma técnica de pesquisa bibliográfica e documental, em que se visitam a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato explicitar os contornos jurídicos afetos à base de cálculo quanto às cotas destinadas a vagas de emprego para trabalhadores com deficiência. Para tanto, o presente ensaio se estruturará da seguinte maneira: introdução do plexo normativo internacional do direito à não discriminação; análise da tessitura normativa do princípio da igualdade; análise da mudança do paradigma da definição de pessoa com deficiência; e apresentação dos sistemas de cotas e suas peculiaridades para inserção dos trabalhadores PCD no mercado de trabalho.

1 Do respaldo convencional ao direito à não discriminação

Prefacialmente, destaca-se o teor redacional da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948, firmada por meio da Resolução 217 A-III da Assembleia Geral da ONU, a qual configura o marco do sistema protetivo das Nações Unidas, constituindo-se em um verdadeiro código de conduta mundial,³ que ventila, logo nos artigos iniciais, a vedação a quaisquer tipos de discriminação.⁴ *In verbis*:

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. *Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação* que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.⁵ (grifo nosso)

em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004. p. 317-318).

³ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 73.

⁴ Vale lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tem natureza jurídica de tratado internacional, compondo o que se denomina *soft law*. “A Declaração Universal não é tecnicamente um tratado, eis que não passou pelos procedimentos tanto internacionais como internos que os tratados internacionais têm que passar desde a sua celebração até a sua entrada em vigor; também não guarda as características impostas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) para que um ato internacional detenha a roupagem própria de tratado, especialmente por não ter sido ‘concluída entre Estados’, senão unilateralmente adotada pela Assembleia Geral da ONU. Assim, *a priori*, seria a Declaração somente uma “recomendação” das Nações Unidas, adotada sob a forma de resolução da Assembleia Geral, a consubstanciar uma ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 76).

⁵ Disponível em: www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 24 maio 2024.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992, veda, em diversas passagens, qualquer tipo de discriminação. Transcrevem-se alguns enunciados:

Artigo 2º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, *sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.*

(...)

Artigo 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, *a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.* (grifos nossos)

Afere-se, no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, o qual fora promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, dispositivos referentes à questão da não discriminação. *In verbis:*

Artigo 2º

(...)

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão *sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.*

(...)

Artigo 6º

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende *o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.*

(...)

Artigo 7º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o *direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis*, que assegurem especialmente:

(...) (grifos nossos)

Em sede de continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 julho de 1992, prescreve especificamente o direito à não discriminação. *In verbis*:

Artigo 1º

Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, *sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*.

(...)

Artigo 24

Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (grifos nossos)

Importa relatar, ainda, que o direito à não discriminação se apresenta amplamente em diversos enunciados da Declaração Sociolaboral do Mercosul, a qual fora aprovada em 1998 e revista e ampliada em 2015, bem como possui um dispositivo específico assegurando o tratamento isonômico dos trabalhadores deficientes. *In verbis*:

Artigo 4º

Não discriminação

1. Os Estados Partes comprometem-se a garantir, conforme a legislação vigente e práticas nacionais, *a igualdade efetiva de direitos, o tratamento e as oportunidades no emprego e na ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de sexo, etnia, raça, cor, ascendência nacional, nacionalidade, orientação sexual, identidade de gênero, ida-*

de, credo, opinião e atividade política e sindical, ideologia, posição econômica ou *qualquer outra condição* social, familiar ou *pessoal*.

2. Todo trabalhador perceberá igual salário por trabalho de igual valor, em conformidade com as disposições legais vigentes em cada Estado Parte.

3. Os Estados Partes *comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.*

(...)

Artigo 6º

Igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores com deficiência

1. *As pessoas com deficiência serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e laboral.*

2. Os Estados Partes *comprometem-se a adotar e articular medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, qualificação, readaptação e orientação profissional, à acessibilidade e à percepção de bens e serviços coletivos, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva em condições de trabalho decente.* (grifos nossos)

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), destaca-se a Convenção nº 111, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1964, e tendo sido promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 62.150/1968, na qual os países signatários se comprometem em formular uma política de promoção à igualdade de oportunidade na senda laboral com o fito de eliminar todas as formas de discriminação.⁶ *In verbis*:

Artigo 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) Toda *distinção, exclusão ou preferência fundada* na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que *tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*;

⁶ Destaca-se que, em face da aprovação da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, em 1998, em que a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação já

b) *Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência* que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

(...)

Artigo 2º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor *compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.* (grifos nossos)

Lembremos que a Convenção nº 111 da OIT, anteriormente mencionada, constitui-se em uma das convenções fundamentais da OIT, *status* de “*core obligations*”, visto que a eliminação da discriminação em relação ao emprego e à ocupação é um dos cinco princípios e direitos fundamentais no trabalho conforme a Declaração da OIT de 1998, na qual se ventilou a ideia de trabalho decente.⁷

2 Decompondo o princípio da igualdade a partir de Humberto Ávila

O professor Humberto Ávila, em sua tese sobre igualdade, apresenta os seguintes elementos estruturais para a definição de igualdade: (i) sujeitos; (ii) medida de comparação; (iii) elementos indicadores da medida de comparação; (iv) finalidade diferenciada.⁸

constitui imposição jurídica a todos os membros integrantes da OIT, independe de qualquer ratificação a qualquer convenção específica da OIT. O reconhecimento da declaração da OIT, independentemente de adesão, foi reconhecido expressamente na 87ª Reunião Ordinária da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, em 1999.

⁷ “(...). *Decent work means productive work in which rights are protected, which generates an adequate income, with adequate social protection. It also means sufficient work, in the sense that all should have full access to income-earning opportunities. It marks the high road to economic and social development, a road in which employment, income and social protection can be achieved without compromising workers’ rights and social standards. Tripartism and social dialogue are both objectives in their own right, guaranteeing participation and democratic process, and a means of achieving all the other strategic objectives of the ILO. The evolving global economy offers opportunities from which all can gain, but these have to be grounded in participatory social institutions if they are to confer legitimacy and sustainability on economic and social policies*” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Report of the Director-General: Decent Work*. Genebra: ILO, 1999. Disponível em: www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Human%20rights%20and%20work. Acesso em: 22 maio 2024).

⁸ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, os parâmetros para aferição do princípio da igualdade são: a) o elemento tomado como fator de desigualação; b) reportar a correlação lógica abstrata existente entre o

A primeira premissa da igualdade é que esta é um ato de comparação, sendo pressuposto lógico de uma comparação a existência de mais de um objeto. É impossível comparar algo por si só.

Nesse processo de comparação entre os sujeitos, deve ser eleito um referencial que permita realizar a medição entre os sujeitos. O imbricado surge não na afirmação supra, mas sim na forma de eleição da medida de comparação (ii), entre tantas possíveis, e sua vinculação com a finalidade (iv).⁹ Esse é um dos pontos fulcrais da temática.

Pode-se dizer como certo que essa medida de diferenciação deve ser fruto das experiências empíricas dos sujeitos. Não é uma criação, ou melhor, não pode ser criado a partir de um mero subjetivismo, “achismo”, mas se extrai de uma realidade fática a própria diferenciação, pois, caso contrário, ter-se-á um privilégio odioso.¹⁰

A validade e a relevância dessa medida de comparação (ii) justificam-se na medida em que se dialoga com a finalidade objetiva da norma jurídica. É de clareza solar que a finalidade não vem depois da medida de comparação (ii); ao contrário, ela é extraída na realidade fática, sendo tida como pertinente ao atender a finalidade elencada no dispositivo normativo.

