



REVISTA INCLUSIONES

SEMINARIO BRASIL
AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO CONTEXTO DO BRASIL

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Número Especial Octubre / Diciembre

2019

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Directores

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda

Universidad Católica de Temuco, Chile

Dr. Francisco Ganga Contreras

Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectores

Mg © Carolina Cabezas Cáceres

Universidad de Las Américas, Chile

Dr. Andrea Mutolo

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Brasil

Drdo. Maicon Herverton Lino Ferreira da Silva

Universidade da Pernambuco, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Alekzandar Ivanov Katrandhiev

Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza

Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera

Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González

Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy

Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

Universidad de Potsdam, Alemania

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín

Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía
Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu
Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez
Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie
Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar
Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo
Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto
Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo
Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar
Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau
Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg
Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez
Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire
Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera
Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre
Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura
Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros
Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández
Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango
Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut
Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa
Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo
Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

Instituto Universitario de Lisboa, Portugal

Centro de Estudos Africanos, Portugal

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el
Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Rosario Castro López

Universidad de Córdoba, España

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilvia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía

Santiago – Chile

Representante Legal

Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción



BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

**O DIREITO FUNDAMENTAL ÀS COTAS À LUZ DE CARLOS ARI SUNDFELD:
O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO QUOTAS FROM CARLOS ARI SUNDFELD'S DOCTRINE:
THE ROLE OF AN ORDERING ADMINISTRATION**

Drdo. César Augusto Di Natale Nobre
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
natalenobre@gmail.com

Fecha de Recepción: 11 de julio de 2019 – **Fecha Revisión:** 29 de julio de 2019

Fecha de Aceptación: 28 de agosto 2019 – **Fecha de Publicación:** 25 de septiembre 2019

Resumo

Trata-se de artigo científico que busca discutir o papel da Administração Pública no que tange a efetiva concretização do direito constitucional à inclusão social que as pessoas com deficiência possuem. Defende-se que hoje seria mais eficiente a instituição de política pública de incentivo às empresas em combinação com a Lei de Cotas, ou seja, exercício da função pública pela denominada doutrinariamente de Administração Fomentadora, e não meramente exercício do poder de polícia clássico na fiscalização da atividade empresarial ou, ainda, exclusivamente por meio da Administração Ordenadora.

Palavras-Chave

Lei de Cotas – Pessoas com deficiência – Interesse público – Administração Fomentadora
Ordenação Administrativa

Abstract

This article aims to discuss the Public Administration's role within the constitutional right to social inclusion of people with disability. It defends that today it would be more efficient a public policy that does not limit on merely inspecting that the Quota's Law is being fulfilled but also foment, incentivizes, that particulars actually go further in order to accomplish this constitutional goal.

Keywords

Quota's Law – People with Disability – Public Interest – Foment Administration
Ordering Administration

Para Citar este Artículo:

Nobre, César Augusto Di Natale. O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sundfeld: o papel da administração ordenadora. Revista Inclusiones Vol: 6 num Especial (2019): 397-415.

Introdução

Qual seria o papel da denominada pela doutrina Administração Ordenadora na questão da Lei de Cotas? Quais seriam as diferenças entre este conceito e o instituto do poder de polícia administrativa clássico? A relevância dessas questões se dá porque, para nós, a inclusão social das pessoas com deficiência não se deve restringir à atuação da Administração Ordenadora, mas sim no trabalho conjunto entre a fiscalização desta e os incentivos da Administração Fomentadora.¹

A natureza jurídica da obrigação decorrente da Lei de Cotas é de limitação administrativa, e não de mera obrigação trabalhista. Assim, torna-se de fulcral relevância o debate acerca do papel do Estado na efetiva implementação da inclusão social destas pessoas.

Com essa discussão busca-se aprofundamento sobre o tema porque se acredita que o Estado não deva restringir a efetividade da inclusão social das pessoas com deficiência e reabilitados da Previdência Social por meio do trabalho à ação fiscalizadora da Administração Ordenadora, mas que, para efetivamente tutelar o direito destas pessoas, o Estado deve invocar a qualidade de Administração Fomentadora com a finalidade de concretização desta previsão constitucional.

Ordenação administrativa, fomento ou ambos?

Conforme abordado no início de nosso trabalho, iremos analisar se a inclusão social das pessoas com deficiência deve restringir-se à atuação da Administração Ordenadora, como o é hoje, ou no trabalho conjunto entre fiscalização e regulação do exercício de direitos que a teoria da ordenação administrativa implica, e também dos incentivos da Administração Fomentadora.²

Para entendermos melhor estes conceitos que iremos explorar nesta parte de nosso trabalho, vale a pena recorrermos aos ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld.

“A reconstrução da teoria da ação administrativa passa, a nosso ver, pela identificação de pelo menos três grandes setores: *administração de gestão*, a *administração fomentadora* e a *administração ordenadora*³. O uso da expressão *administração ordenadora* não é novo no Direito Administrativo. A doutrina alemã, superando o arcaísmo e acanhamento do poder de polícia, fala de uma *Ordnungsverwaltung* ou *ordnenden Verwaltung* – administração ordenadora – contraposta à administração prestacional (*Leistungsverwaltung* ou *leistenden Verwaltung*), que presta serviços aos administrados. À administração de gestão corresponde a função de gerir – como agente, como sujeito ativo – determinadas atividades. Engloba inicialmente o “oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente

¹ Estes conceitos de Administração Ordenadora e Administração Fomentadora estão presentes em Carlos Ari Sunfeld, *Direito administrativo ordenador* (São Paulo: Malheiros, 2003). Abordaremos mais adiante tais conceitos.

² Estes conceitos de Administração Ordenadora e Administração Fomentadora estão presentes...

³ Não há grande novidade nesta tripartição, que já vem defendida — embora com função mais restrita e terminologia diversa — por Eros Grau, *Elementos de Direito Econômico* (São Paulo: Malheiros, 2010), 65.

pelos administrados”.⁴ Em sua dupla modalidade: prestação de serviços públicos (isto é, os reservados ao Estado) e de serviços sociais (atribuídos a ele sem caráter de exclusividade, o que elimina a técnica concessional; são os casos de educação e saúde). Ao lado dessas, incluem-se o estabelecimento e manutenção de relações com os Estados estrangeiros (CF, art. 21, I a V), a emissão de moeda e administração cambial (CF, art. 21, VII e VIII), a exploração de setores monopolizados (CF, art. 177), e de atividades econômicas, em regime de concorrência com os particulares (CF, art. 173). Percebe-se a multiplicidade de regimes jurídicos aqui envolvidos.

À administração fomentadora corresponde a função de induzir, mediante estímulos e incentivos — prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes — os particulares a adotarem certos comportamentos. Ex.: concessão de financiamentos, bolsas de estudos, incentivos fiscais.

