

DO USO DA RAZOABILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 93 DA LEI 8.213/89.

INTRODUÇÃO

É sabido que de acordo com a norma legal, deveriam as empresas, com 100 (cem) ou mais empregados, preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou por pessoas portadoras de deficiências.

Todavia, o que se percebe é que são tamanhas as dificuldades que as empresas têm enfrentado para conseguir cumprir a cota legal de contratação de pessoas portadoras de deficiência, preconizada no art. 93 da Lei 8.213/89.

A verdade é que não há demanda para o preenchimento destas vagas e ante a ausência de demanda voluntária, as empresas utilizam-se de todos os esforços possíveis na busca do preenchimento, todavia sem lograr êxito.

É bem verdade que a cota não vem sendo cumprida, as empresas não preenchem o número mínimo legal de vagas estabelecidas, no entanto, é de bom alvitre frisar, **que tal episódio vem ocorrendo por fatos alheios às suas vontades, dando-se por total ausência de demanda**, ainda que empenhado todos os esforços possíveis, razões fáticas e jurídicas que afastam a aplicabilidade literal do dispositivo normativo, aplicando-se a razoabilidade na aplicação da norma.

1 RESERVA DE COTAS - PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS E REABILITADOS - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - ATO OMISSIVO DO INSS

Primeiramente, observe como a Constituição Federal de 1988 tem tratado o presente assunto no que diz respeito à política de inclusão das pessoas portadoras de deficiências ao mercado de trabalho:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Tais dispositivos constitucionais obrigaram ao legislador infraconstitucional a elaborar leis que protejam os direitos das pessoas portadoras de deficiência física, surgindo daí a Lei 7.853 de 24/10/1989 que dispõe acerca do apoio às pessoas portadoras de deficiência física e de sua inclusão social, estabelecendo orientação ao Poder Público em relação a medidas que garantam proteção destas pessoas.

De pòrtico, observe os dispositivos que regulam referida promoção ao ingresso no mercado de trabalho em relação ao setor público e o privado:

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

(...)

III - na área da formação profissional e do trabalho:

(...)

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

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

Diante dos dispositivos acima mencionados, verifica-se que a intenção do legislador infraconstitucional ao disciplinar a presente matéria através da lei 7.853/89 de apoio às pessoas portadoras de deficiência, **sempre menciona que ao Poder Público caberá a adoção de medidas que propiciem o ingresso dessas pessoas ao mercado de trabalho, tanto no setor público como no setor privado,** até porque o fim almejado pelo legislador era um só, qual seja a inserção das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho.

Desta forma foi editado decreto regulamentador da mencionada lei, **Decreto No. 3.298 de 20 de dezembro de 1999,** o qual trouxe normas disciplinadoras a respeito de como será o ingresso destas pessoas portadoras de deficiência em relação à reserva de vagas que deverão ser realizadas pelas empresas do setor privado como pelo setor público.

O referido decreto tem no seu preâmbulo a seguinte informação:

Regulamenta a Lei 7.853 de 24 de outubro de 1.989 dispõe sobre a Política Nacional para a integração da pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências.

Os arts. 1º e 2º do mesmo Decreto, definem o conceito de Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e esclarece a quem compete assegurar os direitos básicos dos deficientes habilitados ou reabilitados. Senão vejamos:

"Art. 1º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 2º Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, **ao trabalho,** ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.”.

Por fim, veja o que determina o preâmbulo e arts 1º e 2º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto destacado em epígrafe:

PREÂMBULO: *"Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências."*

Art. 1º. Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social, nos termos desta lei.

§ 1º. Na aplicação e interpretação desta lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º. As normas desta lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

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

A exaustiva exposição dos dispositivos normativos em epígrafe tem o propósito de provar que o legislador, ao estabelecer normas acerca da proteção às pessoas portadoras de deficiência física, o fez ressaltando a **OBRIGAÇÃO DO ESTADO** em fornecer a estas mesmas pessoas a garantia de seus direitos básicos.

Ademais, não há portadores de deficiência habilitados em número suficiente para que as cotas possam ser cumpridas e o Estado simplesmente transferiu ao empresário a obrigação de cumprir a lei de cotas sem que fizesse a sua parte, ou seja, investisse na capacitação profissional dos portadores de deficiência para prepará-los para a inserção no mercado de trabalho.

Esta é a primeira conclusão a que se pode chegar a partir da leitura do preâmbulo das normas em comento e primeiros artigos que visam melhor esclarecer os contornos da norma, definindo conceitos e obrigações.

Ultrapassadas estas breves considerações, conforme dito alhures, temos, outrossim, evocando-se o disposto na Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, a imposição às empresas com mais de cem empregados são obrigadas a destinar de 2% a 5% de suas vagas para deficientes.

