



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 Santasilia

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

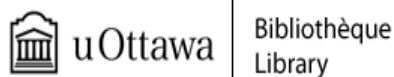
Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



CATÁLOGO



Vancouver Public Library





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción



BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

**LEI DE COTAS E INCLUSÃO SOCIAL PELO TRABALHO:
O PAPEL DO ESTADO NESTE DIREITO FUNDAMENTAL TRINTA ANOS DEPOIS**

**QUOTA'S LAW AND SOCIAL INCLUSION THROUGH WORK:
STATE'S ROLE IN THIS FUNDAMENTAL RIGHT THIRTY YEARS LATER**

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

Fecha de Recepción: 23 de julio de 2019 – **Fecha Revisión:** 05 de agosto de 2019

Fecha de Aceptación: 30 de agosto 2019 – **Fecha de Publicación:** 25 de septiembre 2019

Resumo

Trata-se de artigo científico que busca analisar o grau de interferência estatal na política pública destinada à inclusão social das pessoas com deficiência e das reabilitadas pela Previdência Social por meio da obrigação às empresas de contratar percentual de seu quadro fixo de empregados dentre estas pessoas instituída pela Lei nº 8.213/91, denominada pela doutrina como “Lei de Cotas”. Discute os novos rumos que esta política poderia tomar hoje, após quase trinta anos de sua promulgação, e sugere novo papel para o Estado concretizar aquilo que a Constituição Federal prevê, ou seja, promover, de fato, a inclusão social e atuar mais afirmativamente neste sentido.

Palavras-Chave

Lei de Cotas – Política pública – Inclusão social – Portadores de deficiência – Interesse público

Abstract

This is a scientific article that analyses the State's degree of interference in the public policy destined to the social inclusion of the disabled and the Social Security's rehabilitated people by imposing to corporations the legal obligation to hire a determined by Law 8.213, dated of 1991, percentage of their body of employees from these range of people. This Law is known to legal doctrine as “Quota's Law”, as it imposes a “legal quota” to corporations hire these people. The article discusses the new horizons that this public policy could take, after almost thirty years of its publication, and suggests the State's new role to indeed make the inclusion happen, transforming the Constitutional rights predicted in 1988 in actual facts, and, therefore, promoting this social inclusion by acting more affirmatively.

Keywords

Quota's Law – Public policy – Social inclusion – Disabled – Public interest

Para Citar este Artículo:

Nobre, César Augusto Di Natale. Lei de cotas e inclusão social pelo trabalho: O papel do Estado neste direito fundamental trinta anos depois. Revista Inclusiones Vol: 6 num Especial (2019): 487-504.

Introdução

A Lei Ordinária Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, mais especificamente em seu artigo 93, impôs a obrigação às empresas que possuam a partir de 100 (cem) empregados em preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoas com deficiência devidamente habilitadas.

A partir desse marco legal empresas que possuam de 100 (cem) até 200 (duzentos) empregados devem ter 2% (dois por cento) de sua força laboral oriunda de vínculo de emprego sob estas condições. A proporção vai crescendo de acordo com o número de empregados. Para empresas que tenham de 201 (duzentos e um) até 500 (quinhentos) empregados este percentual é de 3% (três por cento); se a empresa possui de 501 (quinhentos e um) até 1.000 (um mil) empregados, o percentual vai para 4% (quatro por cento) e para empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados, o percentual se fixa em 5% (cinco por cento).

A Lei 8.213/91, portanto, tornou-se conhecida como “Lei de Cotas”, pois foi o primeiro diploma normativo que regulou o assunto posteriormente à extensa menção no texto constitucional de 1988 acerca do tratamento inclusivo que deveria ser efetivado às pessoas com deficiência. Para facilitar a visualização, vejamos os dados em forma de tabela:

Número de Empregados da Empresa	Percentual de Empregados Reabilitados ou Pessoas com Deficiência (art. 93, Lei 8.213/91)
Até 200	2%
De 201 a 500	3%
De 501 a 1.000	4%
De 1.001 em diante	5%

A inclusão social destas pessoas é um dos problemas contemporâneos mais complexos e de difícil concretização, razão a qual fez com que o legislador ordinário se preocupasse com o cenário e colocasse esta obrigação às empresas. Dessa forma, por meio do trabalho, na visão do legislador ordinário pátrio, estas pessoas conseguiriam ser inseridas ou reinseridas no contexto social.

Esta legislação foi de fato um divisor de águas na inclusão social. Ela significou importante passo no caminho da isonomia material oferecendo oportunidades de trabalho para uma parcela da população nacional que antes não conseguia encaixe profissional adequado. A Lei, portanto, foi de extrema valia e teve enorme repercussão no cenário nacional. A fiscalização de seu cumprimento fica a cargo das autoridades laborais promovida pelos Auditores-Fiscais do Trabalho (“AFTs”) podendo até mesmo se levar à lavratura de auto de infração por descumprimento desta obrigação.

Assim, por meio deste diploma normativo, o marco regulatório do setor engatinhava seus primeiros passos. O Estado impôs à iniciativa privada a obrigação de contratar pessoas reabilitadas pelos programas da Previdência Social ou pessoas com deficiência para que se promovesse a inclusão social desta parcela da população brasileira via o trabalho.

Quase trinta anos depois

Neste cenário, após quase 30 (trinta) anos da promulgação da Lei de Cotas, é possível se fazer um balanço dos avanços concretizados para que possamos pensar e elaborar os próximos passos de nossa legislação.

Questiona-se qual seria o grau de eficácia social da Lei de Cotas hoje. Diversos fatores podem ser mencionados como influenciadores disso, por exemplo, o baixo grau de instrução e de consciência social dos empresários, na média, ou ainda o baixo rigor da legislação trabalhista infracional (tendo em vista que as multas por descumprimento são relativamente baixas). Ponto nevrálgico é que se estamos diante de uma empresa ou entidade legal empregadora que não tem contas a prestar para um grupo de acionistas profissionais ou para investidores da Bolsa de Valores são poucas aquelas que obedecem por livre e espontânea vontade à Lei de Cotas hoje.