Visível está, por conseguinte, que a indicação da finalidade não pode ser ambígua, nem contraditória, nem tampouco implícita. Deve, em vez disso, ser clara, coerente e expressa. Afinal, se é dever do ente estatal tratar todos igualmente, a não ser que haja um motivo para tratá-los diferentemente, deve demonstrar com “suficiente determinação” (...) a finalidade que justifica a distinção.¹¹

Não só isso é o bastante como é imperiosa a eleição do indicativo da medida de comparação (iii). Ao se eleger uma medida de comparação (ii), entre várias medidas, a partir dos casos empíricos, agora precisa-se eleger o indicativo para aferir a medida de comparação escolhida.

Esse elemento indicativo será constatado quando possuir uma relação fundada e conjugada com a medida de comparação (ii). O elemento indicativo terá uma relação fundada quando da existência estatística deste com a medida de comparação (ii).¹² Além disso, deve ser uma relação conjugada. Isso quer dizer que, entre os

fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21).

⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.43-44.

¹⁰ “Assim, dizer que os seres humanos são iguais é dizer que nenhuma tem direito a um tratamento preferencial na ausência de motivos que os justifiquem” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 563).

¹¹ ÁVILA. *Op. cit.*, p. 69.

¹² “O que deve ficar claro, neste ponto particular, é que só há relação sustentada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo quando existir uma correlação estatisticamente fundada entre ambas.

elementos indicativos, deve ser escolhido aquele mais significativo, “próximo” à medida de comparação (ii).¹³

Assim sintetiza Humberto Ávila:

O que fica, de tudo quanto se disse até aqui, é que, entre a medida de comparação, qualificadora de algo efetivamente existente, e a finalidade que lhe serve de justificação deve haver uma relação de pertinência; e, entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo deve haver uma relação fundada e conjugada. Sem esses requisitos, a rigor não se realiza a igualdade.¹⁴

Sobreleva-se a atenção para o fato de que, entre os pressupostos ora desenhados em relação ao princípio da igualdade, a finalidade (iv) é o elemento que guia a formatação dos demais elementos, legitimando ou não as medidas de “discrímen” perpetradas pelo legislador.

(...) falta de controle da finalidade torna extremamente vulnerável a efetividade da igualdade, na medida em que é a sua indicação precisa que permitirá aferir a validade da medida de comparação escolhida pelo Poder Legislativo e, em última instância, legitimar a diferenciação (...) Justamente por isso, sua indicação deve ser clara e isenta de contradições. Caso contrário, por trás da enunciação de uma finalidade, pode existir o propósito inconfessável de discriminar (...) ¹⁵

É certo que o estudo sobre igualdade possui alta complexidade. Com o intuito de vislumbrar os requisitos constitutivos da definição de igualdade, alhures descrito, segue uma tentativa gráfica do exposto:¹⁶

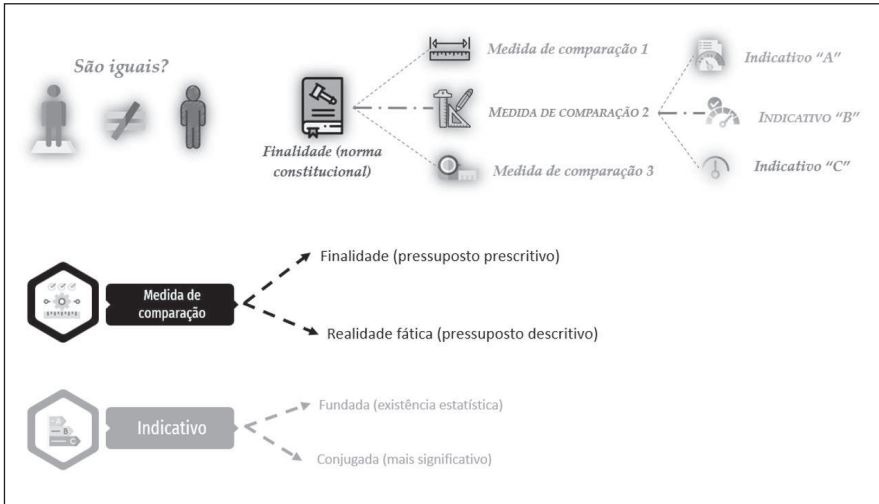
Não havendo um suporte empírico considerável nesse sentido, a distinção será irrazoável, por infundada” (ÁVILA. *Op. cit.*, p. 51).

¹³ Cf. ÁVILA. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵ *Ibidem*, p. 73.

¹⁶ Quer se saber se algo é igual a outro? Para isso tem que se comparar a algo. No caso, está a se comparar sujeitos para identificar se merecem o mesmo tratamento. A partir da norma constitucional, será extraída uma finalidade, a qual nos permitirá identificar a melhor medida de comparação entre os sujeitos. Para poder mensurar a medida de comparação, será eleito um indicativo dessa medida, a partir de relação fundada e conjugada com a respectiva medida.



Estrutura-quadro do princípio da igualdade.

Fonte: Elaborada pelo autor.

Deve o trabalhador PCD ter um tratamento diferenciado de sorte a facilitar seu acesso ao mercado de trabalho?

Primeiramente, é necessário identificar a finalidade contida no conteúdo normativo. Constitui um direito constitucional o amparo ao direito social ao trabalho (art. 6º da Constituição Federal de 1988), sendo um dos princípios da ordem econômica a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da Constituição Federal de 1988).

Pelos enunciados constitucionais e convencionais,¹⁷ constata-se a existência do direito humano fundamental ao trabalho, sendo um dos direitos a compor o marco civilizatório mínimo da pessoa humana. Ressalta-se que é à busca de atender a finalidade que se justifica o tratamento diferenciado, conseqüentemente, pressuposto para a eleição da medida de comparação.

(...) Se é a finalidade a ser perseguida que, em última análise, vai permitir verificar a correção da medida de comparação utilizada (...).

As finalidades que podem servir de parâmetro para a escolha das medidas de comparação são aquelas previstas no sistema normativo constitucional.¹⁸

¹⁷ Declaração de Filadélfia, 1944: Artigo III: A Conferência reconhece a obrigação solene de a Organização Internacional do Trabalho secundar a execução, entre as diferentes nações do mundo, de programas próprios à realização: a) do pleno emprego e da elevação do nível de vida; (...).

¹⁸ ÁVILA. *Op. cit.*, p. 63.

Entre as medidas de comparação possíveis, o legislador estabeleceu a diferenciação a partir do fator deficiência (lei de cotas para trabalhador PCD), fundamentado na quantidade de trabalhadores PCDs que estariam inseridos no mercado trabalho (elemento indicativo da medida de comparação) em face dos trabalhadores não PCDs (dados estatísticos).

A situação fática justifica o “discrímén”, pois, como já explicado, com base nos dados em 2018, os trabalhadores PCDs correspondiam a apenas 1% dos 46 milhões de trabalhadores formais no Brasil.