Em conformidade com todo o já exposto, cabe-nos trazer à baila, a disposição legal que **impõe ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS a habilitação e a reabilitação profissional e social do portador de deficiência ao mercado de trabalho, in litteris:**

Lei 8.213/1989

PREÂMBULO: Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências

Da Habilitação e da Reabilitação Profissional

Art. 89. A **habilitação** e a **reabilitação profissional** e social deverão proporcionar ao beneficiário **incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho**, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re) educação e de (re) adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

- a) **o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;**
- b) **a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;**
- c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Art. 90. **A prestação de que trata o artigo anterior é devida em caráter obrigatório aos segurados**, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes.

Art. 91. **Será concedido, no caso de habilitação e reabilitação profissional, auxílio para tratamento ou exame fora do domicílio do beneficiário**, conforme dispuser o Regulamento.

Art. 92. Concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, **a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar.**

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%.

§ 1º 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.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Em linhas gerais, o dever jurídico imposto envolve:

- 1) a obrigação da empresa em preencher certos percentuais de seus cargos com beneficiários **reabilitados pelo INSS ou habilitados nas proporções indicadas** (sistema de cotas);
- 2) **a existência de pessoas portadoras de deficiência**, nos termos do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89;
- 3) **as pessoas devem ser reabilitadas ou habilitadas pelo INSS;**
- 4) **a contratação exige a aptidão para o desempenho das atribuições da função**, que deve ser constatada pelo empregador.

O INSS deve fornecer a lista de profissionais habilitados ou reabilitados aptos ao desempenho das funções solicitadas sob pena das empresas estarem isentas do cumprimento de sua obrigação de contratar, de acordo com a regra preconizada no art. 476, do NCC, que dispõe:

Art. 476. **Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.**

Ora, se o INSS não cumpre as obrigações preconizadas nos arts. 89, Parágrafo Único, “a” e “b”, 90, 91 e 92, da Lei nº 8.213/89, as empresas estarão impossibilitadas de cumprir a obrigação prevista no art. 93, do referido diploma legal, e, por via de conseqüência, a SRTE/CE não poderá, em hipótese alguma, lavrar autos de infrações alegando descumprimento da obrigação imposta.

Cumprir a cota reservada para portadores de deficiência, prevista em lei, tem sido uma tarefa difícil para empresas de determinados setores, para não dizer impossível, como é o caso trazido à baila.

Em razão dessa dificuldade, impõe-se uma interpretação mais flexível na aplicação desta norma, não se pode interpretar a lei de forma isolada e literal. O mínimo do bom senso impõe a razoabilidade nesta interpretação.

De tal sorte, não se trata, “*de contratação obrigatória de qualquer portador de necessidades especiais*”. Até porque, na Instrução Normativa nº 20, de 2001, que dispõe sobre procedimentos a serem adotados pela Fiscalização do Trabalho no exercício da atividade de fiscalização do trabalho das pessoas portadoras de deficiências, esses profissionais teriam que ser reabilitados pela **Previdência Social ou terem características comprovadas para uma determinada atividade da empresa.**

Instrução Normativa nº 20, de 2001.

PREÂMBULO: Dispõe sobre procedimentos a serem adotados pela Fiscalização do Trabalho no exercício da atividade de fiscalização do trabalho das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 11. Entende-se por habilitação e reabilitação profissional o conjunto de ações utilizadas para possibilitar que a pessoa portadora de deficiência adquira nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso ou reingresso no mercado de trabalho.

O Judiciário tem entendido que a aplicação da lei deve respeitar o **princípio da razoabilidade**. O setor privado clama que **“as vagas existem, o que não existe é profissional qualificado para o emprego”**.

Embora a intenção da legislação tenha sido a de somar esforços do Estado e da iniciativa privada para que deficientes pudessem ter condições dignas de trabalho, o que se verifica na prática é que esse empenho tem ocorrido apenas por parte das empresas.

Analisando a cabo o que dispõe as normas supraditas, depreende-se que caberia ao INSS habilitar ou reabilitar as pessoas portadoras de deficiências ao mercado de trabalho e remetê-las às empresas para a sua inclusão social.

Em decisões recentes, os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, por exemplo, anularam multas sofridas pelas empresas, por entender que elas, apesar de não alcançarem estes índices exigidos, **empenharam-se no cumprimento da lei**.

Neste mesmo sentido, veja o fundamento do julgado abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO – LEI 8.213/1991 - COTA DEFICIENTES FÍSICOS - AUTO DE INFRAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.

É inequívoco que a empresa tem função social e que também tem papel a desempenhar na capacitação dos portadores de deficiência, ainda que na espécie de sociedade que vivemos, sob o regime capitalista. **Todavia, o Princípio da Solidariedade, o dever do Estado de prestar ensino fundamental especializado, obrigatório e gratuito aos portadores de deficiência** e também de lhes criar programas de prevenção, inseridos na Constituição Federal, artigos 208 e 227, parágrafo 1º, revela não ser plausível que o Estado se omita em tão importante questão que é a adaptação social integral do portador de deficiência, esperando que a iniciativa privada supra as falhas das famílias, das escolas e da Previdência Social. Afronta o princípio da legalidade multa em Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal do Trabalho quando a empresa tendo firmado com o Ministério Público do Trabalho, Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TCAC - ainda se encontrava dentro do prazo de 2 anos, onde se obrigou a preencher com beneficiários reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência habilitadas, o percentual de seus cargos estabelecidos no artigo 93, da Lei 8.213/91. **Reveladoramente constrangedora também se mostra a realidade brasileira, onde estatísticas apontam que a questão da reserva de mercado de trabalho em relação às pessoas deficientes tem suscitado questionamentos no**

