MAUÉS ADVOGADOS ASSOCIADOS

Henrique Cláudio Maués. Marcus Vinicius Cordeiro. Rodrigo Estrella Roldan. José Márcio da Silva. Silvia Rodrigues da Rocha Vieira.
Rodolfo Gomes Amadeo. Newma Silva Ramos Maués. Simone Braga da Silva. Renata Tavares de Melo. Rodrigo Bittencourt. Juliana Pinhas Couto.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2008

Ao
Sindigás – Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo
Rua da Assembléia, 10, sala 3720
Centro – Rio de Janeiro - RJ

At.: **Dr. Ricardo Tornietto**

Ref.: **DA OBRIGATORIEDADE DA CONTRATAÇÃO DE DEFICIENTES FÍSICOS.**

I - A CONSULTA

01.1. As empresas associadas ao **SINDIGÁS** vêm sofrendo a ação fiscalizadora das Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego para o cumprimento da cota obrigatória de contratação de deficientes físicos.

Segundo informa o sindicato, as justificativas para o eventual descumprimento da obrigação de contratar portadores de deficiência física (P.D.F.), de que as atividades desempenhadas nas empresas, em sua esmagadora maioria, exigem contato com agentes perigosos ou esforços físicos, não têm impedido a autuação das empresas associadas.

Os referidos argumentos não estariam sendo considerados pela fiscalização, uma vez que os portadores de deficiência poderiam ser contratados para trabalhar em áreas administrativas.

01.2. Esclarece o sindicato que muitas empresas, ao abrirem processo seletivo pretendendo contratar também portadores de deficiência, não conseguem preencher as vagas por falta de candidatos habilitados e com capacidade adequada ao cargo.

Finalmente, informa que a Liquigás, como empresa subsidiária da Petrobrás Distribuidora, se sujeita a Processo Seletivo Público, nos termos do artigo 37, inciso II da CF, devendo ser observado o Decreto 3298/1999, no pertinente.

01.3. Diante de tais circunstâncias, indagam-nos V. Sas:

(a) Como deve ser calculado o percentual da contratação de deficientes? Por estabelecimento ou pelo número total de empregados da empresa?

(b) Quais atividades devem ser consideradas para cálculo deste percentual, considerando que grande número dos empregados não pode ser portador de qualquer deficiência?

(c) Como deve proceder a Liquigás que está obrigada a contratar empregado por concurso público?

(d) No caso da Liquigás, qual seria o critério razoável e seguro para determinar "carreira que exija aptidão plena do candidato" e assim poder excluí-la da base de cálculo (art. 38, II, Decreto 3298/1999)?

(e) No caso da Liquigás, a demonstração da quantidade de candidatos portadores de deficiência inscritos, bem como a relação dos respectivos aprovados, superaria a questão quanto ao número de vagas a serem preenchidas, posto que a Liquigás teria dado a oportunidade para inscrição, mas, independentemente do número de vagas a serem preenchidas, somente poderia contratar os candidatos aprovados?

(f) Considerando a necessidade de criação de lista distinta para os candidatos portadores de deficiência aprovados (art. 42, Decreto 3298/1999), qual seria o critério legal para a convocação dos demais candidatos aprovados?

(g) Existe alguma outra forma de se justificar a não contratação de deficientes, por exemplo, patrocinando desportistas portadores de deficiência sem que os mesmos efetivamente trabalhem ou gozem de um horário especial?

(h) Os processos seletivos têm que ser exclusivos para portadores de deficiência?

(e) Esclarecer tudo mais que possa auxiliar as associadas deste Sindicato a se posicionarem perante as Superintendências Regionais do trabalho e Emprego, fornecendo-nos, se existirem, decisões dos Tribunais sobre este tema.

É o que passamos a responder:

II - A LEGISLAÇÃO
BREVE CENÁRIO

02.1. A matéria objeto da consulta ainda não foi pacificada pelos Tribunais Superiores, sendo certo, todavia, que há forte atuação do Ministério Público do Trabalho no sentido de obrigar às empresas a contratarem P.D.F.

Com efeito, o legislador constituinte deu grande importância ao portador de deficiência física, assegurando-lhe proteção contra tratamento discriminatório e buscando, **em ação afirmativa do Estado**, inseri-lo na sociedade de um modo geral, facilitando-lhe o acesso aos meios de transporte, aos edifícios, às escolas e ao mercado de trabalho.

02.2. Assim é que, no art. 7º, XXXI da CF, estabeleceu proibição, no tocante ao salário e a admissão no emprego, contra a discriminação dos portadores de deficiência física

> *"**art. 7º, XXXI** – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência."*

02.3. No que diz respeito aos empregados e cargos públicos, acessíveis por meio de concurso, a Constituição garantiu a reserva de vagas aos portadores de deficiência:

> *"**Art. 37, VIII** – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão."*

02.4. **Atribuiu ao Estado a obrigação de promover a habilitação e a reabilitação** dos portadores de deficiência física, garantindo àqueles que não tivessem condições de prover o seu sustento, o pagamento de um salário mínimo.