De tal sorte, fica evidenciado o nexó lógico do indicativo da medida (baixo quantitativo de pessoas PCDs no mercado de trabalho) com a medida de comparação (deficiência) posto esse vínculo estatístico-probabilístico. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, ter-se-ia uma racionalidade que justificaria o critério discriminatório na norma jurídica construída.¹⁹

3 Da inserção social da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

3.1 Da pessoa com deficiência

Por muito tempo, a deficiência foi vista exclusivamente, pela perspectiva médica, de forma isolada, associada a alguma patologia. Em suma, ser deficiente era ser uma pessoa doente.

A percepção médica da deficiência falha por não visualizar o incidente de forma contextualizada, vendo a deficiência em si mesma como um problema de um indivíduo que foge de um padrão homogeneizado do ser perfeito.²⁰

¹⁹ MELLO. *Op. cit.*, p. 38. “Exemplificando para aclarar: suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de discrímén e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexó plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença Imponente.”

²⁰ “O modelo médico de deficiência atribui os problemas encontrados pela pessoa com deficiência à sua própria condição, ou seja, condição de possível incapacidade de preencher as condições necessárias para a participação social. (...)”

A deficiência assume o significado de doença, e toda e qualquer intervenção educacional busca promover intervenções que curem o problema da pessoa com deficiência. Portanto, em educação se assume uma constante preocupação com o diagnóstico da deficiência, buscando classificar o anormal para depois intervir, assim, o professor com seu olhar diagnóstico deve ser capaz de avaliar e realizar o tratamento no sentido da cura. (...)” (CARVALHO, Renata Corcini; NAUJORKS, Maria Inês. Representações sociais: dos modelos de deficiência a leitura de paradigmas educacionais. *Revista de Educação Especial*, Santa Maria, n. 27, p. 2, 2006. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/educacaoespecial/article/view/4345>. Acesso em: 27 nov. 2024).

Entretanto, ao olhar a partir do modelo social, a deficiência não está no indivíduo, mas sim nas barreiras existentes na dinâmica de interação entre o corpo social e o indivíduo. O deficiente não é deficiente, mas sim diferente, como todos são. Nessa modelagem, tem-se em seu bojo o reconhecimento da diversidade que compõe a sociedade.²¹

Nesses termos, explicita Claudia Werneck:

O Social Disability Movement provou que as dificuldades – ou a maior parte das dificuldades – enfrentadas por pessoas com deficiência são resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações e as sequelas físicas, intelectuais, sensoriais e múltiplas de cada indivíduo.

De acordo com o modelo social, a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as sequelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas sequelas. Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com e sem deficiência) e a sociedade.²²

Ao mesmo tempo que as limitações de uma pessoa são uma realidade concreta, já há um entendimento claro de que a deficiência é apenas uma das características daquele indivíduo, uma parte que não deve refletir o seu todo.²³

No modelo de concepção social da deficiência, uma visão mais moderna e de caráter humanizante encontra-se no seio da definição de pessoa com deficiência dada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York em 2007 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009:

²¹ “Nessa perspectiva, a problemática da deficiência não está na pessoa que apresenta tal condição, mas na forma como a pessoa deficiente é concebida na sociedade. Assim, o modelo social reconhece a singularidade da pessoa e não a sua deficiência, singularidade essa que a torna diferente de todas as outras pessoas, pois se parte do entendimento de que cada pessoa é única. Nesse sentido, a sociedade deve adaptar-se para responder as necessidades de todos os seus membros, pois o contexto social assume papel decisivo como favorecedor ou impeditivo do processo de desenvolvimento das pessoas que nele se encontram inseridas” (CARVALHO; NAUJORKS. *Op. cit.*, p. 2).

²² WERNECK, Claudia. *Manual sobre desenvolvimento inclusivo*. Rio de Janeiro: WVA, 2005. p. 27.

²³ “O Modelo Social tem permitido à pessoa com deficiência retomar o controle de sua própria vida e ainda ter o poder de tomar decisões nos meios sociais, participando ativa e politicamente de sua comunidade. Esta abordagem leva a compreender que o problema não está na pessoa ou na sua deficiência, mas que a deficiência assume uma dimensão social que leva à exclusão. (...) esse Modelo argumenta que a deficiência resulta da falha da sociedade (...)” (AUGUSTIN, Ingrid Renata Lopes. *Concepções de membros do Conselho Municipal de Educação acerca da educação da pessoa com deficiência intelectual*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. p. 55. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/644/Dissertacao%20Ingrid%20Renata%20Lopes%20Augustin.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 nov. 2024).

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

Nessa mesma linha de definição está o que é enunciado no art. 2º da Lei nº 13.146/2015:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III – a limitação no desempenho de atividades; e
- IV – a restrição de participação. (grifos nossos)

Em suma, a deficiência não se refere mais à atribuição de uma CID (Classificação Internacional de Doenças). A deficiência manifesta-se nas restrições e limitações decorrentes da interação da pessoa com o meio que a cerca (interações físicas, urbanísticas, sociais etc.).²⁴

3.2 Ação afirmativa das cotas para a inserção social da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

As ações afirmativas assim encontram-se definidas no Decreto nº 11.785/23: “(...) são considerados ações afirmativas os programas e as medidas adotadas pelo Poder Público para corrigir as desigualdades e promover a equidade e os direitos de grupos sociais historicamente discriminados”. São políticas públicas e

²⁴ Deficiência é um conceito em processo de evolução, o qual vem sofrendo modificações a partir da adoção do modelo social de direitos humanos para deficiência.

privadas, temporárias, com fulcro em realizar um resgate histórico quanto à opressão de grupos marginalizados, de sorte a ofertar uma reparação e cercear as condutas discriminatórias.²⁵

Por meio da Lei nº 8.213/1991, que versa sobre planos de benefícios da previdência social, tem-se a prescrição que cria a moldura normativa a imputar a obrigação às empresas com 100 ou mais empregados na reserva de vagas de 2% a 5% para trabalhadores PCD ou reabilitados. *In verbis*:

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

I – até 200 empregados.....	2%;
II – de 201 a 500.....	3%;
III – de 501 a 1.000.....	4%;
IV – de 1.001 em diante.....	5%.

O contorno normativo para a delimitação da base de cálculo para ensejar as cotas a serem destinadas aos trabalhadores PCDs perpassa por diversos aspectos. Primeiramente, contabiliza-se o total de empregados da empresa (raiz do CNPJ),²⁶ e não do estabelecimento empresarial,²⁷ pois, caso o parâmetro fosse o

²⁵ “Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas — isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40-41).

²⁶ A totalidade de empregados da empresa pode ser obtido por meio do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED).

²⁷ “Orientação nº 06. Elaboração dos termos de ajuste de conduta, acordos judiciais e ações civis públicas. Art. 93 da Lei nº 8.213/91. 1. Na elaboração dos termos de ajuste de conduta, acordos judiciais e ações civis públicas que versem sobre o cumprimento do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, *deverá ser considerado o número total de empregados da empresa*, não devendo ser inserida cláusula que excepcione qualquer função ou atividade. (...)” (BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade). *Orientações*. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/orientacoes/orientacoes-da-coordigualdade-1/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 22 maio 2024. Grifo nosso).

estabelecimento, isso poderia ensejar condutas pelo empregador com o fito de obstar o direito dos trabalhadores PCDs à vaga, limitando seus estabelecimentos ao número de 99 empregados.