sentido de que a empresa-autora não é a única que tem tido dificuldades para cumprir integralmente o comando legal que ensejou a aplicação da multa, visto que a Lei 8.213/91 se dirige aos beneficiários da Previdência Social, reabilitados ou pessoa portadora de deficiência habilitada e estas são raras a se apresentar. **A louvável iniciativa do legislador de instituir um sistema de cotas para as pessoas portadoras de deficiência, obrigando as empresas a preencher determinado percentual de seus quadros de empregados com os denominados PPDs, não veio precedida nem seguida de nenhuma providência da Seguridade Social, ou de outro órgão governamental, no sentido de cuidar da educação ou da formação destas pessoas, sequer incentivos fiscais foram oferecidos às empresas.** A capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção do deficiente no mercado de trabalho. **A Secretaria da Inspeção do Trabalho, ao editar a Instrução Normativa nº 20/2001, a orientar os auditores fiscais do trabalho na fiscalização do cumprimento do artigo 93 da Lei 8.213/91, resolveu definir como pessoa portadora de deficiência habilitada, aquelas que não se submeteram a processo de habilitação, incluindo como habilitadas as capacitadas para o trabalho, indo além do que disse a Lei, e reconhecendo, implicitamente, a carência de portadores de deficiência habilitados.** Recurso a que se dá provimento para anular o débito fiscal."

(TRT/2ª Região – 03506-2006-081-02-00-8, 11ª Turma, Rel. Des.Rita Maria Silvestre, 12/08/2008)

Desta sorte, o que nos transparece é não ser sensata a aplicação da lei da forma como vem sendo exigida pelas Superintendências Regionais do Trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho.

No caso em lume, a verdade é que há uma imposição por parte das autoridades fiscais às empresas, para que admitam portadores de deficiência, independente de habilitados ou reabilitados para o desempenho das funções disponíveis. As autoridades fiscais trabalhistas vêm "*obrigando*" por sobremaneira as empresas fiscalizadas a contratar portadores de deficiência de acordo com o percentual estipulado em lei, independente da reabilitação ou habilitação dos mesmos. Ou ainda pior, o que se observa é que vem sendo imposto a essas empresas a contratação de mão-de-obra que sequer existe no mercado de trabalho ou, se existe, em número extremamente reduzido, o que não supre o preenchimento da cota legal estabelecida.

Nessa feita, é possível observar omissões deixadas pela chamada "lei de cotas". Apesar da sua louvável intenção, inicialmente é necessário que o Estado cumpra a lei, por meio do estabelecimento de políticas públicas para inserção dos

portadores de deficiência no mercado de trabalho. E, apenas após essa implementação, que permitirá às empresas cumprir a norma, que seja efetivada a fiscalização.

Portanto, há de compreender que, se por um lado as empresas dispõem todos os esforços possíveis e imagináveis na busca de contratar pessoas portadoras de deficiência, por outro lado, esbarra na inércia dos órgãos incumbidos de habilitar ou reabilitar estas pessoas e reinseri-las no mercado de trabalho.

E é neste diapasão que as empresas vêm buscando o auxílio jurisdicional, a fim do Judiciário compeli-lo a cumprir a norma legal e no sentido de auxiliá-las na contratação destas pessoas portadoras de deficiência habilitadas para a função a qual disponibilizam as empresas.

2 DA NÃO CONTRATATAÇÃO DE PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS POR MOTIVOS DE FORÇA MAIOR. IMPOSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO. JUSTA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO.

A realidade é que empresas têm pleno e total conhecimento da norma anteriormente evocada, inclusive da sua função social, todavia, por fatos alheios à suas vontades não vêm conseguindo preencher as cotas de vagas pré-estabelecidas na norma legal.

Não obstante o incessante dispêndio de esforços que as empresas têm feito no sentido de contratar pessoas portadoras de deficiência habilitadas, repita-se à exaustão, tampouco obtém êxito nessa incessante busca, por total ausência de demanda, restando mais que claro o empenho no cumprimento do dispositivo legal. Não há demanda de pessoas portadoras de deficiências habilitadas para exercerem as funções solicitadas pelas empresas.

Não pairam dúvidas acerca dos esforços despendidos pelo no sentido de cumprir a norma legal. O que se vê são as empresas enviando diversos ofícios às entidades, órgãos do governo, associações, sem obter qualquer retorno quanto à remessa de cadastro, currículos ou até mesmo destas pessoas ao solicitante.

A falta de pessoas portadoras de necessidades especiais com qualificação é uma problemática nacional, sendo fato de pleno e notório conhecimento de todos. A situação torna-se mais grave e gritante quando se trata do ramo da construção civil, tendo em vista os elevados riscos inerentes às atividades.

