

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

GABRIELE MAYER

**MEDIDAS AFIRMATIVAS E ESTABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
NO MERCADO DE TRABALHO**

Porto Alegre

2010

GABRIELE MAYER

**MEDIDAS AFIRMATIVAS E ESTABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
NO MERCADO DE TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Lenando Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2010

“A busca pela igualdade não se restringe em nivelar todos perante a lei; a verdadeira igualdade será encontrada quando for dado tratamento diferenciado às pessoas que se encontram em situações desniveladas. Em casos extremos é necessário a adoção de medidas que concedam benefícios aos socialmente desamparados. O acesso ao trabalho é um direito fundamental, que não pode ser negado a ninguém em virtude de discriminações odiosas. A justiça social somente será alcançada quando a todos forem disponibilizados meios de viver de forma digna, igualitária e sem preconceitos”.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CF – Constituição Federal

CNPS – Conselho Nacional de Previdência Social

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 2 PRINCÍPIOS..... | 7 |
| 2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 7 |
| 2.2 PROTEÇÃO..... | 10 |
| 2.3 IGUALDADE..... | 13 |
| 2.4 NÃO-DISCRIMINAÇÃO..... | 15 |
| 2.5 CONTINUIDADE DO EMPREGO..... | 18 |
| 3 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... | 21 |
| 3.1 NORMAS INTERNACIONAIS..... | 23 |
| 3.1.1 Convenção nº 111 da OIT..... | 23 |
| 3.1.2 Convenção nº 159 da OIT..... | 24 |
| 3.1.3 Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência... | 25 |
| 3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL..... | 27 |
| 3.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA INFRACONSTITUCIONAL..... | 29 |
| 3.4 LEGISLAÇÃO ATUAL..... | 32 |
| 3.4.1 Lei nº 7.853/89 e Decreto nº 3.298/99..... | 32 |
| 3.4.2 Lei 8.112/90..... | 34 |
| 4 ESTABILIDADE..... | 36 |
| 4.1 CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT..... | 43 |
| 4.2 MEDIDAS AFIRMATIVAS..... | 45 |
| 4.2.1 Dificuldades das Medidas Afirmativas..... | 48 |
| 4.3 MEDIDAS AFIRMATIVAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA..... | 49 |
| 4.3.1 Reserva de Vagas no Serviço Público..... | 50 |
| 4.3.2 Reserva de Vagas no Âmbito Privado..... | 53 |
| 4.3.3 Aprendizagem e Estágio..... | 58 |
| 4.4 ESTABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... | 60 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 68 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 70 |

1 INTRODUÇÃO

Pessoa com deficiência é aquela que possui uma restrição física, mental ou sensorial, a qual dificulta ou impossibilita sua convivência plena na sociedade em igual condições com as demais pessoas. Essa restrição limita seu portador, tornando-o, muitas vezes, incapaz de exercer as atividades essenciais da vida cotidiana.

Além das limitações inerentes à sua condição, a pessoa com deficiência sofre com o preconceito, a indiferença e o tratamento hostil, sendo normalmente considerada inapta para o convívio social e para as atividades laborativas.

A inserção plena dos portadores de deficiência na sociedade depende de políticas públicas eficazes, além de uma conscientização geral de não discriminação e aceitação desse grupo de pessoas.

Esse estudo objetiva analisar a proteção dada pelo ordenamento jurídico pátrio e pelas normas internacionais ao empregado com deficiência, além de demonstrar que a ele é garantido estabilidade no emprego.

No presente trabalho utilizou-se o método dedutivo, sendo feito o uso de doutrina, jurisprudência, legislação nacional e internacional. Primeiro foi feito um estudo sobre princípios constitucionais e trabalhistas, seguido por uma consideração acerca das leis e tratados que tutelam a pessoa com deficiência. Posteriormente foi realizada uma análise pormenorizada das normas que concedem benefícios preferenciais ao empregado com deficiência, verificando o posicionamento jurisprudencial sobre o assunto.

No primeiro capítulo, analisou-se os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, assim como os princípios do Direito do Trabalho da proteção e da continuidade no emprego.

Após, no segundo capítulo, realizou-se a conceituação da pessoa com deficiência e demonstrou-se a evolução legislativa das normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que versam acerca do direito dos portadores de deficiência. Também enumerou-se as normas vigentes atualmente, sempre enfatizando o âmbito trabalhista.

No terceiro capítulo abordou-se a estabilidade, conceituando e diferenciando a estabilidade absoluta da provisória. Analisou-se a política de ações afirmativas,

detalhando o instituto da reserva legal de vagas para pessoas com deficiência no serviço público e na iniciativa privada. Por fim, tratou-se acerca da estabilidade do empregado com deficiência no mercado de trabalho, analisando a Lei 8.213/91, assim como a jurisprudência de Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

2 PRINCÍPIOS

Os princípios são diretrizes valorativas de uma ordem jurídica. Eles detêm a base, a essência de um sistema legal, servindo de norte para a aplicação e interpretação das normas jurídicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como:

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico¹.

Afirma o autor que a violação de um princípio é muito mais grave do que a transgressão de uma norma qualquer. Isto porque "(...) a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos²."

Serão analisados neste capítulo os princípios constitucionais fundamentais, em especial os que visam tutelar a pessoa com deficiência.

Também serão abordados princípios do Direito do Trabalho, tais como o princípio da proteção e da continuidade no emprego, que se destinam à proteção do empregado e à manutenção da justiça social.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pode-se considerar esse princípio o núcleo do ordenamento jurídico, visto que coloca a pessoa humana numa situação de respeito e valorização frente ao Estado, que possui a obrigação de lhe garantir condições mínimas para existir de modo digno, sem qualquer tipo de distinção.

Não há um consenso acerca da definição de dignidade. Alguns autores, como Comparato e Arion Romita, entendem a dignidade como fundamento dos direitos fundamentais. Outros, como Robert Alexy, compreendem como princípio. Há, ainda,

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2003, p. 817 a 818.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2003, p. 818.

os que afirmam que a dignidade é um valor, uma característica inerente ao homem que não pode ser criada pela ordem jurídica.

Sarlet define dignidade como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³.

Kant aprofundou a definição de dignidade, apresentando-a como uma qualidade intrínseca ao ser humano enquanto ente moral e racional. Para ele, “a autonomia da vontade, que importa a faculdade de determinar-se a si mesmo e agir conforme a representação das leis, é característica exclusiva do ser racional, sendo o fundamento da dignidade humana⁴.”

Defende Kant que o homem existem como um fim em si mesmo, ele está acima de qualquer valor. “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade⁵.”

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, colocou em evidência princípios fundamentais como a dignidade, a igualdade e a liberdade. Em seu primeiro artigo, estabelece de pronto que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Quanto o direito ao trabalho, afirma o art. 23 o seguinte:

Artigo XXIII - 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e

³ SARLET *apud* GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador, um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 87 e 88.

⁴ GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador, um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: Ltr, 2007, p 53.

⁵ KANT *apud* GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador, um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 54.

satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

No direito brasileiro, a preocupação em tratar da dignidade na Carta Constitucional deu-se somente na Constituição de 1946, porém de forma tímida e limitada ao âmbito trabalhista. A Constituição de 1967 menciona, no capítulo relativo à ordem econômica e social, que a ordem econômica tem, como um dos princípios, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. Todavia, apenas na Magna Carta de 1988 foi que esse princípio tomou real importância, tornando-se o centro do sistema jurídico nacional. Já no art. 1º inciso III, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. No que tange à atividade laborativa, o art. 170 afirma que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho nem sempre é fácil. Em situações de grande desordem econômica e desemprego, os empregados, muitas vezes, se submetem a situações indignas e precárias, pois não possuem outras oportunidades de trabalho. Inúmeros trabalhadores, em especial os com deficiência, sofrem assédio moral e discriminação no ambiente laboral, mas são obrigados a permanecer no trabalho por temerem o desemprego. Nesse sentido, percebe-se que a legislação trabalhista brasileira visa, justamente, evitar ao máximo que o empregador infrinja a dignidade do trabalhador, limitando a jornada de trabalho, garantindo o direito à greve, dificultando a dispensa arbitrária, além de outros dispositivos protetores. Conforme afirma Lygia Maria Cavalcanti, a legislação de trabalho é, simultaneamente, uma ferramenta protetora das relações sociais capitalistas e instrumento de limitação às explorações da força de trabalho e garantidora dos importantes meios de luta dos empregados⁶.

O aumento das demandas trabalhistas que versam sobre afronta aos direitos fundamentais do trabalhador tem evidenciado a inobservância, por parte dos empregadores, do fornecimento de condições mínimas de trabalho digno aos seus empregados. Muitas são as situações fáticas que envolvem o desrespeito à

⁶ SILVA, Alessandro da, *et al.* **Direitos humanos: essência do direito do trabalho**. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2007, p. 155.

dignidade humana no trabalho. Podemos citar como exemplo o trabalho infantil, a discriminação, o trabalho físico excessivo, baixos salários e o trabalho escravo.

Em muitos casos, o desrespeito ao princípio da dignidade no ambiente de trabalho acarreta direito a danos morais ao trabalhador. Podemos pegar como exemplo acórdão proferido pelos magistrados integrantes da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que manteve o direito à percepção de indenização por danos morais de trabalhadores submetidos à trabalho análogo ao escravo:

DANO MORAL. TRABALHO EM REGIME ANÁLOGO AO DE ESCRAVIDÃO. CONFIGURAÇÃO. REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA DEVIDA. O trabalho em condições análogas ao de escravo, assim considerado o trabalho em que não respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador, configura dano moral, a teor do preceituado no art. 5º, X, da CF, sendo desnecessária a demonstração do efetivo prejuízo em decorrência da conduta do empregador. (...) De fato, não há dúvida quanto ao caráter abusivo e ilegal da conduta dos réus, porquanto, ao submeterem o demandante a trabalho em regime análogo ao de escravidão, praticaram uma das formas mais graves de desrespeito à dignidade do trabalhador. O propósito de lucratividade da empresa não pode, jamais, implicar lesão a direitos mínimos e à dignidade do trabalhador, sobretudo em casos como o dos autos, em que evidenciada a odiosa exploração do homem pelo homem⁷.

2.2 PROTEÇÃO

Afirma Carmen Camino que o princípio da proteção expressa a ideologia do Direito do Trabalho, visto que é através dele que se compensa a inferioridade econômica do trabalhador, dando a ele um tratamento legal privilegiado. Os demais princípios, na sua maioria, são meros desdobramentos do princípio da proteção⁸.

Ao passo que, nos demais ramos do Direito, há uma busca pela igualdade entre as partes, no Direito do Trabalho verifica-se que a legislação busca amparar o trabalhador, considerado o polo mais fraco da relação de emprego. Plá Rodriguez define, *in verbis*:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a

⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 0013400-35.2009.5.04.0841** da 10ª Turma. Recorrente: ALL – América Latina Logística Malha Sul S.A. Recorridos: Dalmi Vitali Rood, Ricardo Peralta Pelegrine e Vilmar Peralta Pelegrine. Relator: Des. Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 27 de maio de 2010. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acesso em 12/09/2010.

⁸ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 56.

preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes⁹.

O princípio da proteção desdobra-se em três regras básicas:

In dubio pro operario: Tem como base o princípio *in dubio pro reo*, do direito penal, que sustenta que o réu não pode ser condenado quando houver dúvida acerca da autoria da infração penal. Isto é, em casos duvidosos a decisão deve ser em prol do polo mais fraco. No Direito do Trabalho, é o trabalhador a parte hipossuficiente, é ele que merece especial proteção. Quando há dúvida quanto à aplicação de uma norma, utiliza-se a interpretação que seja mais favorável ao empregado. Esse princípio incide quando há somente uma norma a ser aplicada no caso concreto, norma que suscite, no julgador, uma dúvida razoável. O julgador, então, ao tomar a sua decisão, deve escolher a solução que seja mais benéfica ao trabalhador. Plá Rodriguez deixa claro, porém, que esse princípio não pode ser usado para alterar o sentido da norma ou para corrigi-la; ele deve ser aplicado somente para determinar o verdadeiro sentido, dentre vários possíveis, de uma única norma¹⁰.

Aplicação da norma mais favorável: Caso haja mais de uma norma aplicável a uma situação fática, aplica-se a que for mais benéfica ao trabalhador, independentemente a sua situação na escala hierárquica. No Direito do Trabalho, normas superiores hierarquicamente conferem direitos mínimos, passíveis de serem ampliados nas norma de hierarquia inferior¹¹.

Sério Pinto Martins defende que a aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três modos distintos: a) legisladores, ao criarem novas leis, devem sempre visar a melhoria da condição social do trabalhador; b) havendo várias normas passíveis de serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a mais favorável ao empregado. Desse modo, dependendo da situação concreta, pode-se aplicar uma norma coletiva ao invés de lei ou da Constituição; c) ao aplicar a norma mais favorável, é preciso buscar a interpretação mais benéfica da mesma¹².

⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**.4. ed. São Paulo: Ltr, 1996, p. 28.

¹⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**.4. ed. São Paulo: Ltr, 1996, p. 45.

¹¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**.4. ed. São Paulo: Ltr, 1996, p. 28.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p. 61.

As decisões trabalhistas invocam, com regularidade, o princípio da aplicação da norma mais favorável, como podemos constatar ao ler o acórdão do processo nº 0058400-29.2009.5.04.0010, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. FUNDAÇÃO BANRISUL. APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 1.600/64. CUSTEIO. PERCENTUAL DE DESCONTO. Aplicável ao contrato de trabalho do autor a Resolução nº 1.600/64, relativamente à matéria de complementação de proventos de aposentadoria. Conforme reconhecido judicialmente, tal norma também deve ser observada quanto à fixação dos percentuais a serem descontados para a contribuição previdenciária privada. Assim, havendo descontos em percentual superior ao estabelecido na norma aplicável, correta a sentença ao determinar sua devolução. Recurso ordinário da reclamada não provido(...). De conhecimento, no Direito do Trabalho, contrário do proceder geral, prevalecem as normas mais favoráveis ao obreiro (Regras da Norma mais Benéfica e da Condição mais Favorável), por ser a parte mais frágil da relação (Princípio da Proteção)¹³.

Preservação da condição mais benéfica: Esse princípio visa a manutenção, para o trabalhador, das condições benéficas já adquirida por ele. Em suma, veda o *reformatio in pejus* e consagra a aplicação do direito adquirido, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXVI¹⁴.