Por fim, a administração ordenadora congrega as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade”.⁵

Ante estes ensinamentos iniciais do brilhante professor, consegue-se apreender que o regime atual da Lei de Cotas poderia ser muito bem delimitado como plena atuação da administração ordenadora. Carlos Ari explica que este setor da atividade administrativa, o da administração ordenadora, é o responsável pela regulação estatal do setor privado, e, neste sentido, é a parcela da função administrativa que regula o exercício de direitos privados, com o emprego de autoridade.

Um dos direitos regulados pela Administração Pública por meio da ordenação administrativa é a garantia de liberdade de contratar da empresa, e, conseqüentemente, ante a obrigação imposta pela Lei de Cotas de que a empresa não o pode exercer absolutamente, devendo, portanto, destinar pequena parcela de suas contratações para determinada parcela específica da população. Assim, logicamente pode-se concluir que há a regulação do exercício deste direito pela administração ordenadora.

Nestes termos, atualmente, se a empresa não obedece às imposições da Lei de Cotas, como vimos, ela poderá ser autuada pela fiscalização dos Auditores Fiscais do Trabalho (AFTs), antes vinculados ao Ministério do Trabalho e Emprego (“MTE”), hoje à Secretaria do Trabalho e Emprego vinculada ao Ministério da Economia. A delimitação desta competência do MTE veio prevista no Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que, por sua vez, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (vide artigo 36 do referido decreto regulamentador, com especial atenção ao parágrafo quinto⁶). Vale a pena visualizar, ainda que rapidamente, os dispositivos legais (Lei 7.853/89) que fundamentaram a expedição daquele decreto regulamentador, ou seja, a delimitação de competência do antigo MTE, atualmente Secretaria do Ministério da Economia, para a fiscalização do cumprimento pelas empresas de tal imposição legal:

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* (São Paulo: Malheiros, 2010), 20.

⁵ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador* (São Paulo: Malheiros, 2003), 16-17.

⁶ § 5o Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados pessoas com deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no caput deste artigo.

“Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

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

(...)

III - na área da formação profissional e do trabalho:

a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;

b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;

c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inclusão, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;

(...)Art. 15. Para atendimento e fiel cumprimento do que dispõe esta Lei, será reestruturada a Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação, e serão instituídos, no Ministério do Trabalho, no Ministério da Saúde e no Ministério da Previdência e Assistência Social, órgão encarregados da coordenação setorial dos assuntos concernentes às pessoas portadoras de deficiência”.

Assim, temos que a Lei 7.853/89 trouxe a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e previu que Lei posterior disciplinaria a reserva de mercado de trabalho, no setor público e no setor privado, para as pessoas portadoras de deficiência. Também esta Lei atribuiu competência ao antigo MTE (hoje uma Secretaria do Ministério da Economia) para a coordenação setorial dos assuntos concernentes às pessoas portadoras de deficiência, matéria cuja a fiscalização do cumprimento desta política pública, posteriormente a ser implementada, também faria parte. Nestes termos, a Lei Ordinária Federal 8.213/91 trouxe a imposição às empresas de contratar determinado percentual de seus empregados dentre as pessoas com deficiência para cumprir com o disposto no art. 2º, parágrafo único, III, d, da Lei 7.853/89 e, posteriormente, o Decreto 3.298/99 delimitou a competência para fiscalizar especificamente o cumprimento desta exigência. Mas o que acontece quando não se cumpre? É a Portaria MPS 142/2007 que regula o assunto.⁷ Após a autuação da fiscalização federal, a empresa poderá apresentar

⁷ Por infração ao art. 93 da Lei nº 8.213/91, conforme estabelece seu art. 10, V: (i) de R\$ 1.195, 13 a 1.434,16 para empresas de 100 a 200 empregados; (ii) de R\$ 1.434,16 a R\$ 1.553,67 para empresas de 201 a 500 empregados; (iii) de R\$ 1.553,67 a R\$ 1.673,18 para empresas de 501 a 1.000 empregados; (iv) de R\$ 1.673,18 a R\$ 1.792,70 para empresas com mais 1.000 empregados. O valor máximo não poderá ultrapassar R\$ 119.512,33. Exemplificando o cálculo do valor da multa por não preenchimento da cota: Supondo-se uma empresa com 1.010 empregados, que deveria ter 51 empregados com deficiência e tem apenas oito nessa condição. Nesse caso,

defesa administrativa encaminhada à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego competente (primeira instância administrativa), que decidirá. Se for indeferida a defesa, cabe recurso ao órgão administrativo de segunda instância, em Brasília, que decidirá. Se for indeferido o recurso, será tudo encaminhado à PGFN para inscrição em dívida ativa e devida cobrança via Execução Fiscal.⁸ Vale ressaltar, ainda, que a empresa pode se socorrer do Poder Judiciário a qualquer tempo devido a expressa previsão constitucional. De acordo com este procedimento acima analisado e pela legislação citada, facilmente se percebe que o papel do Estado nesta seara, hoje, é tipicamente descrito como parcela da função administrativa tratada por Carlos Ari Sundfeld como de administração ordenadora. A nossa proposta é que para se obter mais concretude à inclusão social das pessoas com deficiência e dos reabilitados da Previdência Social não é suficiente a atuação da administração ordenadora. Deve-se conjugar o papel da administração ordenadora (na delimitação do perfil dos direitos exercidos pelos particulares, e, no nosso caso concreto, o direito de liberdade de contratar das empresas, e, também na fiscalização destas imposições) e também da administração fomentadora, pois a teoria mais moderna do *law and economics* afirma categoricamente que os agentes econômicos trabalham melhor por meio de incentivos e desincentivos do que por obrigações.⁹ Ronald Coase chega a dizer que quando a legislação é ineficiente, ou ineficaz, as partes envolvidas irão negociar uma solução alternativa ainda que seja antijurídica, o que não é o objetivo da sistematização legal sobre o assunto. Assim, para entendermos melhor nossa posição sobre a necessidade da conjugação da atuação da Administração Pública como administração ordenadora e administração fomentadora para chegarmos ao objetivo que nossa Carta Magna previu de igualdade de condições de acesso aos mercados, é importante aprofundarmos um pouco mais na doutrina de Carlos Ari para sabermos as diferenças existentes entre fomento e ordenação.

“A interferência da Administração Pública no campo privado existe em três modalidades distintas:

a) *através de estímulos à iniciativa privada, para induzi-la em certa direção;*

b) *quando assume atividade dos particulares, passando a atuar em substituição a eles;*

c) *pela ordenação de seus comportamentos, através de comandos cogentes, derivados do poder de autoridade (administração ordenadora).*

a) O fomento estatal à vida privada consiste na concessão de benefícios aos particulares, de modo a induzir suas ações em certo sentido. Quem não se dispõe a adotar o comportamento pretendido não é sancionado; apenas deixa de usufruir o benefício que teria, em caso contrário.