> ***Art. 203.*** *- A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:*
> *(...)*
> *IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração á vida comunitária;*
>
> *V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*

No art. 208, a Constituição adotou a integração dos portadores de deficiência nas escolas regulares de ensino, como indicado pelos métodos educacionais modernos, de forma a incentivar a sociabilização em vez de excluí-los do convívio com os demais estudantes não portadores.

> ***Art. 208.*** *- O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
> *(...)*
> *III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;"*

02.5. Realmente, o Executivo regulamentou a cota de obrigatoriedade de contratação de portadores de deficiência física, nos termos do artigo 93 da Lei 8213/91, que estabelece o seguinte:

> *"**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.****"*

02.6. O artigo 5º, parágrafo 2º da lei 8112/90, que regulamenta o regime jurídico dos servidores públicos, estabelece ainda que:

> ***"§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso."***

02.7. Já no tocante o Decreto n.º 3298/99, que regulamenta a política nacional de integração das pessoas portadoras de necessidades especiais, no tópico que dispõe acerca do acesso ao trabalho, destacamos os seguintes dispositivos que julgamos importantes para a consulta:

> *"**Art. 34** - **É finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido.***
>
> *PARÁGRAFO ÚNICO. Nos casos de deficiência grave ou severa, o cumprimento do disposto no caput deste artigo poderá ser efetivado mediante a contratação das cooperativas sociais de que trata a Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999.*
>
> ***Art. 35** - **São modalidades de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência**:*
>
> *I - **colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais;***
>
> *II - **colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização; e***
>
> *III - promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.*
> *(.....)*
>
> ***Art. 36** - A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:*
>
> *I - até duzentos empregados, dois por cento;*
> *II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento;*
> *III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou*
> *IV - mais de mil empregados, cinco por cento.*
>
> *§1º A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se trata de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes.*

§2º Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

§3º Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

§4º A pessoa portadora de deficiência habilitada nos termos dos §§2º e 3º deste artigo poderá recorrer à intermediação de órgão integrante do sistema público de emprego, para fins de inclusão laboral na forma deste artigo.

.....

Art. 37 - Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§1º 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.

§2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subseqüente.

Art. 38 - Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

I - cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração; e
II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato."

***Art. 39** - Os editais de concursos públicos deverão conter:*

I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;
II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;
III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e

IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestado a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência.

***Art. 41**. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:*

I - ao conteúdo das provas;
II - à avaliação e aos critérios de aprovação;
III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e
IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

***Art. 42.** A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a seguir somente a pontuação destes últimos.*

***Art. 43**. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.*

§ 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;
II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;
III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;
IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e
V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

§ 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

***Art. 44**. A análise dos aspectos relativos ao potencial de trabalho do candidato portador de deficiência obedecerá ao disposto no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990."*

III - A INSERÇÃO DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NO MERCADO DE TRABALHO

03.1. O conjunto normativo acima citado deve ser interpretado de forma a atender os objetivos da lei, quais sejam, **viabilizar a real inclusão social do portador de necessidades especiais no mercado de trabalho e, consequentemente, viabilizar e estimular o seu desenvolvimento, bem como a diminuição da discriminação em relação a essas pessoas.** Esse conjunto de normas, então, tem por objetivo estabelecer uma reserva de mercado para trabalhadores portadores de deficiência, habilitados para determinadas atividades ou reabilitados pela Previdência Social.

03.2. Não é menos certo, entretanto, que a simples inclusão do PDF, na forma como está prevista na lei, pode acabar gerando o efeito oposto, excluindo e discriminando os portadores de deficiência física no ambiente de trabalho. Basta, para que isto ocorra, impor a obrigação de admitir o portador de deficiência física sem que este esteja devidamente habilitado ou reabilitado para o desempenho das atividades contratadas.

O Min. Arnaldo Sussekind, em parecer sobre o tema (Direito do Trabalho e Previdência Social, vol. X, Ed. LTR, fls. 329/330), já alertava para esse problema:

> *"5. Ensinou o mestre da hermenêutica, Carlos Maximiliano que*
>
> > *'Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis' ('Hermenêutica e Aplicação do Direito', Rio, Freitas Bastos, 3ª ed., pág. 205)*
>
> *6. Afigura-se-nos, destarte, que embora a empresa esteja obrigada a reservar uma determinada quantidade de cargos, de acordo com a tabela referida no art. 93 da lei, certo é que o próprio artigo esclarece que os destinatários da norma são:*
>
> *a) os '**beneficiados reabilitados**';*
> *b) as '**pessoas portadoras de deficiências, habilitadas**'.*
>
> *7. Obviamente, a lei refere a reabilitados ou habilitados para o exercício dos cargos vagos, dentro do limite estabelecido **em proporção ao número de empregados da empresa.** Não pode pretender, por absurdo, que os cargos reservados para trabalhadores reabilitados pelos serviços da previdência social ou os deficientes habilitados para determinadas tarefas sejam preenchidas por quem não está capacitado profissionalmente para desempenhá-la."*

Do que adianta obrigar uma determinada empresa, que desenvolve atividade altamente periculosa, - atividade essa que exige o treinamento permanente dos empregados esforço físico e destreza -, a contratar portadores de deficiência física se falta ao próprio deficiente capacidade plena para desenvolver aquelas atividades.

