

A GARANTIA INDIRETA DE EMPREGO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Adonis Alexandre Laquale¹

João Roberto Cegarra²

Resumo

O presente artigo apresenta de forma objetiva o instituto que denominou-se na jurisprudência como garantia indireta de emprego das pessoas com deficiência nas relações de trabalho privado. Analisa-se, para tanto, o conceito de pessoa com deficiência ao longo do tempo e o histórico legal sobre o direito de tal grupo de pessoas a obterem um emprego. Expõe-se o entendimento jurisprudencial sobre o tema e peculiaridades discutidas no judiciário nacional. Busca-se esclarecer um tema pouco divulgado, porém de suma importância para auxiliar na inclusão das pessoas com algum tipo de deficiência e aumentar sua participação na vida econômica do país, sendo tal instituto um modo de conservação do emprego destas pessoas.

Palavras-chave: pessoa com deficiência, garantia, emprego.

THE INDIRECT WARRANTY OF EMPLOYMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES

Abstract

This article presents in an objective way the institute that was denominated in the jurisprudence like indirect guarantee of employment of the people with deficiency in the relations of private work. Therefore, the concept of the person with disabilities over time and the legal history of the right of such a group to obtain a job are analyzed. The jurisprudential understanding is exposed on the subject and peculiarities discussed in the national judiciary. It seeks to clarify a little-publicized topic, but of great importance to help in the inclusion of people with some type of disability and increase their participation in the economic life of the country, being such an institute a way of preserving the employment of these people.

Key words: disabled person, warranty, employment.

1 INTRODUÇÃO

Após um grande período de segregação e medidas assistencialistas voltadas às pessoas com deficiência, o Direito Brasileiro, baseado na Constituição Federal de 1988, iniciou a edição de normas capazes de garantir a emancipação de tal grupo de pessoas. De relevante

¹ Adonis Alexandre Laquale, graduando do 10º período do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré. Contato: adonisolaquale@gmail.com

² João Roberto Cegarra, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera- UNIDERP. Professor dos Cursos de Direito e Administração de Empresas na Faculdade EDUVALE de Avaré. Assistente de Juiz - TRT 15ª Região. Graduado em Administração de Empresas pela FACCA. Contato: cegarra@uol.com.br

interesse são as normas de Direito do Trabalho, visto que, ao longo dos anos, por conta do grande preconceito referente à capacidade das pessoas com deficiência, sequer, em sua grande maioria, conseguiam ingressar no mercado de trabalho.

Primeiramente é importante a análise do conceito de pessoa com deficiência atual, tendo em vista serem estas os destinatários ao direito à manutenção ao emprego. Em seguida é abordado, historicamente, o direito ao emprego por parte das pessoas com deficiência, amparado primordialmente por documentos internacionais. E por fim, são apresentados variados aspectos da garantia indireta de emprego das pessoas com deficiência, utilizando-se, principalmente, de jurisprudência acerca do assunto.

O presente trabalho busca apresentar à comunidade acadêmica e a toda sociedade a importância do tema, tendo em vista a pouca divulgação do mesmo, buscando, desta forma, o auxílio à emancipação das pessoas com deficiência na seara trabalhista e sua consequente manutenção no emprego.

Para a elaboração do presente artigo foi necessário o estudo com base na Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho, na Constituição Federal de 1988, na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, em diversas jurisprudências e doutrina sobre o tema, além da Lei nº 8.213/91 (conhecida como Lei de Cotas) a qual abarca o tema central apresentado, qual seja, a garantia indireta de emprego das pessoas com deficiência.

2 Pessoa com deficiência: conceito

Nenhum texto constitucional do Brasil, incluindo o atual, definiu quem seriam as pessoas com deficiência.

Em 1975, período em que a Constituição de 1967 se encontrava vigente e tinha em seu texto a expressão “deficientes”, foi elaborada a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, documento que definia a pessoa com deficiência como aquela “incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais” (ONU, 1975). Tal Declaração, entretanto, não foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente à Constituição de 1988, coube à legislação infraconstitucional a tarefa de definir tal grupo de indivíduos. Porém, tais definições possuíam caráter clínico e

patológico, tornando a aplicação dos direitos limitada apenas a quem se enquadrava nas categorias definidas de deficiência.