Na CLT, o art. 468 trata de assegurar a preservação da condição mais benéfica ao trabalhador, nos seguintes termos:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A Súmula 51 do TST esclarece que cláusulas regulamentares, que revoguem ou modifiquem vantagens deferidas anteriormente, só afetarão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. Dessa forma, cláusula menos favorável não se aplica aos empregados que já trabalhavam na empresa antes da sua emissão.

¹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 0058400-29.2009.5.04.0010** da 7ª Turma. Recorrentes: Fundação Banrisul de Seguridade Social e Olavo Bernardino Bajotto. Recorridos: Os mesmos. Relator: Desa. Flávia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acesso em 13/09/2010.

¹⁴ A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Quanto à aplicação desse princípio, pode-se analisar a ementa da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que anula ato que prejudique o direito adquirido do trabalhador:

BANRISUL. REVOGAÇÃO E ALTERAÇÃO DE VANTAGENS ASSEGURADAS POR NORMA REGULAMENTAR INTERNA. Havendo alteração contratual em prejuízo do empregado, a teor dos arts. 9º e 468 da CLT, o ato é nulo. Mantida a decisão de origem, no sentido de que foram lesivas as alterações introduzidas pelas Resoluções 3469 e 3480 do Banco reclamado. Aplicação da súmula 51 do TST.¹⁵

2.3 IGUALDADE

A busca pela igualdade sempre foi uma constante na sociedade moderna. Com o advento da Revolução Francesa, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade tornaram-se diretrizes a serem seguidas por toda sociedade justa e democrática. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, defendeu que “os homens nascem e permanecem livres e iguais perante a lei”. Também afirmou que a lei é a expressão da vontade geral, e deve ser a mesma para todos. Percebe-se que buscou-se, na época, uma igualdade meramente jurídica. Posteriormente, ficou claro que, apesar de relevante, a simples igualdade perante a lei não inibe as desigualdades de fato.

De acordo com Manoel Ferreira Filho, a igualdade jurídica está fundada em três aspectos: igualdade do direito, a uniformidade de tratamento e a proibição da discriminação. Igualdade do direito significa dizer que só existe um corpo de normas e que este deve ser aplicado a todos os homens. A uniformidade de tratamento diz respeito ao igual tratamento dos iguais e dos casos iguais. Por fim, a proibição da discriminação veda o tratamento diferenciado que resulte em situação jurídica desvantajosa, em virtude de características pessoais. Também proíbe concessão de vantagens com base em distinção discriminatória¹⁶.

A questão central da igualdade está na possibilidade de flexibilizar esses

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 5641000-98.1992.5.04.061** da 4ª Turma. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. Recorrido: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Cruz Alta e Região. Relator: Des. João Pedro Silvestrin. Porto Alegre, 02 de setembro de 2010. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acesso em 12/09/2010.

¹⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204 e 205.

aspectos supracitados sem, contudo, contrariá-los. Afirmou Aristóteles que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. As diferenciações existem, e muitas delas precisam ser tratadas de maneira desigual, a fim de se obter uma real equidade. A dúvida se encontra em saber quais diferenciações são legítimas, não discriminatórias e que merecem tratamento jurídico diferenciado.

A fim de demonstrar que há situações em que a diferenciação se faz necessária, Celso Antônio Bandeira de Mello sugere uma situação hipotética na qual uma epidemia está acometendo dada região e verificou-se que indivíduos de certa raça são mais resistentes a ela. É editada, então, lei que cria cargos públicos de enfermeiros naquela área, exigindo que os candidatos sejam somente da raça mais resistente à epidemia. Embora haja uma discriminação em razão da raça, nesse caso não há afronta qualquer ao princípio da igualdade - nem ao princípio da não discriminação - tendo em vista que a diferenciação feita foi plenamente justificada pela situação fática que a criou. Segundo Mello, “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório.” Afirma ainda que:

(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição¹⁷.

A diferenciação, dessa forma, não poder ser gratuita ou aleatória, é preciso haver um motivo, uma justificativa racional para que ela exista, sob pena de afrontar o princípio da igualdade. O tratamento desigual a situações desiguais é vital para que se concretize a igualdade material.

A Constituição Federal de 1988 defende, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal premissa, todavia, não proíbe que haja, na Constituição, situações jurídicas distintas que visem dirimir situações desiguais. É possível encontrar, na Magna Carta, diversos dispositivos que concedem tratamento desigual àqueles que se encontram em situação de

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 17.

desigualdade, como é o caso do art. 7º, inciso XX, que concede proteção à mulher do mercado de trabalho e o art. 37, VIII, que cria a reserva de vagas públicas a pessoas com deficiência.

A intenção do princípio da igualdade não é apenas garantir uma igualdade formal, legal, mas sim o de propiciar uma igualdade material, uma diminuição das desigualdades reais, uma equiparação de todas as pessoas em todas as esferas sociais. A aplicação desse princípio, portanto, não significa colocar todos em par de igualdade perante à lei; casos desiguais devem ser tratados desigualmente, a fim de garantir a verdadeira isonomia.

2.4 NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Discriminar significa diferenciar, estabelecer diferença com base em conceitos preexistentes, conceitos estes formados de forma injusta ou com base em esteriótipos. Grande parte da discriminação origina-se no preconceito, no julgamento prévio de uma pessoa em virtude de alguma característica externa, opinião ou ideologia.

Christiani Marques afirma que “o preconceito tem arraigado em si uma predisposição hostil em face de outro humano. (...) Há uma desvalorização do outro como pessoa, sendo considerado indigno de conviver no mesmo espaço, excluído moralmente¹⁸”. Também argumenta que preconceito e discriminação não são sinônimos, pois “o preconceito legitima a discriminação e esta, por sua vez, gera o preconceito¹⁹”.

O princípio da não-discriminação visa eliminar toda e qualquer distinção entre as pessoas em virtude de suas qualidades e características distintas. Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, percebe-se a preocupação em inibir toda e qualquer discriminação quando se fala em sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º, inciso IV, define como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda,

¹⁸ ARAÚLO, Luiz Alberto David *et al.* **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 108.

¹⁹ ARAÚLO, Luiz Alberto David *et al.* **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 107.

o inciso XLI do art. 5º versa que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

Apesar de ser prática perversa e odiosa, a discriminação na sociedade é latente, em especial no mercado de trabalho. Nesse aspecto, a Constituição de 1988 ampliou as medidas proibitivas de discriminação, como pode-se perceber no art. 7º, que trata do direito dos trabalhadores urbanos e rurais. No ordenamento jurídico infraconstitucional também há diversas normas antidiscriminatórias que visam atenuar essa situação. Na CLT, o art. 5º veda distinção salarial em função do sexo. Complementando essa ideia, o art. 461 afirma que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”. Já a Lei nº 7.716/89 criminaliza o impedimento a cargo empregatício, seja no serviço público ou privado, de alguém em virtude de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Relativamente à mulher, nota-se que há uma evidente preocupação legislativa em dirimir o preconceito que o mercado de trabalho, ainda, possui relativamente a ela. A própria Constituição disponibiliza algumas normas protetivas ao sexo feminino, como é o caso do art. 7º, XX, o qual permite incentivos específicos, no âmbito laboral, às mulheres. Posteriormente, foi editada a Lei 9.029/95, que enquadra como discriminatória a exigência de exame de gravidez por parte do empregador. Em 1999 foi promulgada a Lei nº 9.799, a qual amplia os direitos da mulher no mercado de trabalho, garantindo à empregada grávida, por exemplo, transferência de função – por motivo de saúde – assegurado o retorno da função anteriormente exercida quando do retorno ao trabalho.

A discriminação contra as pessoas com deficiência no Brasil sempre foi visível, em especial no mercado de trabalho. A maioria das empresas não quer ter a sua imagem associada a alguém que possua um problema físico ou mental, uma incapacidade. Além do mais, há a ideia de que pessoas com deficiência são extremamente limitadas, não podendo exercer qualquer tipo de atividade laborativa. Afirma Sérgio Pinto Martins que:

A não-discriminação em relação aos deficientes físicos é uma forma de protegê-los e de não haver discriminação quanto a seu trabalho, pois,

muitas vezes, essas pessoas têm outros sentidos mais desenvolvidos em razão de terem perdido um órgão, por exemplo²⁰.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 demonstrou preocupação em reverter essa situação ao proibir, no art. 7º, inciso XXXI, “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. As disposições da Magna Carta impulsionaram inovações na legislação no tocante a não discriminação do portador de deficiência e a sua inserção no trabalho.

A fim de tornar mais eficaz a não discriminação à pessoa com deficiência, a Lei nº 7.853/89 tipificou como crime atos como obstar o acesso a cargo público ou negar emprego por motivo de deficiência.

Salienta-se, ainda, que o Brasil ratificou diversas normas internacionais que visam a extinção da discriminação nas relações de emprego. Em 1968 o Decreto nº 62.150 promulgou a Convenção 111 da OIT, que versa sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. Em 1970 promulgou, através do Decreto nº 66.496, a Convenção nº 117 da OIT, a qual intenciona suprimir toda a discriminação contra trabalhadores por motivo de raça, cor, sexo, crença ou filiação a sindicato. O Decreto 129/91 promulgou a Convenção 159 da OIT, que obriga os países signatários a instituir políticas de reabilitação profissional às pessoas com deficiência. Também ratificou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, através do Decreto 89.460/84, convenção que obriga a adoção de medidas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos no âmbito trabalhista. Cabe informar, ainda, que o Brasil recepcionou a Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, em 2001, além de outras normais internacionais relacionadas.

O princípio da não-discriminação repudia toda e qualquer dispensa discriminatória, intolerada no sistema jurídico nacional, tendo em vista as normas constitucionais e os tratados internacionais recepcionados. A jurisprudência majoritária tem se posicionado contra a demissão discriminatória, como pode-se aferir da decisão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, cuja ementa afirma:

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p.473.

AIDS. PORTADORA DE HIV TEM DIREITO À ESTABILIDADE NO EMPREGO. DISPENSA IMOTIVADA PRESUMIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA. Os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos arts. art. 1º, incs. III e IV, 3º inc. IV, 5º *caput* e inc. XLI, 170, 193. A obreira faz jus a estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7º, inc. I, da Constituição Federal). Reintegração determinada enquanto apta para trabalhar. Aplicação dos arts. 1º e 4º inc. I, da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995 (cf. CLT, art. 8º c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º). Os riscos da atividade econômica são da empresa empregadora (CLT, art. 2º), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge todo o país²¹

2.5 CONTINUIDADE DO EMPREGO

Plá Rodriguez afirma que, para compreender o princípio da continuidade do emprego, é preciso partir da ideia de que “o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo²².” O contrato de trabalho possui, por sua natureza, validade por tempo indeterminado; contratos por prazo determinado são meras exceções à regra e devem ser utilizados em situações excepcionais.

Esse princípio busca garantir uma certa estabilidade e segurança ao trabalhador, já que é característica dos contratos por tempo indeterminados sua manutenção por tempo indefinido, até que surja alguma situação atípica que altere essa continuidade. Francisco Marques de Lima confere a esse princípio alguns fundamentos, dentre eles o direito ao trabalho, à segurança e o aperfeiçoamento do trabalhador na sua atividade laboral. Afirma o autor que o empregado que permanece indefinidamente no emprego acaba se aperfeiçoando mais, conhecendo melhor a filosofia da empresa e se empenhando para galgar uma melhor posição funcional²³.

Torna-se imprescindível deixar claro que o princípio da continuidade se

²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 004205/1999-RO-9** da 3ª Turma. Recorrente: Lucimara Maria dos Santos. Recorrido: Indústria Romi S.A.: Juiz Mauro Cesar Martins de Souza. São Paulo, 15 de agosto de 2000. Disponível em <www.trt15.jus.br>. Acesso em 20/09/2010.

²² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1996, p. 138.

²³ LIMA, Francisco Meton Marque de. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Ltr, 1997, p.101.

destina somente ao empregado, e não ao empregador. Dessa forma, como defende Plá Rodriguez, não pode o empregador fazer uso desse princípio para se opor à renúncia ou ao abandono do trabalho pelo empregado pois, exceto em contratos de prazo determinado e em casos em que a solvência econômica do trabalhador ocasione algum tipo de responsabilidade, o trabalhador é livre para denunciar o contrato e deixar de trabalhar²⁴.

A CLT expõe, exaustivamente, as hipóteses que justificam a ocorrência de contrato por prazo determinado, em seu art. 443:

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

A legislação, apesar de permitir a existência do contrato por prazo determinado, estabelece limitações para a sua ocorrência, só podendo ser celebrado nas situações previstas no artigo supracitado. Essa limitação é necessária pois impede que o empregador contrate somente através dessa modalidade, o que ocasionaria insegurança econômica e caos social.

A Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, ampliou a possibilidade de celebração do contrato por prazo determinado, antes permitido somente nas hipóteses do art. 443 da CLT. A referida lei, no art. 1º, afirma que as convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente das condições estabelecidas em seu parágrafo 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados. Percebe-se que não é mais necessário a observância das hipóteses previstas no parágrafo 2º do art. 443 da CLT para celebrar contratos por

²⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1996, p. 141.

prazo determinado, havendo, porém, um limite, o qual consta no art. 3º da Lei:

Art. 3º - O número de empregados contratados nos termos do art. 1º desta Lei observará o limite estabelecido no instrumento decorrente da negociação coletiva, não podendo ultrapassar os seguintes percentuais, que serão aplicados cumulativamente:

I - cinquenta por cento do número de trabalhadores, para a parcela inferior a cinquenta empregados;

II - trinta e cinco por cento do número de trabalhadores, para a parcela entre cinquenta e cento e noventa e nove empregados; e

III - vinte por cento do número de trabalhadores, para a parcela acima de duzentos empregados.

Parágrafo único. As parcelas referidas nos incisos deste artigo serão calculadas sobre a média aritmética mensal do número de empregados contratados por prazo indeterminado do estabelecimento, nos seis meses imediatamente anteriores ao da data de publicação desta Lei.

Outra modalidade de vínculo empregatício que não possui validade por tempo indeterminado é o trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/74. Ele se caracteriza por ser prestado por pessoa física, no intuito de atender uma necessidade temporária de substituição de pessoal ou um acréscimo extraordinário de serviços. Também pode-se citar como contrato por prazo determinado o de aprendizagem, regulado pela CLT nos artigos 424 a 433.