Ora, se não há demanda de mão de obra habilitada para o preenchimento das vagas, até que ponto seria razoável, no exemplo dado, penalizar uma empresa por não cumprir a determinação legal?

Seria justo para com a empresa?

O formalismo exacerbado da lei seria suficiente para transpassar os princípios previstos pelo legislador na Constituição Federal?

Seria sim, uma tamanha injustiça sujeitar ao pagamento de multa por suposto descumprimento de imposição legal que, repita-se, por fato totalmente alheio à sua vontade. Não pode e não deve o Judiciário coadunar com tamanha injustiça.

Por tais razões, o Poder Público vem flexibilizando a obrigatoriedade do cumprimento da cota de portadores de necessidades especiais, bem como a aplicação das sanções por parte dos órgãos fiscalizadores, pelo simples fundamento de que a empresa não pode ser punida por não cumprir a cota se não encontra PNE's disponíveis para a contratação.

É o caso de evocar-se a regra preconizada no art. 393, do NCC, que tem a seguinte redação:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

De fato, o Estado ainda não implementou uma política pública de inclusão social do deficiente físico no mercado de trabalho, o que torna insustentável a forma como o Ministério Público do Trabalho e a Superintendência Regional do Trabalho vem impondo às empresas a contratação dos deficientes.

Diante desse cenário, em que o Poder Público, de um lado, exige o cumprimento da norma a qualquer custo e, de outro, não efetiva as políticas públicas de inclusão conforme estipulado em lei, as empresas ficam, muitas vezes, sem

alternativas, pois querem cumprir a norma, para evitar as autuações, no entanto, não conseguem obter êxito, face à inexistência dessa mão-de-obra em número suficiente no mercado de trabalho.

Resta demonstrado, portanto, que o não cumprimento integral do dispositivo normativo se dá por fato totalmente alheio à vontade das empresas, não podendo estas ser compelidas ao pagamento de multa (sanção), excluída sua responsabilidade por motivos de força maior.

3 DO USO DA RAZOABILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA LEGAL. NÃO APLICAÇÃO LITERAL DA LEI.

A utilização desse princípio, especialmente por parte dos julgadores, tão profícua para o exercício da jurisdição, é o termômetro que deve orientar tanto o julgador como o aplicador do direito, ao caso concreto a fim de não cometer injustiças.

Analisando o caso epigrafado, em razão de toda a dificuldade enfrentada pelas empresas na contratação de pessoas portadoras de deficiências habilitadas, impõe-se uma interpretação mais flexível na aplicação do dispositivo legal, não se pode interpretar a lei de forma isolada e literal.

Em caso idêntico, a matéria versada no presente estudo, já foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário de Minas Gerais (TRT/MG) em uma **Ação de Anulação de Auto de Infração (processo nº 0053200-72.2007.5.03.0096)**, tendo ratificado o seu entendimento pelo TST, em decisão em Agravo de Instrumento interposto.

Observe que o Juiz da Vara do Trabalho de INAÍ/MG, ao julgar a referida ação, **constatou que o não cumprimento do percentual legal de pessoas portadoras de deficiência se deu por motivo alheio à vontade da Reclamante, restando demonstrado que a parte envidou todos os esforços possíveis na contratação todavia sem lograr êxito.**

Segue trecho da sentença abaixo transcrito:

E conforme já observado naquela decisão, **extrai-se** dos termos da defesa apresentada perante a Delegacia Regional

do Trabalho em Minas Gerais (f. 26/27) que o não cumprimento da obrigação legal mencionada se deu em razão da inexistência de candidatos, noticiando-se, naquela oportunidade, o envio de correspondências ao SINE, ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Unaí e ao INSS, para os fins especificados, além de anúncio na TV Rio Preto ofertando as vagas existentes.

(...)

Neste contexto, revelando-se impossível o cumprimento da obrigação prevista no artigo 93, da Lei número 8.213/91, parece-me indubitável que não há que se cogitar em infração legal por parte do Autor, tornando, via de consequência, insubsistente o auto de infração em análise e, por conseguinte, a multa aplicada.

À vista do exposto, julgo procedente o pedido e reconheço e declaro a nulidade e insubsistência do Auto de Infração número 013132962 que deu origem à multa aplicada mediante o processo administrativo número 46551.000639/2006-53, conforme revelam os documentos de f. 20/24.

(...)

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, julgo procedente o pedido formulado nos autos da presente Ação Declaratória de Nulidade de Auto de Infração ajuizada por Irmo Casavechia e Outros em face da União e reconheço e declaro a nulidade e insubsistência do Auto de Infração número 013132962 que deu origem à multa aplicada mediante o processo administrativo número 46551.000639/2006-53, conforme revelam os documentos de f. 20/24, ficando mantida a antecipação dos efeitos da tutela de mérito e suspensos os efeitos do auto de infração mencionado até o julgamento final da presente ação.