O argumento recorrente é o custo. Possuir empregados no Brasil já é algo extremamente oneroso. Não é por acaso que fraudes trabalhistas são freqüentes não só com pequenos prestadores de serviços, mas entre grandes executivos. É praxe de mercado o Diretor ou integrante da Presidência de empresas, ou até mesmo o fotógrafo do jornal, o colunista de revista, ou seja, quase todo profissional de hoje constituir uma “empresa” e esta dita “empresa” prestar serviços ao invés de a grande empresa contratar diretamente o trabalhador que deseja. É a chamada “pejotização” da economia, o que com a advinda da regulação do MEI (microempreendedor individual) acabou se tornando ainda mais comum. Isso é feito para se evitar custos como FGTS, INSS-Empregador, direito a férias, estabilidade, licença-maternidade, décimo terceiro salário, enfim, todos os benefícios que a nossa legislação do trabalho, paternalista que só ela, dá aos empregados devidamente registrados e com anotação em carteira de trabalho.

Além de todas estas preocupações e custos, são pouquíssimos os empresários ou empresas que possuem o grau de consciência social necessário para obedecer à Lei de Cotas e dar uma nova forma de inclusão social para os que necessitam.

É neste cenário que se encaixa a ideia que se deseja explorar neste artigo científico. Será que quando o Estado transferiu a responsabilidade da inclusão social destas pessoas via o trabalho totalmente para a iniciativa privada o fez de maneira adequada?

É importante frisar que não se está negando a importância que a Lei de Cotas possui na história do Brasil. Este diploma normativo foi realmente um marco para o setor. Contudo, após quase trinta anos de sua publicação, pensamos que é hora de dar o próximo passo, visando agora aumentar a eficácia social da norma em questão.

De nada adianta possuir uma legislação impecável e uma realidade vergonhosa. Não cremos que aumentar as penalidades por descumprimento desta Lei seja a solução. Criminalizar a conduta ou aumentar o valor da multa não são alternativas adequadas para os dias de hoje.

Ronald Coase em 1960¹ já ensinava que caso os custos de transação sejam inexistentes ou irrelevantes, o direcionamento dos direitos *a priori* inseridos pela lei não

¹ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (Chicago: Chicago University Press, 1960), 55.

terão influência sobre o resultado da situação em que se encontra a externalidade, pois os agentes afetados a resolverão por si mesmos, por meio de uma negociação que atingirá a distribuição mais eficiente dos recursos. Em outras palavras, se não houvesse custos de transação, as partes negociariam até chegar a uma solução eficiente, independentemente do direito.

Custos de transação, para Coase neste seu artigo de 1960, podem ser especificados como os custos da coleta de informações, custos de negociação e custos de elaboração de um contrato.

Para Furubotn & Richter custos de transação são “[...] custos que são necessários para se colocar o mecanismo econômico e social em funcionamento[...]”², surgindo na medida em que os agentes se relacionam entre si em meio aos problemas que surgem frente ao caráter freqüentemente heterogêneo dessa relação.

Assim, cremos que a discussão de hoje deve se dar em torno das seguintes questões: qual é o papel do Estado na regulação do mercado de trabalho das pessoas com deficiência? Seria suficiente que o Estado, em suas várias esferas, oferecesse vagas específicas a estas pessoas em concursos públicos e, paralelamente, obrigasse as empresas a contratá-las num percentual de seus empregados, ainda que se constatasse a ineficácia social desta última medida? No Estado Social de Direito basta que determinado ente federativo emane legislação a respeito de um assunto e o não cumprimento desta legislação passe a ser “questão de polícia” (*sic*), ou o Estado que queremos para nossos filhos é aquele que promove o bem estar? Seria função do Estado, além de emanar esta legislação, agremiar esforços para que ela seja cumprida? Promover o cumprimento da legislação emanada com incentivos e desincentivos seria mais inteligente para implementar uma política pública do que aumentar a penalidade pelo descumprimento ou aumentar a fiscalização?

No presente artigo científico não se busca esgotar o tema nem tampouco apresentar solução “mágica” e rápida para o debate. Esta, sequer existe. Busca-se, outrossim, analisar se haveria espaço para incrementar a regulação sobre este tema para que se chegue em um ponto de equilíbrio no qual Estado e iniciativa privada dividem os custos da inclusão social de maneira equânime, respeitadas as diferenças e consideradas as similitudes entre serviço público e empresas particulares.

Em nossa visão, não basta o Estado obrigar empresas a contratarem um percentual de seus empregados dentre pessoas com deficiência ou reabilitadas e fiscalizar se estas estão cumprindo a obrigação. O Estado deve mais. O Estado possui o que o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “dever-poder” (invertendo o tradicional “poder-dever”), pois na visão do mestre, o “dever” fundamenta o “poder” que detém a Administração, e não o contrário. A função administrativa é o exercício de “dever” e para exercer este o Estado necessita de “poder”, daí a nomenclatura “dever-poder”.³

O Prof. Celso Antônio se lamenta ao discorrer sobre boa parte da doutrina que explora o tema “poderes da administração” dando uma ênfase tida por ele como não

² Eduardo Farina; Paulo Azevedo e Michel Saes, *Competitividade: mercado, estado e organizações* (São Paulo: Ed. Singular, 1997), 56.

³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo* (São Paulo: Ed. Malheiros, 2010), 45-46.

salutar, pois se ressalta o caráter impositivo, absolutista de relação vertical entre Estado e jurisdicionado quando na verdade deveria se ressaltar o caráter de “poder-dever” do Estado em perseguir o interesse público por meio destes instrumentos. Sugere ao final que sequer se chame este tema de “poder-dever” da Administração por ainda possuir um viés inapropriado, mas sim de “deveres-poderes” da Administração.

“Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.⁴

Portanto, o Estado deve incentivar a prática da inclusão social, deve facilitar a inclusão social, e não meramente alocar este custo totalmente na iniciativa privada. O Estado deve trabalhar em conjunto com a iniciativa privada na promoção da inclusão social e o legislador ordinário pátrio efetuou uma política pública de extrema coerência sistêmica, que foi utilizar o trabalho, o vínculo de emprego, destas pessoas, reabilitadas ou com deficiência, como forma de incluí-las no tecido social que todos fazemos parte.