O Decreto nº 914/93 em seu artigo 3º define pessoa com deficiência como sendo:

[...] aquela que apresente, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (BRASIL, 1993)

O Decreto nº 3.298/99, que revogou o Decreto acima citado, trouxe a previsão das categorias em que deviam se enquadrar as pessoas com deficiência. Um rol totalmente clínico e patológico, dividido em categorias, as quais incluíam as pessoas apenas por possuírem um diagnóstico, sem uma visão social e ambiental.

A Lei nº 10.098/2000 também mantinha em seu texto anterior a ideia de que a pessoa com deficiência seria aquela que por algum motivo tenha limitada a sua capacidade de se relacionar com o meio e utilizá-lo.

Todavia, esse motivo é o próprio ambiente em que se encontra a pessoa com deficiência, que limita não a capacidade da pessoa, mas a própria pessoa, pois ela é capaz de se relacionar com este ambiente, porém, não se relaciona integralmente por que este possui barreiras que impedem o pleno exercício de sua utilização.

Este é o entendimento iniciado pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção de Guatemala) de 1999, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.956/2001, que assim define deficiência:

O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social (OEA, 1999)

Percebe-se, a partir de então, um novo olhar sobre o adequado conceito de pessoa com deficiência, retirando a carga clínica e particular de ter uma deficiência, e passando a compreender o meio em que vivem.

Diferentemente do que rezava o Decreto Regulamentar nº 5.296/2004, a questão da deficiência deixou de ser relacionada como uma patologia, e passou a ser considerada questão ambiental, de interação com a sociedade e com o ambiente. (ARAÚJO, 2012, p.56)

Porém, mesmo após a promulgação de tal Convenção, a Lei nº 8.989/1995, que trata da isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados para aquisição de automóveis, ainda trazia em seu bojo um conceito clínico de pessoa com deficiência. Consolidando a ideia de que a deficiência não está na pessoa, mas sim no ambiente em que vive, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência criada em 2006 na ONU e promulgada no Brasil com status de Emenda Constitucional pelo Decreto nº 6.949/2009, reconhece que o conceito de pessoa com deficiência está em evolução (Preâmbulo, “a”), e define nos seguintes termos (art. 1):

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (ONU, 2006)

Portanto, não basta apenas a pessoa possuir um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial para ser considerada como pessoa com deficiência. Para tanto, é necessário que esse impedimento, em interação com uma ou mais barreiras, ocasione obstrução na participação plena e efetiva na sociedade. Conforme Piovesan (2012, p.47), “a deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”.

Segundo Fonseca (2012, p.24), esses impedimentos são atributos inerentes à própria pessoa, como o gênero, a etnia e a orientação sexual, não residindo neles a deficiência, mas esta decorrendo da interação com as barreiras.

Cumprido salientar que a Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência) tem como base a Convenção acima referida, e define pessoa com deficiência nos mesmos moldes.

3 A pessoa com deficiência e o seu direito ao trabalho no setor privado

Direito fundamental previsto na Constituição Federal no caput de seu art. 6º, o direito ao trabalho deve ser dispensado a todo o cidadão capaz de exercer alguma ocupação, independentemente de sua cor, raça, sexo ou condição física, intelectual, mental ou sensorial (BRASIL, 1988).

O trabalho é algo que o ser humano conquista com o objetivo de se manter financeiramente, para seu sustento ou de sua família, e de se manter como um integrante efetivo dentro da sociedade. Nesta mesma linha, Silva e Bispo (2013, p. 451) escrevem:

[...] o trabalho assume um papel fundamental para todo ser humano, contribuindo significativamente para a constituição da personalidade humana, pela inserção do sujeito em determinados grupos sociais, pela aceitação da pessoa pela sociedade. Desenvolvendo e desempenhando seu trabalho, a pessoa se sente produto e produtor da história, não importando qual o seu trabalho ou as dificuldades encontradas pelas pessoas para o desempenho do mesmo.