(Sentença proferida pelo MM Juiz da Vara de UNAÍ/MG Proc. nº 0053200-72.2007.5.03.0096- Ação Declaratória – julgado em 30/11/2007. DOU 03/12/2007)

Em 2ª instância, o Douto Julgador do Tribunal Regional do Trabalho daquela região ratificou os termos da sentença ora exarada, explanando o seguinte entendimento:

(...)

Em suma, comungo do entendimento exarado pelo d.Juízo sentenciante, segundo o qual o Recorrido demonstrou, efetivamente, que envidou esforços na busca por candidatos para preenchimento das vagas para deficientes físicos habilitados e/ou reabilitados do INSS, o que se infere das cópias das correspondências enviadas ao Sine, ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Unaí e ao INSS, mas que, todavia, não obteve êxito na tentativa de admissão desses trabalhadores, como se vê das respostas

enviadas pelas referidas entidades (fls. 29/35), **demonstrando que o cumprimento da obrigação legal se tornou impossível em virtude da inexistência de apresentação ou indicação de trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados.**

E acrescenta:

“E, nesse ponto, *d.m.v.*, dirijo do entendimento adotado pela i. Procuradora do Ministério Público do Trabalho, cujo parecer se encontra às fls. 102/103, pois entendo que restou comprovada a **justa impossibilidade de cumprimento da legislação**”.

Por fim, conclui pela dificuldade enfrentada pelas empresas em encontrar mão de obra habilitada para o trabalho no mercado de trabalho.

“Não se pode negar a dificuldade de abertura de novos postos de trabalho. **Tampouco podemos fechar os olhos para as dificuldades encontradas por alguns empregadores no cumprimento da cota determinada pelo artigo 93 da Lei 8.213/91, sobretudo porque o portador de deficiência precisa ser efetivamente inserido no posto de trabalho, com implementação de condições dignas de trabalho, sob pena de se tornarem objetos de fraude, em que acabariam contratados apenas para atender ao percentual mínimo exigido em lei,** por salário ínfimo e com carga horária incompatível com as adotadas no mercado, e, muitas vezes, até mesmo sem que sua força de trabalho seja efetivamente aproveitada pelo empregador”.

(...)

Pelo exposto, é de se **manter a v. decisão recorrida**, que reconheceu e declarou a nulidade e insubsistência do Auto de Infração n. 013132962e, por via de consequência, da multa aplicada.

Nego provimento. Isto posto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento.

(TRT/MG 0053240-54.2007.5.03.0096- Ação Declaratória – julgado em 30/11/2007. DOU 03/12/2007)

Não obstante as decisões supra, em mais uma tentativa, a União interpôs **Recurso de Revista, cujo seguimento foi negado no TRT/MG, e depois, negado provimento ao Agravo de Instrumento ao TST** (AIRR - 53240-54.2007.5.03.0096 - Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva – julgado em 06/09/2011)

Em decisão do Agravo de Instrumento interposto, **o relator, Ministro Renato de Lacerda Paiva, entendeu que não houve qualquer ofensa legal tampouco comprovação de divergência jurisprudencial que permitissem o provimento do agravo.**

E o Douto Ministro em seu brilhante voto vai mais além. Reconhece a nulidade do auto de infração aplicado à empresa pelo que o não preenchimento do percentual previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, **uma vez que restou comprovado que o Autor efetivamente envidou esforços para o cumprimento daquela obrigação legal, o que se tornou impossível em virtude da inexistência de apresentação ou indicação de trabalhadores reabilitados ou portadores de deficiência**”.

Abaixo a transcrição do trecho do r. acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO - NULIDADE - JUSTA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO - ART. 93 DA LEI Nº. 8.213/91.

(...)

“Por derradeiro, não há que se falar em divergência jurisprudencial eis que a decisão transcrita às fls. 55 das razões de revista revela-se inservível à demonstração do dissenso, porquanto inespecífica, eis que não aborda a mesma premissa fática descrita no acórdão regional, que manteve a r. sentença, que declarou a nulidade e insubsistência do Auto de Infração, pelo não preenchimento do percentual previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/91 pelo autuado, uma vez que restou comprovado que -o Autor efetivamente envidou esforços para o cumprimento daquela obrigação legal, o que se tornou impossível em virtude da inexistência de apresentação ou indicação de trabalhadores reabilitados ou portadores de deficiência”.

No caso epigrafado na decisão, idêntico ao desta presente proemial, restou por demasiado comprovado tratar-se de fenômeno de proporções nacional. Não se trata de caso isolado, que ataca somente as empresas da região, é fato que atinge maiores proporções e merece acurada atenção do Judiciário a fim de não cometer injustiças.

Outro caso que merece o mesmo destaque é a Ação Civil Pública nº 0000064-89.2011.5.07.0006, interposta pelo Ministério Público do Trabalho, através da

Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região, em face de uma empresa do ramo da construção civil, recentemente julgada improcedente, na data de 03/08/2011, entendendo aquele Magistrado que a fundamentação de aplicação do art 93 da Lei 8.213/91 haveria de obedecer o método teológico, de forma que o percentual aduzido na regra não poderia ser aplicado, devendo ser interpretado de maneira razoável e temperada, *in verbis*:

“Todavia, ainda que o art. 93 da Lei 8.213/91 aponte o percentual de trabalhadores com deficiência a serem contratados, o dispositivo deve ser analisado com temperamentos, com razoabilidade. E aqui não se diga que está este juízo a interpretar algo por ele não previsto. Não, o que entende este juízo é que, na aplicação da Lei ao caso concreto, haver-se-à que temperar e levar em consideração as nuances da lide.