3 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A conceituação da pessoa com deficiência sofreu inúmeras variações ao longo do tempo. Diversos termos já foram utilizados para descrever esse grupo, tais como “inválidos”, “excepcionais” e “deficientes”. A partir do final da década de 80, a tendência era utilizar a nomenclatura “pessoa portadora de deficiência”, termo que possui como núcleo o indivíduo, e não sua incapacidade, e que foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988 e pela legislação ordinária. Salienta-se, contudo, que, apesar de ainda amplamente utilizada, a expressão “pessoa portadora de deficiência” tem se tornado, também, alvo de críticas, tendo em vista que deficiência não se porta, ela está na pessoa. Em sua substituição, passou-se a se utilizar a expressão “pessoa com necessidades especiais”. Todavia, essa nomenclatura é muito ampla, tendo em vista que inclui, além da pessoa deficiente, idosos, obesos, isto é, todo e qualquer grupo que necessite de uma atenção diferenciada. Assim, a denominação mais usada atualmente é “pessoa com deficiência”, termo adotado, inclusive, pela ONU na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 2007.

Para conceituarmos o que é a pessoa com deficiência, precisamos realizar uma análise das definições presentes nos diversos ordenamentos jurídicos. O art. 1º da Resolução 3.447, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75, define que o termo "pessoa deficiente" refere-se a qualquer pessoa 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.

A Organização Internacional do Trabalho, através da Convenção nº 159, de 1983 – ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991 – conceitua, em seu Artigo 1º:

Artigo 1- Para efeito desta Convenção, entende-se por "pessoa deficiente" todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

O Decreto nº 1.744/95, que regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de

7 de dezembro de 1993, define pessoa portadora de deficiência aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.

Já o Decreto 3.298/99, o qual regulamentava a Lei 7.853/89, estabelece uma diferenciação entre deficiência, deficiência permanente e incapacidade, conforme se verifica no artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Cabe mencionar que o Decreto nº 3.956, de oito de outubro de 2001 promulgou a Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, a qual define que 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 essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Por fim, a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 2008 – dispõe, em seu artigo primeiro, nos seguintes termos:

Art. 1º - Propósito

(...)

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

Resta claro que todas as denominações salientam que a pessoa com

deficiência possui uma limitação, seja ela física ou mental, que a impossibilita de executar, plenamente, as atividades laborais, sociais e cotidianas.

3.1 NORMAS INTERNACIONAIS

3.1.1 Convenção nº 111 da OIT

No ano de 1958, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho emitiu a Convenção nº 111, a qual versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. O sistema jurídico brasileiro incorporou a referida Convenção ao ordenamento jurídico interno em 1968, através do Decreto nº 62.150.

A Convenção inicia conceituando discriminação como:

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

Apesar de não constar, no art. 1º, a, nada referente à pessoa com deficiência, essa classe não está desamparada pela convenção, já que pode ser enquadrada nas hipóteses do item b, que considera discriminatório “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”. A convenção, todavia, deixa claro que não são consideradas discriminatórias distinções ou preferências baseadas em qualificações para determinado tipo de emprego. Também argumenta, em seu art. 5º,1, que ações especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações não são consideradas como discriminação.

O art. 3º da Convenção prega que todos os países que a incorporarem devem editar leis e incentivar programas de educação que divulguem os ideais de não discriminação e de oportunidade a todos no mercado de trabalho. Também devem garantir a aplicação da política anti-discriminatória nas atividades dos serviços de orientação e formação profissional.

3.1.2 Convenção nº 159 da OIT

A presente Convenção, aprovada na 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1983, foi recepcionada no direito pátrio através do Decreto 129, de 1991. Trata da reabilitação profissional e garantia de emprego da pessoa com deficiência.

A convenção dispõe que a reabilitação profissional tem como finalidade “permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade”. Afirma que todo País-Membro deverá criar uma política para a reabilitação profissional e fornecimento de emprego às pessoas deficientes. Tal política deve assegurar a existência de medidas adequadas de reabilitação profissional que atinjam todas as categorias de pessoas deficientes e promovam oportunidades de emprego para elas no mercado regular de trabalho.

A Convenção defende, em seu art. 4º, que essa política deve ter como base o princípio da igualdade de oportunidades entre trabalhadores deficientes e trabalhadores em geral, deixando claro, portanto, que as pessoas com deficiência devem ser tratadas de forma isonômica, sem nenhum tipo de distinção. O mesmo artigo ressalta, porém, que:

(...) medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

Percebe-se que o entendimento dessa Convenção é de que, para se aplicar com plenitude o princípio da igualdade, é necessário dar tratamento desigual a situações desiguais, não sendo consideradas discriminatórias ações afirmativas que visem atingir a igualdade fática a todos os membros da sociedade. Desse modo, medidas que busquem facilitar, aos deficientes, a obtenção e manutenção do emprego não são consideradas afronta ao princípio da igualdade; pelo contrário, tais ações buscam a justiça social, a igualdade de oportunidades, tendo em vista a evidente dificuldade que esse grupo possui em se integrar socialmente.

A Convenção 159 da OIT colocou a pessoa com deficiência em par de igualdade com as demais, no âmbito da relação de emprego. Propiciou, dessa

forma, a divulgação da ideia de que o deficiente não é um ônus para a sociedade; ele pode – e deve – ser incluído no mercado de trabalho, na medida de suas capacidades.

3.1.3 Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A presente Convenção é resultado de uma ampla discussão que durou cerca de quatro anos e que envolveu a participação de 192 países membros da ONU. O texto final foi aprovado em 13 de dezembro de 2006, o qual foi promulgado pelo Brasil em agosto de 2009, através do Decreto nº 6.949.

Em seu preâmbulo, menciona importantes documentos que versam sobre direitos humanos e fundamentais, tais como a Declaração universal dos direitos humanos, a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, dentre outros. Após, ressalta a importância de discutir a questão da pessoa com deficiência na sociedade e afirma que a discriminação contra essa classe de pessoas configura violação da dignidade do ser humano. Por fim, o preâmbulo ainda argumenta que uma convenção internacional que promova e proteja os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência contribuirá “para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades”.

Em seu art. 3º, a Convenção preceitua como seus princípios:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O art. 27 trata especificamente sobre trabalho e emprego à pessoa com deficiência, reafirmando muito do que já foi estabelecidos em Convenções da Organização Internacional do Trabalho, órgão pertencente à ONU. Reafirma a proibição da discriminação baseada na deficiência nas questões relativas ao emprego (contratação, admissão, permanência no emprego, ascensão profissional, etc.) e protege o direito da pessoa com deficiência, em par de igualdade com os demais, às condições favoráveis de trabalho, garantindo “iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho”. O referido artigo dispõe, ainda, que o Estados signatários devem empregar pessoas com deficiência no serviço público, além de promover o emprego dessas pessoas no setor privado, mediante políticas específicas e medidas afirmativas.

A Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência foi um importante marco, visto que unificou, em um único documento, diversas orientações, Convenções e entendimentos internacionais que versam sobre o assunto. Buscou assegurar a todas as pessoas com deficiência o exercício pleno de todos os direitos fundamentais e sociais. Ela é um instrumento jurídico válido, que deve ser aplicado a todas pessoas com deficiência que carecem de proteção legal. Como afirma Ricardo Tadeu da Fonseca, a Convenção “(...) é um instrumento jurídico certo para que os Direitos Humanos universais se viabilizem para esse grupo específico e para que eles se afirmem como um bem universal²⁵.”

Além da referida Convenção, a ONU possui outras determinações que tem como núcleo o amparo da pessoa com deficiência. A considerável quantidade de normas sobre o assunto evidencia a grande preocupação das Nações Unidas em proteger esse grupo de pessoas, muitas vezes desamparado por leis nacionais e marginalizado socialmente. É o caso da Resolução 3.447, aprovada pela Assembleia Geral em 09 de dezembro de 1975, que proclama a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. A presente declaração define que “as pessoas deficientes tem os mesmos direitos civis e políticos que outros seres humanos”, além de assegurar outros direitos fundamentais. Já a Resolução 48/96, de 1993, aprova regras gerais sobre igualdade de oportunidades para pessoas com deficiências, regras que devem

²⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **Os efeitos da 8ª Convenção Internacional da ONU e o acesso ao mercado de trabalho para as pessoas com deficiência**. Disponível em <www.internationaldisabilityalliance.org> . Acesso em 22/09/2010.

ser aplicadas pelos Estados Membros quando desenvolverem políticas nacionais sobre o assunto. Cabe mencionar, ainda, a Convenção de Guatemala, de 1999, a qual visa a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas com deficiência e o favorecimento pleno de sua integração à sociedade (ratificada no direito pátrio através do Decreto 3.956/01). Esse rol não taxativo demonstra que é antiga a preocupação da ONU em garantir direitos mínimos a todos seres humanos, em especial aos com deficiência, tendo em vista suas particularidades especiais que os colocam em desvantagem em diversos aspectos.

3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As primeiras Constituições Federais do Brasil pouco se preocuparam em legislar em favor da pessoa com deficiência. A Carta Magna de 1934 se limitou a delegar à União, aos Estados e aos Municípios a obrigação de “assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar.” A Constituição de 1946 concedeu o direito à previdência em virtude de invalidez e, a de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1/69, determinou que lei especial disporia sobre a educação de excepcionais.

Avanço nessa matéria se deu com o surgimento, na Carta Magna de 1967, da Emenda Constitucional nº 12, de autoria do Deputado Thales Ramalho. Essa Emenda, de 1978, assegura a melhoria das condições sociais e econômicas dos portadores de deficiência. Prevê, para esse grupo, educação especial gratuita, assistência e reinserção na vida econômica e social do País, possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos, além de proibir a discriminação, inclusive no que tange à admissão ao trabalho ou ao serviço público. Esse dispositivo, muito embora de extrema relevância teórica, não resultou em significativa mudança prática na vida dos deficientes.

A Constituição Federal de 1988 representou uma grande evolução comparada às Constituições anteriores, visto que consagra, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação²⁶. Ainda, consagrado está, no art. 5º, o princípio da igualdade, nos seguintes termos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Além de diretrizes gerais que garantem isonomia e dignidade ao portador de deficiência, a Magna Carta reserva diversos dispositivos que se destinam, objetivamente, ao amparo dessa classe de pessoas. A fim de exemplificação, pode-se elencar algumas regras, quais sejam:

- Artigo 7º, inciso XXXI. Veda qualquer tipo de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão de trabalhador com deficiência.
- Artigo 37, inciso VIII. Define que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.
- Artigo 203, incisos IV e V. O inciso IV objetiva promover a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. Já o inciso V prevê a concessão de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir condições de prover à própria manutenção ou de tê-la provida pela família, conforme dispuser a lei.
- Artigo 208, inciso III. Garante atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.
- Artigo 227, parágrafo 1º, inciso II (incluído pela Emenda Constitucional nº 65/2010). Determina a criação de programas de prevenção e atendimento especializado às pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. O parágrafo 2º do mesmo artigo prevê que lei disporá sobre normas

²⁶ Art. 3º, IV da Constituição Federal de 1988.

de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Verifica-se que as disposições descritas acima tratam-se de normas programáticas, normas de eficácia limitada que dependem de legislação posterior para produzir efeitos. Assim, tais ordenamentos, não sendo regulamentados, não surtem os efeitos esperados, se tornando abstratos e inócuos. Felizmente, grande parte dos programas instituídos pela Constituição Federal foram regulamentados por lei, como é o caso do inciso VIII do artigo 37, regulado na Lei 8.112/90, artigo 5º, §2º, que assegura até 20% das vagas oferecidas no concurso público para pessoas com deficiência.

A Constituição de 1988 colocou em evidência a pessoa com deficiência, antes negligenciada pelos textos constitucionais, motivando, assim, uma mudança ideológica na sociedade brasileira. A preocupação quanto à acessibilidade e inclusão dessas pessoas é cada vez mais pungente em todos os setores sociais e o tema “deficiência” passou a ser debatido de forma livre e sem estigmas.

3.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA INFRACONSTITUCIONAL

Inúmeras são as leis que amparam os direitos das pessoas com deficiência no Brasil. Nos últimos anos houve um grande avanço normativo, muito embora a preocupação em legislar em favor desse grupo seja relativamente recente no direito pátrio.

O Código Civil de 1916 nada dispunha acerca de direitos às pessoas com deficiência. Limitou-se a declarar serem absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os loucos de todo gênero, assim como os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade.

Lentamente foram surgindo diplomas legais que buscavam corrigir essa omissão do Estado. O Código Eleitoral de 1965 buscou, em seu artigo 150, facilitar o voto ao portador de deficiência visual, permitindo que este pudesse assinar a folha de votação em Braille e fazer uso de qualquer elemento mecânico que lhe possibilite o exercício do voto. Ainda, em 2001, a Lei nº 10.266 acrescentou um dispositivo que ordena que os Tribunais Eleitorais expeçam instruções aos Juízes Eleitorais para

orientá-los na escolha dos locais de votação de mais fácil acesso para o eleitor deficiente físico.

A Lei 7.853/1989 foi um considerável avanço legislativo em favor da pessoa com deficiência, tendo em vista que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social. Ainda, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. A referida Lei será detalhada posteriormente.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) conferiu algumas benesses às crianças e adolescentes com deficiência. O art. 11 parágrafo 1º concede tratamento médico especializado por intermédio do Sistema Único de Saúde. Já o art. 54, III, afirma ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. O Estatuto também garante ao adolescente portador de deficiência trabalho protegido (artigo 66).

A fim de propiciar a inclusão da pessoa com deficiência no serviço público, a Lei nº 8.112/90 – que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – assegura, no art. 5º § 2º, o direito dessas pessoas de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras. Esse dispositivo afirma, ainda, que serão reservadas às pessoas com deficiência até 20% das vagas oferecidas no concurso. A referida Lei também confere horários especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário (dispositivo incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

Em 24 de julho de 1991 foi promulgada a Lei nº 8.213, a qual versa acerca dos planos de benefícios da previdência social. Em seu art. 93 há a obrigatoriedade de empresas com 100 ou mais empregados preencherem de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência. Esse dispositivo foi um imenso avanço no que tange o acesso da pessoa deficiente no mercado de trabalho e será detalhado em capítulo posterior.

Aos portadores de deficiência foi concedido passe livre no sistema de transporte interestadual, através do Decreto nº 3.691/2000. Já a Lei nº 10.048/2000 concedeu atendimento prioritário a pessoas portadoras de deficiência, idosos com

idade igual ou superior a 60 anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo.