As pessoas com deficiência, diante este mesmo direito ao trabalho garantido a todos, também deve ter o direito de se sentir parte da história, desempenhando funções de sua livre escolha e participando do ciclo da economia nacional como qualquer outra pessoa, além de ter uma vida digna e satisfatória para si e para sua família.

Ademais, possuindo um emprego a pessoa com algum tipo de deficiência está de certa forma incluída no meio social, como afirma Araújo (2011, p. 53):

A pessoa com deficiência quer mental (quando possível) quer física, tem direito ao trabalho, como qualquer indivíduo. Nesse direito está compreendido o direito à própria subsistência, forma de afirmação social e pessoal do exercício da dignidade humana.

Historicamente, o direito ao trabalho às pessoas com deficiência só começa a surgir após o fim da Segunda Guerra Mundial, evento que deixou milhares de pessoas com alguma sequela física por conta dos combates, e voltavam ao seu país de origem não possuindo condições de exercerem o que antes laboravam.

Em 1975 a ONU editou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, que em seu art. 7 prevê o direito dessas pessoas obterem e manterem um emprego (ONU, 1975). Este é o primeiro documento internacional que estabelece às pessoas com deficiência o direito ao trabalho.

No Brasil, de maneira inédita a Emenda Constitucional nº 12 de 17 de outubro de 1978, a qual foi incluída na Carta Política de 1967, estabeleceu um ainda tímido rol de direitos voltados às pessoas com deficiência, dentre eles a “proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários” (BRASIL, 1978). Observa-se, neste momento, uma preocupação do legislador em assegurar a este grupo de pessoas a não discriminação principalmente na procura de um emprego e do respectivo salário.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou em 1983 a Convenção nº 159, que trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas deficientes, e foi promulgada internamente no Brasil pelo Decreto nº 129/91. Tal Convenção obriga os Países-Membros a garantir a obtenção e a conservação do emprego das pessoas com deficiência, dando-lhes

oportunidades de progredirem no mesmo, e, por consequência, possam ser integradas ou reintegradas junto à sociedade (OIT, 1983). Fonseca (2007, p. 252), comentando sobre esta Convenção, assim dispõe:

A Convenção nº 159, de 1983, assume importância primordial, de vez que representa a posição mais atual do organismo internacional em comento. [...] O seu princípio basilar esteia-se na garantia de um emprego adequado e da possibilidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência nas sociedades.

A Carta Constitucional atual declara em seu art. 5º, caput, o direito fundamental à igualdade de todos os indivíduos. Em consequência, declara no art. 7º, inciso XXXI, “a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (BRASIL, 1988).

Portanto, pode-se dizer que o legislador constituinte se atentou à questão da igualdade nas relações de trabalho que versem sobre a contratação de pessoas com algum tipo de deficiência, restando proibida a discriminação no tocante à admissão e ao salário. Nesta esteira, Araújo (2011, p. 85) assim explica:

[...] na realidade, o texto da Constituição Federal apenas reforçou o princípio já constante na cabeça do artigo quinto, qual seja, que todos são iguais perante a lei e que não se pode discriminar. No inciso XXXI do artigo sétimo, explicitou que a regra da igualdade deve se estender à relação de trabalho, proibindo qualquer forma de discriminação, tanto para salários, como para critérios de admissão.

A Lei nº 7.853/89, a qual dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, estabelece a competência do Poder Público para assegurar a estas pessoas o pleno exercício dos direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho, com o fim de propiciar seu bem-estar pessoal, social e econômico (art. 2º, caput). Para tanto, impõe a adoção de legislação específica que disponha sobre a reserva de mercado de trabalho, para as pessoas com deficiência, na Administração Pública e no setor privado (art. 2º, p. único, “d”) (BRASIL, 1989).

Antes mesmo da regulamentação da Lei nº 7.853/89, a Lei nº 8.213/91, que trata dos planos de benefícios da previdência social, popularmente conhecida como Lei de Cotas, estabeleceu a referida reserva legal de mercado de trabalho no setor privado destinada às pessoas com deficiência, a fazendo nos seguintes termos:

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

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

(BRASIL, 1991)

A título de um melhor entendimento de tal reserva, cabem algumas observações.