03.3. Assim, impor à empresa a obrigação de contratar um número mínimo de portadores de deficiência física, independentemente de sua habilitação ou reabilitação, importa, a nosso juízo, em grave ofensa ao disposto no artigo 93 da Lei 8213/91 e expõe o deficiente físico, uma vez concretizada a admissão, à posição vexatória, perante os seus colegas, de se manter no emprego, recebendo salários, mas sem trabalhar em razão de sua incapacidade laborativa. Definitivamente, este não é o objetivo que se deve extrair do conjunto de normas jurídicas anteriormente citadas.

03.4. O que se depreende do teor do referido conjunto de normas é que a inserção das pessoas portadoras de necessidades especiais deve passar, basicamente, por três etapas, a saber: **a) habilitação ou reabilitação profissional realizada pela previdência social (art. 92 da Lei n. 8213/91); b) emissão de certificado para a função que o reabilitado está apto a exercer (art. 92 da Lei 8213/91); c) a inserção dos referidos empregados deficientes com obrigatoriedade do cumprimento de cotas (art.93).**

De fato, a demonstração pelo órgão previdenciário de reabilitação ou habilitação das pessoas portadoras de necessidades especiais é imprescindível para posterior cobrança da iniciativa privada do cumprimento da cota de inserção dos deficientes.

03.5. Não por outra razão já encontramos jurisprudência pontual **considerando cumprida a obrigação legal pela empresa, quanto à obrigatoriedade de contratação de deficientes físicos**, quando esta demonstra ter buscado preencher as vagas por meio, por exemplo, de anúncios de oferecimento de vagas nos jornais, no periódico do sindicato representante da categoria, junto ao órgão do INSS responsável pela habilitação em reabilitação do deficiente etc..., valendo citar as seguintes decisões:

> **"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA LEGAL DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA HABILITADOS OU BENEFICIÁRIOS REABILITADOS. ART.93 DA LEI 8.213/91E ART.36 DO DECRETO 3.298/99.**
> Hipótese 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 arts. 93 da lei n. 8.213/91 e 36 do Decreto 3298/99 que regulamentou a Política nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (lei 7.853/99) deve levar em conta a Ordem de Serviço 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 de trabalhadores recapacitados 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 do **interesse da empresa, de não ser condenada a cumprir ordem inexeqüível, 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."

(TRT – 4ª REGIÃO – RO 00843-2000-010-01-00-0 – 7ª t. – Rel. Juíza Maria Inês Cunha Dornelles – DOERS 5.4.2004.)

"Há muitas matérias veiculadas em jornais e revistas de circulação nacional sobre a "caça aos portadores de deficiência física", fenômeno produzido pelas autuações impostas pela fiscalização das Delegacias Regionais do Trabalho, bem como artigos de especialistas em administração de empresas sobre a questão de "falta de portadores de deficiência para atender ás vagas existentes no mercado de trabalho" todas no sentido de que **não é mesmo fácil encontrar hoje portadores de deficiência que estejam aptos a ocupar as vagas que estão á sua disposição**

No paciente trabalho de verificar o conteúdo dos resultados da pesquisa, se constata que há hoje **demanda excessiva por pessoas portadoras de deficiências e que as entidades que preparam ou habilitam estas pessoas já não conseguem atender aos pedidos das empresas**. Encontrei, ainda entre os resultados: caso de pessoa que simulou surdez em exame de seleção, tendo em vista que são segurados da Previdência Social e que preferem receber o benefício a retornar ao mercado de trabalho, e ainda, casos de empresas que para se livrarem das multas impostas pelo MTE, **acabam contratando pessoas portadoras de deficiência sem qualquer condição de trabalho, apenas e tão-somente para preencher a cota exigida por Lei, o que além de absurdo, foge ao objetivo da Lei, que é a de trazer o portador de deficiência ao convívio social, como uma pessoa produtiva, igual ás demais**, desenvolvendo, assim, seus talentos, aptidões, habilidades, com efeitos benéficos em sua auto-estima e **não para retira-lo do convívio familiar, para que cumpra horário de trabalho sem função alguma, o que, certamente, o deixará mais inferiorizado do que se não tivesse emprego....**

De tudo se conclui que **não basta a existência de PPDs desempregados para que as empresas possam cumprir a lei. É necessário, e indispensável, respeitar o tipo de deficiência em relação ao trabalho que será realizado. A capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção".**

(TRT/SP nº 03506.2006.081.02.00-8 - RECURSO ORDINÁRIO - 11ª Turma - RECORRENTE: SOFTWAY CONTACT SERVIÇOS DE TELEADENTIMENTO - RECORRIDO: UNIÃO - ORIGEM: 81ª VARA/SÃO PAULO/SP)

"RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL.

O quadro fático delineado no acórdão regional é no sentido de que **não houve qualquer verificação pela autarquia previdenciária (INSS) de que estivesse a empresa a descumprir o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, a saber, a existência de vaga capaz de ser provida por pessoa reabilitada ou deficiente habilitado. E, também, porque foi constatada a existência de trabalhadores em tal situação no quadro da empresa, embora ainda em número menor que o exigido por lei, mas sem indicativo de que novas vagas houvessem deixado de ser providas por pessoas reabilitadas ou deficientes habilitados. Recurso de revista não conhecido."**

(NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 746/2000-007-10-85, 2ª Turma TST,Rel. Min. RENATO DE LACERDA PAIVA Publ:: DJ - 05/09/2008)

03.6. É certo que o Estado ainda não implementou uma política pública de inclusão social do deficiente físico, sendo insustentável, por esse motivo, a forma como o M.P.T. impõe a contratação do P.D.F. **A habilitação ou reabilitação profissional deve preceder a inclusão do deficiente junto ao mercado de trabalho, sob pena de causar sofrimento ainda**

maior ao trabalhador, que à falta desses requisitos será contratado apenas e tão-somente para comparecer à empresa, sem que possa desempenhar as funções.