Com o intuito de facilitar a integração das pessoas com deficiência na sociedade, foi promulgada a Lei nº 10.098/00, a qual estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, mediante a eliminação de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação. Esse dispositivo visa permitir o livre acesso desse grupo de pessoas a parques, banheiros públicos, locais de espetáculos e conferências, edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo, veículos de transporte coletivo, etc.

Após o advento do dispositivo constitucional que confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência de legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV da CF/88), houve o surgimento de inúmeras leis estaduais e municipais sobre o assunto. O município de Porto Alegre, assim como diversos outros, passou a editar normas que amparassem os portadores de necessidades especiais. Como exemplo pode-se citar a Lei Ordinária nº 9.380/94, que tornou obrigatória a instalação, em bancos que tenham atendimento de caixas em andares superiores, de caixas para uso exclusivo de deficientes, idoso e gestantes no andar térreo, exceto nos casos em que o estabelecimento possua elevador. Já a Lei Ordinária 1.033/2010 determina a instalação, nas áreas públicas de lazer do município, de, no mínimo, um equipamento para recreação infantil adaptado a crianças com deficiência física ou mental.

A Lei Complementar 580/07 criou o Conselho municipal dos direitos das pessoas com deficiência de Porto Alegre (COMDEPA) e o Fundo Municipal dos direitos das pessoas com deficiência. Essa Lei considerou, em seu art. 1º § 1º, pessoa com deficiência aqueles indivíduos que, em razão de anomalias ou lesões comprovadas de natureza hereditária, congênita ou adquirida, tenham suas faculdades físicas, mentais ou sensoriais comprometidas total ou parcialmente, impedindo o seu desenvolvimento integral, tornando-os incapacitados ou carentes de atendimento e educação especializados para ter vida independente e trabalho condigno.

Percebe-se que, a partir da década de noventa, houve um aumento legislativo

no tocante ao direito da pessoa com deficiência, parcela social que se encontrava carente de dispositivos que garantissem direitos mínimos.

3.4 LEGISLAÇÃO ATUAL

3.4.1 Lei nº 7.853/89 e Decreto nº 3.298/99

Regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99, a Lei 7.853/89 foi uma das primeiras Leis federais pós Constituição de 1988 a versar sobre a pessoa com deficiência. Um dos seus objetivos é instituir a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, a qual, de acordo com o art. 1º, “compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência.” Tal política possui como base o respeito à pessoa deficiente, que deve ter igual oportunidade e direitos das demais, sem privilégios ou paternalismos. Tem, como diretrizes, o estabelecimento de mecanismos que favoreçam a integração social da pessoa com deficiência, a sua inserção na área da saúde, educação, trabalho, transporte, cultura, lazer e demais setores, a sua inclusão no mercado de trabalho, além de outras metas expostas no art. 6º.

Além de criar a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, o referido decreto também tutela a pessoa com deficiência, criando normas que garantam o pleno uso de seus direitos em todas as esferas sociais, dando ênfase nas áreas da saúde, educação, lazer e trabalho. Insta salientar que o diploma legal estabelece critérios específicos para qualificar a pessoa como portadora de deficiência, a qual deve se enquadrar em uma das categorias do art. 4º:

Art. 4º: É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

Deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

III - deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60⁰; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

IV-deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004).
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho.

V - deficiência múltipla: associação de duas ou mais deficiências.

A seção III do referido decreto versa sobre a habilitação e reabilitação profissional da pessoa com deficiência. Esse processo de habilitação visa propiciar a capacitação profissional da pessoa com deficiência e sua inserção do mercado de trabalho através de um processo que leve em conta a sua capacidade laborativa e potencialidades. Já a seção IV trata do acesso ao trabalho, afirmando que a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é finalidade primordial da política de emprego.

Certamente, o dispositivo mais relevante acerca do acesso do deficiente no âmbito laborativo se encontra no art. 36, o qual reitera a regra já disciplinada na Lei 8.213, que estabelece uma reserva de vagas aos beneficiários da Previdência Social reabilitados e às pessoas com deficiência habilitadas em empresas com 100 ou mais empregados. Esse sistema de cotas que obriga as empresas a contratar pessoas com deficiência mostra-se necessário, tendo em vista que grande parte dos empregadores não possuem interesse em admitir, voluntariamente, pessoas que possuem alguma incapacidade, seja por questões referentes a preconceito, seja por temer prejuízo econômico. Esse dispositivo será pormenorizado no Capítulo 3.

O Decreto 3.298/99 ainda assegura à pessoa com deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igual condições com os demais candidatos, para provimento de cargo compatível com a deficiência que possui. O parágrafo primeiro do art. 37 estipula que “o candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.” O art. 38 estabelece algumas ressalvas à aplicação do disposto no art. 37, tais como cargos em comissão e cargos de carreiras que exijam aptidão total.

Há, também, obrigação legal do edital do concurso público conter o número de vagas existentes, assim como a quantidade de vagas reservadas às pessoas com deficiência. Deve, também, possibilitar a adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a necessidade do candidato deficiente. O edital deve exigir, ainda, a apresentação, pelo candidato com deficiência, de laudo médico que ateste a espécie e o nível de deficiência, incluindo o código da Classificação Internacional de Doença (CID).

Apesar de conceder alguns benefícios aos portadores de deficiência no que tange à feitura da prova do concurso público (condições diferenciadas, tempo adicional), o Decreto estabelece que eles participam do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que diz respeito ao conteúdo das provas, critérios de aprovação e nota mínima exigida, conforme dispõe art. 41.

Importante salientar, ainda, que a Lei 7.853 tipificou como crime a conduta discriminatória contra a pessoa com deficiência, punindo com reclusão de um a quatro anos e multa atos como negar emprego ou trabalho, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência.

A norma legal em questão visou garantir às pessoas com deficiência maior acesso aos direitos individuais e sociais, a fim de integrá-las plenamente na comunidade. Instituiu políticas afirmativas que já estavam previstas na Constituição Federal de 1988, sempre tendo como base os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da não-discriminação.

3.4.2 Lei 8.112/90

A Lei 8.112 surgiu para regulamentar o disposto no art. 37 da Magna Carta. Institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das

fundações públicas federais.

Complementando e ampliado a norma do Decreto 3.298/99, que reserva o mínimo de 5% das vagas em concurso público para o portador de deficiência, o parágrafo segundo do art. 5º da presente Lei assegura até 20% das vagas oferecidas em concurso para pessoa com deficiência compatível com as atribuições do cargo. Desse modo, percebe-se que todo o concurso para provimento de cargos públicos (excetuando os que se enquadram nas hipóteses do art. 38 do Decreto 3.298) devem designar de 5 a 20% de suas vagas às pessoas com deficiência.

Além da reserva de vagas, a Lei concede, também, alguns benefícios ao servidor com deficiência, como é o caso da garantia de horário especial, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, sendo dispensada a compensação de horários.

4 ESTABILIDADE

Primeiramente, é preciso distinguir estabilidade no emprego e garantia de emprego. A garantia de emprego é fruto de uma política governamental, ela compreende medidas que visam proporcionar trabalho e a manutenção do mesmo à população. A garantia de emprego, para Reni Freitas dos Santos, é definida da seguinte forma:

A garantia de emprego, denominada também de estabilidade do emprego, resulta da política geral do governo, das entidades sindicais e da comunidade, compreendendo, além da estabilidade no emprego, outras medidas que visem a proporcionar trabalho à população a manter o emprego conseguido²⁷.

Como exemplo de garantia de emprego pode-se citar o artigo 429 da CLT, que assegura o emprego a menores aprendizes na indústria.

A estabilidade no emprego é um instituto embasado nos princípios da proteção e da continuidade do emprego e que visa dificultar a despedida arbitrária pelo empregador, garantindo, assim, mais segurança ao empregado.

Para Sérgio Pinto Martins, “a estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida”. Dessa forma, o empregado possui “o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário²⁸”. O empregador possui, então, uma obrigação de não fazer, de manter o trabalhador no emprego²⁹.

Amauri Nascimento defende a existência de dois significados para “estabilidade”. Para ele, estabilidade *do* emprego é a estabilidade no âmbito econômico; já a estabilidade *no* emprego é “(...) o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico³⁰”. O autor ainda faz uma subdivisão desta em estabilidade definitiva (a qual produz efeitos para toda relação empregatícia) e

²⁷ CARDONA, Ângela Maria Alves *et. al.* **Direito Individual do Trabalho**. Canoas: Ed. da Ulbra, 2001, p. 285.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 391.

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 392.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 981.

transitória, que produz eficácia somente enquanto existir uma causa especial que a justifique.

No direito pátrio, a estabilidade foi instituída pela primeira vez no Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, também conhecido como Lei Eloy Chaves. A referida Lei conferia garantia de emprego aos ferroviários após 10 anos de serviços prestados, podendo haver demissão somente em caso de falta grave. Com o passar do tempo, a legislação brasileira foi ampliando essa estabilidade a outras categorias, tais como portuários, mineiros e bancários. No ano de 1953, a estabilidade no emprego abrangia todos os trabalhadores urbanos, com exceção dos domésticos. Já em 1963 tal garantia se estendeu também aos trabalhadores rurais.

A CLT trata da estabilidade em seus artigos 492 a 500. O art. 492 dispõe, *in verbis*:

Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único. Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

A estabilidade do artigo supracitado é denominada absoluta, definitiva ou decenária. Os empregados nessa condição somente podem ser dispensados nas hipóteses do referido artigo, após a ocorrência de inquérito que investigue o ocorrido (art. 494 da CLT). Há uma limitação do direito potestativo de dispensa por parte do empregador, que não pode despedir empregado estável sem causa justificada.

Essa estabilidade decenal sofreu um impacto com o advento da Lei nº 5.107/66, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Foi criado um regime jurídico alternativo ao da CLT, sendo que os empregados podiam optar se seriam beneficiados pelas normas celetistas ou pela nova lei. Optando pelo FGTS, o trabalhador perdia, automaticamente, o direito expresso na CLT de receber indenização por tempo de serviço e de alcançar a estabilidade preconizada no art. 492. Em contrapartida, garantia o direito de receber, mensalmente, 8% de sua remuneração em uma conta vinculada, sendo o valor total liberado para saque no caso de dispensa imotivada.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim a essa duplicidade de regimes jurídicos, universalizando o FGTS em seu art. 7º, III, e revogando tacitamente, dessa forma, a estabilidade celetista. Afirma Delgado que:

(...) por meio da conjugação dos incisos I e III do art. 7º, examinando, além do art. 10, *caput* e inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem-se concluído, pacificamente, na doutrina e na jurisprudência que a nova Constituição pôs fim à antiga sistemática de proteção ao tempo de serviço e ao contrato, com consequentes estabilidade e indenização rescisória contidas na velha CLT³¹.

Insta salientar que a Constituição Federal de 1988, apesar de ter extinto a estabilidade decenal prevista na CLT, não desamparou o empregado contra dispensas arbitrárias. Apontou, no inciso I do art. 7º, que é direito do trabalhador “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.” Ainda, estabeleceu no inciso XXI do mesmo artigo que o empregado tem garantido “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.”

Apesar da revogação constitucional, foi garantido o direito adquirido aos trabalhadores não optantes pelo FGTS que completaram 10 anos de trabalho na mesma empresa antes da promulgação da Constituição de 1988. Esses empregados possuem a estabilidade decenal, estando submetidos aos artigos relacionados na CLT.

Esses trabalhadores que possuem o direito à estabilidade constante no art. 492 da CLT estão sujeitos ao art. 500, o qual dispõe que o pedido de demissão de empregado estável só será válido se feito com assistência do respectivo sindicato ou perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho. Também a eles se aplica o disposto no art. 495, que obriga o empregador a reintegrar o empregado quando do reconhecimento da inexistência da falta grave praticada por este³². Contudo, caso a reintegração do empregado estável seja desaconselhável, o tribunal do trabalho pode converter a obrigação em indenização³³.

³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 1141.

³² CLT Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

³³ CLT Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Além da estabilidade absoluta, há a estabilidade chamada especial ou provisória. Possui tal denominação visto que o trabalhador somente tem direito a ela enquanto se enquadrar na circunstância prevista legalmente.

Amauri Nascimento define estabilidade especial nos seguintes termos:

Estabilidade especial é aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida³⁴.

Na legislação brasileira, os casos de estabilidade provisória são os seguintes:

- Dirigente e representante sindical: Com base no artigo 8º,VIII, da Constituição Federal, é vedada a dispensa do empregado sindicalizado desde o momento do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical até um ano após o final do seu mandato, se eleito, mesmo que suplente, salvo se cometer falta grave apurada nos termos da lei. Esse dispositivo constitucional está em consonância com o artigo 543 da CLT, que dispõe o seguinte:

Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

(...)

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

Para Sérgio Pinto Martins, a garantia de emprego do dirigente sindical tem o intuito de evitar represálias do empregador pelo fato de o dirigente postular direitos para a categoria. A categoria também se beneficia dessa garantia, já que é assegurado o direito de haver uma pessoa responsável pela negociação com o empregador que não será dispensada arbitrariamente³⁵.

³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 983.

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p.402.

- Membro da CIPA: A Constituição Federal de 1988, nas suas Disposições Transitórias, proíbe a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes). O TST emitiu Súmula nº 339, a qual ampliou essa garantia de estabilidade provisória ao suplente da CIPA. Tal Súmula, entretanto, traz uma ressalva à estabilidade do cipeiro; ela entende que sua estabilidade provisória se extingue quando do término da atividade da empresa. Nesse caso, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário.

- Acidentado: A estabilidade do trabalhador acidentado é prevista na lei nº 8.213, que disserta, em seu artigo 118, que o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Muitos consideraram esse dispositivo inconstitucional, argumentando que apenas a lei complementar prevista no inciso I do artigo 7º da Magna Carta poderia relacionar outros tipos de estabilidade, e não uma lei ordinária. O TST, todavia, se posicionou a favor da constitucionalidade da norma, na Súmula 378³⁶.