Quando o legislador descreve “empresa” está se referindo ao empregador, visto que se a intenção fosse direcionar a obrigação a um estabelecimento único, o empregador que possuísse mais de um estabelecimento da mesma empresa poderia se esquivar desta imposição, alegando que em referida “empresa” não mantinha mais de cem empregados. Neste caso, portanto, o percentual deve recair sobre o número total de empregados de todos os estabelecimentos de uma determinada empresa, como assim entende Gugel (2012, p. 426):

O percentual da reserva (ou cota) é aplicado sobre o número de empregados do único estabelecimento ou, quando se tratar de empresa com vários estabelecimentos e com diferentes inscrições no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) sobre a soma total de empregados de todos os estabelecimentos.

Pessoas com deficiência habilitadas, segundo o art. 36 do Decreto nº 3.298/99, são aquelas que possuam certificação ou diplomação técnica ou acadêmica (§ 2º) ou aquelas que, mesmo não tendo se submetido a processos de habilitação ou reabilitação, estejam capacitadas para o exercício da função (§ 3º) (BRASIL, 1999).

Regulamentando a Lei nº 7.859/89, o Decreto nº 3.298/99 em seu art. 36, caput, repete a previsão da obrigatoriedade da reserva legal de mercado de trabalho para as pessoas com deficiência no setor privado do art. 93 da Lei nº 8.213/91.

Ainda sobre esta reserva legal, cumpre salientar seu aspecto impositivo, limitando o poder potestativo do empregador na disposição de suas vagas de emprego. Nas palavras de Gugel (2012, p. 426):

A reserva de cargos em empresas é norma de natureza jurídica de ordem pública, cujo cumprimento é obrigatório e sem restrições. Esse caráter desafia o poder (potestativo) do empregador quanto a decidir sobre a destinação de cargos criados ou disponíveis que não seja o cumprimento da cota com trabalhador com deficiência.

Inovando os aspectos referentes aos direitos das pessoas com deficiência, a ONU, em 2006, elaborou, após um grande período de discussões acerca do tema, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual teve seu texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/09.

Em seu artigo 3 a citada Convenção prevê como um dos princípios gerais a igualdade de oportunidades (“e”), e no artigo 27, o qual trata do trabalho e emprego, dispõe que os Estados-Partes devem reconhecer o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, inclusive

daquelas que adquiriram alguma deficiência no ambiente laboral, impondo a estes Estados a promoção e a realização deste direito (ONU, 2006).

A não discriminação e a igualdade de oportunidades são princípios gerais incluídos com relevância do direito ao trabalho previsto na Convenção, corroborados nas palavras de Gugel (2014, p. 177):

No eixo trabalho e emprego, do Artigo 27, estão destacados dois dos mais relevantes princípios da Convenção: o da não discriminação e o da igualdade de oportunidades. A partir deles, medidas específicas podem ser adotadas para acelerar, e ao final alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência.

Recentemente, a LBI, embasada na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, prevê, em seu art. 34, o direito ao trabalho às pessoas com deficiência, de sua livre escolha, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

4 A garantia indireta de emprego das pessoas com deficiência: limites ao poder potestativo do empregador

Como já exposto, várias são as normas internacionais que impõem aos Estados-Membros medidas que assegurem o pleno exercício do direito ao trabalho por parte das pessoas com deficiência. Tais normas, previstas em documentos internacionais como os já citados (Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, Convenção da OIT sobre a Reabilitação Profissional e o Emprego de Pessoas Deficientes e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência) prevêem não apenas o direito à obtenção de um emprego, mas também obriga os Estados-Membros a adotarem medidas que conservem o emprego conquistado, como forma de manter a pessoa com deficiência incluída dentro da sociedade em que vive.