03.7. A tudo isso soma-se o fato de que as empresas associadas ao SINDIGÁS desenvolvem, em sua grande maioria, atividade de transporte de carga e descarga de material explosivo ou inflamável. São motoristas, ajudantes, arrumadores de carga cujo trabalho exige aptidão plena para sua execução. O próprio Código Nacional de Trânsito impõe habilitação especial para o motorista de transporte de carga perigosa. Esse motorista, registra-se, não pode ser portador de deficiência física.

03.8. Assim, parece-nos, nesse caso, que incluir na base de cálculo cargos e funções para as quais o deficiente físico, em regra, não está habilitado para desenvolver, viola os princípios da **razoabilidade e proporcionalidade.**

Não se pode admitir o autêntico paradoxo de se obrigar uma empresa transportadora, que conta com mais de 1000 empregados desenvolvendo atividades impróprias ao portador de deficiência física e pouco mais de 10 (dez) empregados desenvolvendo atividades administrativas, a contratar 50 (cinqüenta) trabalhadores portadores de deficiência física para o setor administrativo (5% de 1010), enquanto de outra banda, se admitir que uma empresa prestadora de serviços administrativos, que conta com 90 (noventa) empregados, não está obrigada a contratar na **letra da lei (art. 93 da Lei 8213/91), nenhum portador de deficiência física.**

Por óbvio que o legislador, ao estabelecer o regime de cotas e a reserva de empregados para o deficiente físico, não considerou os casos de empresas que desenvolvem atividades periculosas, insalubres ou que exigem aptidão plena ou esforço físico especial.

03.9. Nessa linha, o Tribunal Superior do Trabalho, em recente decisão proferida em Ação Anulatória de cláusula de convenção coletiva, embora julgada procedente, indica de que os cargos que exigem dos empregados um esforço físico especial, em princípio, não devem servir de base para cálculo do número de empregados portadores de deficiência física a serem contratados:

> *" A meu ver, a cláusula convencionada não está criando norma jurídica a despeito das normas de ordem pública, pois não veda a contratação de pessoas portadoras de deficiência ou impede o seu acesso ao labor, nem sequer desrespeita os direitos fundamentais do cidadão.* ***De fato, estabelece uma ressalva ao estabelecer que o percentual de 4% seja calculado apenas sobre o número de empregados que exercem atividades administrativas. Isso porque tratam-se de empresas de transportes rodoviários ou de transportes de cargas, cujas principais atividades têm características próprias***

(motoristas e carregadores de cargas), que exigem plena capacidade física dos empregados que a exercem".
(.....)

"Não se pode ignorar o fato de que por se tratar de empresas de transportes rodoviários ou de transporte de cargas, suas principais atividades têm características próprias (motoristas e carregadores de cargas), que exigem plena capacidade física dos empregados que a exercem. ***Pelo princípio da razoabilidade, as pessoas com deficiência estariam mais aptas a trabalhar no setor de conferência ou administrativo dessas empresas, zelando-se, assim, pela sua saúde e segurança, evitando-se-lhes a atribuição de tarefas cuja produção não seria possível atingir ou para as quais se encontrassem debilitadas em suas forças físicas. Ressalta-se que tal fato foi reconhecido e corroborado pela própria DRT que, ao se pronunciar sobre a matéria, demonstrou ser possível a flexibilização das regras para determinadas empresas, tendo em vista até mesmo a dificuldade de se encontrar pessoas deficientes que se enquadrem dentro das funções oferecidas naqueles segmentos."***

A decisão citada (Proc. 20297/2005.000.02.00.2 publicada no DJ de 08.02.2008) admite inclusive a flexibilização da regra contida no art. 93 da Lei 8213/91, que estabelece o regime de cotas, por meio de norma coletiva:

"A alegação do Ministério Público do Trabalho, ao pretender a nulidade da cláusula que dispõe sobre a proporcionalidade de cotas, se baseia, principalmente, no fato da impossibilidade de convenção coletiva de trabalho dispor de norma jurídica de ordem pública e sobre a limitação do poder normativo dos sindicatos.

É notório que, a menos que indiquem violação a direitos indisponíveis ou a preceitos constitucionais, os acordos e as convenções de trabalho devem ser respeitados, a teor do art. 114, §2º da CF e, nesse entendimento, o Direito do Trabalho tem procurado amenizar a rigidez das normas legais em prol do êxito nas negociações coletivas, principalmente no que se refere à indisponibilidade dos direitos do trabalhador, por meio da flexibilização das relações laborais ou incentivando a aplicação da teoria do conglobamento.