Insta salientar que essa garantia se verifica tão somente quando há a percepção de auxílio-doença por parte do empregado, fato que só ocorre quando o trabalhador se afasta por mais de 15 dias. Se, por ventura, o trabalhador acidentado se ausenta do serviço por prazo inferior, não terá direito à estabilidade prevista em lei, quando do retorno ao trabalho. A súmula 378, entretanto, abre uma exceção e essa regra nos casos em que for percebido, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

A garantia de estabilidade prevista no artigo 118 da lei 8.213 se estende a todas espécies de acidente de trabalho, não havendo distinção devido à gravidade ou a ocorrência ou não de seqüela ao empregado acidentado. Ainda, quando do

³⁶ Súmula nº 378-TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 105 e 230 da SDI-1 - Estabilidade Provisória - Acidente do Trabalho - Constitucionalidade – Pressupostos
I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 - Inserida em 01.10.1997).
II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (Primeira parte - ex-OJ nº 230 - Inserida em 20.06.2001).

retorno do trabalhador ao emprego, este não precisa exercer a mesma função que anteriormente; caso haja alguma alteração na sua condição laborativa, ele pode ser designado a exercer outra atribuição que seja compatível com a sua nova condição.

- Gestante: A estabilidade da gestante está prevista na Constituição Federal, no artigo 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. De acordo com a norma, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Ainda, conforme Súmula 244 do TST, o desconhecimento da gravidez pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade³⁷.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino defendem que as gestantes têm um direito subjetivo à estabilidade provisória no emprego, sendo suficiente para a obtenção de tal garantia constitucional a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez. Não há necessidade de prévia comunicação ao empregador³⁸.

A estabilidade da gestante foi concedida à empregada doméstica gestante através da lei nº 5.859/72, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto.

- Membros do conselho curador do FGTS: Com base no artigo 3º §9º da Lei 8.036/90, os representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, efetivos e suplentes, tem direito à garantia de emprego, desde a nomeação, até um ano após o término do mandato de representação, podendo ser dispensados por motivo de falta grave, devidamente apurada por meio de processo sindical³⁹.

- Membros do conselho nacional de previdência social: Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo

³⁷ TST Enunciado nº 244 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005- Garantia de Emprego à Gestante - Reintegração, Salários e Vantagens

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04)

³⁸ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 351.

³⁹ Trata-se de um inquérito de apuração de falta grave.

de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial. É o que dispõe o artigo 3º §7º da Lei 8.213/91.

- Empregados diretores de cooperativas: versa o artigo 55 da Lei nº 5.764 que os empregados de empresas eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

- Membros da comissão de conciliação prévia: É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da comissão de conciliação prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei. Essa norma se encontra na CLT, artigo 625 A §1º e tem por finalidade evitar a dispensa, por parte do empregador, de empregados que possuem opiniões contrárias à sua. Ressalta-se que a garantia de emprego exposta nesse dispositivo se aplica apenas aos membros provenientes dos empregados, tendo em vista que os membros representantes do empregador são indicados, e não eleitos.

- Empregado público: O servidor público possui uma estabilidade própria, prevista na Constituição Federal, artigo 41, que afirma o seguinte:

Art. 41 - São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço;

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Houve muita discussão acerca dos destinatários desse benefício constitucional. A jurisprudência majoritária, por fim, entendeu que essa estabilidade

não se aplica aos empregados de entidades estatais que não sejam da administração direta, autárquica e fundacional. O art. 41 da Constituição se destina tão somente aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional admitidos por concurso público⁴⁰. Mesmo entendimento encontra-se na Súmula 390 do TST⁴¹.

Já o art. 19 do ADCT concedeu estabilidade aos servidores públicos civis em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, que não foram admitidos via concurso público.

4.1 CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

A Convenção nº 158 DA OIT originou-se na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 1982, na Suíça. A Convenção versa sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e foi ratificada no Brasil através do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Todavia, o Governo brasileiro denunciou a referida Convenção em 20 de novembro de 1996, conforme Decreto 2.100/1996, e esta deixou de vigorar no direito pátrio. Insta salientar que tramita no STF a ADI nº 1625-DF, que questiona a constitucionalidade da denúncia feita pelo presidente da república, estando ainda pendente de julgamento.

Apesar de não ser aplicada, por ora, no território nacional, merece ser analisada, tendo em vista a sua grande relevância e inovação no que tange a proteção do trabalhador contra despedidas imotivadas.

A dita Convenção, em seu art. 4º, afirma que a relação de trabalho de um trabalhador não pode ser findada a menos que haja para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 1147.

⁴¹ **Súmula nº 390 - TST** - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2.

Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00).

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001).

necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. No seu art. 5º elenca os motivos que não se consideram causa justificada para o término da relação de trabalho, quais sejam:

a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;

b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;

c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;

d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;

e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

O art. 6º inclui nas hipóteses que não se enquadram nas causas que justifiquem o término da relação empregatícia a ausência do trabalho em virtude de doença ou lesão. Já o art. 7º garante direito de defesa ao empregado demitido por motivos relacionados ao seu comportamento ou desempenho. Ainda, afirma o art. 8º que o empregado pode recorrer contra a sua despedida injustificada perante um órgão neutro, que pode ser um Tribunal do Trabalho ou árbitro.

A referida Convenção trata também sobre a possibilidade do trabalhador receber, ao fim da relação de trabalho, prazo de aviso prévio ou indenização, exceto nos casos em que fosse culpado de falta grave.

Nos casos de término do contrato de trabalho em virtude do término do serviço, a Convenção determina a concessão de indenização por término de serviços ou direito aos benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez.

A Convenção 158 da OIT é um verdadeiro marco no que tange a manutenção do contrato de trabalho e a estabilidade do empregado. Suas diretrizes serviram de modelo para o sistema jurídico de diversos Países e seus ideais servem de argumento para doutrinadores e julgadores.

4.2 MEDIDAS AFIRMATIVAS

As ações afirmativas visam atenuar as desigualdades, buscando, dessa forma, atingir uma igualdade real a todas as pessoas. Com base em discriminações positivas, são criadas políticas públicas em favor de grupos sociais desfavorecidos, a fim de propiciar a eles uma igualdade de oportunidades com os demais membros da sociedade.

Define, Ricardo Tadeu da Fonseca, ações afirmativas como:

(...) medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional⁴².

O Estado toma para si a função de tutelar grupos discriminados, os quais carecem de igualdade de oportunidades e se encontram em situação desfavorável em relação aos demais. As medidas afirmativas surgem para combater os efeitos da discriminação, concedendo tratamentos preferenciais aos que se encontram em situação hipossuficiente.

A política de ações afirmativas surgiu na década de 1960 nos Estados Unidos, fruto da luta dos estadunidenses pelos direitos civis. Buscava, essencialmente, superar o segregacionismo racial fortemente predominante na época. Conforme dispõe Roger Rios, a primeira fase das ações afirmativas visou a proibição da discriminação, pretendeu a “aplicação mais vigorosa do princípio da igualdade como proibição de discriminação⁴³”. A partir desse momento começaram a surgir normas acerca do assunto. Em 1964 foi publicada a Lei de Direitos Civis, que, dentre outras medidas, criminalizava a discriminação, por parte do empregador, contra qualquer indivíduo em virtude de raça, cor, religião, sexo ou origem nacional.

⁴² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos: O direito do Trabalho, uma Ação Afirmativa**. São Paulo: Editora Ltr, 2006, p. 184 e 185.

⁴³ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: Discriminação direta, indireta e Ações Afirmativas**. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2008, p. 158 e 159.

A segunda fase das ações afirmativas nos Estados Unidos, para Roger Rios, deu-se a partir da constatação de que “a mera proibição formal de discriminação não se mostrara suficiente para enfrentar o racismo e os preconceitos difundidos socialmente⁴⁴.” Era preciso tomar medidas concretas para integrá-los econômica e socialmente. Foram surgindo, a partir desse momento, políticas que visavam não apenas o fim da discriminação, mas, também, a inclusão do negro e demais minorias na sociedade americana.

Sempre houve, no direito internacional, uma preocupação em legislar contra tratamentos discriminatórios e a favor de medidas protetivas e preferenciais a determinados grupos. Pode-se tomar como exemplo a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, ratificada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1965. Nela há a determinação dos Estados membros condenarem a discriminação racial e comprometerem-se a adotar uma política de eliminação de todas as formas de discriminação racial e de promoção da harmonia de todas as raças. Afirma, também, na quarta parte do art. 1º, que

não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

A Convenção 159 da OIT, de 1983, defende que tanto o Estado, quanto a sociedade civil e empresas privadas devem agir em conjunto para incluir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Já a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência condena a discriminação por motivo de deficiência e prevê adoção, pelos países membros, de medidas necessárias para promover a igualdade das pessoas com deficiência. Salienta que medidas tomadas para alcançar a efetiva igualdade dessas pessoas não são consideradas discriminatórias.

Apesar de recepcionar diversas normas internacionais que tratam sobre o assunto, o direito pátrio somente começou a instituir dispositivos legais sobre

⁴⁴ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: Discriminação direta, indireta e Ações Afirmativas. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2008, p. 162.

medidas afirmativas após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nela aparecem diversos artigos que contemplam a adoção de políticas positivas, a começar pelo art. 3º, III, que elenca como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. O Estado aparece como agente ativo de mudanças, a ele cabe atuar de modo a combater as diferenças econômicas e sociais.

Nota-se que a Magna Carta visou diminuir as diferenças sociais, beneficiando, em seus dispositivos, grupos historicamente excluídos. Ao mesmo tempo em que prega a igualdade perante a lei, em seu artigo quinto, edita normas que privilegiam determinadas classes de pessoas, a fim de garantir a todos dignidade e igualdade substancial.

No art. 7º, XX, há uma norma protetiva destinada ao sexo feminino, a qual prevê proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos. Apesar de muitos considerarem esse dispositivo uma afronta ao princípio da igualdade e ao exposto no art. 5º, I, da Magna Carta (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações), ele é lícito e necessário, visto que ainda há disparidade salarial e de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Relativamente à pessoa com deficiência, percebe-se que a Constituição Federal concedeu a ela alguns incentivos especiais e garantias. Dispôs, em seu art. 23, inciso II, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal cuidar da proteção e garantia das pessoas com deficiência, além de destinar, aos mesmos entes, em seu art. 24, inciso XIV, a competência de legislar, concorrentemente, sobre proteção e integração social do portador de deficiência.

Medidas afirmativas, portanto, visam a efetivação da igualdade de fato através da diminuição das desigualdades decorrentes de discriminações ou de situações notoriamente desvantajosas. No direito pátrio, encontrou amparo na Constituição Federal de 1988, a qual autorizou o Estado a criar políticas protetivas a diversos grupos sociais. Encontrou escora também na jurisprudência, que tem se posicionado favorável às medidas preferenciais. Exemplo disso é o posicionamento do STF no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071-1, de relatoria do Ministro Carlos Britto. Nele, o tribunal afirma que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui

política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988⁴⁵.”

4.2.1 Dificuldades das Medidas Afirmativas

A política de ações afirmativas encontra diversos obstáculos para sua implementação. Considerando que ela concede privilégios diferenciados, é preciso atentar a diversos fatores para que não haja uso demasiado ou indevido desse dispositivo.

Manoel Ferreira Filho⁴⁶ aponta algumas dificuldades para a aplicação das medidas protetivas. A primeira diz respeito à identificação dos grupos que serão beneficiados. A escolha não poder ser infundada nem arbitrária; ela precisa estar calcada em critérios objetivos, sob pena de desvirtuar o intuito da medida. A segunda dificuldade é fazer com que a ação afirmativa seja proporcional à desigualdade a ser reparada. O benefício não pode ser superior ao necessário, pois, dessa forma, haveria uma desproporção que ocasionaria prejuízo aos demais membros da sociedade.

Além de ser proporcional, a medida protetiva não pode gerar um ônus excessivo aos demais grupos sociais. É preciso haver razoabilidade; desrazoado, afirma o autor, “(...) é onerar (excessivamente) o todo social ou outros muitos grupos para beneficiar um deles, ainda que em reparação de desvantagens⁴⁷.”

Outro ponto problemático elencado pelo autor se encontra no fato de que as ações afirmativas devem ser temporárias. Elas concedem benefícios a determinados grupos a fim de garantir-lhes igualdade de oportunidades com os demais. Se, após um tempo razoável, tais ações não tiverem obtido êxito, claro está que são inadequadas. Por outro lado, se as medidas especiais alcançarem seus objetivos e não forem mais necessárias, também devem ser dispensadas. Elas não podem continuar concedendo tratamento diferenciado a grupo que não mais necessita dele.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071-1** da 1ª Turma. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25/10/2010.

⁴⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212 e 213.

⁴⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

Por fim, aponta Manoel Ferreira Filho, que há, em alguns casos, uma certa dificuldade em determinar quem pertence aos grupos favorecidos por medidas afirmativas. Em países de grande miscigenação racial, como o Brasil, é muito difícil identificar quem é afro-descendente e quem não é. Nos casos das pessoas com deficiência, percebe-se também uma certa dificuldade de enquadramento. Há casos em que pessoas com problemas de saúde ou incapacidades tentam obter privilégios das leis protetivas, mas são barradas por não se encaixarem nos requisitos legais de enquadramento. Exemplo disso é o acórdão nº 70035193010, da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual indefere o reconhecimento da condição de deficiente físico de candidato para fins de homologação de sua inscrição no concurso público para as vagas destinadas aos portadores de deficiência, conforme ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. OFICIAL ESCRIVENTE. VAGA PARA DEFICIENTE FÍSICO. PRÓTESE (VÁLVULA) AÓRTICA. LAUDO MÉDICO ADMINISTRATIVO NÃO ENQUADRA NO CONCEITO DE DEFICIENTE FÍSICO PARA OCUPAR VAGA ESPECIAL. DECRETO N. 3.298/99. CONCLUSÕES RATIFICADAS PELA PERÍCIA MÉDICA REALIZADA PELO DEPARTAMENTO MÉDICO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA PERÍCIA OU ELEMENTOS DIVERSOS DA SUA CONCLUSÃO. CONCEITO LEGAL DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME⁴⁸.

4.3 MEDIDAS AFIRMATIVAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Como já foi visto, a Magna Carta de 1988 possui um amplo espectro de ações protetivas a diversos setores da sociedade, incluindo às pessoas com deficiência. A necessidade de garantir medidas compensatórias a esse grupo é inquestionável, em virtude das inúmeras barreiras que encontram. Além das dificuldades inerentes à deficiência, há o amplo preconceito arraigado na sociedade. Dessa forma, é preciso instituir políticas públicas que garantam a essas pessoas tanto acessibilidade quanto inclusão em todos os setores sociais.