Uma dessas medidas que o Brasil adotou foi a de condicionar a dispensa do empregado com deficiência ou o beneficiário reabilitado, nos contratos por prazo determinado de mais de noventa dias e naqueles por prazo indeterminado, à contratação prévia de outro trabalhador com deficiência ou mesmo outro beneficiário da Previdência Social reabilitado.

Esta medida encontra-se prevista tanto no Decreto nº 3.298/99, o qual regulamenta a Lei nº 7.853/89, em seu art. 36, § 1º, como na Lei nº 8.213/91, que assim dispõe no § 1º do art. 93, com a nova redação dada pela Lei nº 13.146/2015:

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (BRASIL, 1991)

São escassos na doutrina apontamentos sobre o tema em questão, sendo comentada apenas a reserva legal de mercado de trabalho. Ainda assim, colacionamos pequeno trecho apresentado por Silva e Bispo (2013, p. 460):

Não podemos deixar de registrar que o § 1º do art. 93, da Lei nº 8.213/91, determina como condição certa para a dispensa do empregado portador de deficiência, englobando tanto na incidência de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, como na por prazo determinado, a contratação de substituto em condições semelhantes.

Pode-se observar que tal regra impõe limites ao poder potestativo do empregador, não podendo, a seu critério, demitir sem justa causa pessoas com deficiência que se encontrem colocadas na reserva legal, sendo nula a dispensa ocorrida sem a observância da exigência legal, sendo possível o empregado injustiçado requerer, junto à Justiça Laboral a sua reintegração ao emprego. Portanto, o direito de despedir não é absoluto.

Em uma eventual reclamação trabalhista visando à reintegração ao emprego, cabe dizer que o ônus probatório concernente a comprovar o preenchimento da reserva legal de vagas às pessoas com deficiência é do empregador, tendo em vista o empregado não dispor de tais documentações. Portanto, neste caso ocorre a chamada inversão do ônus da prova, instituto já consolidado no Direito Laboral, tendo em vista o empregado ser a parte hipossuficiente tanto econômica quanto probatória.

Dito isto, necessário pontuar que a dispensa condicionada deve ser observada apenas às empresas que possuem cem ou mais funcionários, de acordo com a porcentagem descrita no caput do art. 93 da Lei nº 8.213/91. Empresas com menos de cem empregados não necessitam cumprir tal disposição condicionante, podendo dispensar imotivadamente qualquer pessoa com deficiência, observando, por óbvio, seus direitos rescisórios trabalhistas.

Tal norma é revestida de ordem pública, tendo como objetivo proteger a despedida arbitrária de trabalhadores em condições físicas, sensoriais, intelectuais ou mentais diversas dos padrões normais estabelecidos pela sociedade, não sendo, desta forma, um direito individual, mas sim para todas as pessoas com deficiência. No ensinamento de Martins (2010, p. 442), “a regra do art. 93 da Lei nº 8.213 não é uma garantia individual, mas para um grupo de pessoas deficientes. Compreende garantia de emprego, sem prazo definido”.

Tema debatido na jurisprudência foi resultado da redação anterior do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91, o qual previa que o substituto a ser previamente contratado para a legal dispensa de pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado deveria ter “condições semelhantes” a este dispensado. Em outras palavras, o empregado dispensado deveria ter como substituto uma pessoa que possuísse a mesma deficiência. Por exemplo, para dispensar uma pessoa com deficiência visual, o empregador deveria contratar previamente um também empregado com deficiência visual.

No entanto, alguns julgados iam além, interpretando tal texto no sentido de mesma deficiência e mesmo cargo ocupado dentro da empresa. Ou seja, o substituto deveria ter as mesmas condições de deficiência e ser contratado para ocupar o mesmo cargo do empregado dispensado.

Em que pese esse mesmo texto ainda se encontre no Decreto nº 3.298/99, a Lei nº 13.146/2015 deu nova redação ao artigo citado da Lei nº 8.213/91, estabelecendo como substituto “pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado”, resolvendo, destarte, tal divergência.

Portanto, para a dispensa de empregado com deficiência deve ser contratada previamente outra pessoa com deficiência, independente de sua modalidade de deficiência.