A meu ver, a cláusula convencionada não está criando norma jurídica a despeito das normas de ordem pública, pois não veda a contratação de pessoas portadoras de deficiência ou impede o seu acesso ao labor, nem sequer desrespeita os direitos fundamentais do cidadão. De fato, propõe uma modificação ao estabelecer que o percentual de 4% seja calculado apenas sobre o número de empregados que exercem atividades administrativas."

03.10. Deve ser destacado que a cláusula normativa só foi anulada porque restou demonstrado que, **matematicamente,** a aplicação da norma era prejudicial aos portadores de deficiência física:

> *"Contudo, matematicamente, a condição proposta pelos Recorrentes não se torna mais benéfica que a previsão legal, diferentemente do alegado pelos mesmos, acarretando prejuízos à coletividade dos portadores de deficiência. Isso porque, tomando-se como base um quadro funcional de 101 empregados, conforme exemplificado nas razões do recurso, em que atuam no setor administrativo 10 empregados, o percentual de 4% seria praticamente inexistente, ao passo que o percentual legal de 2% equivaleria a, no mínimo, 2 empregados deficientes. Caberia ao empregador determinar o cargo adequado a ser preenchido pelo empregado portador de deficiência, de acordo com as suas limitações.*
>
> *Além do mais, nas empresas desse segmento o número de pessoas que exercem funções administrativas geralmente é bem pequeno, e a aplicação do percentual de 4%, conforme proposto, resultaria em precedentes para que se criassem inúmeras exceções à regra e, segundo afirma o Ministério Público nas contra-razões, ficaria ao livre arbítrio da fiscalização do trabalho escolher as atividades e a empresa que deve cumprir a lei em sua originalidade ou cumpri-la pela metade, ou não cumpri-la (fls. 377)."*

Pensamos a propósito que a cláusula poderia ter sido aprovada pelo Tribunal Superior do Trabalho caso fosse nela inserido um parágrafo com redação semelhante àquela prevista no art. 37 do Decreto 3298/99, qual seja:

> ***"Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subseqüente".***

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho indica que, obedecidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível flexibilizar a reserva de cota estabelecida no artigo 93 da Lei 8213/91.

03.11. **Temos, destarte, que é perfeitamente aplicável às empresas associadas ao SINDIGAS – ainda que por analogia –, sobretudo em razão do art. 173, § 1º, II da CRFB/88,** que sujeita as empresas públicas e sociedade de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, **trabalhistas** e tributárias, a exceção prevista no artigo 38 do Decreto 3298/99, que exclui ***a priori*** do ingresso no concurso público o portador de deficiência física para admissão em ***"emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato".***

Certamente haverá violação ao princípio isonômico constitucional assegurar-se à empresa pública ou sociedade de economia mista e sua subsidiária integral o

direito de escolher os cargos que exijam a aptidão plena do candidato, excluindo *a priori* do certame o portador da deficiência física, enquanto às demais empresas privadas, suas concorrentes, não é assegurado o mesmo direito.

E não é sem razão que não se admite a exclusão do portador de deficiência física de concorrer a determinados cargos que exigem aptidão plena. Isso porque o direito do portador de deficiência física de inserção no mercado de trabalho encontra limitações no direito à segurança da coletividade de um modo geral, em especial, da coletividade dos próprios empregados, seus colegas de trabalho. Não é sequer razoável por em risco a saúde de terceiros e dos trabalhadores mediante a admissão de portador de deficiência física para o transporte de carga ou de carga perigosa.

Nesse caso, estará em risco de agravamento a própria saúde do P.D.F.

03.12. A propósito, deve ser citada a exemplar decisão do Juiz Edison Moreira Grillo Junior que, negando requerimento de concessão de liminar, sob o fundamento de que deve prevalecer o interesse social sobre o direito individual do P.D.F., manteve, citando diversos julgados, a restrição de se admitir em concurso público P.D.F. como candidato a cargo que exija aptidão plena.

> " ***Assim, sopesando as garantias constitucionais em conflito, uma particular – acesso do deficiente à vaga destinada a provimento de cargo público – outra coletiva – a segurança pública – penso que deva prevalecer aqui a proteção social, em vista das conseqüências que poderão advir da decisão concessiva da liminar, notadamente a possibilidade de colocar a comunidade em situação de risco potencial com o ingresso de pessoas sem aptidão plena de saúde no cargo de Policial Rodoviário Federal, bem como do dever de cautela inerente aos atos praticados pela Administração Pública.***
>
> ***A posição aqui adotada tem respaldo na orientação jurisprudencial emanada dos Tribunais Regionais Federais. Confira:***
>
> > ***"APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE VAGAS NO EDITAL.***
> > *1.* ***Exigindo o exercício da atividade fim do cargo de policial rodoviário federal plena capacidade física, superior mesmo a da média da população ativa, revela-se improcedente pretensão de reserva de vaga para deficientes em concurso público destinado ao provimento de tal cargo. Interpretação do art. 37, VIII da CF e do art. 5º, §2º, da Lei 8.112/90.***
> > *2. Agravo retido não conhecido. Apelação a que se nega provimento.*
> > *(TRF/1ªR, AC 200238030016059/MG, Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 22/10/2007, p. 67)"*

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PAPILOSCOPISTA POLICIAL FEDERAL E AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. RESERVA DE VAGAS.