Os atos da administração fomentadora não se destinam — e aí sua diferença com os atos constitutivos de direitos privados produzidos pela administração ordenadora — a conferir aos particulares possibilidades de atuação que estes já não tenham. O fomento consiste em prestações produzidas pela Administração — sejam positivas (ajuda financeira a cientistas, créditos subsidiados a empresas estratégicas) ou negativas (isenção de impostos) — para tornar mais fáceis ou eficazes atividades que, não obstante, os indivíduos são livres para explorar.

multiplicam-se 43 (o número de empregados com deficiência que deixou de ser contratado) pelo valor previsto para as empresas com mais de 1.000 empregados. Na vigência da Portaria MPS nº 142, de 11 de abril de 2007, multiplicar-se-iam 43 por um valor entre R\$ 1.673,18 a R\$ 1.792,70.

⁸ Informações obtidas também no antigo site oficial do MTE.

⁹ Ronald Coase, *The problem of social cost* (Chicago: Chicago Press University, 1960), 55.

O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sunfeld: o papel da administração ordenadora pág. 402

b) A exploração estatal de atividade particular está autorizada pelo art. 173 do Texto Constitucional, que define as hipóteses de seu cabimento e seu regime. Não visa dirigir comportamentos dos particulares, mas suprir a falta daqueles entendidos como necessários ao desenvolvimento econômico e social; o Estado apenas substitui os particulares, passando a atuar em concorrência com eles.

c) Já a administração ordenadora consiste na interferência estatal autoritária sobre a vida privada. Supõe o emprego de instrumentos com intensidades e finalidades muito variadas, incidindo sobre a esfera jurídica dos particulares em múltiplas variações.

O mais evidente deles é a imposição, através de comandos co-gentes, de padrões de comportamento (proibição de certos atos, dever de realizar prestações, etc.), cuja inobservância gera a aplicação de sanções (ex.: perda do direito, multa) ou a coação (destruição de alimentos deteriorados, etc.) Porém, o uso da autoridade surge também em versão mais sutil. É o caso dos atos ampliativos de direito que conferem situação jurídica a que os sujeitos não teriam acesso sem a outorga administrativa (ex.: aquisição da cidadania brasileira por estrangeiros). O cumprimento das condições previstas na lei não é dever, mas simples ônus a serem observados para aquisição voluntária do direito, donde parecer, à primeira vista, que, na hipótese a Administração Pública não desempenhar autoridade. Esta, no entanto, existe, traduzida no poder, sem equivalente no direito privado, de criar situação jurídica em benefício de alguém. O que faz dele legítima expressão da autoridade pública é a circunstância de a situação jurídica ativa que cria não se resumir à possibilidade de cobrar prestação da própria Administração, mas se exercer sobretudo perante terceiros (ex.: o registro de marca, que obriga as outras empresas ao respeito da exclusividade)¹⁰.

Com isso é facilmente verificado que a ordenação administrativa impõe padrões de comportamento aos agentes econômicos, enquanto a administração fomentadora confere aos particulares possibilidades de atuações. Na ordenação administrativa, há interferência estatal na vida privada de forma direta, muitas vezes até com a constituição de direitos por meio de atos administrativos. Quando o Estado impõe que determinado número de empregados das empresas deverão ser tais e quais pessoas, ele está interferindo diretamente na esfera privada da vida empresarial, logo, é típica atuação da ordenação administrativa por meio do denominado poder de autoridade. Vejamos este conceito. “poder de autoridade”, com mais detalhes.

II. O poder de autoridade nos atos administrativos que constituem direitos privados

Conceituamos a administração ordenadora como a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio. Nesse conceito, surge a nota que a distingue da administração fomentadora: o exercício do poder de autoridade.

Entretanto, quando se pensa nos atos administrativos voltados à constituição de direitos privados em favor dos particulares, a primeira tentação é enquadrá-los na administração fomentadora. É que ninguém está vinculado ao dever jurídico de solicitar a produção de ato ampliativo, tampouco de preencher as condições necessárias à obtenção do benefício. Por isso, ninguém sofre gravame - como a sanção ou a coação

¹⁰ Carlos Ari Sunfeld, *Direito administrativo ordenador* (São Paulo: Malheiros, 2003), 25-26.

O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sundfeld: o papel da administração ordenadora pág. 403

- pelo fato de nada requerer à Administração ou de não atender às especificações indispensáveis ao deferimento do pedido; apenas deixa de auferir vantagem a que, de outro modo, teria acesso. Tudo isso também se passa com as relações jurídicas derivadas da administração fomentadora. Mas cessam aí as semelhanças. A administração fomentadora destina-se ao fornecimento de prestações da Administração (de caráter positivo ou negativo), para induzir os comportamentos dos particulares em dada direção. Exemplos de prestações positivas são a bolsa de estudos e o financiamento; de prestações negativas, as isenções dos impostos. Em suma, a administração fomentadora ou outorga ao particular prestação a ser realizada pela Administração ou o desonera de prestação que deveria realizar em favor do Estado (daí o caráter negativo da prestação estatal). Portanto, os atos ampliativos produzidos pela administração fomentadora geram para estes a fruição de dada prestação estatal. Já os atos ampliativos praticados pela administração ordenadora, típicos atos administrativos negociais, investem os particulares em situação jurídica ativa cujo conteúdo não é a possibilidade de exigir prestação administrativa, mas sim de exercer certo direito sem perturbação por parte do Estado e de terceiros. A licença para construir libera o exercício de um dos poderes inerentes à propriedade; a autorização para explorar atividade perigosa atribui o direito de atuar em setor normalmente interdito; o registro de marca assegura à exclusividade dela.

Desse modo, não há dificuldade quanto à diferenciação entre os direitos derivados da administração de fomento e os decorrentes da administração ordenadora. Todavia, ainda não está perfeitamente claro porque os últimos constituem expressão do poder de autoridade, se os administrados não estão constrangidos a requerê-los ou a preencher as condições para sua obtenção. Dirimir a dúvida é essencial, inclusive para justificar a distinção entre administração de fomento e ordenadora.

O fomento é atividade não autoritária, por três razões concorrentes. De um lado, porque nada impõe aos administrados. De outro, porque implica na outorga de prestações a serem realizadas pelo próprio Poder Público, criando assim vínculo tipicamente obrigacional; ao desenvolvê-la, o Estado atua de modo semelhante ao do direito privado (de fato, nada há de substancialmente distinto na bolsa de estudo paga pelos cofres públicos ou por empresa particular). Afinal, porque a atividade privada, cuja realização o tomento estatal incentiva, poderia, de Direito, ser desenvolvida sem tal auxílio.

Já a constituição de direitos por ato administrativo é feita a partir de uma posição de autoridade porque tais direitos atribuem ao particular o poder de realizar ações de outro modo vedadas (e que, a partir de então, não podem ser obstadas, quer pela própria Administração, quer por terceiros). Não há, no caso, ao contrário do fomento, qualquer vínculo obrigacional entre o Poder Público e o particular; aquele não se obriga a qualquer prestação em face deste. Através de tais atos, a Administração confere aos particulares poderes que, no Direito Privado, ninguém pode conceder a outrem.¹¹ Daí o cunho evidentemente autoritário do ato administrativo que constitui esses direitos.¹² (Grifos nossos).