O que recomenda a Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), órgão do Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio de sua orientação nº 03, é que o empregador, ao atender o percentual mínimo de contratação de PCDs, busque a inclusão, na medida do possível, no escopo de cada estabelecimento.²⁸ Ou seja, buscam-se a integração e a diversidade de forma equânime, dentro das possibilidades fáticas, em cada estabelecimento empresarial.

Aproveita-se o ensejo para explicitar que a finalidade normativa não é apenas o atendimento de uma cota de trabalhadores PCDs contratados, mas a efetiva promoção da acessibilidade destes no local de trabalho (o Decreto nº 9.405/2018 define acessibilidade, adaptações razoáveis e tecnologia assistiva),²⁹ de sorte a efetivar a ideia de trabalho decente e o direito à igualdade de oportunidade.³⁰

Está prescrito na Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “art. 27. 1. (...) i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;”. De forma mais específica é a disposição da Norma Regulamentar nº 17, sobre ergonomia, em seu item 10:

²⁸ Orientação nº 03. Atuação Institucional do Ministério Público do Trabalho na inclusão de pessoas com deficiência e reabilitadas. 1. Questões suprarregionais e/ou regionais. Em empresas de âmbito suprarregionais e/ou regionais, a Procuradoria Regional do Trabalho que tem o procedimento investigatório poderá consultar as demais unidades nas quais a empresa desenvolva suas atividades para a definição da atuação. 2. *A empresa deverá ser orientada, quando do cumprimento do percentual legal previsto para a contratação de pessoas com deficiência e reabilitadas, a buscar a inclusão dessa mão de obra, na medida do possível, em cada local onde exista um estabelecimento, observadas as necessidades, a adequação do local e as atividades desenvolvidas* (BRASIL. *Op. cit.* Grifo nosso).

²⁹ Decreto nº 9.405/18. Art.1º. (...). §1º Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se: (...)

II – acessibilidade – possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, e outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

III – adaptações razoáveis – adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

(...)

V – tecnologia assistiva – produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à autonomia, à independência, à qualidade de vida e à inclusão social. (grifos nossos)

³⁰ Orientação nº 13. Atuação do Ministério Público do Trabalho e acessibilidade. A atuação do Ministério Público do Trabalho deve buscar não apenas o cumprimento da quota prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/91, mas também a plena acessibilidade. (BRASIL. *Op. cit.*).

10.1 *Para as pessoas com deficiência e aquelas cujas medidas antropométricas não sejam atendidas pelas especificações deste Anexo, o mobiliário dos postos de trabalho deve ser adaptado para atender às suas necessidades, e devem estar disponíveis ajudas técnicas necessárias em seu respectivo posto de trabalho para facilitar sua integração ao trabalho, levando em consideração as repercussões sobre a saúde desses trabalhadores.*

10.2 *As condições de trabalho, incluindo o acesso às instalações, mobiliário, equipamentos, condições ambientais, organização do trabalho, capacitação, condições sanitárias, programas de prevenção e cuidados para segurança pessoal devem levar em conta as necessidades dos trabalhadores com deficiência. (grifos nossos)*

Ao realizar o cálculo da cota para contratação de PCDs, se sobrevier número fracionado, dever-se-á arredondá-lo para o primeiro número inteiro seguinte.³¹

Ressalta-se, como ventilado anteriormente, que, pela redação do art. 93 da Lei nº 8.213/1991, a base de cálculo da cota de trabalhadores PCDs sobre a qual incide a alíquota devida (2%, 3%, 4% ou 5%) abrange totalidade dos empregados da empresa, não se fazendo qualquer restrição, condicionante ou atenuação, v. g., a determinados cargos de formação profissional.

Em ato contínuo, com o advento da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), foi acrescido o §3º ao art. 93 da Lei nº 8.213/1991, de sorte a excluir da base de cálculo o trabalhador aprendiz com deficiência.³² Isso desvela o fim normativo de escopo extremamente amplo quanto à base de cálculo, de sorte a permitir a inserção dos trabalhadores PCDs no mercado de trabalho.

De tal maneira, o próprio trabalhador PCD compõe a base de cálculo para fins da determinação das cotas da empresa. Incluem-se, também, aqueles trabalhadores com contrato de trabalho suspenso, excluindo-se tão somente os contratos de trabalho suspensos por motivo de aposentadoria por invalidez. Nesses termos é a orientação da Coordigualdade/MPT:

ORIENTAÇÃO nº 14. Base de cálculo do art. 93 da Lei 8213/91.

1. O “aprendiz com deficiência” não será computado como “pessoa com deficiência contratada”, conforme Lei 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), que acrescentou o §3º ao art. 93 da Lei 8.213/1991.

³¹ Orientação nº 01. Limite dos percentuais da Lei 8.213/91. Quando a aplicação do percentual legal previsto no art. 93 da Lei 8.213/91 resultar em número fracionário, este será elevado até o primeiro número inteiro subsequente (BRASIL. *Op. cit.* Grifo nosso).

³² Lei nº 8.213/91. Art. 93. (...). §3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

2. *Serão computados* na “base de cálculo” para incidência dos percentuais previstos no art. 93 da Lei 8.213/1991: (a) *as demais pessoas com deficiência e (b) os empregados com contratos de trabalho suspensos, salvo os contratos suspensos por motivo de aposentadoria por invalidez.*

3. Não serão computados na “base de cálculo” para incidência dos percentuais previstos no art. 93 da Lei 8.213/1991 os aprendizes, independentemente se pessoa com deficiência;

4. *Os empregados que estão com contratos suspensos por motivo de aposentadoria por invalidez não serão computados* na “base de cálculo” para incidência dos percentuais previstos no art. 93 da Lei 8.213/1991, assim como não serão computados como “pessoa com deficiência contratada”. (grifos nossos)

Por meio de uma interpretação por exclusão, fica evidente que não compõem a base de cálculo os estagiários PCDs, bem como os trabalhadores PCDs que prestam serviços para empresa terceirizada.

Tanto a tomadora de serviços quanto a prestadora de serviços devem atentar para a cota de trabalhadores PCDs de forma autônoma, não havendo sobreposição entre elas.

É importante destacar que, sucedendo-se o reconhecimento de fraude na relação de emprego, como por meio do uso de cooperativas de trabalho ou “pejotização”, esses trabalhadores devem ser incluídos na base de cálculo da empresa tomadora do serviço.