I - O art. 37, inc. VIII, da CF dispõe que a 'lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.'

II – A Lei 8112/90 delimitou o comando constitucional inserto no art. 37, inc. VIII, da C.F. à compatibilidade das funções dos cargos a serem providos à deficiência de que sejam portadores os candidatos, estando o acesso aos cargos em questão condicionado à referida compatibilidade.

III - As atribuições dos cargos de agente e papiloscopista da Polícia Federal são incompatíveis com qualquer deficiência física.

IV - Irreparabilidade da decisão combatida, a qual negou a tutela antecipada, por não vislumbrar qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nos editais do concurso.

V – Agravo de Instrumento improvido. TRT/3ªR, AG 200003000537169/SP, Juiza Cecília Marcondes, DJU de 28/03/2001, p. 634)."

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. RESERVA LEGAL DE VAGAS. EXAMES DE CAPACIDADE FÍSICA E SAÚDE. AFASTAMENTO. ART. 37, VIII, CF/88. ART. 5º, §2º, LEI 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso VIII, estipulou que a lei reservasse parte dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definisse os critérios para sua admissão.

2. A Lei n.º 8112, de 1990, estabeleceu em até 20% as vagas reservadas a deficientes, desde que se tratasse de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, o que é secundado pelos artigos 37 e 38 do Decreto n.º 3.298, de 1990.

3. Não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nos editais do concurso para a carreira de policial federal (Delegado Polícia Federal, agente de Polícia Federal, Escrivão de Polícia Federal e Perito Criminal Federal), tendo em vista que os cargos da carreira de policial federal incluem, entre suas múltiplas atribuições, a realização de operações tipicamente policiais, inclusive o de Escrivão de Polícia e o de Perito Criminal, nas quais correm risco de enfrentamento com delinqüentes, exigindo plena capacidade física, visual, auditiva e mental, portanto, não sendo compatíveis com qualquer tipo de deficiência, seja ela física, visual, auditiva ou mental.

4. Apelações desprovidas. (TRF/4ªR, AC 200471000306287/RS, Marga Inge Barth Tessler, D.E. de 30/07/2007)."

Diante do exposto, ***indefiro a antecipação dos efeitos da tutela.***" (grifos nossos)

03.13. Ora, se o portador de deficiência física não pode concorrer a cargos em empregos públicos que exigem aptidão plena, força concluir que esses cargos não devem integrar a base de cálculo para aplicação do percentual relativo à contratação do deficiente físico ou mental.

03.14. Entretanto, registramos que, na letra fria da lei, o percentual mínimo para contratação do portador de deficiência física incide sobre a totalidade dos empregados independentemente do cargo que ocupam ou função que desenvolvem na empresa, o que vem gerando a atuação, a nosso juízo equivocado, do M.P.T. para obrigar as empresas à contratação de P.D.F., considerando para cálculo do percentual previsto no artigo 93 da Lei 8213/91, todos os cargos existentes na empresa. Citamos, nesse sentido, apenas como exemplo, parecer da lavra da Procuradora Rita de Cássia Tenório Mendonça:

> *"Preleciona o art. 5º, da Constituição Federal, em seu inciso XIII, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Em razão desse mandamento constitucional, temos em que inexistem óbices para o exercício da profissão de Vigilante por pessoa portadora de deficiência, desde que atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, quais sejam, aprovação em curso de formação e psicotécnico, bem como aptidão física e mental. Mais nenhuma exigência dispõe a lei ou seu decreto regulamentador.*
>
> *Não podemos tratar todo universo de pessoas portadoras de deficiência como um grupo homogêneo. Os óbices e limites que se impõem a uma, não são os mesmos que se estabelecem a outra. Isso porque são inúmeras as deficiências que nos acometem e mais variadas, ainda, as formas de encará-las. Não podemos estabelecer previamente os limites de cada uma dessas pessoas especiais. Se limites existem, esses devem ser apontados pelas próprias PPD's, em cada situação concreta. E mesmo que assim não se entenda, e seja acolhido o argumento de que nenhuma das 15,14 milhões de PPD brasileiras aptas ao trabalho se encontra em condições plenas de ocupar a função de Vigilante, ainda assim restariam nessas empresas os cargos administrativos e operacionais para alocá-las.* ***O mais sensato, é que se abra a seleção para o preenchimento dos cargos existentes e, caso o candidato portador de deficiência, ainda que apto e aprovado, quando em efetiva atividade, não possa se adaptar as condições de trabalho, e seja impossível a promoção das adaptações que lhe permitam o bom desempenho da função, aí sim, deverá ser dispensado, pois para isso é que se serve o contrato de experiência, na iniciativa privada, e o estágio probatório, no serviço público.*** *Este, inclusive, é o entendimento esposado na reunião da Câmara Técnica que se agrupou especificamente para tratar da questão de concurso público para pessoas portadoras de deficiência na administração direta e indireta, integrada por representantes dos diversos ramos do Ministério Público, mormente o MPT, do Ministério da Justiça e de representantes da*