Creemos que a política pública para a inclusão das pessoas com deficiência e reabilitadas da Previdência Social, portanto, não deve se limitar à ação fiscalizadora com eventual imposição de multa por desrespeito à Lei de Cotas. Este papel tipicamente

¹¹ Carlos Ari Sundfeld, Fundamentos de direito público... 149.

¹² Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 40–42.

ordenador da administração é importante e não deve ser deixado de lado, inclusive. Mas defendemos a criação de um sistema de incentivos para as empresas efetivamente implementarem, com mais eficácia, a inclusão social que se busca.

Os incentivos que tratamos aqui, pensamos, podem ser de natureza financeira, tributária e até organizacional, conforme explicaremos adiante. E, além de tudo, não se deve retirar o papel da ordenação em fiscalizar o devido cumprimento dos requisitos para a obtenção dos incentivos ou, ainda, continuar na fiscalização das obrigações decorrentes da Lei de Cotas.

Optamos, então, por aprofundar a doutrina de Carlos Ari Sundfeld para entendermos melhor as categorias jurídicas que este autor utiliza para explicar as limitações administrativas a direitos e, posteriormente, encaixarmos dentre aquelas categorias qual entendemos ser a mais adequada para a obrigação decorrente da Lei de Cotas.

Com este esforço, estaremos aptos a estabelecer as consequências que esta nova classificação pode nos levar, sugerindo, inclusive, o novo marco legal que poderia tratar sobre o assunto para incluir socialmente as pessoas que a Lei de Cotas deseja favorecer de maneira mais eficaz, obedecendo ao princípio da legalidade e, ainda, sem desrespeitar os limites da ordenação administrativa.

Adicionalmente, iremos também entrar no mérito do conjunto de políticas públicas de incentivo, papel da administração fomentadora, que pensamos serem cabíveis para a concretização dos direitos aqui tratados visando afastar a ineficácia social desta regulação que tanto nos tormenta.

Aprofundando as limitações administrativas: os diversos modos de intervenção na vida privada decorrentes da administração ordenadora

Nossa premissa é que a obrigação decorrente da Lei de Cotas não possui natureza trabalhista, mas sim natureza tipicamente administrativa.

Por isso adotamos a teoria genericamente aceita acerca das limitações administrativas para podermos fazer nossa análise, a qual acabou por tomar o viés de encaixar a Lei de Cotas sob a gama de princípios, institutos, direitos e obrigações do Direito Administrativo, e não do Direito do Trabalho.

Cumpra-nos neste momento aprofundarmos esta matéria, pois é deste aprofundamento que entenderemos as consequências jurídicas desta nossa nova classificação.

Agora que entendemos bem o conceito de ordenação administrativa, retomaremos a doutrina inovadora de Carlos Ari Sundfeld para compreendermos sua teoria acerca das técnicas empregadas pela administração ordenadora.

“Estabelecido e aclarado o conceito de administração ordenadora, cumpre traçar rápido painel dos diversos modos de intervenção na vida privada por ela adotados.

O primeiro é a criação, por via de ato administrativo, de situação jurídica ativa típica da vida privada: direito de realizar atividade em geral proibida (e.: autorização de porte de arma) ou reservada a um número limitado de

exploradores (e.: exportação de café); atribuição de *status* jurídico (e.: cidadania, personalidade jurídica), etc. Estudaremos tais figuras sob o rótulo genérico de constituição de direitos privados por ato administrativo. O segundo volta-se à regulação administrativa do exercício dos direitos titularizados pelos particulares, de modo a definir-lhes o perfil. Aqui, o exame da atividade administrativa deve ter duplo enfoque. De um lado, cuida-se de identificar as espécies de situações passivas a que podem ser submetidos os titulares de direitos, as quais denominaremos globalmente de condicionamentos administrativos de direitos, com três espécies: limites do direito (deveres de não fazer), encargos do direito (deveres de fazer) e sujeições do direito (deveres de suportar). De outro, será preciso conhecer as correlatas competências da Administração. Essa categoria corresponde em parte à noção atual de limitações administrativas, ampliada com a teoria dos encargos e sujeições que, conquanto traduzam medidas diversas de imposição do dever de abstenção, cumpre idêntico objetivo: definir o âmbito do exercício lícito dos direitos.

A terceira espécie de interferência já não tem como objeto regular o exercício dos direitos, compondo-lhes o perfil (isto é, o âmbito da atuação lícita de seus titulares, mas sim sacrificá-los. No campo dos *sacrifícios de direitos* — que atingem apenas os direitos patrimoniais —, ver-se-ão duas situações: a primeira é a do sacrifício integral do direito (extinção); a segunda a do sacrifício parcial ou temporário (restrição). Essa técnica deve ser estudada em confronto com a imposição de condicionamentos, para permitir a perfeita delimitação de ambas, à vista da peculiaridade de seus regimes jurídicos sobretudo no que tange ao dever de indenizar. O conhecimento dessas duas categorias permitirá uma visão clara de institutos mistos, como o tombamento, que por vezes traduz mero condicionamento de direito (ex: tombamento de obra de arte), por vezes sacrifício de direito (ex.: a maioria dos casos de tombamento de prédios).

A quarta modalidade está ligada à imposição, aos particulares, de deveres autônomos. Os condicionamentos, destinados a definir o âmbito de legítima expressão dos direitos, só sujeitam os indivíduos que os exercem. Há contudo, deveres impostos às pessoas enquanto tais, dos quais estas não podem se livrar, pelo fato de não cogitarem de exercer direitos (ex.: serviço militar e eleitoral). É o que denominamos prestações dos particulares em favor da Administração”.¹³

Para fins de determinar o âmbito de atuação da doutrina citada em nosso presente trabalho, interessa-nos, primordialmente, a parte denominada acima como o “segundo” modo de intervenção na vida privada que a administração ordenadora realiza, aquele que é comumente chamado de limitações administrativas ao exercício de direitos.

Pois bem. Vislumbremos a liberdade de contratar das empresas. Como será realizado o seu exercício? Ora, após nossos estudos até o momento fica claro que ele pode ser exercido livre de limitações legais (obedecidos os requisitos mais amplos do ordenamento jurídico, como, por exemplo, não discriminação etc.) até que a empresa atinja o número de 99 empregados, pois a partir do 100º, tal direito começa a sofrer limitações ao seu exercício, pois necessariamente a empresa deverá destinar uma parcela pequena de suas contratações de empregados para empregar uma determinada parcela da população específica tratada pela Lei de Cotas.

¹³ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador...* 26–27.

Em outras palavras, a Lei de Cotas nada mais fez do que impôs condicionamento administrativo para o regular exercício do direito de livremente contratar empregados das empresas, pois a partir de determinado momento no porte da empresa, deverá ela ter uma típica obrigação de fazer, qual seja, contratar determinadas pessoas. Com isso, consegue-se encaixar a obrigação decorrente da Lei de Cotas nesta categoria que Carlos Ari define como *condicionamentos administrativos de direitos*, mais especificamente na modalidade de *encargos de direitos*. Isso decorre do fato de que há imposta uma típica obrigação de fazer às empresas para que o direito da liberdade de contratar seja exercido dentro do perfil que a Lei lhe traçou.