A hora é de melhorar esta política pública. Torná-la algo do cotidiano. Aumentar sua eficácia social. Da mesma forma que o Simples Nacional veio para facilitar a tributação do pequeno empreendedor simultaneamente a onerá-lo menos, pois é este pequeno empreendedor que gera a grande massa de empregos no país, deve haver um mecanismo similar para facilitar a inclusão social dos reabilitados e pessoas com deficiência pelo seu trabalho, mecanismo que estimule estas contratações diminuindo o custo que elas implicam.

Direito administrativo e lei de cotas

O primeiro passo deste trabalho será delimitar o foco. Entendemos que esta análise que nos propomos a fazer poderia ser realizada sob a perspectiva do direito do trabalho, do direito previdenciário, do direito constitucional, enfim, diversos segmentos do mundo jurídico poderiam ser ressaltados como fundamento do que se propõe. Contudo, nossa opção por adentrarmos nesta discussão por meio do Direito Administrativo se deu por motivos específicos que devem ser, ainda que brevemente, explorados.

Um dos principais desafios deste trabalho é demonstrar que o Estado deve ter um papel mais atuante na regulação em pauta. Nossa preocupação é trabalhar como deve ser a relação Estado-particular para, da melhor forma possível, promover a inclusão social. Devemos ter em mente que o brilhante mestre administrativista Oswaldo Aranha possuía visão muito própria acerca da tripartição dos poderes. Ele afirmava que a divisão do poder (que para todos os autores, vale lembrar, é sempre uno, o que se dividem são as funções do Poder, pois o Poder em si é indivisível e soberano) deveria ser feita em dois, e não três, pois classificava o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ambos, como exercentes de função administrativa e, logo, sujeitos ao Direito Administrativo. Isto posto, o autor chega a interessante conclusão acerca da materialidade que o Direito Administrativo deve se preocupar em estudar:

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 72.

“O Direito Administrativo juridicamente ordena a atividade do Estado quanto à organização, ou seja, quanto aos modos e aos meios da sua ação, e quanto à forma de sua própria ação, ou seja, legislativa e executiva, através de atos jurídicos normativos ou concretos, na consecução do seu fim de criação de utilidade pública, em que participa, de maneira direta e imediata, bem como das pessoas de direito que façam as vezes do Estado-poder. Tais atos jurídicos envolvem a ação na disciplina, na fiscalização, na garantia e publicidade dos atos jurídicos dos particulares; no fomento das atividades livres dos particulares; nas limitações à liberdade, à igualdade e à propriedade deles em favor do bem comum; na execução de obras públicas e na efetivação de serviços públicos de oferecimento de comodidades de coisas e prestações; e na exigência de encargos análogos aos particulares, para atender ao interesse do todo social. (...)”

Discute as relações jurídicas em que o Estado participa, fundadas nas normas que as regulamentam. Elas dizem respeito à interferência do Estado-poder nas relações dos particulares para fiscalizá-las, para garanti-las, dar-lhes publicidade ou, mesmo, fomentá-las”⁵

Dessa forma, nosso objeto de estudo se torna mais claro, pois a ambição almejada neste momento é justamente verificar o papel deste Estado-poder na promoção dos princípios elencados constitucionalmente que seriam aplicáveis não só na relação do Estado com os administrados, mas também ao próprio Estado em si.

Este é um dos motivos que o Direito Administrativo brasileiro é tão intrinsecamente vinculado ao Direito Constitucional. A opção brasileira por uma Constituição extensa, exaustiva em certos pontos até, torna o Estado Social demasiadamente patente ao intérprete, trazendo princípios muito relevantes à baila que devem ser promovidos por este Estado-poder, em conjunto com a sociedade, cada um arcando com o devido peso que consegue suportar.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1º, elenca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil “[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...]”. A partir da leitura dos objetivos fundamentais da República listados no artigo 3º da Carta Constitucional, e tendo em vista o dispositivo acima mencionado, é possível verificar que o legislador pátrio quando da elaboração da Lei de Cotas foi muito feliz na utilização do trabalho destas pessoas como forma de inclusão social.

Assim, com os ensinamentos do Prof. Oswaldo Aranha e tendo em mente este dispositivo constitucional é possível direcionarmos mais ainda nosso estudo. O Direito Constitucional se preocupa com a organização jurídica do Estado-poder; ele estrutura o Estado e delimita quando este deve agir para criar e promover a utilidade pública. É por isso que nossa análise escapa do âmbito de atuação do Direito Constitucional e se alinha mais com a seara do Direito Administrativo. Nossa ideia é a concretização dos princípios constitucionalmente tutelados por meio de política pública complexa, ou seja, o desenho institucional realizado pela Carta Cidadã demonstra o norte da política pública que o legislador elege como necessária à concretização do fim público que o Estado deve ter. Entretanto, nossa preocupação neste trabalho é justamente o ambiente mais micro, o da política pública.

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 74.

O papel do Estado nesta política de inclusão social não deve se restringir a, por meio de regulação trabalhista, obrigar empresas a contratar estes tidos como socialmente excluídos, o Estado tem o dever de ir além, e isso será explorado no decorrer do trabalho. Neste ponto inicial ainda queremos demonstrar que o foco do Direito Constitucional é outro; é justamente a imposição deste desenho institucional e dos princípios que o regerão e que, posteriormente, o Direito Administrativo regulará. Nesta mesma linha de raciocínio, o Direito do Trabalho também não nos serve para esgotar o tema. O Direito do Trabalho é importante, pois ele é o meio que o legislador encontrou para promover a inclusão social referida. Contudo, ele nos serve para fundamentar e explicar a relação de emprego existente entre o reabilitado ou pessoa com deficiência e a empresa contratante; ou ainda, regulará parcialmente a fiscalização trabalhista que verificará o cumprimento da lei e, eventualmente, imporá alguma sanção à empresa que a descumprir. Diz-se “parcialmente” porque a fiscalização exercida pelos Auditores-Fiscais do Trabalho nada mais é do que uma forma de polícia administrativa que verifica se a regulamentação estatal dos temas trabalhistas e de segurança e medicina do trabalho estão sendo cumpridos no âmbito das relações laborais. Em outras palavras, se o Direito do Trabalho regula parcialmente a fiscalização trabalhista, a outra parte é regulada por normas de Direito Administrativo. O foco do presente trabalho é outro. A preocupação aqui é a análise da relação jurídica existente entre Estado-poder e administrados, mas não só administrados pessoas com deficiência ou reabilitados, nosso foco é examinar a função administrativa na concretização dos princípios constitucionais. Vale a pena breve citação do já clássico, porém expoente de entendimento muito atual, livro de Héctor Jorge Escola sobre interesse público:

Por eso se ha dicho, con toda razón, que si al jurista le cabe, de alguna manera, modelar la sociedad del futuro, es al derecho administrativo al que le corresponde la mayor parte del desafío que implica hacer posible el proceso de las transformaciones pacíficas que son necesarias a ese fin (Caio Tácito).⁶

A política pública para a inclusão social aludida deve ser mais complexa do que o Estado delegar à iniciativa privada a contratação de percentual de seus trabalhadores dentre esta classe excluída socialmente. A responsabilidade do Estado não se limita a isso, sendo justamente nosso trabalho utilizar o pensamento administrativista para fundamentar esta responsabilidade do Estado em promover a inclusão social destas pessoas, ou seja, o Estado deve fazer mais do que a mera fiscalização do cumprimento da lei, impondo sanção em eventual descumprimento. O Estado deve incentivar o comportamento dos agentes do setor para promover o fim público a que se destina.

O interesse público como fundamento da política pública das cotas

A política pública da inclusão social dos reabilitados e pessoas com deficiência por meio da Lei de Cotas é típico exemplo de atuação intervencionista do Estado. A empresa possui a prerrogativa da livre iniciativa e o direito de propriedade sobre seus bens de produção (lembrando que o princípio da livre iniciativa é expressamente citado como fundamento da República no art. 1º, IV, do texto constitucional e o direito de propriedade é garantia fundamental expressa no art. 5º da Constituição de 1988), logo, numa concepção liberal de Estado como prevalecia até o século XIX, seria inaceitável uma imposição do Estado tal qual ocorre com a Lei de Cotas.

⁶ Héctor Jorge Escola, *El interes público como fundamento del derecho administrativo* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1989), 22.

Em outras palavras, no Estado do *laissez-faire*, *laissez-passer*, era totalmente inconcebível que o Estado obrigasse as empresas a contratarem uma determinada classe de pessoas como política pública para inclusão social destas. De acordo com Escola no já citado brilhante trabalho:

“El Estado de derecho, el Estado liberal de los siglos XVIII y XIX, es así reemplazado por el Estado social de derecho, que admite y preconiza una amplia gama de actividades administrativas y de servicios, produciéndose paralelamente un paulatino desplazamiento del derecho constitucional, en sus clásicas formulaciones, por el surgimiento de un derecho administrativo que acompaña y regula ese nuevo concepto de un Estado-intervencionista, que toma al hombre, no ya como individuo aislado, sino como un ser que vive en comunidad, en sociedad, y que busca, por medio del reconocimiento y afirmación de sus derechos sociales, convalidar y hacer realmente posibles su libertad y sus derechos personales.

El Estado que en el pasado se concentraba en garantizar al hombre su derecho de existir, mediante las libertades civiles y políticas, y su derecho a poseer, mediante la formulación de su derecho a la propiedad, debe ahora garantizarle la afirmación de su personalidad, mediante el reconocimiento y goce de su derecho a ser feliz, su derecho a ser, en su condición plena de hombre, con todo lo que ello significa (Caio Tácito).

El futuro se avizora a través de una verdadera transformación política, social, económica y jurídica, que haga que todos los hombres, sin exclusión alguna, puedan gozar los beneficios que les promete el preámbulo de nuestra Constitución nacional, es decir, ese bienestar general que es suma y resumen del bienestar de cada uno de ellos”.⁷

Conforme se pode perceber, o autor é bem enfático em afirmar que o Estado deve garantir a “afirmação de sua personalidade”, ou seja, não basta fornecer ao homem liberdades civis, políticas e o direito de propriedade, deve fazer com que o homem chegue a seu máximo expoente em sua própria humanidade intrínseca, numa afirmação com forte viés filosófico. Ele continua:

“Los grandes fines declarados en el preámbulo de nuestra Constitución nacional – la unión nacional, el afianzamiento de la justicia, la paz interior, la defensa común, la promoción del bienestar general, y la garantía de los beneficios de la libertad – son metas deseables de las que nunca queremos abdicar, y a las que si el derecho constitucional procura preservar por múltiples mecanismos arbitrados para ello, el derecho administrativo quiere arribar por medios inmediatos y directos, prácticos y materiales, efectivos y reales, confirmándose de este modo aquello de que el derecho administrativo es el derecho procesal del derecho constitucional.

Por ello, el derecho administrativo tiene que procurar los medios y las estructuras que aseguren un intervencionismo estatal de esa forma aceptable, porque sirve y hace a nuestras libertades y derechos; y facilitar sistemas para evitar el intervencionismo injustificado – y por ello mismo peligroso para esas libertades y derechos – brindándonos, asimismo, las defensas indispensables para preservarnos de tal riesgo.

⁷ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho..., 24-25.

Lei de cotas e inclusão social pelo trabalho: O papel do Estado neste direito fundamental trinta anos depois pág. 495

De tal modo, el derecho administrativo, al que muchos llaman el derecho de la restricción y de la limitación, no dejará por esa condición de ser, al mismo tiempo, el derecho de la libertad verdaderamente lograda”.⁸

A citação é importante para entendermos o papel do direito administrativo no intervencionismo estatal. O direito administrativo será o responsável pelas estruturas jurídicas e, logo, pelos meios para que o intervencionismo seja justificável, portanto, aceitável pela comunidade.

É neste cenário que Jorge Escola em seu trabalho começa a linear a ideia de que a Administração deve buscar atender aos objetivos que lhe foram impostos pelo texto constitucional para atingir o interesse público. Vejamos:

“Planteadas así las cosas, se comprende de inmediato que si el derecho administrativo está concebido para posibilitar y asegurar que la administración pública logre de manera concreta los objetivos que le han sido fijados, satisfaciendo las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran, alcanzando el bienestar general que es sustento de nuestras libertades y derechos, oponiendo vallas eficaces a un intervencionismo estatal que si reconoce necesario, sólo resulta admisible cuando concurre al logro de ese bienestar general, toda su estructuración está presidida, orientada e iluminada por la existencia de esas finalidades que deben lograrse, las cuales tienen que ser reducidas a una idea que, como tal, careciendo de un contenido concreto propio o necesario, pueda admitir cualquiera que se desee insertar, desde fuera del campo jurídico, a esa noción que así aparecerá como jurídica”.⁹

Assim nascem as primeiras linhas em que Jorge Escola ensina seu conceito de “interesse público”. Para este autor, o interesse público não é somente a finalidade dos atos administrativos e, logo, da Administração; para ele o interesse público seria o próprio fundamento do direito administrativo.