Na prática, são inúmeros os casos em que se busca excluir da base de cálculo determinados trabalhadores com o fundamento de que são atividades que o trabalhador PCD não poderia desempenhar, v. g., os casos em relação aos motoristas de ônibus das empresas de transporte coletivo e das empresas de vigilantes são célebres. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem mantido uma interpretação favorável a uma base de cálculo ampla:

RECURSO DE REVISTA. (...). CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO ATENDIMENTO DA COTA MÍNIMA PREVISTA NO ART. 93 DA LEI Nº 8.213/1991. BASE DE CÁLCULO. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. POLÍTICA PÚBLICA. AÇÃO AFIRMATIVA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MUNICIPAL. EXCLUSÃO DA FUNÇÃO DE MOTORISTA DE TRANSPORTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. MÁXIMA EFETIVIDADE AO PRECEITO LEGAL. (...). I. Discute-se como conferir efetividade à norma do art. 93 da Lei 8.213/91, relativo à cota mínima de contratação de empregados com deficiência ou

reabilitados pela Previdência Social, quando questionado, pela empresa reclamada, se o tipo de atividade por ela exercida (transporte coletivo de passageiros) e a existência de dificuldades na seleção e na contratação de pessoas em tais condições não possibilitariam a flexibilização na aplicação do preceito legal. *II. O texto legal não prevê qualquer hipótese de exclusão de categoria profissional da base de cálculo da cota de contratação de beneficiários reabilitados ou de pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, não fazendo, portanto, qualquer distinção em razão do tipo de função exercida pelos empregados. A norma tampouco prevê condicionantes ou atenuantes para a sua aplicabilidade. De fato, trata-se de norma de ordem pública, viabilizada por meio da adoção de ações afirmativas (ou discriminações positivas), que se destina à concretização de política pública de inclusão das pessoas com deficiência ou reabilitadas no mercado de trabalho. (...).* IV. No caso concreto, o Tribunal Regional do Trabalho deu provimento ao recurso ordinário da reclamada e reformou a sentença, para excluir do cômputo da cota legal de deficientes e reabilitados pela Previdência Social (art. 93 da Lei nº 8.213/91), tanto a função de motorista de coletivo, quanto os próprios deficientes já contratados, neste último caso, “para evitar bis in idem”. Ainda, excluiu da condenação a aplicação da multa por descumprimento de obrigação de fazer e o dano moral coletivo. (...). *VI. A respeito do tema, este Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado no sentido de que a obrigatoriedade prevista no art. 93 da Lei 8.213/1991 refere-se a toda e qualquer empresa com cem ou mais empregados, sem qualquer ressalva quanto ao segmento econômico. Precedentes. (...).* VIII. A propósito da necessidade de se conferir eficácia ao princípio previsto art. 5º, *caput*, da Constituição da República, o aspecto da isonomia/igualdade que ora se discute remete cumprimento da cota legal do art. 93 da Lei 8.213/1991 pela empresa reclamada em relação a outras empresas de outros ramos de atividade empresarial. Nesse particular, de um lado, *não se vislumbra nexó plausível (conexão ou pertinência lógica) entre a exclusão da função de motorista da mencionada base de cálculo e o trabalho a ser exercido pelos empregados com deficiência ou reabilitados pela Previdência Social, porquanto, embora se trate de empresa de transporte coletivo de passageiros, a contratação dessas pessoas não precisa necessariamente ser realizada para a função de motorista, podendo ocorrer em qualquer outra função existente na empresa.* De outro lado, a exclusão da função de motorista da base de cálculo do art. 93 da Lei 8.213/1991, no caso concreto, não é pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos pela norma legal sob análise: o critério diferenciador pretendido pela empresa reclamada não se mostra compatível com os valores infundidos no sistema previsto na Constituição da República de

1988 (arts. 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, XXIII; 7º, XXXI; 170, *caput*; entre outros), tampouco com os padrões ético-sociais acolhidos por este ordenamento. A referida exclusão atenta, ainda, contra preceitos contidos na Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência) e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, ratificada pelo Brasil, em julho de 2008, e incorporada ao ordenamento jurídico com valor de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição da República (Decreto nº 6.949, (...). X. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.³³ (grifos nossos)

Essa interpretação ampla do dispositivo do art. 93 da Lei nº 8.213/1991, na perspectiva de uma efetivação abrangente dos dispositivos constitucionais quanto ao valor social do trabalho e à vedação da discriminação, encontra eco em precedente do Superior Tribunal Federal (STF) ao analisar o art. 16-A da Lei nº 7.573/1986, que limitava o acesso de PCDs a postos de trabalho marítimos embarcados ao excluir tais trabalhadores da base de cálculo para cota de PCDs.³⁴ *In verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16-A DA LEI 7.573/1986, INSERIDO PELO ART. 1º DA LEI 13.194/2015. CONVENÇÃO DE NOVA YORK. EXCLUSÃO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS EMBARCADOS DO CÁLCULO PARA APURAÇÃO DAS VAGAS RESERVADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (ART. 93 DA LEI 8.213/1991) EM EMPRESAS DE NAVEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU CONVENCIONAL AO TRABALHO DE PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA EM EMBARCAÇÕES. PROTEÇÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ISONOMIA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A Convenção de Nova York, a qual tratou dos direitos das pessoas com deficiência, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional (Decreto 6.946/2009), nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal. 2. *A deficiência física, por si só, não incapacita generalizadamente o trabalhador para o desempenho de atividades laborais em embarcações, não existindo exigência legal ou convencional de plena capacidade física para toda e qualquer atividade marítima. A eventual incompatibilidade entre determinadas atividades e certas limitações físicas não justifica a exclusão do trabalho marítimo do alcance da política pública de inclusão social das pessoas com deficiência.*

³³ TST, 7ª Turma, RR-514-33.2012.5.01.0016, Relator Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, DEJT 10.11.2023.

³⁴ Lei nº 7.573/86. Art. 16-A. Os marítimos exercendo atividades embarcadas, por serem submetidos às exigências contidas em convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil relativas às condições físicas, médicas e psicológicas, não integram a soma dos trabalhadores das empresas de navegação para o disposto no art. 93 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

3. A exclusão de postos de trabalho marítimo embarcado do cálculo destinado a apurar o número de vagas destinadas aos deficientes (art. 93 da Lei 8.213/1991) é desprovido de razoabilidade e desproporcionalidade, caracterizando-se como diferenciação normativa discriminatória. 4. A previsão dificulta arbitrariamente o acesso de pessoas com deficiência ao trabalho nas empresas de navegação, pois diminui a disponibilidade de vagas de trabalho para pessoas com deficiência. 5. Ação Direta julgada procedente.³⁵ (grifo nosso)

A decisão consolida a política nacional de inserção de pessoas com deficiência no mundo do trabalho, aliando-se aos ditames constitucionais e convencionais, de sorte que nenhuma função deve ser excluída da base de cálculo para fixação da cota social de trabalhadores PCDs, *v. g.*, motoristas, vigilantes, marítimos etc.

Por fim, chama atenção o enunciado do art. 93, §1º, da Lei nº 8.213/1991, que imputa o dever de só dispensar o trabalhador PCD, salvo dispensa por justa causa ou força maior, após a contratação de outro trabalhador PCD (isso não quer dizer portador da mesma deficiência). Isso revela um verdadeiro limite potestativo ao direito de demitir. Destaca-se que não seria uma forma de estabilidade, mas apenas um mecanismo de manutenção do preenchimento da cota (garantia indireta do emprego).