CORDE – Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, onde da análise da questão da aferição da reserva de vagas na Administração Pública direta e indireta, concluiu-se que a equipe multiprofissional de que trata o art. 43, do decreto n.º 3.298/99, composta a fim de acompanhar a submissão de PPD's a concurso público, ***não pode, sob esse argumento e a priori declarar incompatível a deficiência do candidato e as atribuições do cargo a ser ocupado, o que somente deve ser analisado na fase do estágio probatório ou período de experiência, que inclusive será realizado com as adaptações necessárias do posto de trabalho, proporcionando o bom desempenho das funções afeitas ao cargo****.*

E mesmo quando alegada impossibilidade de contratação em razão não somente da necessidade de que a PPD preencha os requisitos para o cargo de Vigilante, mas por se tratar de empresa que também exige desses profissionais habilitação para a condução dos veículos de transporte de valores, ainda assim entendemos precipitada sua exclusão. Para o mencionado caso, seguimos a mesma linha de raciocínio já traçada, de que a Resolução n.º 51/98, alterada em seus anexos pela Resolução n.º 80/98 em momento algum exclui a pessoa portadora de deficiência da possibilidade de exercer tal atividade profissional. Repare-se que em seu anexo I, mais exatamente no item 10.3 estabelece que ao condutor de veículos adaptados será vedada a atividade remunerada, por razões óbvias. Ora, mas e as PPD's capazes de dirigir com segurança e sem necessidade alguma de adaptação? Serão penalizadas pela força de vontade e superação de seus próprios limites? Absurdos desse talante serão cometidos caso permaneça a leitura preconceituosa dos dispositivos legais mencionados."

À luz do citado parecer, a empresa deve primeiro contratar o portador de deficiência física e, uma vez comprovado, em estágio probatório ou no período de experiência, a sua incapacidade para desenvolver as atividades contratadas, deve-se proceder a sua dispensa. ***Data venia*** da ilustre Procuradora, o procedimento remete à ironia do verso do poeta Vinicius de Moraes: *Se foi pra desfazer, por que é que fez?*

Só que, no caso concreto, não seria irônico; seria algo próximo à crueldade.

É o caso de indagar: para que admitir um cego no concurso para motorista de carga perigosa, ou um cadeirante para carga e descarga de material explosivo.....? Para que alimentar a esperança de vagas para ocupação de cargos por P.D.F., se o exercício do cargo, até por simples bom senso, exige a aptidão plena, inclusive para proteção de terceiros?

03.15. De qualquer sorte, reafirmamos que a aplicação de sanção às empresas por descumprimento da cota obrigatória de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência ou reabilitadas, nos casos em que a empresa demonstra a tentativa de cumprir a referida exigência legal, é inconstitucional. Afinal, depende do prévio cumprimento, por parte do Estado, da obrigação primeira de habilitar ou reabilitar pessoas de forma que elas estejam aptas e capacitadas a ingressar no mercado de trabalho.

Como já apontado por parte da doutrina e jurisprudência, ainda que de forma pontual, o objeto do cumprimento de cotas é de toda a sociedade, uma vez que o que está em jogo é a dignidade humana de um determinado grupo de pessoas.

Observe-se ainda que a **Ordem de Serviço Conjunta do INSS n. 90/98**, estabelece que:

> "6.2 ***A empresa cujo quadro de recursos humanos já esteja preenchido, sem, no entanto, atender ao percentual de reserva de vagas a que se refere o item 4, promoverá o preenchimento do mesmo, de forma gradativa, a medida em que surjam vagas.***"

A medida consagrada na Ordem de Serviço é importante. Não é possível retirar-se do empregador o *jus variandi*, para simplesmente determinar a criação de posto destinado ao trabalhador em condições especiais. Parte da doutrina, já atenta a essa questão, sustenta que o objeto da lei é a prioridade no provimento de vagas já existentes e adequadas ao exercício por um portador de necessidades especiais e não a criação das mesmas.

IV – RESPOSTAS ÀS INDAGAÇÕES CONTIDAS NA CONSULTA.

04.1. Quanto às indagações apresentadas na consulta, esclarecemos o seguinte:

(a) Como deve ser calculado o percentual de contratação de deficientes? Por estabelecimento ou pelo número total de empregados da empresa?

Resp.: O percentual de pessoas portadoras de necessidades especiais a serem contratadas deve ser calculado por empresa e não por estabelecimento.

(b) Para cálculo deste percentual quais atividades devem ser consideradas, tendo em vista que grande número de empregados não pode ser portador de qualquer deficiência?

Resp.: As empresas devem excluir da base de cálculo para a contratação do portador deficiente físico aqueles cargos que exigem **aptidão plena,** conforme autorizado pelo artigo 38, II do Decreto 3298/99.

Para identificar os cargos que exigem aptidão plena do empregado, contudo, as empresas devem contratar **instituição séria** de saúde, habilitação e reabilitação do portador de

deficiência física para elaborar laudo apontando os cargos e as atividades desenvolvidas que não comportam contratação de P.D.F.

Esclarecemos, entretanto, que a adoção dessa medida não é admitida pelo M.P.T. e a jurisprudência dos tribunais superiores ainda não pacificou a matéria.

Como solução alternativa, que todavia não nos parece a mais adequada pela sua sabida inoperância, poderá a empresa:

(a) reservar um número de vagas em todos os cargos e atividades desenvolvidas, no mesmo percentual previsto em lei (art. 93 da Lei 8213/91), a serem ocupados pelo P.D.F. Ex.: 5% de motorista, 5% de ajudante de carga, 5% de auxiliares administrativos, etc.