Às pessoas com deficiência a Constituição buscou garantir diversos direitos fundamentais, dentre eles o acesso à saúde (art. 23, II), educação (art. 208, III) e

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70035193010** da 4ª Câmara Cível. Apelante: Aldemar Zorzanello. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Desa. Agathe Elsa Schmidt da Silva. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 22/10/2010.

acessibilidade (art. 244). Todavia, uma das principais garantias concedidas a esse grupo de pessoas foi o direito ao trabalho. Podendo trabalhar, a pessoa com deficiência pode mostrar suas potencialidades à sociedade. Ela se sente incluída socialmente e garante a sua subsistência, não dependendo de assistencialismos para se manter financeiramente.

O direito ao trabalho é um dos direitos sociais fundamentais constitucionalmente aclamados pelo art. 6º. Aos portadores de deficiência foi garantido, no art. 7º inciso XXXI, a proibição de discriminação quanto ao salário e critério de admissão. Insta salientar, também, que o direito ao trabalho pressupõe fácil acesso ao ambiente laboral, o qual deve ser garantido com transporte adequado, além de adaptações necessárias no local de trabalho.

4.3.1 Reserva de Vagas no Serviço Público

Por ser um grupo visivelmente prejudicado e discriminado em virtude de suas limitações físicas e mentais, às pessoas com deficiência foram destinadas medidas afirmativas mais pungentes e eficazes. A mera proibição da discriminação não seria suficiente para incluí-las na sociedade, em especial no mercado de trabalho, ambiente marcado pela competitividade.

Pensando na visível desvantagem em que os portadores de deficiência se encontram e, buscando compensá-la, a Constituição Federal, em seu art. 37 inciso VIII, assegurou a esse grupo uma reserva de vagas em cargos e empregos públicos, mediante concurso.

Essa política afirmativa constitucional foi regulamentada pela Lei nº 8.112, de 1990, a qual assegurou, em seu art. 5º parágrafo segundo, até 20% das vagas oferecidas em concurso para as pessoas com deficiência. Tal percentual, apesar de expressivo, apresenta alguns problemas de aplicação. Partindo do pressuposto de que as pessoas com deficiência podem ocupar, no máximo, 20% das vagas, a elas não será destinada vaga alguma caso houver o oferecimento de quatro vagas ou menos, já que nesses casos haveria uma extrapolação da reserva legal. Assim, caso algum órgão público quisesse evitar a nomeação de pessoas com deficiência, bastaria que ele realizasse vários concursos, oferecendo em cada um deles menos de cinco vagas.

Outro problema da norma constitucional que não foi sanado pelo art. 5º parágrafo segundo da Lei 8.112 é a ausência de previsão de percentual mínimo de vagas a serem destinadas ao portadores de deficiência. Assim, verificou-se que algumas legislações estaduais e municipais estabeleceram percentuais irrisórios, somente com o intuito de cumprir a diretriz prevista na Magna Carta, sem se preocupar com a real intenção da norma, que é a integração laboral das pessoas com deficiência.

Com o advento do Decreto nº 3.298/99, algumas das dificuldades e incertezas relacionadas à aplicação da reserva de vagas no serviço público foram solucionadas. O art. 37 parágrafo primeiro estipula um percentual mínimo de cinco por cento de vagas às pessoas com deficiência, proibindo que entes federativos fixem percentuais menores, como vinha ocorrendo⁴⁹. Além disso, no parágrafo segundo, o art. 37 afirma que “caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.” Dessa forma, se há apenas uma vaga no concurso, deve ser aberta uma vaga para a pessoa sem deficiência e outra para a com deficiência. De acordo com Eliana Neme:

O não oferecimento de ao menos uma vaga para os portadores de deficiência poderia possibilitar o rompimento com toda a pretensão integrativa prevista pela Constituição de 1988, bastando para isso quem realizados vários concursos oferecendo apenas uma vaga⁵⁰.

A jurisprudência dominante vem defendendo a aplicabilidade do parágrafo segundo do art. 37 do Decreto 3.298/99. Exemplo desse entendimento pode ser verificado no Recurso Extraordinário nº 227299/MG, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, cuja ementa segue:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo

⁴⁹ Apesar do Decreto limitar-se aos concursos federais, sua aplicação pode ser abrangida, por analogia, aos concursos no âmbito estadual ou municipal

⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David *et al.* **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 147.

37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado⁵¹.

O referido Decreto afirma, também, em seu art. 40, que “é vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.” Apesar dessa vedação, verifica-se, em muitos casos, que os entes públicos criam empecilhos para a nomeação da pessoa com deficiência, como é o caso dos exames médicos admissionais. O médico verifica, utilizando critérios muitas vezes vagos e subjetivos, se o candidato aprovado possui uma limitação compatível com o cargo, sendo que em diversas ocasiões candidatos aprovados são barrados por essa análise médica.

Ricardo Tadeu da Fonseca defende a inconstitucionalidade de editais de concurso que concedam aos médicos esse poder prévio de vetar candidatos portadores de deficiência. Afirma que há, nesses casos, o impedimento do candidato de demonstrar sua capacidade de superar sua limitação, adequando-se às suas funções. Aduz que, se a Constituição consagra que é dever do Estado promover o bem de todos, sem preconceito, os editais não poderiam permitir o veto prévio das pessoas com deficiência. Muito pelo contrário, os candidatos deveriam ser designados para as funções para as quais foram aprovados e serem avaliados posteriormente, como qualquer outro servidor, durante do estágio probatório⁵².

O art. 43 do Decreto 3.298 apresenta a obrigatoriedade do órgão público criar uma equipe multiprofissional de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, além de três integrantes da carreira ambicionada pelo candidato. Tal equipe tem a função, dentre outras, de analisar as informações prestadas pelo candidato deficiente, de viabilizar a acessibilidade e adequações no ambiente de trabalho e avaliar a compatibilidade entre as atribuições do cargo e sua deficiência, durante o estágio probatório. Percebe-se que esta equipe multiprofissional possui mais capacidade que um médico de verificar se o servidor com deficiência é apto a exercer determinada

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 227299** da Primeira Turma. Recorrente: Rozilene Barbara Tavares. Recorrida: Câmara Municipal de Divinópolis. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 de junho de 2000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25/10/2010.

⁵² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos**: O direito do Trabalho, uma Ação Afirmativa. São Paulo: Editora Ltr, 2006, p. 275.

função, tendo em vista que é composta, além do médico, por membros da carreira do portador de deficiência.

Versa o Decreto, em seu art. 42, que a publicação do resultado final do concurso dar-se-á em duas listas distintas, uma contendo a pontuação de todos os candidatos, incluindo os com deficiência, e outra somente com a pontuação destes. Os inscritos para as vagas destinadas aos deficientes concorrerão entre si, sendo que suas nomeações ocorrerão conforme o exposto no edital. Caso o edital tenha destinado 10% das vagas, haverá a nomeação de 9 pessoas para as vagas gerais e uma para a reserva de vagas, e assim sucessivamente. O primeiro candidato com deficiência a ser nomeado será o que estiver na primeira colocação da lista exclusiva.

Uma questão que se levanta é qual o procedimento a ser tomado quando o candidato inscrito em vaga para portadores de deficiência é aprovado em primeiro lugar no concurso. As vagas especiais existem justamente para integrar a pessoa com deficiência, para colocá-la em par de igualdade com os demais, tendo em vista a grande dificuldade que possui para realizar atos da vida cotidiana, tais como estudar e se capacitar. Sendo aprovada em primeiro lugar na classificação geral, esta pessoa demonstra não precisar dessa proteção especial. Afirma Eliana Neme que, se o portador de deficiência foi aprovado em primeiro lugar, ele “tem condições de se integrar socialmente sem a necessidade de utilização dessa igualdade criada fictícia pela lei⁵³.” Acrescenta, ainda, que a norma foi idealizada para as pessoas com deficiência que tem dificuldades de ser colocadas em condições de igualdade com os demais. Ela se torna desnecessária para os que se integram sem o seu auxílio.

Dessa forma, defende a autora que o candidato, apesar de inscrito nas vagas reservadas, não precisa dessa proteção integrativa, devendo, assim, preencher uma vaga normal, deixando as vagas especiais aos destinatários da lei.

4.3.2 Reserva de Vagas no Âmbito Privado

Apesar da Constituição Federal proclamar o valor social do trabalho (art. 1º, IV) e vedar qualquer tipo de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 37, XXXI), os empregadores

⁵³ ARAÚJO, Luiz Alberto David *et al.* **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 148.

possuem muita resistência em contratar pessoas com deficiência, em virtude de suas limitações físicas, sensoriais e mentais. A fim de solucionar de forma eficaz a exclusão desse grupo no âmbito da iniciativa privada, o Estado agiu proativamente, criando uma política afirmativa, através de lei, que obrigou as empresas a contratar um percentual mínimo de pessoas com deficiência.

A referida norma encontra-se no art. 93 da Lei nº 8.213, de 1991, que versa sobre os benefícios da Previdência Social. O referido artigo estabelece, *in verbis*:

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

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

Se enquadram nesse dispositivo todas as pessoas jurídicas de direito privado, tais como sociedades empresariais, associações e até mesmo instituições sem fins lucrativos. Os destinatários da norma são as pessoas com deficiência enquadradas nas categorias expostas no artigo quarto do Decreto nº 3.298/99. Saliencia-se que não se trata de interesse individual, mas sim de interesse difuso da categoria. Isto é, o art. 93 não concede direitos subjetivos a cada um dos portadores de deficiência, ele ampara a coletividade como um todo.

Muito embora soe paternalista, tal norma, pelo contrário, propicia que portadores de deficiência, antes marginalizados, participem ativamente dos sistema econômico e adquiram sua autonomia financeira, não dependendo mais de auxílios governamentais.

Apesar de representar grande avanço na política integrativa, a referida norma, da maneira como foi editada, mostrou possuir pouca eficácia e efetividade. Rita de Cássia Mendonça aponta que o art. 93 apresenta uma determinação, mas não dispõe como realizar a inserção das pessoas com deficiência nas empresas, não estabelece sanções por descumprimento, além de não promover o chamamento das

pessoas destinatárias da norma a fim de qualificá-las para as vagas⁵⁴. Em suma, a reserva de vagas surgiu buscando garantir a concretização do princípio constitucional da igualdade, mas acabou restando inócua tendo vista sua fragilidade e dificuldade de concretização.

Somente com a edição do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, a política de reserva de vagas recebeu dispositivos que possibilitaram a sua aplicação na prática. O referido decreto regulamentou a Lei 7.853/89 e acrescentou outras normas de proteção às pessoas com deficiência. No art. 36, reitera os percentuais de cargos destinados aos portadores de deficiência expostos no art. 93 da Lei 8.213. Em seu parágrafo segundo define pessoa portadora de deficiência habilitada como aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior ou aquela que possua certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social. No parágrafo terceiro, acrescenta que qualquer pessoa com deficiência apta ao exercício da função também é considerada habilitada, mesmo não tendo se submetido a nenhum processo de habilitação ou reabilitação.

O parágrafo quinto do art. 36 atribui ao Ministério Público do Trabalho a função de fiscalizar, avaliar e controlar as empresas. Cabe a ele, também, instituir procedimentos e formulários que propiciem o controle do número de empregados com deficiência e de vagas preenchidas nas empresas para fins de acompanhamento do disposto no *caput* do artigo.

Com o intuito de cumprir os dispositivos legais, o Ministério do Trabalho emitiu a Instrução Normativa nº 20, de 26 de janeiro de 2001, que versa sobre os procedimentos a serem adotados para a fiscalização do trabalho das pessoas portadoras de deficiência.

Afirma a referida Instrução Normativa que cabe ao auditor fiscal do trabalho observar a relação de emprego da pessoa com deficiência na empresa e identificar a existência de vínculo empregatício. Em seu artigo segundo, define relação de emprego como a “inserção no mercado de trabalho da pessoa portadora de deficiência, sob as modalidades de colocação competitiva e seletiva”. A colocação competitiva corresponde a admissão realizada com base nas leis trabalhistas e

⁵⁴ MENDONÇA, Rita de Cássia Tenório. **Breves comentários sobre os dispositivos legais que subsidiam a política de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Teresina: Jus Navegandi Ltda, 2004. Disponível em <www.jus.uol.com.br>. Acesso em 26/10/2010.

previdenciárias, cuja efetivação não exija adoção de medidas diferenciadas, exceto a utilização de apoios especiais. Já a colocação seletiva é a contratação feita nos termos da legislação trabalhista e previdenciária que, em virtude da deficiência do empregado, exija a adoção de procedimentos especiais para sua concretização. O artigo quinto define procedimentos especiais como medidas usadas para propiciar “a contratação e o exercício da atividade laboral da pessoa portadora de deficiência, tais como: jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, adequação das condições e do ambiente de trabalho e outros”.

Aponta, em seu décimo artigo, que o auditor fiscal do trabalho fiscalizará as empresas com 100 ou mais empregados a fim de verificar se estão preenchendo o percentual de cargos previstos na Lei 8.213 e no Decreto 3.298 com pessoas com deficiência habilitadas ou reabilitadas. Salaria que o percentual previsto em lei será verificado com base no número total de empregados da empresa, considerando todos os estabelecimentos da mesma. Dessa forma, veda que os empregadores aleguem possuir menos de 100 funcionários em cada filial da empresa, deixando, assim, de se enquadrar na obrigação legal.

Havendo descumprimento da reserva de vagas, o auditor fiscal emitirá um auto de infração, no qual apontará o número de trabalhadores que deixou de ser contratado. Ressalta-se que, caso a empresa não se regularizar na ação fiscal, o auditor poderá fazer uso do procedimento especial, sendo firmado um termo de compromisso. Afirma o artigo 14 da Instrução Normativa que o termo de compromisso deverá conter “cronograma de preenchimento das vagas das pessoas portadoras de deficiência ou beneficiários reabilitados de forma gradativa constando, inclusive, a obrigatoriedade da adequação das condições dos ambientes de trabalho”.

O não cumprimento dos percentuais previstos na legislação implica aplicação de sanção pecuniária à empresa. A multa prevista no art. 133 da Lei 8.213 foi regulamentada pela Portaria nº 1.199, de 28 de outubro de 2003, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe o seguinte:

Art. 2º - A multa por infração ao disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de julho de 1991, será calculada na seguinte proporção:

I - para empresas com cem a duzentos empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de zero a vinte por cento;

II - para empresas com duzentos e um a quinhentos empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de vinte a trinta por cento;

III - para empresas com quinhentos e um a mil empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de trinta a quarenta por cento;

IV - para empresas com mais de mil empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de quarenta a cinquenta por cento;

§ 1º O valor mínimo legal a que se referem os incisos I a IV deste artigo é o previsto no artigo 133, da Lei nº 8.213, de 1.991.