Frisa-se que, caso o empregador realize a dispensa imotivada de um trabalhador PCD, mas ainda assim preserve o quantitativo da cota, ele fica dispensado da contratação de outro trabalhador PCD ou reabilitado nas mesmas condições. Precedentes do TST nesse aspecto:

RECURSO DE EMBARGOS. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13 .015/2014. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU BENEFICIÁRIO REABILITADO. DISPENSA IMOTIVADA. PRESERVAÇÃO NUMÉRICA DA COTA PREVISTA NO ARTIGO 93, §1º, DA LEI Nº 8.213/91. *Encontra-se consolidado nesta Corte o entendimento de que a dispensa de empregado com deficiência ou reabilitado sem a subsequente contratação de outro empregado em condições semelhantes somente rende ensejo à reintegração no emprego caso a empresa não tenha observado o percentual exigido no art. 93, §1º da Lei nº 8.213/91.* Isso porque a garantia de emprego prevista no art. 93, §1º, da Lei nº 8.213/91 é apenas indireta e tem como objetivo a preservação da cota mínima de postos de trabalho reservados aos portadores de necessidades especiais, não sendo exigência da lei que a contratação se dê para as mesmas funções exercidas pelo empregado

³⁵ STF, Pleno, ADI nº 5.760/DF, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13.09.2019, Diário de Justiça Eletrônico de 26.09.2019.

dispensado. Precedentes. O apelo, portanto, esbarra no óbice do art. 894, §2º, da CLT, segundo o qual a divergência apta a ensejar o embargo deve ser atual, não se considerando tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de embargos não conhecido.³⁶ (grifo nosso)

3.3 Da prevalência do negociado em relação ao legislado e as questões das cotas

A tão buscada reforma trabalhista ocorreu por meio da Lei nº 13.467, publicada em 13 de julho de 2017, que alterou/acrescentou/revogou mais de 200 artigos da CLT, além de dispositivos das leis nº 6.019/1974 (dispõe sobre o trabalho temporário), nº 8.036/1990 (dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) e nº 8.212/1991 (dispõe sobre a organização da seguridade social e institui plano de custeio).

Com o advento da citada reforma, sucedeu-se a positivação do negociado sobre o legislado,³⁷ com a inserção do art. 611-A da CLT: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei (...)”, sob o argumento da necessidade de permitir a adaptação das relações de trabalho em face dos momentos de crise econômica, o que seria inviável com a normal burocracia do processo legislativo.

A temática polêmica, que enseja polarizações ideológicas, teve sua constitucionalidade questionada, tendo o STF, em sede de repercussão geral, no Tema nº 1.046, fixado a tese em favor de sua adequação aos ditames constitucionais, desde que obedecidos os limites dos direitos indisponíveis:

³⁶ TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR-779-16.2012.5.03.0069, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 30.04.2020.

³⁷ “A sociedade brasileira se acostumou a ouvir a expressão ‘o negociado sobre o legislado’ faz algum tempo. No governo Fernando Henrique chegou a avançar proposta para ajustar o art. 620 da CLT ao conceito de negociação coletiva ampla, o que enfrentou forte resistência, assim como o governo Lula patrocinou um programa de metas para completa reforma da negociação coletiva, que ficou conhecido como Projeto Berzoini (nome do Ministro do Trabalho à época), tudo devidamente engavetado por divergências políticas intransponíveis. (...)” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018).

“Com a prevalência do negociado sobre o legislado (*caput* do art. 611-A da CLT), a Lei n. 13.467/2017 autoriza a supressão ou atenuação, pela negociação coletiva trabalhista, de regras imperativas estatais incidentes sobre o contrato de trabalho, com evidente negligência à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social” (DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017. p. 254).

Tema nº 1.046

São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.³⁸

A prevalência dos instrumentos coletivos (convenção e acordo coletivo) em face da lei não é absoluto, sendo elencado no art. 611-B da CLT um conjunto de restrições (por óbvio que o princípio da adequação setorial negociada impõe obediência aos ditames constitucionais e internacionais).³⁹ Na plêiade de limitações, destaca-se o inciso XXII do referido artigo: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência”. Desvela-se tal restrição instrumento para efetivar a normatividade constitucional e convencional quanto à proteção e inclusão dos trabalhadores PCDs.

De tal sorte, eventuais cláusulas ventiladas em convenções e acordos coletivos que busquem suprimir, reduzir ou flexibilizar de alguma forma as regras referentes às cotas sociais destinadas aos trabalhadores PCDs apresentam-se eivadas de nulidade por restringir direito absolutamente indisponível. A imposição desse tipo de condicionante para a celebração de convenções e acordos coletivos pode configurar conduta discriminatória nos termos da Lei nº 9.029/95: “Art. 1º. É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de (...), deficiência (...)”.

Nesse sentido é a orientação da Coordigualdade/MPT:

ORIENTAÇÃO nº 23. Norma Coletiva. Flexibilização, redução ou supressão de cotas sociais em ações afirmativas. Ausência de Pertinência Temática. Indisponibilidade. Objeto ilícito.

I – As ações afirmativas consistentes na previsão de cotas sociais para a contratação de determinados grupos ou pessoas, a exemplo de aprendizes (art. 429 da CLT) e pessoas com deficiência (art. 93 da Lei n. 8.213/91), não podem ser objeto de negociação coletiva e/ou norma coletiva com intuito de flexibilizar, reduzir ou suprimir seu conteúdo,

³⁸ STF, Pleno, ARE nº 1.121.633 nº 5.760/GO, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 02062022, Diário de Justiça Eletrônico de 28.04.2023.

³⁹ “Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 83).

por ausência de pertinência temática, tendo em vista ultrapassar o interesse de categoria profissional ou econômica, pois retratam políticas público-sociais de interesse de toda a sociedade [CRFB/88, art. 1º, III e IV; art. 3º, I, III e IV, art. 6º; art. 7º, XX e XXXI, art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; 201, I; 203, I e IV e V; art. 208, III; art. 227; Convenção 100, sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (OIT, 1951); Convenção n. 111, Sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (OIT,1958); Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (OEA, 2013); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ONU, 1979); Convenção n. 159 da OIT sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes (OIT, 1983); Convenção 182, sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (OIT, 1999); Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência(ONU,2006)].

II – As ações afirmativas de cotas sociais atendem a interesse transindividual de toda a sociedade, razão pela qual são indisponíveis, não podendo ser objeto de negociação coletiva e/ou norma coletiva com intuito de flexibilizar, reduzir ou suprimir seu conteúdo, em virtude da indisponibilidade dos interesses difusos e coletivos.

III – Constitui objeto ilícito de norma coletiva (artigo 611-B, XXIV, CLT) a flexibilização, redução ou supressão de cotas sociais, a exemplo de cotas de aprendizes e pessoas com deficiência, bem como que atentem a quaisquer outras ações afirmativas ou políticas antidiscriminatórias preconizadas em lei, como às referentes à igualdade racial (Lei n. 12.288/2010), à pessoa idosa (Lei n. 10.741/203), à pessoa com deficiência (Lei 8.213/1991 e Lei n. 13.146/2015); às crianças e aos adolescentes (art. 428 à 433, CLT e Lei n. 8.069/90); à mulher (art. 373-A, caput e parágrafo único, CLT) e, aos grupos e pessoas vulneráveis ou tutelados por quaisquer ações afirmativas em geral (Decreto 9.571/2018).

IV – O ato ou fato de o empregador ou o sindicato da categoria econômica exigir, impor e/ou condicionar a celebração de acordo ou convenção coletiva à flexibilização, redução ou supressão de cotas sociais ou de qualquer outra ação afirmativa constitui, em tese, ato ou conduta antissindical e ato discriminatório (Lei 9.029/1995). (grifos nossos)

Quanto à temática, há decisão recente da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST quanto à temática. *In verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA, INTERPOSTO PELO SINDICATO PATRONAL. I) CLÁUSULAS 52ª e 53ª – LIMITAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS COTAS DE APRENDIZES E DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS

PATRONAL E OBREIRO PARA DISPOREM SOBRE MATÉRIA QUE ENVOLVE PESSOAS QUE NÃO REPRESENTAM – RECURSO DESPROVIDO, POR FUNDAMENTO DIVERSO.