Nestes termos, cumpre-nos estudar, primeiramente, os próprios condicionamentos administrativos de direitos para entendermos melhor porque a Lei de Cotas é típico exemplo desta forma de intervenção estatal na vida privada. Para tanto, devemos traçar considerações sobre cada um dos três tipos de condicionamentos que Carlos Ari elucida para que, ao final, consigamos averiguar se, de fato, estamos diante de condicionamento administrativo de direito do tipo encargo de direito, quando se analisa minuciosamente a obrigação decorrente da Lei de Cotas.

Após este esforço classificatório, entraremos na parte fulcral do trabalho que é delimitar as competências da Administração neste cenário para conseguirmos desenhar o modelo institucional que pensamos ser o próximo passo para a concretização da inclusão social ora pleiteada, obedecendo, claro, o princípio da legalidade.

“As pessoas são titulares de direitos, reconhecidos e garantidos pelo Estado, por força da Constituição e das leis, ou mesmo atribuídos por ato administrativo específico. Os direitos não são, porém, ilimitados, no sentido de estarem livres da incidência de atos estatais. Essa incidência existe, e corresponde ao exercício normal e necessário da autoridade pública.

Como já expusemos anteriormente, os direitos são atingidos por duas espécies de atos estatais, cuja distinção é radical e importante: de um lado, os que condicionam o direito, de outro, os que sacrificam-no.

Os direitos dos particulares são produto do Ordenamento; não os precedem nem existem fora dele. Por isso, é normal que os atos estatais definam seu conteúdo, ditando as condições de seu regular exercício. Os condicionamentos são a definição do campo legítimo de expressão do direito.

De outra parte, os direitos podem, em certas situações, ser sacrificados, total ou parcialmente. Tratando-se da diminuição de algo atribuído pela ordem jurídica aos indivíduos, é compreensível que o sacrifício seja cercado de garantias especiais e propicie uma compensação.

O estudo disso, a que denominamos condicionamentos de dígito, é realizado pela doutrina do direito administrativo sob a rubrica “poder de polícia” ou “polícia administrativa”. Trata-se de noção insuficiente, perigosa e confusa, cuja utilidade cremos totalmente superada. Por isso, propomos seu completo abandono, em favor de nova categoria.

O exame da interferência administrativa voltada a definir o campo legítimo de atuação dos particulares deve adotar dois prismas diversos, embora conexos. De um lado, necessário analisar as espécies de situações subjetivas passivas a que podem ser submetidos os titulares de direitos. De outro, as competências de que dispõe a Administração, por conta dessas situações subjetivas. Em outras palavras, é mister conhecer ambos os lados da relação jurídica que essa específica atividade administrativa enseja. E o que intentamos fazer neste e no capítulo

O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sundfeld: o papel da administração ordenadora pág. 407

seguinte, o primeiro dedicado a conhecer o ângulo do administrado, o segundo o da Administração.

Infelizmente, a doutrina administrativista não tem procedido com clareza a essa singela decodificação da relação jurídica, e por isso trabalha sobre aspectos parciais, mal organizados e, em consequência, mal estudados”.¹⁴

É importante pontuarmos que concordamos e adotamos a posição do autor que o termo mais correto cientificamente a ser adotado não é “poder de polícia”, mas sim o conceito de “ordenação administrativa”. O poder de polícia restaria superado pela ordenação pelo fato de ele não conseguir explicar, sem malabarismos interpretativos, principalmente, os encargos de direitos. Em outras palavras, a obrigação de fazer imposta a particular em decorrência de outras normas do ordenamento jurídico, possivelmente e, muitas vezes, fundamentada na própria função social (eg. do contrato ou da propriedade) não é explicada pelo poder de polícia que se limita a abranger as obrigações de abstenção, ou seja, as obrigações de não fazer.

Por isso adotamos a teoria dos condicionamentos administrativos proposta pelo autor citado. Devemos agora adentrar na minúcia da teoria do Direito Administrativo contemporâneo para fixarmos nosso entendimento e traçar nossas conclusões de acordo com esta posição doutrinária mais arrojada do que a clássica concepção sobre limitações administrativas.

Por isso trouxemos a teoria dos condicionamentos administrativos a direitos. cremos que a obrigação decorrente da Lei de Cotas encaixa-se perfeitamente sob esta rubrica.

“Os condicionamentos administrativos são as situações subjetivas passivas, impostas pela lei e controladas pela Administração (ou impostas pela Administração Pública, com base em lei, e por ela controladas), aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições).

São, portanto, suas características: a) situação subjetiva passiva; b) imposta pela Administração ou apenas controlada por ela; c) ao titular do direito; d) para definir as condições de seu exercício regular”.¹⁵

A partir destes ensinamentos iremos agora detalhar nossa análise para que não reste dúvida ser a obrigação decorrente da Lei de Cotas uma espécie de condicionamento a direito do tipo encargo, ou seja, uma obrigação de fazer imposta aos particulares para fins da delimitação do regular exercício do direito em questão, qual seja, a liberdade de contratar das empresas.

“a) A ordenação administrativa da vida privada é feita com o emprego de várias técnicas. A instituição de condicionamentos serve à regulação do exercício dos direitos de que o sujeito disponha (por outorga da Constituição, da lei ou de ato administrativo). Desse modo, a atuação administrativa estará envolvida com a criação ou controle de situações passivas”¹⁶

¹⁴ Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 53–54.

¹⁵ Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 54.

¹⁶ Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 54.

A empresa possui liberdade de contratar como direito *prima facie*, no entanto, o ordenamento jurídico positivo brasileiro, por meio da Lei de Cotas, impôs regulação deste direito através da implementação de obrigação de fazer às empresas (obrigação de contratar as pessoas que descreve, na quantidade prevista), logo, as empresas se encontram em situações passivas desta obrigação criadas e controladas pela Administração, conforme qualificado pelo Professor. Nosso argumento sobre a natureza jurídica da Lei de Cotas, portanto, encontra-se em consonância com esta primeira característica descrita por Carlos Ari.

b) Os condicionamentos de direitos são administrativos quando a lei, ao prevê-los, atribui à Administração poderes explícitos para atuar (impondo-os concretamente, fiscalizando seu exercício, sancionando, etc.). Nesse caso, instaura-se relação jurídica entre o titular do direito e a Administração: aquele será sujeito passivo do dever de atender aos condicionamentos e esta o sujeito ativo.¹⁷

Nossa opção teórica por encaixar a Lei de Cotas sob a rubrica de condicionamento administrativo de direito também é adequada a esta característica exposta pelo Professor, pois acima tomamos o cuidado de explicar como é hoje o regramento desta matéria. Cabe à fiscalização federal dos AFTs, atualmente vinculados ao Ministério da Economia, verificar o cumprimento da norma decorrente da Lei de Cotas e, possivelmente, autuar os infratores, quando for o caso. A Administração ordenadora é sujeito ativo da fiscalização do cumprimento da lei e a empresa sujeito passivo do dever de atender à obrigação dela decorrente.