§ 2º O valor resultante da aplicação dos parâmetros previstos neste artigo não poderá ultrapassar o máximo estabelecido no artigo 133 da Lei nº 8.213, de 1991.

O Ministério do Trabalho e Emprego emite, anualmente, a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS – documento que apresenta as estatísticas do mercado de trabalho formal. Com base no RAIS referente ao período 2009, em dezembro daquele ano havia 288.600 posto ativos de trabalho ocupados por pessoas com deficiência, o que corresponde a 0,7% do total de vínculos empregatícios. Em que pese a baixa percentagem, é possível constatar que grande parte das vagas ocupadas por pessoas com deficiência decorre da obrigatoriedade legal, sendo que esse índice seria ainda menor caso a reserva de vagas não existisse.

Apesar de ter se mostrado eficaz no sentido de ter propiciado um aumento na contratação de pessoas com deficiência, a reserva de vagas apresenta alguns problemas. Uma das dificuldades consiste no fato de que muitas empresas admitem somente pessoas com deficiências leves, situação considerada discriminatória, pois demonstra que o empregador está privilegiando a deficiência, e não a pessoa.

Outra situação bastante usual é designar ao portador de deficiência atribuições secundárias na empresa, não propiciando ao mesmo o desenvolvimento de suas potencialidades. Alguns estabelecimentos contratam pessoas com deficiência, mas não delegam a elas nenhum tipo de trabalho, sendo que algumas até são desobrigadas de comparecer ao trabalho. Tais atitudes demonstram que grande parcela das empresas cumprem o sistema de cotas apenas por obrigação legal, não se preocupando em integrar a pessoa com deficiência na empresa, nem em tratá-la como qualquer outro funcionário.

4.3.3 Aprendizagem e Estágio

Conforme afirma Ricardo Tadeu da Fonseca, um dos grandes obstáculos para o cumprimento, pelas empresas, da reserva legal é a falta de escolaridade e qualificação profissional das pessoas com deficiência⁵⁵. A fim de dirimir esse problema, a legislação pátria buscou facilitar a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho através de contrato de aprendizagem ou estágio profissionalizante.

A Lei nº 11.180, de setembro de 2005, alterou alguns dispositivos da CLT, de forma a estender o benefício do contrato de aprendizagem para jovens até 24 anos, além de fazer referência ao aprendiz com deficiência, antes não amparado legalmente.

Afirma o art. 428, *in verbis*:

Art. 428 - Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação

(...)

§5º: A idade máxima prevista no caput deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§6º: Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

A lei buscou, ao retirar o limite máximo de idade ao aprendiz com deficiência, possibilitar que pessoas com deficiências mentais ou sensoriais pudessem se beneficiar de forma mais completa dessa norma, tendo em vista que muitas vezes portadores desse tipo de incapacidade levam mais tempo para desenvolverem suas aptidões.

Com o advento da Lei nº 11.788/2008, houve nova alteração na CLT, sendo feita uma mudança no parágrafo terceiro do art. 428 que, com a atual redação, dispõe que “o contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2

⁵⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos**: O direito do Trabalho, uma Ação Afirmativa. São Paulo: Editora Ltr, 2006, p. 283.

(dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência.” Percebe-se, novamente, a intenção legislativa de facilitar a inclusão da pessoa com deficiência no âmbito laboral, permitindo que a mesma usufrua desse contrato de trabalho especial por mais tempo que as demais.

Considerando que os estabelecimentos de qualquer natureza devem, de acordo com o art. 429 da CLT, manter de cinco a quinze por cento do seu quadro com aprendizes, as empresas podem destinar parte desse percentual a pessoas com deficiência. Assim, quando elas estiverem plenamente capacitadas e qualificadas, podem deixar de ser aprendizes para tornarem-se empregadas, ocupando, assim, as vagas reservadas a elas pelo art. 93 da Lei 8.213.

Ressalta-se que as vagas destinadas aos aprendizes não se confundem com as vagas garantidas aos beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas. O aprendiz com deficiência admitido somente pode ser computado na quota destinada aos aprendizes, e não na constante na lei 8.213. Ou seja, o empregador não pode alegar estar cumprindo as duas normas simultaneamente, tendo em vista que são previsões legais distintas e não relacionadas.

Além da aprendizagem, outra forma de profissionalizar e qualificar a pessoa com deficiência é através do estágio. O estágio, de acordo com o art. 1º da Lei nº 11.788/2008:

(...) é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

Dessa forma, o portador de deficiência, para poder ser estagiário, precisa estar cursando algum dos cursos mencionados na lei. O estágio propicia a aplicação prática do que foi aprendido em sala de aula, complementando o aprendizado do estudante. É um ato educativo que não cria vínculo empregatício de qualquer natureza.

O art. 11 da Lei 11.788 limita em dois anos a duração de estágio no mesmo estabelecimento, exceto ao estagiário com deficiência, que pode estagiar no mesmo local por tempo indeterminado. A referida lei ainda garantiu, no parágrafo quinto do

art. 17, uma reserva de vagas à pessoa com deficiência, no percentual de 10% dos postos oferecidos pela parte concedente do estágio.

Tal medida afirmativa visa a integração do estudante deficiente, propiciando a ele a oportunidade de aprofundar os conhecimentos obtidos na instituição de ensino e de se profissionalizar. Não pode ser confundida com a reserva legal exposta na Lei 8.213, a qual destina percentuais de vagas no mercado de trabalho. A empresa que possuir um estagiário com deficiência não pode, portanto, contabilizá-lo como empregado, a fim de cumprir a lei das cotas.

4.4 ESTABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com o advento da Lei 8.213, surgiu a discussão acerca da estabilidade no emprego da pessoa com deficiência. Afirma o parágrafo primeiro do art. 93 da referida lei o seguinte:

A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

Com base nesse dispositivo, depreende-se que o empregador não possui liberdade para despedir o trabalhador deficiente ocupante de vaga reservada sem que haja, anteriormente, a contratação de substituto, também deficiente. Portanto, a dispensa do empregado com deficiência está condicionada à admissão de outro.

A intenção do parágrafo primeiro é garantir que as empresas cumpram os percentuais dispostos no *caput* do artigo. Isto é, se uma empresa que, conforme a lei, deve preencher 10 vagas com pessoas com deficiência possui exatos 10 trabalhadores nessa condição, ela somente poderá dispensar um ou mais deles admitindo outros em seu lugar. A redação desse dispositivo, todavia, tem causado diferentes interpretações.

O primeiro entendimento, adotado por alguns Tribunais Regionais do Trabalho, afirma que o empregador, enquanto estiver cumprindo a reserva legal, possui direito potestativo de demitir o empregado deficiente sem precisar contratar outro em seu lugar, já que os percentuais previstos no art. 93 estão sendo preservados.

Já outro entendimento, o qual vem sendo defendido pelo TST, compreende que o disposto no parágrafo primeiro do art. 93 vale para toda e qualquer dispensa de funcionário com deficiência, não importando se haverá, ou não, descumprimento dos percentuais previstos na lei. Esse segundo entendimento, apesar pretender beneficiar o grupo em questão, acaba por desencorajar os empregadores a contratar empregados com deficiência acima do mínimo legal, tendo em vista que burocratiza e onera sua despedida.

Maurício Delgado enquadra a garantia prevista no parágrafo primeiro do art. 93 da Lei 8.213 nas estabilidades provisórias. Afirma o autor que esse tipo de estabilidade (também denominada garantia de emprego) é uma vantagem jurídica de cunho provisório concedida ao empregado em decorrência de “circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador⁵⁶.” Com base nessa interpretação, pode-se afirmar que o empregado com deficiência possui uma estabilidade temporária, que perdura enquanto o empregador não contratar substituto de semelhante condição.

Sérgio Pinto Martins também considera o exposto na norma em questão uma garantia de emprego. Para ele, o parágrafo primeiro do referido artigo apresenta uma garantia de emprego sem prazo definido. Afirma que não se trata de uma proteção individual, mas sim destinada a um grupo de pessoas (com deficiência)⁵⁷. Ressalta-se que o autor possui o entendimento de que tal garantia de emprego só existe enquanto a empresa não alcançou o número mínimo fixado pela lei. “Admitindo a empresa deficientes ou reabilitados em percentual superior ao previsto no art. 93 da Lei 8.213, poderá a empresa demitir outras pessoas em iguais condições até atingir o referido limite⁵⁸.”

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região tem se posicionado no sentido de reintegrar a pessoa com deficiência à empresa se constatada a sua demissão sem a devida contratação de substituto. Vejamos precedentes da 6ª Turma:

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 1150.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 414.

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p.414.

EMENTA: DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPREGADO REABILITADO. O § 1º do artigo 93 da Lei 8213/91 é imperativo ao determinar que a dispensa de trabalhador portador de necessidades especiais ou reabilitado só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. Percebe-se uma garantia indireta ao emprego que condiciona a validade da dispensa⁵⁹.

EMENTA: NULIDADE DA DESPEDIDA. REINTEGRAÇÃO. Ainda que inexistente direito à estabilidade decorrente de afastamento do trabalhador por doença não relacionada ao trabalho, é vedada sua dispensa imotivada quando determinado pelo INSS sua readequação em virtude de sequela, e ausente prova de que todas as vagas destinadas a empregados deficientes e em reabilitação estejam preenchidas⁶⁰.

As decisões do Tribunal Regional do Trabalho evidenciam que a reintegração somente é devida quando não houver a contratação de empregado substituto. Caso a empresa comprove que admitiu outro empregado deficiente, não há o direito à reintegração, como pode-se verificar na análise do acórdão do processo nº 0114200-97.2008.5.04.003:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. REINTEGRAÇÃO. Preenchido o requisito exigido pelo art. 93, §1º, da Lei n. 8.213/91 para dispensa imotivada de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado, qual seja, a contratação de substituto de condição semelhante, não há falar em reintegração no emprego. Recurso desprovido⁶¹.

Em sua fundamentação, afirma o relator que o reclamante não detém nenhuma garantia de emprego legalmente prevista. Argumenta que:

A manutenção das cotas previstas no art. 93 da lei supra referida não confere diretamente a garantia de emprego, mas condiciona a dispensa imotivada à contratação de substituto em condição semelhante, resguardando o direito de o empregado permanecer no emprego até que seja satisfeita a condição prevista em lei. O dispositivo legal estabelece a obrigatoriedade das empresas preencherem seus quadros com percentuais de beneficiários reabilitados ou pessoas portadores de deficiência. Assim, o direito à reintegração decorre do descumprimento pelo empregador dessa condição imposta na lei.

⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão nº 0024600-59.2009.5.04.0026** da 6ª Turma. Recorrente: Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. Recorrido: Cláudia Rosa Neto. Relatora Des. Maria Cristina Schaan Ferreira. Porto Alegre, 26 de maio de 2010. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acesso em 28/10/2010.

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão nº0045800-03.2009.5.04.0001** da 6ª Turma, Recorrente: José Amilton Igisk Antunes. Recorrido: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Relatora: Beatriz Renck. Porto Alegre, 28 de abril de 2010. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acesso em 28/10/2010.

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão nº 0114200-97.2008.5.04.003** da 3ª Turma, Recorrentes: Fabiano Werdum Bandeira e Banco Itaú Unibanco S.A. Recorridos: Os mesmos Relator: João Ghisleni Filho. Porto Alegre, 15 de setembro de 2010. Disponível em <www.trt4.jus.br>. Acesso em 29/10/2010

No caso em tela, houve a comprovação, por parte da empresa, de contratação de outro funcionário, portador de deficiência, para trabalhar nas mesmas funções do reclamante. Dessa forma, não houve afronta ao dispositivo legal, não havendo, portanto, direito à reintegração ao emprego.

Os demais Tribunais Regionais do Trabalho seguem entendimento semelhante. Vejamos decisão do TRT da 15ª Região:

GARANTIA DE EMPREGO. COTA DE REABILITADO OU DEFICIENTE. REINTEGRAÇÃO CABÍVEL. AÇÃO AFIRMATIVA. Empregado readaptado ou portador de deficiência, habilitado para o trabalho, possui garantia de emprego emergente da cota assegurada pela legislação previdenciária, a qual obriga as empresas, com 100 (cem) ou mais empregados, manterem em seus quadros de 2% a 5% dos cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. A dispensa imotivada de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado somente pode ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. Cabendo ao empregador demonstrar de forma incontestada a regularidade do preenchimento das vagas, bem como da substituição efetivada. A lei não possui disposição inútil; quando prevê que a dispensa imotivada de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado *só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante*, está conferindo garantia de emprego para um grupo específico de operários (readaptados ou deficientes), como meio de ação afirmativa em favor dos inferiorizados profissionalmente. (...) De modo que, havendo desligamento imotivado de trabalhador reabilitado ou deficiente, sem a correspondente substituição, a consequência natural é a reintegração do demitido, como forma de assegurar a eficácia da norma jurídica em plena vigência. Inteligência do art. 93 da Lei nº. 8.213/91⁶².