Acrescenta em seu impecável julgado que a aplicação da lei de forma fria e literal é passível de cometimento de injustiças, conforme enfatiza no trecho extraído da r. sentença, abaixo transcrito:

“Destarte, a partir destas considerações, temos que a aplicação fria e literal da lei, nos termos do método gramatical/literal, conforme pretendido pelo demandante, é passível de cometimento de injustiças.

Observe que o Magistrado ao prolatar a sentença, reconhece expressamente que o dispositivo não deve ser aplicado em sua literalidade. Afirma que por tratar-se de ramo da construção civil, já se mitiga e dificulta a aplicação do dispositivo, por não se tratar de atividade comum, absorvida por qualquer tipo de trabalhador, mas sim, de atividade específica, com exigência de esforço físico.

E, finalizando a sua exposição, aquele julgador destaca a obrigatoriedade do Estado em habilitar e/ou reabilitar estas pessoas portadoras de necessidades especiais e adotar as práticas necessárias para a sua inclusão social, senão veja:

“Pela interpretação da transcrição, vê-se que o demandante reconhece a necessidade de qualificação, de lapidação da mão de obra do trabalhador especial, não achando razoável este juízo que tudo recaia sobre a iniciativa privada, já que o Estado possui obrigação de adotar práticas de inclusão de todo e qualquer trabalhador ao mercado de trabalho.”

(Ação Civil Pública - 0000064-89.2011.5.07.0006 – julgada em 03/08/2011 – 6ª Vara do Trabalho de Fortaleza/CE)

Citem-se outros reiterados julgados dos diversos Tribunais do País, senão veja:

ART. 93 DA LEI Nº. 8.213/91. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. NULIDADE. É certo que as empresas devem atender ao preceito constitucional regulamentado pelo artigo 93 da Lei nº. 8.213/1991, que visa a adaptação social do portador de deficiência. Todavia, no caso concreto, não restou provado que houve descumprimento da legislação, máxime considerando que a Reclamada contrata e disponibiliza vagas destinadas aos beneficiários da previdência reabilitados ou portadores de deficiência. Não pode a empresa ser punida pela dificuldade de se encontrar mão-de-obra com o perfil previsto na norma legal, reabilitadas ou portadoras de deficiência, que atendam os requisitos necessários para assumir os cargos colocados à disposição.938.213

(391200900110000 DF 00391-2009-001-10-00-0 , Relator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira, Data de Julgamento: 13/10/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 23/10/2009).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEI Nº 8.213/1991,ARTIGO 93: CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL: CONSTITUCIONALIDADE. CONDIÇÕES DE EFICÁCIA DA NORMA LEGAL: EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO ESPECIAL DO TRABALHADOR PORTADOR DEFICIENTE. REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA: PORTARIA MPAS Nº 4.677/1998, RESOLUÇÃO INSS Nº 630/1998 E OS-CONJUNTA INSS/DAF/DSS Nº 90/1998.

A norma contida no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 é constitucional, considerado o comando dos artigos 5º, II, 7º, XXXI; e 24, XIV, da CF/1988, sendo auto-aplicável aos estabelecer as vagas que devem ser reservadas aos portadores de deficiências, desde que haja "beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas", assim resultando que não é qualquer portador de deficiência que está a empresa obrigada a contratar ou a manter contratado, mas apenas aqueles que sejam beneficiários de reabilitação ou os que, portadores de deficiência, demonstrem habilidade a alguma atividade no quadro da empresa, não havendo que obrigar-se as empresas, indistintamente, à contratação sem critérios, apenas pelo fato do contratado ser deficiente físico ou mental. Segundo o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, regulamentado pela Portaria MPAS nº 4.677/1998, pela Resolução INSS nº 630/1998 e pela OS-Conjunta INSS/DAF/DSS nº 90/1998, devem ser observadas certas condicionantes para o provimento de vagas nos quadros das empresas com portadores de deficiências, mediante a prévia demonstração, pela autarquia previdenciária, ou por via