“c) A imposição aos particulares dos condicionamentos de direitos é técnica da administração ordenadora destinada a compatibilizar o usufruto das liberdades públicas com interesses coletivos. Não se confunde com a imposição de deveres, feita pela Administração aos indivíduos, independentemente da titularidade ou exercício de algum direito. Dois exemplos aclaram essas noções. O exercício do direito de reunião é condicionado ao prévio aviso à autoridade competente (CF, art. 5º, XVI). O aviso é condicionamento, visto traduzir situação subjetiva passiva a que se submetem os indivíduos que pretendam exercer seu direito de reunião. A prestação de serviço militar é dever administrativo, imposto a determinados sujeitos, sem vínculo direto com o exercício de qualquer direito”.¹⁸

A análise desta característica dos condicionamentos trazida pelo Professor é muito interessante do ponto de vista da Lei de Cotas. Voltando ao nosso caso. A empresa possui ampla liberdade de contratar quem ela, como entidade autônoma, acredita ser a melhor pessoa para o cargo em questão. No entanto, é de interesse coletivo que as pessoas com deficiência e as reabilitadas da Previdência Social possuam emprego para se inserirem socialmente por meio do trabalho próprio. Logo, foi criada por meio de Lei uma obrigação às empresas de destinar pequena parcela do seu quadro de empregados necessariamente para tais pessoas.

Assim, para a empresa exercer a liberdade pública em questão (i.e. liberdade de contratar) de maneira compatível com o interesse coletivo (i.e. inclusão social destas pessoas), foi criado o mecanismo da Lei de Cotas.

¹⁷Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 54–55.

¹⁸Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 56.

Da mesma forma que o direito de reunião é condicionado ao aviso prévio à autoridade competente, a liberdade de contratar da empresa é condicionada à contratação de determinadas pessoas, em quantidade fixa, a partir de um alto número de empregados registrados na empresa. Parece-nos que este raciocínio é muito mais coerente do que dizer, simplesmente, que a Lei de Cotas impôs um dever administrativo às empresas, como ocorre no caso do serviço militar obrigatório, acima citado.

No caso do serviço militar obrigatório, conforme acima tratado por Carlos Ari, estamos diante de dever administrativo, logo, é imposição a determinados sujeitos de dever sem o vínculo direto com o exercício de qualquer direito. Não nos parece ser o caso da obrigação decorrente da Lei de Cotas. Esta nos parece diretamente vinculada ao exercício regular de uma liberdade pública, a liberdade de contratar da empresa, conforme já explicado.

“d) Os condicionamentos administrativos definem as condições de exercício regular dos direitos. Não diminuem sua extensão, apenas a delimitam. Nisso reside sua diferença em relação aos sacrifícios.

Não se deve confundir a criação de situação desfavorável ao interesse individual com o sacrifício de direito. Todo condicionamento, por implicar ou na circunscrição do universo de atuação do indivíduo (limites do direito), ou na imposição de comportamentos positivos (encargos) ou no dever de suportar a interferência de outrem (sujeição), cria situação desfavorável ao interesse pessoal do titular do direito. Importa, porém, no sacrifício de situação de mero interesse (desprovida de proteção jurídica), não no sacrifício do direito.¹⁹

O sacrifício de situação de mero interesse é visível no instante em que se edita regulamentação nova, interditando comportamentos outrora admitidos, impondo novos encargos ou submetendo a novas sujeições. Aparentemente, restringiu-se o direito; em verdade, este apenas foi regulado de maneira distinta.

A ordenação do exercício de direitos, para se caracterizar como imposição de condicionamentos (e não como sacrifício) deve observar algumas pautas fundamentais, a serem estudadas com detalhe no capítulo VII. Porém, aqui vão antecipadas algumas noções. Inicialmente, há de respeitar o conteúdo mínimo do direito. No caso do direito de propriedade de imóvel, são condicionamentos apenas as medidas que não inviabilizem a utilização funcional do bem. Assim, a proibição de construção de prédio com mais de dez andares na zona urbana é condicionamento, visto não comprometer a utilização funcional do terreno, mas a interdição de qualquer construção é sacrifício, visto subtrair toda possibilidade de utilização economicamente viável. Em segundo lugar, condicionamentos são, em regra, medidas que atingem genericamente os titulares de direitos em situação semelhante, como o dever, imposto a todos os proprietários de automóveis, de utilizar cinto de segurança. Contudo, os condicionamentos podem ser impostos por medidas específicas e concretas, que não alcançam todos os sujeitos classificados na mesma situação, desde que o constrangimento causado possa ser considerado normal. É exemplo a requisição de imóvel pela Justiça Eleitoral, para instalação de junta de recepção de votos em dia de pleito, ou o tombamento de obra de arte.

Os condicionamentos, conquanto representem situação desfavorável para o particular, justamente por delimitarem o campo de atuação

¹⁹ Eduardo García de Enterría e Fernández, Curso de direito administrativo, Vol: II (São Paulo: RT, 2009), 98.

O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sundfeld: o papel da administração ordenadora pág. 410

legítima do titular do direito (é dizer: por apenas traçarem seu perfil) não conferem direito à indenização”.²⁰

A Lei de Cotas, portanto, não sacrificou direitos. Ela foi o marco regulatório do setor, dando nova feição ao direito de propriedade da empresa, ou, como sustentamos, ao exercício da garantia da liberdade de contratar. Simplesmente delineou o direito que regula, como condicionamento que o é, dizendo que a empresa possui, a partir dos efeitos da nova legislação, a obrigação de fazer que traz. Em outras palavras, impondo comportamento positivo ao particular: contrate determinados empregados a partir de determinado porte da empresa.

Carlos Ari cita que o condicionamento não pode extinguir o conteúdo mínimo do direito. A Lei de Cotas, a nosso ver, obedece a tal regramento, pois conforme já sustentamos acima, ela não traz ônus excessivo à empresa. Diferentemente seria se a legislação obrigasse a empresa a contratar percentual elevado de trabalhadores para todas as empresas, independentemente do porte. Seria uma ofensa à garantia da liberdade de contratar e, logo, inconstitucional a lei que trouxesse regulação neste sentido posto que esvaziaria o conteúdo jurídico do direito em questão.

Concordamos com o Professor Carlos Ari quando ele sustenta que os condicionamentos não são restrições (e agora, restrições no sentido técnico da palavra), mas sim meras novas regulações sobre o tema, sacrificando interesses particulares, o que é muito diferente do que o sacrifício de direitos. Direito é interesse juridicamente tutelado e interesse é o mero “querer” individual. A Lei de Cotas sacrificou mero interesse das empresas de não ter a obrigação que a partir da Lei de Cotas passaram a ter, mas nunca se pode dizer que a Lei de Cotas sacrificou direito das empresas, pois, conforme já se explicou, o conteúdo mínimo do direito permaneceu intocado.