Em sentença proferida em processo trabalhista na 1ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul, o Magistrado sentenciante assim entendeu:

[...] a alteração legislativa veio a esclarecer tão somente uma dúvida quanto à “condição semelhante”. Vale dizer, desnecessário que o novo empregado seja portador do mesmo tipo de deficiência, mas sim que seja portador de alguma deficiência ou seja beneficiário reabilitado da Previdência. (SÃO CAETANO DO SUL, 2016)

Outro tema debatido na jurisprudência sobre o tema em questão é se a garantia indireta se mantém mesmo tendo o percentual mínimo da reserva sido preenchido. Exemplo: em uma empresa com 100 funcionários, onde a reserva deve ser de dois por cento, portanto, duas vagas seriam destinadas para pessoas com deficiência ou beneficiário reabilitado. Se esta empresa tivesse em seu quadro de funcionários quatro empregados nestas condições, estaria a mesma autorizada a dispensar imotivadamente sem a necessidade de contratar previamente outra pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado, haja vista a reserva estar preenchida?

Em acórdão proferido em Recurso Ordinário no Tribunal Regional da 1ª Região, ficou definido que mesmo a reserva estando preenchida a garantia indireta se conserva, devendo o empregador contratar substituto para o empregado com deficiência que deseja dispensar:

Ademais, não prosperam as alegações patronais, no que concerne à contratação de novos funcionários em condições semelhantes à do autor, por entender que isto só seria necessário caso a empresa estivesse em número inferior ao mínimo legal. O art. 93, §1º, da Lei n.º 8.213/91 determina que a dispensa injustificada do empregado portador de necessidades especiais só poderá ocorrer após a contratação, previamente, de substituto em condições semelhantes. O fato de a reclamada manter em seu quadro funcional trabalhadores com deficiência física em número superior ao estabelecido no texto legal não se mostra capaz de afastar a determinação legal. (RIO DE JANEIRO, 2014)

A sentença atacada no Recurso acima descrito rechaça a ideia de que mesmo preenchida a reserva legal, está a dispensa condicionada à contratação de outra pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado:

Ademais, a contratação de trabalhador além da cota mínima prevista pela lei previdenciária é mera liberalidade do Banco, o qual deve assumir o ônus desta conduta, eis que ciente da garantia indireta que possuem os portadores de deficiência. (NITERÓI, 2014)

Em que pese os julgados citados, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que preenchida a reserva mínima de vagas, o empregador não está obrigado a contratar outra pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado em uma eventual dispensa imotivada de empregado nestas mesmas condições, como se pode observar na seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA. 1. EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DISPENSA IMOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO EM CONDIÇÕES SEMELHANTES. **EXISTÊNCIA DE NÚMERO DE EMPREGADOS SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL.** É cediço que a jurisprudência desta Corte considera nula a dispensa imotivada de empregado portador de deficiência sem a contratação de substituto em condições semelhantes, nos moldes do art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Contudo, o caso concreto contempla uma peculiaridade, qual seja o **fato de a empresa possuir o quantitativo de empregados portadores de deficiência em percentual superior ao mínimo legal estabelecido no caput da referida norma.** Assim, observada a **garantia social impressa no referido dispositivo, não há falar em nulidade da dispensa realizada.** Recurso de revista conhecido e provido. 2. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. Não se vislumbra, na hipótese, o intuito meramente protelatório da parte, pois o prequestionamento da matéria constitui requisito de admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária e, conseqüentemente, revela-se necessário ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, assegurado no art. 5º, LV, da CF. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Diante todo o exposto, observa-se que esta garantia indireta de emprego caracteriza-se como uma medida de conservar o emprego de pessoas com deficiência que, com notáveis dificuldades das mais variadas formas, conquistam e procuram estarem ativas dentro da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia indireta de emprego da pessoa com deficiência concretiza um dentre vários outros direitos que visam a emancipação e a autonomia desse grupo de pessoas que se encontram em desvantagem em relação aos trabalhadores em geral.