1. *A SDC desta Corte firmou o entendimento de que os Sindicatos obreiro e patronal não detêm legitimidade para dispor sobre matéria alusiva aos interesses difusos dos trabalhadores, tal como ocorre na hipótese da limitação da base de cálculo da cota de deficientes e aprendizes, por se tratar de matéria que afeta aos trabalhadores empregáveis (pessoas indeterminadas) e não aos já empregados, sob pena de, ao regulamentar a matéria em norma coletiva, incorrer em manifesta afronta ao art. 611 da CLT.*

2. *In casu, o TRT da 4ª Região julgou procedentes os pedidos da ação anulatória, para anular as Cláusulas 52ª e 53ª da CCT de 2021/2023, que tratam, respectivamente, da base de cálculo das cotas de aprendizes e de portadores de deficiência física, ao fundamento de que: a) a contratação de aprendizes não se traduz em facultade dos empregadores, mas em dever legal previsto no art. 429 da CLT, devendo ser levado em consideração o disposto no art. 10 do Decreto 5.598/05, sendo que o pactuado fere disposição legal explícita, devendo, portanto, a função de vigilante ser incluída na base de cálculo da cota de aprendizes a serem contratados; b) a matéria alusiva à contratação de pessoas com deficiência está expressamente prevista em lei e não permite que as Partes transijam, convencionando de forma diversa, sendo que, analisada caso a caso, as necessidades especiais do empregado não podem impedir o pleno exercício de sua profissão, mas, por outro lado, a mera existência de uma “necessidade especial” não pode ser óbice para o desempenho de qualquer profissão, conforme jurisprudência pacificada do TST.*

3. Sucede que, diante da pacificação da matéria em apreço no âmbito da SDC desta Corte, o recurso merece ser desprovido, mas por fundamento diverso.

(...)⁴⁰ (grifos nossos)

3.4 Análise do contrato de trabalho intermitente no direito das cotas

No caso descrito para análise, retro, tem-se presente o instituto do trabalho intermitente, inspirando no sistema *common law* (*zero hour contract*),⁴¹ o qual foi

⁴⁰ TST, SDC, ROT-0020822-08.2022.5.04.0000, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 19.04.2024.

⁴¹ “(...) O tipo contratual, aliás, é identificado pelo extermínio da ideia do tempo à disposição do empregador, motivo pelo qual há quem o identifique na Inglaterra como *zero-hour contract* (contrato sem horas

uma inovação inserida pela reforma trabalhista com o fito de mitigar a informalidade,⁴² tendo acrescentado o art. 443, §3º, da CLT, caracterizando-se pela ausência do elemento da não eventualidade, sendo este previsto no art. 3º da CLT como um dos requisitos para a configuração de relação de emprego. Sua ilicitude é manifestada nos termos do art. 122 do Código Civil,⁴³ posto que sujeita o negócio jurídico ao arbítrio puro de somente uma das partes.⁴⁴

Essa modalidade contratual encontra-se com sua constitucionalidade questionada, atualmente, perante o STF, no âmbito de três ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 5.826; ADI nº 5.829; e ADI nº 6.154),⁴⁵ em que se ventila a precarização do trabalho, visto a ausência de proteção suficiente por acarretar a imprevisibilidade quanto à percepção da remuneração, instrumentaliza-se a força de trabalho, o que gera risco à saúde, impossibilita-se a organização coletiva e transfere-se parte do risco do empreendimento para o empregado, vindo, assim, a mitigar a eficácia tutelar do art. 7º da Constituição Federal de 1988.⁴⁶

Em face da descontinuidade do trabalho intermitente e da possibilidade de o trabalhador prestar serviços para outros empregadores, o trabalhador intermitente não deve integrar o cômputo para atendimento das cotas destinadas a trabalhadores PCD. Sobreleva-se o grande risco de desvirtuamento da lei de cotas: o empregador, para dar a aparência de atendimento à lei de cotas, destinaria as vagas de trabalho

preestabelecidas) ou na Itália como *lavoro a chiamata* (trabalho mediante chamadas)” (MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 213).

⁴² “O argumento mais utilizado para justificar a adoção do contrato para a prestação do trabalho intermitente foi o de retirar da informalidade um conjunto de trabalhadores que normalmente eram identificados como biscoiteiros ou freelancers. Partiu-se do inocente pressuposto de que, uma vez reconhecida a ora analisada figura contratual, as pessoas que viviam de ‘bicos’ poderiam, enfim, ter CTPS anotada, férias, décimo terceiro salário, FGTS e recolhimento de contribuições previdenciárias. Na lógica da análise econômica do direito, os tomadores de serviço, porém, não aderirão massivamente a essa novidade contratual, porque, obviamente, o custo de tornar formal quem nunca precisou ser formal será bem superior àquele de mantê-los como se encontram, à margem da proteção trabalhista e previdenciária. Será que alguém imagina uma empresa saindo dos seus cuidados para formalizar o contrato de emprego de um trabalhador que lhe atende nos momentos apenas episódicos?” (MARTINEZ. *Op. cit.*, p. 213).

⁴³ Código Civil. Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes (grifo nosso).

⁴⁴ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 439).

⁴⁵ Até a presente data, apenas o Ministro Edson Fachin (relator) e a Ministra Rosa Weber proferiram seus votos.

⁴⁶ “Essa modalidade contratual é, seguramente, uma das mais claras manifestações da superexploração do trabalho humano, pois equipara o trabalhador a uma máquina descartável, colocando, pois, em xeque o projeto constitucional brasileiro de construção da cidadania, da melhoria das condições sociais dos trabalhadores e de uma sociedade mais livre, justa e solidária” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 222).

“Na prática, a medida pode gerar a transferência ao empregado, que é a parte mais vulnerável da relação jurídica, dos riscos da atividade econômica e do empreendimento desenvolvido, que por natureza devem ser do empregador, por ser o titular dos meios de produção (art. 2º da CLT)” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 125).

intermitente a todos os trabalhadores PCD, os quais ficariam sujeitos ao puro arbítrio do empregador quanto à necessidade da demanda, o que acarretaria um tratamento discriminatório ao remetê-los aos cargos de maior precarização; além disso, como o trabalhador intermitente provavelmente estará vinculado a outros contratos de trabalho, o mesmo trabalhador PCD seria computado para fins de cota perante mais de um empregador. Por fim, essa modalidade contratual impede a real inclusão do trabalhador PCD, dada a ausência de habitualidade quanto ao labor.

A Coordigualdade/MPT se manifestou também quanto essa temática, emitindo orientação em relação à incompatibilidade da inclusão de trabalhadores PCDs, vinculados por meio da modalidade de contrato intermitente, para fins de atendimento das cotas prescritas no art. 93 da Lei nº 8.213/91. *In verbis*:

ORIENTAÇÃO N. 16. Incompatibilidade do contrato de trabalho intermitente com a finalidade de inclusão de pessoas com deficiência ou reabilitadas na reserva legal (artigo 93 da Lei 8.213/91).