Sobre este conceito de condicionamentos como limitações ao direito dos particulares e, também, sobre a questão da natureza jurídica do condicionamento em questão, se de direito público ou de direito privado, vale a pena recorrer a Carlos Ari. Vejamos:

“Os condicionamentos são disseminados em todo o Ordenamento; de fato, a ausência de limites é incompatível com a ideia de direito subjetivo. Por isso, compreensível que nem todos os condicionamentos de direitos sejam administrativos.

A lei civil, ao regular o direito de propriedade, fixando seus contornos, também submete o proprietário a condicionamentos. O artigo 554 do Código Civil estabelece limite ao uso da propriedade, dispondo não poder ele perturbar o sossego dos vizinhos (dever de não fazer). O artigo 555 impõe o encargo de o proprietário reparar o prédio que ameaça ruína (dever de fazer). O artigo 563 impõe sujeição, determinando ser o dono do prédio inferior obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior (dever de suportar). Tais condicionamentos são de direito privado, porquanto à Administração Pública não foi, pela lei, permitida qualquer interferência na imposição deles em concreto ou na fiscalização de seu cumprimento. Portanto, não instauram relação jurídica entre o proprietário e a Administração, mas apenas entre aquele e seus vizinhos. Em coerência com o caráter privado desses condicionamentos, a situação de vantagem que propiciam é disponível. Assim, os vizinhos podem prescindir da faculdade de exigir o respeito ao seu sossego,

²⁰ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador...* 56–57.

conformando-se com os incômodos provocados, ou da possibilidade de escoar suas águas pelo terreno alheio, optando pela construção de fossas para captá-las.

Não cabe pretender distinguir os condicionamentos administrativos dos condicionamentos de Direito Privado por alguma característica íntima do interesse que visam realizar. Os condicionamentos administrativos protegem interesses públicos – daí caber à Administração atuar – e os condicionamentos de Direito Privado tutelam interesses privados – razão porque só os particulares beneficiados estão autorizados a exigir seu cumprimento. Mas o que caracteriza um condicionamento como vinculado ao interesse público não é qualquer característica própria dele, sacada de fora do Direito, e sim o fato de à Administração ter sido prevista atuação a ele vinculada, instrumentada com poderes de autoridade pública. Isso explica como um condicionamento de Direito Privado é suscetível de, sem se alterar em substância (isto é, quanto à situação de desvantagem a que submete o titular do direito), ser transformado por lei nova em condicionamento administrativo. Tome-se como exemplo o mencionado limite do direito de propriedade disposto pelo art. 554 do Código Civil. Caso lei municipal venha a conferir à Administração competência para fiscalizar o respeito ao sossego dos vizinhos, o condicionamento se tornará administrativo”.²¹ (Grifos nossos).

Conforme expusemos acima, após a instituição da Lei de Cotas foi atribuído legalmente aos AFTs os poderes para fiscalizar seu cumprimento pelas empresas e impor sanção administrativa àqueles que não cumprirem, o que torna patente o conteúdo jurídico de interesse público da referida Lei e, conseqüentemente, caracteriza o condicionamento aludido como administrativo, e não de natureza privada.

Afinal, por que ordenação administrativa e não poder de polícia?

A evolução da ciência social trouxe a função social como fundamento e limite do direito de contratar. A ideia de poder de polícia administrativa, no seu conceito clássico, traz umbilicalmente, desde sua gênese, a noção de que o particular deve não causar dano a outrem. A obrigação imposta ao particular é sempre no sentido de “não faça”, pois caberia à Administração a função de manter a paz social, logo, aos particulares impunha-se o dever de não perturbar.

Por isso a doutrina mais contemporânea visa abandonar o conceito de poder de polícia. Hoje, a simples obrigação de não fazer não é suficiente para que o particular exerça a sua função como partícipe da sociedade. É esta a noção de função social. O exercício de direitos deve ser realizado Não somente no interesse do particular que os exerce, mas também no interesse da coletividade que este particular se encontra inserido socialmente. Vejamos a opinião de Carlos Ari sobre o tema.

“Relevante notar que a doutrina clássica sobre a polícia administrativa sempre apontou o sentido negativo das imposições dela decorrentes; tratar-se-ia sempre de evitar que o exercício dos direitos perturbe a vida social. Em uma frase, o objetivo da injunção é: que *este indivíduo não perturbe*. Daí se acentuar preferencialmente, na atividade de polícia, a instituição de deveres negativos, seja a abstenção pura e simples (não jogar lixo na via pública), seja o dever de tolerar (que também implica – embora não exclusivamente – em não fazer). Nada obstante, a imposição

²¹ Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 55.

O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sundfeld: o papel da administração ordenadora pág. 412

de certos deveres positivos sempre foi coerente com a noção de polícia, como no exemplo do dever de capinar terreno urbano ou de retirar a neve do passeio público; é que o cumprimento de tais deveres, em última análise, visa impedir a perturbação.

Entretanto – e aí vai uma razão para substituir a limitada ideia de polícia – hoje em dia se exige do titular do direito subjetivo que, usando da posição que este lhe assegura, colabore com a construção de uma nova realidade. Em uma frase, à administração ordenadora não basta que *este indivíduo não perturbe*, é mister que *este indivíduo ajude, na medida das possibilidades propiciadas pelo exercício de seu direito*. Quem é proprietário de um bem, quem controla um empresa, deve cumprir uma função social.

Em consequência disso, a administração ordenadora, e os condicionamentos que ela impõe, não têm apenas sentido negativo, mas também conteúdo positivo.

Os condicionamentos administrativos de direitos dividem-se em três espécies: limites, encargos e sujeições (...).²²

É por isso que classificamos a obrigação decorrente da Lei de Cotas como condicionamento administrativo ao exercício do direito da liberdade de contratar da empresa, no âmbito da ordenação administrativa, ou ainda, indiretamente, condicionamento ao livre exercício do direito de propriedade da empresa sobre seus meios de produção, dentre os quais o capital humano encontra-se inserido.

Limites, Encargos e Sujeições Administrativas

Primeiramente, abordaremos a definição de limite, de encargo e, finalmente, de sujeição para verificarmos se, de fato, nossa opção por sistematizar a Lei de Cotas como encargo administrativo ao exercício de direito encontra-se em consonância com a teoria da ordenação administrativa brilhantemente exposta por Carlos Ari Sundfeld.

“O poder de agir, que a titularidade de um direito outorga ao indivíduo, é circunscrito pela interdição de certos atos. O poder de conduzir veículos é limitado pela proibição de superar os 100 kms horários, o poder de o proprietário construir em seu imóvel é circunscrito pela vedação de exceder 10 pavimentos, o poder de desenvolver atividade econômica é limitado pela proibição de fazer concorrência desleal, o poder de explorar a pesca é circunscrito pela interdição de captura de baleias.