similar, de existirem sujeitos aptos a desempenharem específicas funções existentes na empresa, embora portadores de deficiência física ou mental. Na atuação como Fiscal da Lei, o Ministério Público deve buscar, pela via da ação civil pública, precisar o descumprimento voluntário da norma legal e postular modo próprio para o retorno à legalidade, já que tal demanda especial fica a passo eqüidistante entre a norma abstrata, com seu conteúdo indicativo da obrigação a realizar-se, e o fato concreto. No caso, contudo, não houve: (1) a demonstração de quais funções do quadro da empresa Ré pudessem ser preenchidos por trabalhadores recapitados ou ainda portadores de deficiência física ou mental, embora habilitados para desempenho de atividade laboral; (2) a indicação de que a empresa houvesse efetivamente preenchido vagas assim configuradas com trabalhadores normais; (3) a indicação de como o provimento judicial poderia resguardar situações futuras, ou seja, quais as funções que, desocupadas, deveriam ser providas apenas por trabalhadores detentores de deficiência e como haveria de ser feito o recrutamento desses trabalhadores em prol da socialização pretendida pela Constituição e pela Lei nº 8.213/1991; e (4) a existência de prévia atuação administrativa pela Fiscalização do INSS, após verificada a existência de vaga e a resistência ao provimento por pessoa constante de relação dos órgãos de reabilitação profissional do INSS. A interpretação mais lógica e social enseja que não buscou o legislador ampliar o mercado de desempregados para que tais vagas fossem resolvidas, mas apenas estabelecer espaço próprio, em cada empresa, destinado ao provimento por portadores de deficiência física ou mental, logicamente pela anterior verificação de que tal função admite exercício por trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado e, assim, é ponderável que se prossiga o provimento por trabalhador em tais condições. A tal modo, não há que se falar em estabelecer-se a vaga para o provimento por trabalhador em condições especiais, mas de prover-se a vaga eventualmente existente, se houver trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado, a partir dos dados que sejam fornecidos pelo INSS, porque, doutro modo, em sendo exigida a contratação indistinta, também estará ferida a norma legal, que pretende dignificar a situação do deficiente, e não precarizá-la, ainda mais, com a colocação em subempregos apenas para o atendimento formal à Lei nº 8.213/1991, sem permitir a devida readequação funcional necessária à socialização do indivíduo em tal especial situação. Recurso conhecido e provido: improcedência do pedido."

(TRT da 2ª. Região, Recurso Ordinário; Julgamento: 12/06/2002; Relator: Marcos Roberto Pereira; Processonº 00746-2000-007-10-85-4; Turma: 7ª; (Publicação: 14/03/2003).

ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. NULIDADE.

É certo que as empresas devem atender ao preceito constitucional regulamentado pelo artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, que visa a adaptação social do portador de

deficiência. Todavia, no caso concreto, não restou provado que houve descumprimento da legislação, máxime considerando que Reclamada contrata e disponibiliza vagas destinadas aos beneficiários da previdência reabilitados ou portadores de deficiência. Não pode a empresa ser punida pela dificuldade de se encontrar mão-de-obra com o perfil previsto na norma legal, reabilitadas ou portadoras de deficiência, que atendam os requisitos necessários para assumir os cargos colocados à disposição.938.213

(1107200801310002 DF 01107-2008-013-10-00-2 , Relator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira, Data de Julgamento: 13/08/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 21/08/2009)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA LEGAL DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA HABILITADOS OU BENEFICIÁRIOS REABILITADOS. ART. 93 DA LEI 8.213/91 E ART. 36 DO DECRETO 3.298/99.938.213363.298Hipótese em que a sentença deu procedência à Ação Civil Pública para obrigar a empresa a contratar trabalhadores portadores de deficiência habilitados ou beneficiários reabilitados. A observância dos artigos 93 da Lei n. 8.213/91 e 36 do Decreto 3.289/99 que regulamentou a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei n. 7.853/99) deve levar em conta a OS Conjunta do INSS n. 90/98, segundo a qual a inexistência de vaga na empresa não enseja o descumprimento da norma. É certo que a reserva legal atende o objetivo de inserção, no mercado, dos trabalhadores recapitados ou portadores de deficiência física ou mental, habilitados para o desempenho de atividades laborais. Ocorre que esta inserção deve ser feita com uma margem mínima de critérios, de modo a permitir a aplicabilidade da norma, e atingir os objetivos legal e constitucional. Assim, em atenção aos interesses difusos dos diversos e inominados portadores de deficiência física e mental, representados pelo Ministério Público do Trabalho, e também em vista do interesse da empresa, de não ser condenada a cumprir ordem inexecutável, admite-se o atendimento gradativo do percentual mínimo, na medida em que venham surgir vagas capazes de provimento por pessoal habilitado. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento.

(843002920005040010 RS 0084300-29.2000.5.04.0010, Relator: MARIA INÊS CUNHA DORNELLES, Data de Julgamento: 17/03/2004, 10ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, undefined)

O fato é: **“não há mão de obra de pessoas habilitadas no mercado de trabalho capaz de suprir o preenchimento da cota legal destinada à contratação de pessoas portadoras de deficiência, razão pela qual, via de consequência, não podem as empresas ser penalizadas por algo que está sendo impossível de ser cumprido”.**

O que se percebe é que as recentes decisões nos Tribunais de todo o país têm sido no sentido de reconhecer a dificuldade de contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais, haja vista a ausência de mão de obra no mercado de trabalho; via de consequência, entendem ser injusta a aplicação literal da lei sem considerar a realidade fática atual, apontando para a flexibilização de aplicação da norma ao caso concreto.