É dever do Estado prezar pela inclusão social daqueles que a Lei de Cotas tutela, mas este dever não se limita a isso. O Estado deve, além de instituir a obrigação ora discutida às empresas e fiscalizar o cumprimento desta obrigação, fomentar esta conduta para que a inclusão social desta classe de pessoas por meio do trabalho seja de fato concretizada. O interesse público é que o trabalho tenha seu valor social, e isto está expresso na Carta Cidadã de 1988 no próprio art. 1º, IV, como fundamento da República, e diga-se, ao lado do princípio da livre iniciativa. É trabalho da Administração, portanto, promover por meio de políticas públicas a efetiva conciliação destes princípios, visando ao interesse público. Pensamos que hoje nos encontramos em situação que a mera imposição das cotas não é suficiente e, logo, para a efetiva concretização desta inclusão social que se pleiteia, o Estado deve chamar para si parte desta responsabilidade, trabalhando em conjunto com a iniciativa privada, e não simplesmente aumentando a pena pelo descumprimento da norma em questão. A responsabilidade pela inclusão social é de interesse público e deve ser assim tratada, buscando-se a eficácia social da norma, e não a mera fuga das obrigações e deveres que o Estado Social de Direito impõe à Administração que acabou, de certo modo e em alguma medida, delegando sua função administrativa e, logo, pública.

⁸ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 27-28.

⁹ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 31.

Ressalta-se que não se está dizendo ou sustentando que deveria ser dever tão-somente da Administração a contratação de pessoas com deficiência ou reabilitadas, e, seguindo este raciocínio simplista, inclusão do restante que não conseguir estes empregos em programas assistencialistas; não é esta a ideia. O que se defende é que o Estado, hoje, deve dar um passo além da Lei de Cotas (datada de 1991, frise-se) para a concretização desta bela ideia que é a inclusão social por meio do trabalho.

Além de ter a obrigação de oferecer percentual de algumas vagas oriundas de concursos públicos a estas pessoas, cabe ao Estado incentivar as empresas privadas no cumprimento da Lei de Cotas, tornando a obrigação de contratar imposta por dito diploma normativo em uma efetiva política pública, algo que hoje não ocorre. O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou diversas vezes que “política pública” nada mais é do que uma série de atos administrativos visando um fim público.¹⁰ Ora, a imposição legal de contratar um percentual de pessoas dentro de uma determinada classe não pode ser política pública; seria uma obrigação legal, no máximo; mais uma obrigação trabalhista.

O interesse público foi conceituado por diversos doutrinadores e cada um deles explorou uma faceta deste princípio fundamental do direito público. O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello chama ainda de uma das “pedras de toque” do direito administrativo.¹¹

Para o autor, dois são os princípios mais importantes no direito administrativo pátrio, chamados de “pedras de toque” do direito administrativo, quais sejam: (i) a supremacia do interesse público sobre o privado e (ii) a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.¹²

O Prof. Celso Antônio ainda expõe o seu conceito de interesse público como o interesse do todo, do conjunto social, mas ao mesmo tempo como também o somatório dos interesses individuais. Entretanto, a concepção dele não se limita a isso. Para ele não pode haver interesse público que seja conflituoso com os interesses de cada membro da sociedade. Pode haver choque entre o interesse público e o interesse de um indivíduo, por óbvio, prevalecendo aquele, mas a partir do momento em que se confunde o interesse público com o interesse do Estado, entra-se em um Estado absolutista em que não há de ser tido como Estado de Direito.¹³

“É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais”.¹⁴

Deve-se lembrar que para o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não é em toda e qualquer situação que o interesse privado será preterido ao público, pois segundo ele: “[...] De outro lado, é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, “Princípio da moralidade”, Revista de Direito Tributário, Vol: 69 (1997): 180-207.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 55.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 55.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 58-59.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 60.

nos termos do que estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado [...].”¹⁵

É importante esta lição do brilhante Professor porque o intérprete afoito poderia se equivocar e concluir que o interesse privado nunca deveria ser resguardado, o que poderia trazer, inexoravelmente, uma espécie de socialismo utópico à tona.

Em outras palavras, Celso Antônio Bandeira de Mello trabalha o conceito de interesse público de maneira interessante, afirmando que ele consiste na “dimensão pública dos interesses individuais”, ou seja, deve se analisar o caso concreto para que seja aferido qual interesse deve preponderar na situação fática específica. Exemplificando, o direito de determinada pessoa à propriedade deve prevalecer se a propriedade cumpre com sua função social, contudo, se esta mesma propriedade não cumpre com esta função social, ela poderá ser objeto de desapropriação em certos casos previstos por lei. Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 243 que se esta determinada pessoa utiliza sua propriedade para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, o Estado deverá expropriar a dita propriedade. Em todos estes casos é o interesse público que se tutela, mas ora se ressalta o direito à propriedade do indivíduo e ora se ressalta o caráter sócio-funcional do mesmo direito em nossa ordem jurídica.

A denominada “função administrativa” é justamente este dever já mencionado do Estado em satisfazer o interesse público. O titular do poder é o povo e o Estado o exerce em nome dele; não o contrário.

“Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana no povo e em seu proveito terá de ser exercido”.¹⁶

Com estas considerações sobre princípios, supremacia do interesse público sobre o privado e função administrativa, afirmamos que faz parte desta função, logo, é “dever-poder”, do Estado fornecer plenas condições para o exercício profissional pelos reabilitados e pessoas com deficiência e, com isso, promover sua inclusão social pelo seu trabalho.

O Estado não deve somente obrigar empresas a contratar estas pessoas, deve promover a qualificação profissional delas, deve incentivar a prática de contratação delas para além das cotas; algo que somente com esta obrigação legal não é suficiente. Se muitas das empresas obrigadas pouco cumprem à Lei de Cotas, quem dirá ultrapassar este limite. É daí que entra o Estado.