O Tribunal Superior do Trabalho também vem ratificando a posição de que o empregado com deficiência, quando demitido sem a devida substituição, terá o direito subjetivo de reintegração no emprego. Pode também, dependendo do caso, perceber indenização relativa aos vencimentos pelo tempo em que ficou afastado e que não houve a admissão de outro trabalhador. Vejamos alguns precedentes da egrégia corte:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU REABILITADO. ART. 93, § 1º, DA LEI Nº 8.213/91. O direito de o empregador efetuar a dispensa do empregado portador de deficiência física ou reabilitado está condicionado à contratação de outro empregado em condição semelhante. Portanto, o não atendimento de expressa determinação legal, inserta no § 1º do art. 95 da Lei 8.213/91, gera o direito do empregado à reintegração no

⁶² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão nº 00508-2004-071-15-00-5-RO** da 6ª Turma. Recorrente: Mahle Metal Leve S.A.. Recorrido: Getúlio Cabrera. Relator: Juiz Edison dos Santos Pelegrini. Campinas, 10 de fevereiro de 2006. Disponível em <www.trt15.jus.br>. Acesso em 01/11/2010.

emprego, diante da nulidade da dispensa. Tal disposição legal visa a resguardar os direitos consagrados, inclusive constitucionalmente (art. 7º, XXXI), de um grupo de trabalhadores que demandam uma assistência especial.⁶³

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO REABILITADO. DISPENSA IMOTIVADA. NECESSIDADE DE IMEDIATA CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO EM CONDIÇÃO SEMELHANTE. GARANTIA SOCIAL E INDIVIDUAL. LIMITAÇÃO LEGAL AO DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR DE RESILIR UNILATERALMENTE O CONTRATO DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO. Decisão regional em consonância com o posicionamento de que o direito potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de trabalho não é absoluto, sendo certo que, enquanto garantia fundamental de caráter eminentemente institucional, sua própria existência depende da conformação que lhe é atribuída pela legislação infraconstitucional no momento em que delimita seu escopo, limites e alcance, delineando, dessa forma, seu próprio conteúdo. Com a criação de reserva de mercado para beneficiários reabilitados da Previdência Social ou trabalhadores portadores de deficiência, entendeu por bem o legislador, em também restringir a subjetividade inerente ao livre exercício do direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho do empregado em tais condições, mediante a imposição de ônus objetivo, com a finalidade de impedir, ou pelo menos dificultar, a ocorrência de práticas discriminatórias para efeito de permanência da relação jurídica de trabalho. As condicionantes previstas a) no caput e incisos I a IV, do art. 93 da Lei 8.213/91 e b) no § 1º do art. 93 da Lei 8.213/91, não obstante complementares de um ponto de vista de política social, são independentes e autônomas no que diz com a eficácia jurídica de suas disposições. A redação categórica do § 1º em comento evidencia a autonomia semântica do enunciando normativo que encerra: a dispensa imotivada do trabalhador reabilitado ou deficiente físico habilitado depende, sempre, da prévia contratação de substituto em condição semelhante⁶⁴.

Em seu voto, a Ministra Rosa Maria da Rosa defende que o parágrafo primeiro do artigo 93 da Lei 8.213/91 apresenta “um procedimento especial a ser adotado em caso de extinção do contrato de trabalho, na modalidade dispensa imotivada de empregado nessa situação”, sendo que “a validade do ato fica condicionada à concomitante contratação de substituto de condição semelhante.” Versa, também, que as medidas afirmativas expressas no *caput* do art. 93 da Lei 8.213/91 e em seu parágrafo primeiro visam promover a inclusão social das pessoas com deficiência através do aumento de sua participação no mercado de trabalho, tendo em vista que ambas impõem restrições à despedida imotivada.

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº **72900-74.2007.5.15.0007** da 6ª Turma. Recorrente: Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda. Recorrido: Jurandir Caldeira da Silva. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 28/10/2010.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 164/2003-028-01-00.8** da 3ª Turma. Recorrente: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A.. Recorrida: Bernadete de Carvalho Portella. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, DF, 13 de maio de 2009. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 28/10/2010.

Salienta-se que a Ministra possui o entendimento de que o previsto no *caput* e incisos I a IV do art. 93 não se relaciona diretamente com o exposto no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Isto é, são disposições independentes que possuem eficácias jurídicas distintas. Afirma, *in verbis*:

A primeira estabelece uma garantia social objetiva, uma reserva de mercado, consubstanciada na fixação de cotas, dedicadas a segmento específico da população que experimenta significativa desvantagem no que diz com o acesso e manutenção da relação de emprego. A segunda, por sua vez, institui espécie de garantia de índole individual, subjetiva, ainda que relativa e precária, para o trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado. E o faz mediante a imposição do ônus de vincular a validade do ato da dispensa imotivada do empregado deficiente físico à tautócrona contratação de outro empregado em condições semelhantes.

Seguindo entendimento dominante da Corte, a Ministra Rosa Candiota da Rosa entende que toda e qualquer despedida imotivada de empregado reabilitado ou deficiente físico habilitado depende de prévia admissão de empregado substituto em condição semelhante. Assegura, ao empregado deficiente, uma estabilidade provisória e limita o direito potestativo do empregador em resilir o contrato de trabalho unilateralmente.

Compreensão semelhante pode ser verificada em outro precedente da Terceira Turma do TST:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO REABILITADO. DISPENSA SEM CUMPRIMENTO DA NORMA INSERTA NO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ARTIGO 93 DA LEI 8.213/91. REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. O parágrafo primeiro do artigo 93 da Lei 8.213/91 é taxativo ao estipular que a dispensa de trabalhador reabilitado só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. Logo, sendo dispensado o reclamante sem que a empresa tenha contratado empregado substituto de condição semelhante, a dispensa é nula, devendo o empregado, em consequência, ser reintegrado ao emprego. Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁵.

Em seu voto, afirma o Ministro que há, no parágrafo primeiro do art. 93 da Lei 8.213/91, “uma determinação imperativa condicionando a validade da dispensa à contratação anterior de trabalhador substituto de condição semelhante”, sendo que

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 130600-19.2000.5.04.0020** da 3ª Turma. Recorrente: Elder de Oliveira Bassoaldo. Recorrida: Brasil Telecom S.A.. Relator: Ministro Horácio Senna Pires. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2010. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 01/11/2010.

tal norma só adquire eficácia quando há a limitação do direito do empregador demitir o empregado quando inexistem os requisitos legais.

Posição contrária, todavia, pode ser verificada no Acórdão da Quarta Turma do TST, que defende a aplicabilidade do parágrafo primeiro do art. 93 da Lei 8.213 somente nos casos em que o funcionário em questão ocupar vaga destinada a portador de deficiência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - DEFICIENTE FÍSICO - FALTA DE PROVA DE QUE SUA ADMISSÃO SE DESTINAVA A PREENCHER QUOTA DA EMPRESA - DEMISSÃO - VIABILIDADE. A ratio legis do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91 é de que a demissão do funcionário que ocupava vaga compreendida na quota destinada a empregado deficiente, só será legítima se comprovado que a empresa admitiu outra pessoa portadora de deficiência, para ocupar mesma a vaga. O que a lei preconiza é que o empregador mantenha preenchidas as vagas destinadas aos deficientes, sem garantir estabilidade pessoal a este ou àquele trabalhador. Na hipótese, consignando o e. Regional que o reclamante foi admitido em 1982, sofreu acidente em 1987, acarretando-lhe a deficiência física, mas permaneceu no emprego até 1997, significa que não fora ele admitido na empresa para preencher a quota obrigatória destinada aos deficientes físicos, porque na ocasião do seu ingresso não era portador de deficiência. Ileso o § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91, o recurso de revista não merece ser admitido⁶⁶.

Percebe-se que há divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da estabilidade da pessoa com deficiência. Enquanto alguns defendem que existe uma estabilidade provisória de caráter individual, outros afirmam que tal garantia se destina a um grupo específico de pessoas, não gerando direitos pessoais. Ainda há os que alegam que não há, de fato, uma garantia de emprego, mas sim uma norma condicionando a dispensa do empregado à contratação de outro.

Outro aspecto divergente trata da incidência dessa estabilidade temporária. Ao passo que um entendimento assera que existe uma garantia de emprego somente nos casos em que o empregado está ocupando uma das vagas legalmente destinada a ele pela lei 8.213, outros afirmam que esta garantia abrange todos os trabalhadores com deficiência empregados.

Apesar das diversas interpretações existentes da norma legal, há um consenso majoritário de que o *caput* do art. 93 da Lei 8.213, juntamente com seu parágrafo primeiro, limitam o poder potestativo do empregador de rescindir

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento Recurso de Revista nº 58562/2002-900-02-00.5** da 4ª Turma. Agravante: Eduardo Luiz dos Reis. Agravado: Banco Itaú S.A.. Relator: Juiz José Antônio Pancotti. Brasília, DF, 27 de abril de 2005. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 01/11/2010.

unilateralmente o contrato de trabalho do empregado com deficiência, concedendo, dessa forma, uma estabilidade temporária subordinada à comprovação de admissão de substituto em condição semelhante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho busca tutelar o polo hipossuficiente da relação de emprego, o trabalhador. A ele são destinadas diversas normas e garantias, a fim de compensar a sua situação de desigualdade frente ao poder patronal.

O princípio da proteção contempla a cerne do Direito do Trabalho, posto que concede ao empregado benefícios que buscam propiciar uma igualdade real entre ele e o empregador.

No mesmo sentido, o princípio da continuidade no emprego visa garantir ao empregado maior segurança na relação de emprego, visto que concede ao contrato de trabalho validade por tempo indeterminado.

O princípio da igualdade, garantido constitucionalmente, coloca todos em par de equidade perante a lei. Permite, todavia, tratar desigualmente os desiguais, a fim de alcançar uma igualdade substancial. Isto posto, medidas que tratem a pessoa com deficiência de maneira diversa não ofendem o referido princípio, tendo em vista que tal diferenciação é justificada em virtude das peculiaridades que a circundam.

O princípio da não-discriminação, por sua vez, veda todo e qualquer comportamento preconceituoso que prejudique um determinado grupo de pessoas. À pessoa com deficiência são direcionados inúmeros tratamentos discriminatórios, em especial no âmbito laboral. A Magna Carta buscou proibir de forma pungente qualquer modalidade de discriminação, assim como a Organização Internacional do Trabalho, a qual editou diversas diretrizes acerca do assunto.

A partir da metade do século XX, inúmeras normas internacionais surgiram com o intuito de garantir os direitos fundamentais às pessoa com deficiência, assim como propiciar a plena participação e inclusão das mesmas na sociedade.

No direito pátrio, a Constituição Federal de 1988 disponibilizou inúmeras diretrizes protetivas à pessoa com deficiência, sendo muitas delas regulamentadas por leis posteriores, que concederam eficácia e aplicabilidade aos institutos constitucionais.

O Decreto nº 3.298/99 instituiu a política nacional para a integração da pessoa com deficiência. Disponibilizou, também, diversos artigos relativos à inserção dessa pessoa no mercado de trabalho, tanto na iniciativa privada quando no serviço público.

O direito pátrio instituiu, a partir da Magna Carta de 1988, a adoção de políticas afirmativas, a fim de amparar grupos flagrantemente desfavorecidos. Editou leis beneficiando os discriminados e excluídos socialmente, estando a pessoa com deficiência entre os amparados por essas normas.

Através de medidas afirmativas constantes nas leis 8.112/90 e 8.213/91, foi garantido ao empregado com deficiência uma reserva de vagas na área trabalhista. A admissão de pessoas com deficiência passou a ser uma obrigatoriedade legal, medida necessária para efetivar a real inclusão desse grupo no mercado de trabalho.

A estabilidade é o direito do empregado de permanecer no emprego, é uma garantia que dificulta a despedida arbitrária, que limita o poder potestativo do empregador.

Apesar de não haver nenhum dispositivo legal que conceda, expressamente, estabilidade ao empregado com deficiência, o parágrafo primeiro do art. 93 da Lei 8.213/91 condiciona a sua demissão à contratação de substituto em condição semelhante. Dessa forma, limita a liberdade do empregador, o qual não pode dispensar o trabalhador com deficiência sem, antes, cumprir o disposto na lei.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de haver uma estabilidade provisória ao empregado com deficiência, que tem garantida a sua permanência no emprego enquanto a empresa não contratar outro empregado em seu lugar. Não havendo a admissão de substituto em condição semelhante, a dispensa é nula, sendo garantido ao empregado sua reintegração ao emprego.

Mesmo não havendo um consenso sobre o assunto, claro está que os julgadores buscam, na maioria dos casos, decidir favoravelmente ao empregado com deficiência, buscando, assim, garantir os direitos desse grupo de pessoas e impedir práticas discriminatórias.

A pessoa com deficiência, por se encontrar em clara desvantagem em relação às demais, necessita um amparo legal diferenciado que propicie sua inclusão social efetiva. A marginalização dessa pessoa fere a dignidade humana e o princípio da igualdade, tendo em vista que, inexistindo oportunidades, não há como ela se integrar socialmente de maneira digna e eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A INCLUSÃO das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Manual de direito do trabalho**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALI, Nádía Ahmad Omar. (org.). **Direito individual do trabalho**. Canoas: Editora da Ulba, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2.ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David. (org.). **Defesa dos direitos das pessoas portadores de deficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 9.029**, de 13 de abril de 1995. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 9.799**, de 26 de maio de 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Decreto nº 62.150**, de 19 de janeiro de 1968. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Decreto nº 89.460**, de 14 de novembro de 1983. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 9.601**, de 21 de janeiro de 1998. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

- BRASIL. **Lei nº 6.019**, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 10.266**, de 24 de julho de 2001. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 10.048**, de 8 de novembro de 2000. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 5.107**, de 13 de setembro de 1966. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 5.859**, de 11 de dezembro de 1972. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 11.180**, de 23 de setembro de 2005. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 11.788**, de 25 de setembro de 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Decreto nº 3.691**, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em <www.portal.mec.gov.br>.
- BRASIL. **Decreto nº 4.682**, de 24 de janeiro de 1923. Disponível em <www.jusbrasil.com.br>.
- BRASIL. **Decreto nº 66.496**, de 27 de abril de 1970. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em

<www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Decreto nº 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Decreto nº 1.744**, de 08 de dezembro de 1995. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Disponível em <www.cfemea.org.br>.

BRASIL. **Decreto nº 3.956**, de 08 de outubro de 2001. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: LTr, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2003.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Instrução Normativa nº 20**, de 26 de janeiro de 2001. Disponível em <www.mte.gov.br>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Portaria nº 1.199**, de 28 de outubro de 2003. Disponível em <www.mte.gov.br>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 17.ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. **Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro: doutrina e legislação.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, de 10 de Dezembro de 1948.

Disponível em <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111**, de 25 de junho de 1956. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 158**, de 22 de junho de 1982. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 117**, de 22 de junho de 1962. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 159**, de 20 de junho de 1983. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 3.447**, de 09 de dezembro de 1975. Disponível em <www.mp.pe.gov.br>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 48/96**, de 20 de dezembro de 1993. Disponível em <www.apaedef.org.br>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO ALEGRE. **Lei Ordinária nº 9.380**, de 07 de janeiro de 2004. Disponível em <<http://www.leismunicipais.com.br>>.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar nº 580**, de 12 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.leismunicipais.com.br>>.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEMER, M. Et. Al. **Direitos Humanos: essência do direito do trabalho.** 1.ed. São Paulo: LTr, 2007

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.