É neste diapasão que se requesta pela razoabilidade na interpretação e aplicação da norma legal. A aplicação direta e literal do dispositivo sem considerar a realidade fática seria uma afronta ao bom senso e ao conceito de justiça.

4 DA DEDUÇÃO DAS VAGAS QUE NECESSITAM DA CAPACIDADE PLENA DO EMPREGADO NAS EMPRESAS PRIVADAS QUANDO DA APURAÇÃO DA RESERVA DE VAGAS - INEXIGIBILIDADE DO ART. 93 DA LEI 8.213/91 E APLICAÇÃO DO ART. 38 DO DECRETO Nº 3.298/1999.

Além da obrigação de contratação de pessoas portadoras de deficiências ser uma OBRIGAÇÃO DO ESTADO, em uma análise comparativa entre o art. 36 (reserva de vagas do setor privado) e o art. 37 (reserva de vagas do setor público), ambos inseridos no Decreto nº 3.298/99, verifica-se uma diferença injustificada no modo de contratação das PPD's, bem como dos critérios para se determinar a reserva de vagas para os dois setores perante uma situação idêntica.

Logo, o Decreto trouxe requisitos desiguais para contratação dos mesmos profissionais, visto que privilegiou o setor público ao permitir que quando da apuração da reserva de vagas, o mínimo percentual não poderia incidir sobre os cargos ou empregos públicos que exigissem aptidão plena do candidato, conforme se verifica com o art. 38, II, do Decreto 3298/99 acima mencionado.

Portanto, verifica-se uma verdadeira afronta ao Princípio Constitucional da Isonomia, visto que o Setor Público e o Privado se encontram diante da mesma situação fática – contratação de pessoas portadoras de deficiência, porém não é dado às empresas do setor privado o mesmo direito conferido ao Poder Público, de realizar a dedução daqueles postos de trabalho que necessitam da capacidade plena do empregado, de modo que os órgãos fiscalizadores das relações de trabalho calculam a reserva de vagas levando em conta o total de empregados na empresa,

desconsiderando que aquelas empresas possuem certos postos de trabalho que necessitam ser exercidos por empregados que estejam em capacidade plena para o trabalho.

Assim, dever-se-ia então aplicar a dedução dos postos de trabalho que necessitam de capacidade plena do empregado quando da apuração da reserva de vagas, para a partir daí então ser aplicado o percentual exigido para as empresas privadas (art. 36 do Decreto nº 3.298/99 e art. 93 da nº Lei 8.213/91) apenas sobre o saldo das vagas remanescentes, visto que se excluiria as vagas que necessitam de capacidade plena dos empregados, com ocorre em relação aos órgãos do Poder Público.

Portanto, as reiteradas condutas das SRTE's em lavrar o auto de infração, demonstra-se equivocada, pois além de ser uma OBRIGAÇÃO DO ESTADO a contratação de referidas pessoas, ainda deve-se levar em consideração que o dispositivo aplicado por referida instituição não considera a mesma dedução de cargos que se aplica ao setor público.

Desta forma, diante de todos os argumentos acima expostos, pode-se constatar que o fato das empresas públicas (Administração Pública Indireta), por terem de admitir seus empregados por concurso público se beneficiariam da dedução prevista no art. 38 do Decreto já mencionado, violando assim a isonomia com as demais empresas do setor privado que concorrem no mesmo ramo de atividade, sem que a Lei nº 8213/91 disponha sobre a dedução dos cargos que necessitam de capacidade plena do empregado.

Além disso, é importante mencionar que algumas empresas desenvolvem atividades de risco, atividades estas que não poderiam ser desempenhadas por pessoas portadoras de deficiência física, visto que exigem esforços físicos e aptidão física plena e não seria compatível com a realização das atividades por pessoas portadoras de deficiência.

CONCLUSÃO

Em uma breve análise deste estudo, resta demonstrada a obrigação do Estado em promover a inclusão social de pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho.

Por outro lado, é patente o descumprimento do INSS quanto à obrigação legal imposta de habilitar e/ou reabilitar estas pessoas portadoras de necessidades especiais e incluí-las no mercado de trabalho.

A ausência de mão de obra no mercado de trabalho e o ato omissivo do INSS em habilitar e/ou reabilitar estas pessoas e promover a sua inclusão social aumenta por demasia o sofrimento das empresas na busca do cumprimento do dispositivo legal.

Registre-se, outrossim, que a Lei torna-se falha quando não considera as funções inaptas para o exercício por pessoas portadoras de necessidades especiais quanto ao cálculo que determina a cota legal de contratação. A dedução das vagas que necessitam da capacidade plena do empregado nas empresas privadas quando da apuração da reserva de vagas é de salutar importância até mesmo para a segurança individual do próprio portador de necessidade especial.

Por fim, o mais jovial entendimento dos Tribunais pátrios apontam para a razoabilidade na interpretação e aplicação da norma legal, considerando toda a realidade fática enfrentada pelas empresas, notadamente, quanto à dificuldade arrostada na contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais habilitadas para as funções disponibilizadas, face à ausência de mão de obra de pessoas habilitadas e/ou reabilitadas no mercado de trabalho.