No cenário atual não basta esta imposição de contratar o percentual estipulado em Lei de pessoas reabilitadas ou com deficiência, o Estado deve se preocupar efetivamente em melhorar a qualidade de vida destas pessoas, buscando a isonomia material.

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 68-69.

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo... 72.

Para o autor já não se comporta com o conceito de interesse público uma Administração que imponha barreiras ou travas para o livre exercício de direitos¹⁷. A atividade administrativa deve necessariamente ser positiva, prestacional, ou seja, não pode a Administração se limitar a destinar poucas vagas para reabilitados e pessoas com deficiência em concursos públicos e obrigar empresas que contratem outros poucos oriundos desta classe. A Administração deve promover a inclusão social sem este limite, sem esta trava.

É dever do Estado a melhoria da atual Lei de Cotas, hoje, quase trinta anos mais tarde, de forma a de fato incentivar as empresas a contratarem estas pessoas, oferecendo mais oportunidades do que a obrigação legal atual, a isonomia seria algo muito mais próximo da realidade social do que é hoje e, conseqüentemente, o próximo passo rumo a igualdade seria dado.

Não estamos discutindo de quem seria a competência para a iniciativa da lei, até porque o tipo de incentivo que se sugere não está em discussão neste ponto do trabalho, mas se discute a responsabilidade social do Estado frente à baixa eficácia social desta legislação e frente à necessidade de se retirar esta efetiva “barreira legal” às empresas. Em outras palavras, fomentar a contratação destas pessoas socialmente excluídas para promover a devida inclusão por meio do labor, como já discutido.

Diz-se “barreira legal” porque as empresas que efetivamente obedecem à Lei de Cotas na grande maioria das vezes são empresas de grande porte, empresas que prestam contas a acionistas, ou seja, empresas que já possuem o nível necessário de responsabilidade social e governança corporativa que lhes permitam adequar seu quadro de funcionários à sustentabilidade social e aos valores sociais do trabalho, nos termos da Constituição de 1988. Para estas empresas a Lei de Cotas funciona hoje como um entrave, pois existe a consciência social da empresa que a contratação destes trabalhadores exige, mas não há incentivo para a contratação além do número exigido por lei. Explica-se.

É fato que a adaptação das instalações físicas para a inclusão no quadro de funcionários de pessoas com deficiências físicas custa caro. Locais acessíveis antes somente por escadas devem ser adaptados com rampas ou elevadores; mesas e locais de trabalho devem ser adaptados às cadeiras de rodas, enfim, existem inúmeras adaptações que o recebimento destas pessoas faz com que a empresa tenha custos adicionais ao seu ativo imobilizado. E não é só isso.

A boa convivência entre trabalhadores contratados pelo regime de cotas e trabalhadores não contratados por este regime deve ser objeto de treinamento específico para que as diferenças sejam bem aceitas no ambiente organizacional. Logo, deve haver treinamento das pessoas envolvidas, o que gera mais custos à empresa; isso sem contar os centros de qualificação profissional que muitas empresas possuem para tão somente atender à oferta de trabalho de pessoas que seriam potenciais beneficiárias da Lei de Cotas, mas que na prática não possuem experiência profissional e nem tampouco qualificação técnica para o exercício da função específica.

¹⁷ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 46-47.

Para todos os efeitos, se o Estado de fato promovesse a inclusão social incentivando a atividade empresarial que contratasse essas pessoas socialmente excluídas, a Lei de Cotas não seria mais um entrave, seria somente um começo. Se o Estado fomentasse a criação de centros educacionais e de qualificação técnica para estas pessoas, sejam financiados pelas corporações ou não, a inclusão tomaria proporções mais condizentes com aquilo que a Constituição deseja do que ocorre hoje. Haveria, portanto, o gozo efetivo por estas pessoas de seu direito à personalidade e inclusão via trabalho, e não o gozo em potencial que a Lei de Cotas hoje garante. Atender-se-ia, assim, ao interesse público.

“El interés público, de tal modo, es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el derecho administrativo es el derecho de la administración pública, para remplazarla por la más exacta y general, a nuestro juicio, de que el derecho administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de la actividad administrativa.

(...)

Tal interés, entendido de este modo, pasa a ser público cuando no es exclusivo o propio de una o pocas personas, sino cuando participan o coinciden en el mismo un número tal de personas, componentes de una comunidad determinada, que puede llegar a identificárselo como de todo el grupo, inclusive respecto de aquellos que, individualmente, puedan o no compartirlo.

Para que exista un interés debe darse, imprescindiblemente, una valoración consciente y libre, que haga aparecer como importante la cosa o el bien sobre el cual recaiga, y una volición razonada que haga deseable o pretendible esa cosa importante”.¹⁸

Desta passagem de Jorge Escola pode-se aferir que o interesse público, em sua concepção, deve decorrer da valoração consciente e livre sobre bem jurídico reputado importante pela coletividade daquela sociedade. Ora, que melhor maneira uma determinada comunidade pode valorar um bem jurídico do que colocá-lo sob a tutela do texto constitucional que rege suas relações jurídicas? Assim, a Constituição Federal de 1988 se torna de extrema valia ao intérprete posto que elenca diversas normas garantidoras de direitos e impositivas de princípios que devem tanto administrados como Administração submeterem-se.

Pode-se verificar excertos de nosso texto constitucional que exaltam a necessidade de adequação de nossa sociedade à diferença, ou seja, o constituinte em diversos pontos da Carta Cidadã ressaltou o direito à inclusão social das pessoas com deficiência e vale a pena percorrer brevemente por estes dispositivos constitucionais para que tentemos descobrir o significado do interesse público preponderante nesta questão por nós abordada: “Constituição da República Federativa do Brasil Artigos: 1º; 3º; 5º; 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, §4º, I; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º e 2º e 244.”

Será que para atender a todos estes dispositivos constitucionais referentes à inclusão social a responsabilidade do Estado termina quando ele delega à iniciativa privada a necessidade de contratação de 1%, 2%, 3%, 4% ou até 5% de pessoas reabilitadas ou com de deficiência? Pensamos que não.

¹⁸ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 236-238.