Por oportuno, para uma melhor aplicação de tal direito, o conceito de pessoa com deficiência foi se adequando ao longo do tempo, retirando a carga patológica que o revestia, e tornando ele algo incluído no ambiente em que o indivíduo se encontra, não cabendo mais serem as deficiências listadas em um rol taxativo, mas sim devendo ser observados os aspectos ambientais e a possibilidade da pessoa em exercer todos os seus direitos em igualdade com as demais pessoas.

Observa-se que após os anos 60, época em que terminou a Segunda Guerra Mundial, resultante do grande número de pessoas que se tornaram deficientes por conta das lesões sofridas em combate, houve uma maior atenção às pessoas com deficiência no tocante à obtenção de emprego, com a edição de normas internacionais obrigando os Estados-Membros à garantirem essa obtenção e a manutenção de emprego para essas pessoas.

Atualmente, o Brasil dispõe, objetivando a obtenção de emprego por parte das pessoas com deficiência, a reserva legal de mercado de trabalho para esse público de pessoas, constante na popularmente chamada Lei de Cotas (Lei nº 8.213/91).

Para a conservação de tais empregos, o direito brasileiro estabelece ao empregador uma limitação ao seu direito de despedir, condicionando a dispensa imotivada de pessoa com deficiência à contratação de outro empregado com deficiência.

Tal garantia é reflexo da imposição dos documentos internacionais analisados, que ordenam que os Estados-Membros possuam regras que garantam que pessoas com deficiência participem da vida econômica do país e não venham a sofrer arbitrariedades ilimitadas dos empregadores.

Ademais, além de ser regra imposta legalmente, a sociedade atual precisa entender a importância de ter pessoas com deficiência no mercado de trabalho, pois assim sendo, estará, verdadeiramente, incluindo todas as pessoas, como um gesto de igualdade e fraternidade.

Evidencia-se, desta forma, a permanência ao emprego como instrumento apto à auxiliar a inclusão social das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil**. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glaco Salomão (Coor.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4.ed. Brasília: Ed. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), 2011. Disponível em:

<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 12**, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Brasília, 1978. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993**. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0914impresao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público,

define crimes, e dá outras providências. Brasília, 1989. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília, 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, 8ª Turma. Acórdão, Recurso de Revista, Processo nº 0001852-37.2012.5.01.0244. Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo, Recorrido: Alessandro Redlich Santos. Ministra Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília, 27 de abril de 2016.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência**: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glaco Salomão (Coor.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. **Os direitos humanos e a pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2007.

GUGEL, Maria Aparecida. **Artigo 27**: Trabalho e emprego. In: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Novos Comentários. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

_____. **O direito ao trabalho e ao emprego**: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glaco Salomão (Coor.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26.ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010.

NITERÓI (RJ). **4ª Vara do Trabalho**. Sentença, Processo nº 0001852-37.2012.5.01.0244. Reclamante: Alessandro Redlich Santos, Reclamado: HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo. Juíza do Trabalho: Rosemary Mazini. Niterói, 07 de fevereiro de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 2006. Disponível em:

<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoacomdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. 1975. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**. 1999. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes**. 1983. Disponível em:

<<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto**. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glaco Salomão (Coord.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**, 5ª Turma. Acórdão, Recurso Ordinário, Processo nº 0001852-37.2012.5.01.0244. Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo, Recorrido: Alessandro Redlich Santos. Desembargador do Trabalho: Roberto Norris. Rio de Janeiro, 02 de dezembro de 2014.

SÃO CAETANO DO SUL, **1ª Vara do Trabalho**. Sentença, Processo RTOrd nº 1002431-31.2015.5.02.0471. Reclamante: Leandro Ceringas de Lima, Reclamada: Serviço Nacional de Teleatendimento ao Cliente Ltda. Juíza do Trabalho: Lucia Regina de OliveiraTorres José. São Caetano do Sul, 07 de agosto de 2016.

SILVA, Nicacio José da; BISPO, Roberney Pinto. **Direitos fundamentais antidemocráticos: pessoas com deficiência, mercado de trabalho e ações afirmativas**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.). Minorias & Grupos Vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva. Birigui: Ed. Boreal, 2013.