A proibição de certos atos – que, de outro modo, o indivíduo poderia praticar, com base na liberdade genericamente garantida pela Constituição – indica os limites dos direitos. Portanto, estes traduzem deveres de não fazer”.²³

Nesta passagem de sua obra, o Professor Carlos Ari ensina que os limites aos direitos são, sempre, deveres de não fazer. Faz todo o sentido a afirmativa, pois se determinado direito encontra-se limitado por outro direito igualmente e juridicamente tutelado, a existência deste segundo direito limita o exercício do primeiro, consequentemente, gerando ao titular uma obrigação de não fazer sob pena de violar o outro direito igualmente protegido pelo ordenamento jurídico.

²² Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 57.

²³ Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo ordenador... 57–58.

Dessa forma, fica nítido que a Lei de Cotas não poderia ser enquadrada nesta definição, uma vez que a obrigação dela decorrente é claramente uma obrigação de fazer à empresa: “*contrate um percentual X de seus empregados, a partir de um número Y de empregados registrados, dentre uma parcela da população brasileira*”. Claramente uma obrigação de fazer. Mas teria a Lei de Cotas trazido uma posição ao sujeito passivo da obrigação um condicionamento ou uma sujeição a direito?

“O poder de produzir determinados atos, decorrentes da titularidade de um direito, gera para o indivíduo o dever de realizar certas prestações positivas. Os encargos podem ser definidos, portanto, como deveres positivos (de fazer) vinculados ao exercício de direitos.

O encargo só obriga o titular do direito a que vinculado. Em outras palavras, não representa um dever positivo que possa ser imposto a qualquer indivíduo. Nisso reside sua distinção da requisição de serviços. Para se furtar aos encargos vinculados a certo direito, basta o indivíduo não titularizar ou exercer o direito; da requisição de serviços – que não é ligada especificamente ao exercício de qualquer direito, mas a uma condição pessoal – não há como o administrado furtar-se”.²⁴

O Professor Carlos Ari define, assim, os encargos administrativos como as obrigações de fazer vinculadas ao exercício de certos direitos. Dessa forma, delimita o âmbito de atuação dos encargos para tão somente àqueles que estejam a exercer determinado direito, ou seja, não se trata de imposição a todos os indivíduos genericamente imposta, mas sim somente àqueles que se encontram em posição jurídica prevista pela legislação.

No caso da Lei de Cotas, somente as empresas que tenham a partir de 100 empregados se encontram dentro do âmbito de atuação do encargo de contratar, a partir do centésimo empregado, um percentual determinado de pessoas com deficiência ou reabilitadas. Em outras palavras, a titularidade pela empresa do direito de liberdade de contratar empregados é exercida regularmente somente quando ela obedece à imposição da Lei de Cotas, praticando o dever de fazer por ela trazido, ou seja, contratando os empregados específicos que ela prevê.

É importante notar que outras empresas ou outras pessoas não estão obrigadas a tal imposição. Se a empresa possui 99 empregados ela não deve praticar a obrigação de fazer trazida pela Lei de Cotas. Claro, a liberdade de contratar da empresa possui limites (na acepção acima já visitada) desde o primeiro empregado contratado, como o respeito aos encargos trabalhistas, a não discriminação, enfim, aplicam-se todas as limitações trazidas pelo ordenamento jurídico como um todo, mas não se aplica o encargo trazido pela Lei de Cotas, que somente se torna aplicável a partir da contratação do centésimo empregado.

Torna-se relevante, neste momento do trabalho, especificar a diferença entre a figura jurídica do encargo administrativo da figura do ônus para aprofundarmos nossa posição. Vejamos.

“Em certa medida, os encargos se assemelham àquilo que a doutrina vem denominando como *ônus*. Esta última figura é explicada pelo eminente Eros Roberto Grau: “define-se ônus, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado

²⁴ Carlos Ari Sunfeld, Direito administrativo ordenador... 59.

comportamento, que deverá ser adotado se não pretender arcar com consequências que lhe serão prejudiciais. Ou como o comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito. *Os encargos administrativos ligados aos direitos subjetivos também são comportamentos cuja adoção não é, em princípio, obrigatória para ninguém, mas surge como condição da fruição de certa vantagem (a possibilidade de exercício ou conservação de um direito). No entanto, reserva-se a expressão ônus para os comportamentos que o indivíduo deva realizar antes de usufruir uma vantagem e cuja inobservância não gera sanção, mas apenas impede o acesso ao benefício.* É exemplo a necessidade de requerer a expedição de licença e de apresentar o correspondente projeto para o proprietário adquirir o direito de edificar em seu terreno. *Quando falamos de encargos, estamos nos referindo a comportamentos positivos cuja observância se torna necessária no curso do exercício de um direito, a fim de torná-lo lícito.* Decerto que, não pretendendo o sujeito exercê-lo, não se sujeitará aos encargos. Porém, iniciando tal exercício, a partir de então estará juridicamente obrigado a cumprir os encargos, sob pena de incidir em ilicitude e, portanto, de se submeter à correspondente sanção”.²⁵

Notemos como a explicação do Professor Carlos Ari encaixa-se perfeitamente no enquadramento por nós defendido da obrigação decorrente da Lei de Cotas. Ele diz: *“Os encargos administrativos ligados aos direitos subjetivos também são comportamentos cuja adoção não é, em princípio, obrigatória para ninguém, mas surge como condição da fruição de certa vantagem (a possibilidade de exercício ou conservação de um direito).”* Ora, o surgimento da obrigação de contratar determinado percentual dos empregados dentre pessoas deficientes ou reabilitadas nasce com o crescimento da empresa, demonstrado pelo número de empregados contratados. Esta obrigação de fazer (contratar estas pessoas) surge como condição para que a empresa continue a fruir de certa vantagem, conservando seu direito de contratar empregados, e, portanto, exercendo sua atividade econômica específica.

A contratação de empregados não é obrigatória a nenhuma empresa, mas a partir do momento em que a empresa decide expandir suas atividades e contratar novos empregados, quando este número chega a 100, ela passa a ter um encargo administrativo imposto por Lei de contratar as pessoas que a Lei de Cotas explicita como condição para o exercício regular da liberdade de contratar.

Em outras palavras, a obrigação decorrente da Lei de Cotas nada mais é do que a imposição de *“comportamentos positivos cuja observância se torna necessária no curso do exercício de um direito (i.e. liberdade de contratar), a fim de torná-lo lícito”*.

Referências

Alexy, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008.

Azevedo, Álvaro Villaça. Liberdade contratual em Enciclopédia Saraiva do Direito, num 49 São Paulo: Saraiva. 1977.

Azevedo, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos. São Paulo: Bushatsky. 1975.

²⁵ Carlos Ari Sunfeld, Direito administrativo ordenador... 60.

O direito fundamental às cotas à luz de Carlos Ari Sundfeld: o papel da administração ordenadora pág. 415

Delgado, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho, 10ª edição. São Paulo: LTr. 2011.

Gomes, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Max Lemonad. 1955.

Gomes, Orlando A crise do direito. São Paulo: Max Lemonad. 1955.

Hironaka, Giselda Maria F. Novaes Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 27ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2010.

Sundfeld, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

Sundfeld, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.