Lei de cotas e inclusão social pelo trabalho: O papel do Estado neste direito fundamental trinta anos depois pág. 500

“El interés público no es un concepto carente de contenido concreto; por el contrario, tal contenido debe ser reconocible y determinable, consistiendo en una cosa o un bien que es perceptible para cualquier componente de la sociedad”.¹⁹

Esta preocupação do autor em demonstrar que o interesse público deve possuir conteúdo concreto é de suma importância, pois interesse público que se verifica demasiadamente abstrato pode ensejar ditaduras e governos autoritários, que mentem para o povo sustentando seus atos arbitrários em palavras desprovidas de sentido delimitado, ou seja, termos genéricos e abstratos como “segurança nacional” ou ainda “espírito do povo”, para exemplificar com um caso brasileiro e outro alemão. Outra exigência para a averiguação da consistência do interesse público vigente é a atualidade do mesmo. Sobre o tema, Héctor Jorge Escola também se manifesta, mas no seguinte sentido:

“Otra importante condición de todo interés público es la de que su contenido concreto debe ser, al mismo tiempo, actual. Esto significa que el contenido de cualquier interés público debe consistir en un valor, espiritual o material, que es querido realmente por la mayoría de los componentes de la comunidad en el momento en que se manifiesta, quedando así reconocido, pudiendo escindir del mismo cada individuo su interés individual componente. Esa exigencia de actualidad es la que da verdadera vigencia al interés público, que es algo querido ahora por la mayoría del conjunto social, y no algo querido en el pasado, pero que ya puede no serlo, o algo que se supone que habrá de ser querido en el futuro”.²⁰

Ainda que seja uma definição controvertida, vale a pena citar Jorge Escola sobre seu conceito de interesse público:

“El interés público – de tal modo – es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto e determinado, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”.²¹

O direito positivo é a forma que dispomos para alterar as regras de nosso convívio social, visando melhorar nossa sociedade para que cada vez mais seja voltada à igualdade entre as pessoas. Jorge Escola vai mais além e disserta sobre um “direito a ser feliz” que o homem possuiria. Ainda que utópico e com forte viés filosófico, não teria o intrépido autor certa razão em sua colocação? Buscamos a transformação social via elaboração legislativa e o conceito de justiça é um axioma que nunca seria passível de ponderação, posto que não poderia ser afastado em caso algum, pois bem, se o Estado por meio de incentivos à iniciativa privada tornasse a existência dos reabilitados e pessoas com deficiência mais “feliz”, nos termos de Escola, não estaria cumprindo com seu papel social, vis-à-vis, com o interesse público? Pensamos que sim.

¹⁹ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 245.

²⁰ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 247.

²¹ Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 249-250.

“El derecho, como ya ha sido reconocido, no constituye una finalidad en sí mismo, sino que, por el contrario, aparece como un medio instrumental, a través o por medio del cual se alcanzan determinadas finalidades, que no son elaboradas ni precisadas por el derecho, sino que son gestadas en forma externa al mundo jurídico, pero que constituyen su materia y su contenido, dentro de una unidad de concepción, fundada en un complejo de ideas, criterios y valores que nosotros aceptamos, pero que otros, en otras partes, pueden negar y reemplazar por algunos diferentes que habrán de impregnar el derecho vigente entre ellos.

(...)

El derecho, y específicamente el derecho positivo, consagra, establece, regula y garantiza esos valores, reconocidos en una sociedad dada, en un lugar y en un tiempo dados, conforme con su graduación. Esa aparente circunstancialidad de los valores admitidos por el derecho, no niega ni excluye la verdadera existencia de valores ideales, que permitan enjuiciar cualquier derecho histórico, sobre la base de un criterio de justicia, el cual permitirá, además, mejorar todo derecho vigente, acercándolo a tal ideal, o desmejorarlo, alejándolo del mismo”.²²

É por meio de maior interferência estatal que alcançaremos o objetivo tão resguardado na Carta Cidadã de inclusão social deste grupo. Pode-se listar uma série sem fim de incentivos que o Estado poderia atribuir às empresas que, seja por opção seja por obrigação legal, tenham em seu quadro de funcionários pessoas com deficiência ou reabilitadas, ou destinem recursos para treinamento profissional destas pessoas ou ainda, de alguma forma, tragam estas pessoas para posição mais próxima da felicidade, do direito social ao trabalho e, logo, à sua dignidade como pessoa humana.

Considerações finais

A primeira preocupação neste tópico final é ressaltar a importância que a Lei de Cotas teve na história da inclusão social de pessoas com deficiência e pessoas reabilitadas. Como marco regulatório do setor, impôs obrigação ao setor privado de contratar percentual de seus empregados dentre este grupo de pessoas, auxiliando na inclusão social deste grupo pelo seu labor, ressaltando o valor social do trabalho, fundamento da República previsto na Constituição.

Entretanto, atualmente a efetividade deste direito à inclusão se encontra em situação abaixo do que o esperado. Não pensamos que é aumentando a severidade da punição ou tornando a fiscalização mais efetiva que esta situação se reverterá da maneira mais natural possível. O ser humano age por meio de incentivos e desincentivos; as empresas não são diferentes, posto que são controladas e dirigidas por também seres humanos.

Demonstramos que os destinatários da Lei de Cotas podem ser agrupados em dois tipos. O primeiro consiste nas médias empresas que devido ao alto custo da contratação de pessoas com deficiência e reabilitadas frente às sanções impostas pela Lei, preferem optar pelo risco de autuação e discussão posterior, administrativa e judicial, do auto de infração. Em outras palavras, a Lei possui baixa eficácia social e o direito não é efetivo.

²² Héctor Jorge Escola, El interes público como fundamento del derecho... 252-253.

O segundo grupo é o das grandes empresas, para quem a Lei é verdadeiro entrave burocrático, pois haveria o interesse e os meios para contratação em grau mais elevado, se não houvesse tamanho custo envolvido, o que faz com que haja a opção por permanecer nos limites legais de contratação de pequeno percentual.