O contrato de trabalho intermitente não promove efetiva inclusão da pessoa com deficiência ou reabilitada, considerando que a ausência de habitualidade pode reforçar a discriminação e estimular a inserção precária desse grupo vulnerável. Portanto, não devem ser consideradas para cumprimento da cota legal as contratações de pessoas com deficiência ou reabilitadas mediante contrato intermitente. Considera-se, outrossim, na base de cálculo da cota legal, todos os cargos da empresa, independentemente da modalidade de contratação, na forma expressamente prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/91. Inteligência do disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (artigos 3, letra c e 27), Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (artigos 34 parágrafos 2 e 3 e 37), Constituição Federal de 1988 (arts. 1º, II, III e IV; 3º, IV; 7º XXXI) e art. 93 da Lei 8.213/91. (grifo nosso)

Destaca-se que há previsão na Instrução Normativa nº 02/21 do Ministério do Trabalho e Previdência, em seu art. 86, §4º, que determina o não cômputo, para fins de base de cálculo da reserva legal de cargos para PCD, aos empregados em contratos de trabalho intermitente. *In verbis*:

Art. 86. (...).

(...)

§4º *Não serão computados para preenchimento da reserva legal de cargos, mesmo que com a condição de pessoa com deficiência ou reabilitado pelo Instituto Nacional do Seguro Social:*

- I – os aprendizes;
- II – os aposentados por invalidez;
- III – *os empregados com contratos de trabalho intermitente.*

Por fim, pode-se apresentar o seguinte quadro, que compõe uma visão geral da estruturação da base de cálculo para determinar as cotas de vagas de emprego para trabalhadores PCDs.

Quadro. Base de cálculo das cotas de trabalhadores PCD.

Dentro da base de cálculo	Fora da base de cálculo
Todos os trabalhadores da empresa	Aprendiz, independentemente se PCD
Trabalhador PCD	PCD da prestadora de serviços (terceirizada)
Empregados com contratos de trabalho suspensos	Empregados com contratos de trabalho suspensos por motivo de aposentadoria por invalidez
	PCD em contrato de trabalho intermitente
	Estagiários, independentemente de ser PCD

Fonte: Elaborado pelo autor.

Considerações finais

A ação afirmativa das cotas sociais para trabalhadores PCDs apresenta-se como importante instrumento para efetivar o princípio da igualdade material, bem como da não discriminação, de sorte a permitir a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

O não cumprimento da cota prescrita no art. 93 da Lei nº 8.213/1991 configura mácula ao direito difuso no que tange à fase pré-contratual, ensejando, além de tutelas inibitórias, a reparação por danos morais coletivos e a imposição da obrigação de fazer referente ao cumprimento da cota social de trabalhadores PCDs.

Algumas ilações ainda são possíveis: contabiliza-se o total de empregados da empresa, e não por estabelecimento; a base de cálculo da cota abrange a totalidade dos empregados da empresa, não se fazendo qualquer restrição, condicionante ou atenuação; ao realizar o cálculo da cota para contratação de PCDs,

se sobrevier número fracionado, deve-se arredondá-lo para o primeiro número inteiro seguinte; a dispensa de trabalhador PCD, salvo dispensa por justa causa ou força maior, só pode ocorrer após a contratação de outro trabalhador PCD; no caso de dispensa imotivada, caso a empresa preserve o quantitativo da cota, fica dispensada de uma outra contratação, conforme jurisprudência do TST; as cláusulas prescritas em convenções e acordos coletivos que busquem suprimir, reduzir ou flexibilizar as regras referentes às cotas sociais destinadas aos trabalhadores PCDs apresentam-se eivadas de nulidade por restringir direito absolutamente indisponível.

Pelo exposto no presente trabalho, encontram-se fora da base de cálculo das cotas de trabalhadores PCD a figura do aprendiz, independentemente de ser PCD; o PCD terceirizado; os empregados com contratos de trabalho suspensos por motivo de aposentadoria por invalidez; estagiários, independentemente de ser PCD; e PCD em contrato de trabalho intermitente (nos termos da orientação nº 16 do MPT).

A título de proposta de *lege ferenda*, seria ideal a inserção de parágrafo no art. 93 da Lei nº 8.213/1991, com redação semelhante ao §3º, de modo a excluir da reserva de vagas a contratação direta de pessoa com deficiência por meio de contrato de trabalho intermitente.

Abstract. *The present study deals with a dogmatic analysis of the right to quotas in the labor market for people with disabilities. The choice of the theme is justified in view of the quest to implement decent work as the eighth sustainable development objective of the 2030 Agenda. The research on screen uses a qualitative analysis methodology, using hypothetical- deductive methods of a descriptive and analytical nature, adopting a bibliographical and documentary research technique, in which legislation, doctrine and jurisprudence are visited, with the aim of explaining the legal contours affecting the basis of calculation in terms of quotas intended for job vacancies for workers with disabilities.*

Keywords: *Disabled people. Space in the job market. Quotas. Calculation basis.*

Referências

AUGUSTIN, Ingrid Renata Lopes. *Concepções de membros do Conselho Municipal de Educação acerca da educação da pessoa com deficiência intelectual*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/644/Dissertacao%20Ingrid%20Renata%20Lopes%20Augustin.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 maio 2024.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 132. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1943. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.573, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Ensino Profissional Marítimo*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17573.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.029%2C%20DE%2013,trabalho%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1991. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art98. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Decreto nº 9.405, de 11 de junho de 2018. Dispõe sobre o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, previsto no art. 122 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9405.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.405%2C%20DE%2011,Estatuto%20da%20Pessoa%20com%20Defici%C3%Aancia. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Decreto nº 11.785, de 20 de novembro de 2023. Institui o Programa Federal de Ações Afirmativas. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2023. Disponível em: www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria nº 3.214, 8 de junho de 1978. Norma Regulamentadora nº 17 – Ergonomia. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1978. Disponível em: www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/arquivos/normas-regulamentadoras/nr-17-atualizada-2022.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. Instrução Normativa nº 2, de 8 de novembro de 2021. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela Auditoria-Fiscal do Trabalho nas situações elencadas. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-359448244>. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade). Orientações. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/orientacoes/orientacoes-da-coordigualdade-1/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

CARVALHO, Renata Corcini; NAUJORKS, Maria Inês. Representações sociais: dos modelos de deficiência a leitura de paradigmas educacionais. *Revista de Educação Especial*, Santa Maria, n. 27, p. 2, 2006. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/educacaoespecial/article/view/4345>. Acesso em: 27 nov. 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Convenção nº 111: Discriminação em matéria de emprego e profissão*. Genebra: ILO, 1958. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO. Acesso em: 22 maio 2024.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Report of the Director-General: Decent Work*. Genebra: ILO, 1999. Disponível em: www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Human%20rights%20and%20work. Acesso em: 22 maio 2024.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MERCOSUL. *Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015*. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/declaraciones/58033_PT_Declara%C3%A7%C3%A3o%20Sociolaboral.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Genebra: OIT, 1998. Disponível em: www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em: 24 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Declaração de Filadélfia*. Genebra: OIT, 1944. Disponível em: www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/Constituicao_OIT.html. Acesso em: 24 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*. Disponível em: www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por. Acesso em: 22 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Incluir: o que é, como e por que fazer?* Disponível em: www.ilo.org/pt-pt/publications/incluir-o-que-e-como-e-por-que-fazer. Acesso em: 24 maio 2024.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

WERNECK, Claudia. *Manual sobre desenvolvimento inclusivo*. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Ação afirmativa e inclusão no mercado de trabalho – a base de cálculo das cotas para pessoas com deficiência. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 13, n. 55, p. 79-109, out./dez. 2024.