Delongamo-nos sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, constatando por análise de alguns autores que a inclusão social prevista em diversos momentos na Constituição Federal de 1988 consiste em nobre interesse público. Atribuímos como sendo função do Estado, ou melhor, sendo “dever-poder” do Estado, fomentar a inclusão por meio de políticas públicas que tragam efetividade ao direito deste grupo social de se ver isonomicamente inserido na teia social contemporânea brasileira. Em outras palavras, no cenário de hoje não basta a Lei de Cotas, devemos ir além. A intervenção estatal deve ser mais contundente e se deve, de fato, promover a inclusão social por meio de ação, e não simplesmente fiscalização.

É neste ponto que entramos em nossa sugestão. Sugere-se a elaboração de política pública consistente, forte, que de fato traga incentivos para que as empresas possam contratar, habilitar e profissionalizar cada vez mais esta parcela importante de nossa população. Além da obrigação legal da Lei de Cotas, pensamos que podem ser trabalhados incentivos tributários específicos para empresas que demonstrem consciência social visando à inclusão. Podem-se criar benefícios em âmbito municipal, estadual e federal, posto que a competência para regulação da matéria se encontra prevista tanto no art. 23, II (i.e. competência comum, logo, competência material, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), como no art. 24, XIV (i.e. competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal). Assim, podendo incentivar que empresas contratem mais desta parcela populacional e ainda dispendam mais recursos com adaptações físicas, treinamentos específicos de seu pessoal já efetivo e até beneficiando a população local.

Neste diapasão, torna-se importante citar este julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“[...] quer na competência comum, quer na competência concorrente, se já existe lei federal dispondo sobre a matéria, deve ela preponderar sobre as normas estaduais, e isso pelo fato de que as normas constitucionais têm por finalidade resguardar a dignidade da pessoa humana e da inclusão social desta minoria, que é obrigada a conviver em mundo em que as coisas são realizadas levando-se em conta apenas a maioria, que não necessita de obras específicas para se movimentarem nos imóveis existentes e, finalmente, por ser ela – lei federal – mais benéfica aos deficientes, por ter prazo menor para que se proceda à adequação das construções, dando oportunidade a todos, principalmente aos deficientes, de acesso aos edifícios onde estão instalados os associados da autora.

(...)

Daí que, como já decidido em caso análogo, em se tratando de norma que disciplinou a proteção aos deficientes, vigora aquela que a eles for mais benéfica. E assim é pelo simples fato de que uma norma que garanta uma proteção especial (mais rápida, mais eficaz, mais ampla) atende melhor ao princípio da igualdade que, como se sabe, é um dos fundamentos do Estado Democrático.²³

²³ Apelação Cível 423.313-5/1-00-Tribunal de Justiça de São Paulo, Décima Primeira Turma de Direito Público, Relator Desembargador Pires de Araújo, julgado aos 07/05/07.

O objetivo deste trabalho, entretanto, limita-se a debater qual é o grau de responsabilidade do Estado frente à situação atual da Lei de Cotas no Brasil. As questões sobre o tipo de incentivo e de qual ente federativo seria a competência para instituição são questões de extrema relevância, mas inapropriadas para a extensão do presente trabalho.

O argumento central que se deseja disseminar é que o Estado deveria se preocupar mais na promoção do bem estar destas pessoas. A função administrativa impõe o dever ao Estado de hoje ir além de impor a obrigação de contratar e fiscalizar o cumprimento da Lei de Cotas pelas empresas, este Estado Providência de nossa contemporaneidade deve incentivar empresas a esta conduta, e é esta nossa preocupação.

O tipo de benefício fiscal que os entes federativos podem utilizar, ou ainda outros tipos de benefícios, como financiamentos com juros menores ou outros incentivos financeiros; prioridade em alguns tipos de licitações ou outros contratos públicos, enfim, existem diversos exemplos que podem ser citados, mas toda esta discussão sobre o que exatamente o Estado pode fazer para fomentar a contratação destas pessoas em número cada vez mais crescente deve ser objeto de aprofundamento posterior, pois a presente discussão sobre o papel do Estado no cenário atual e as implicações que a função administrativa por meio do foco na tutela do interesse público sobre o caso já é suficientemente controvertida e merece o esclarecimento que nos sujeitamos a, humildemente, tentar demonstrar.

A técnica para o Estado atingir certos objetivos de incentivar, fomentar e promover determinadas condutas pelos agentes econômicos, condutas estas que se refutam juridicamente relevantes pelo ordenamento jurídico, é muito mais inteligente e eficaz do que aumentar a fiscalização e punir mais severamente quem não as pratica.

Dessa forma, limitamo-nos por hora em introduzir a questão, expor nossa opinião e realizar sugestões sobre como proceder numa tentativa de despertar novos ares para a doutrina nacional, para o movimento representante das pessoas com deficiência e reabilitados e, quem sabe, para o corpo legislativo, recém-eleito, para que se atentem à situação, pois cremos fazer parte de nosso dever cívico como cidadãos trazermos eficácia social para nosso ordenamento jurídico, que é belo e isonômico no papel, mas nem sempre o é na realidade.

Referências

- Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 5. Ed Coimbra: Almedina. 1991.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Universidade de Coimbra. 1982.
- Clemente, Carlos Aparício. Trabalho e inclusão social de portadores de deficiência Osasco: Peres. 2003.
- Coase, Ronald. The Problem of Social Cost. Chicago: Chicago University Press. 1960.
- Escola, Héctor Jorge. El interes público como fundamento del derecho administrativo Buenos Aires: Ed. Depalma. 1989.

Lei de cotas e inclusão social pelo trabalho: O papel do Estado neste direito fundamental trinta anos depois pág. 504

Farina; Eduardo; Paulo Azevedo e Michel Saes. Competitividad: mercado, estado e organizações. São Paulo: Ed. Singular. 1997.

Goldfarb, Cibelle Linero. Pessoas com de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil. Curitiba: Juruá. 2007.

Gordillo, Agustín. Derecho Administrativo de la Economía. Buenos Aires: Macchi. 1967.

Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: parte general. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1998.

Mantoan, Maria Teresa Egler. A Integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memmon. 1997.

Maranhão, Rosanne de Oliveira. O portador de deficiência e o direito do trabalho. São Paulo: LTr. 2005.

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

Mello, Celso Antônio Bandeira de. “Princípio da moralidade”. Revista de Direito Tributário, Vol: 69 (1997).

Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros. 2007.

Ribeiro, Lauro Luiz Gomes. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Ed. Verbatim. 2010.

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**.