(b) solicitar das instituições competentes para habilitação e reabilitação de P.D.F., formalmente e mediante ofício, a indicação de P.D.F. para ocupação dos cargos;

(c) publicar em jornal de grande circulação o oferecimento das vagas aos portadores de deficiência física com exigências e condições necessárias para o preenchimento da vaga (Ex.: formação superior, capacidade física plenos, habilitação profissional – categoria D, C ou B – para condução do vínculo e etc...);

(d) na hipótese do não preenchimento das vagas por falta de aptidão do candidato constatada por laudo médico, ou ausência de P.D.F. interessado para o desempenho da função a empresa poderá contratar qualquer empregado para ocupar a vaga.

Na última hipótese, a empresa deverá renovar esse procedimento periodicamente e sempre que o cargo, em princípio destinado ao portador de deficiência física, ficar vago, dando preferência para contratação ao P.D.F.

(c) Como deve proceder a Liquigás que está obrigada a contratar- empregados por concursos públicos?

Resp.: A empresa Liquigás, como subsidiária da Petrobrás Distribuidora, se sujeita a processo seletivo público e, portanto,

às normas estabelecidas no Decreto nº 3298/99, devendo observar especialmente o disposto nos artigos 37 a 43 acima transcritos.

(d) No caso da Liquigás, qual seria o critério razoável e seguro para determinar "carreira que exija aptidão plena do candidato" e assim poder excluí-las da base de cálculo?

Resp.: Não há qualquer norma que estabeleça, de forma clara e precisa, o que deve ser considerado como cargo que exija aptidão plena, não havendo sequer uniformidade no conceito de deficiência entre órgãos como Organização Mundial de Saúde, Ministério da Saúde e Organização Panamericana de Saúde.

Assim, uma forma recomendável para minimizar os riscos de uma eventual condenação, e estabelecer de forma segura quais seriam as atividades que estariam excluídas da base de cálculo do percentual mínimo de portadores de necessidades especiais, consiste na **elaboração de um laudo pericial feito por um médico do trabalho ou por instituição de saúde, habilitação e reabilitação do portador de deficiência física.**

O laudo em questão deverá analisar e esclarecer quais funções que, por sua natureza e especificidades, não podem ser desempenhadas por pessoas portadoras de qualquer de deficiência física, em razão da incompatibilidade entre suas atribuições e as limitações das pessoas nessas condições.

(e) No caso da Liquigás, a demonstração da quantidade de candidatos portadores de deficiência inscritos, bem como a relação dos respectivos aprovados, superaria a questão quanto ao número de vagas a serem preenchidas, posto que a Liquigás teria dado a oportunidade para inscrição, mas, independentemente do número de vagas a serem preenchidas, somente poderia contratar os candidatos aprovados?

Resp.: **Sim.** A lei estabelece a reserva de vagas, **que não poderão ser preenchidas por candidatos reprovados**. Registre-se, ademais, que o candidato portador de deficiência física, apesar de figurar

lista especial, deve concorrer com os demais candidatos em igualdade de condições.

Portanto, apesar de figurar em outra lista de classificação, os candidatos portadores de deficiência física, mental ou sensorial devem, sempre que possível, realizar as mesmas provas que os demais candidatos, devendo a comissão de concurso fazer as adaptações necessárias para assegurar a igualdade de condições.

Por conseguinte, a demonstração da abertura e reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência supera a obrigatoriedade de preenchimento do percentual mínimo de cargos por portadores de necessidades especiais, tendo em vista que apenas candidatos aprovados, em prova que ofereça igualdade de condições podem ser contratados pela referida empresa.

(f) Considerando a necessidade de criação de lista distinta para os candidatos portadores de deficiência aprovados (art. 42, Decreto 3298/1999), qual seria o critério legal para a convocação dos portadores de deficiência em detrimento dos demais candidatos aprovados?

Resp.: Os candidatos portadores de deficiência irão figurar em lista distinta e serão convocados conforme a sua nota de classificação na relação dessa referida lista, de acordo com a disponibilidade de vagas para eles reservadas. Havendo candidatos aprovados e classificados em número superior à oferta de vagas, os demais concorrerão com os candidatos não portadores de necessidades especiais, em iguais condições.

Sendo o número de candidatos aprovados inferior à oferta de vagas reservadas aos portadores de deficiência, as demais vagas serão oferecidas e preenchidas pelos candidatos que concorrem às demais vagas não reservadas.

(g) Existe alguma outra forma de se justificar a não contratação de deficientes, por exemplo, patrocinando desportistas portadores de deficiência sem que os mesmos efetivamente trabalhem ou gozem de um horário especial?

Resp.: Não.

Não há qualquer previsão legal para a substituição.

Todavia, como já afirmado, a jurisprudência tem demonstrado estar atenta e sensível à dificuldade de cumprimento da referida cota em razão da inexistência de candidatos habilitados e capacitados para preencher o percentual legal exigível, bem como a dificuldade de localizar pessoas portadoras de deficiência, tendo em vista a omissão do Poder Público em elaborar listas e estatísticas de pessoas que, nessas condições, estejam habilitadas e capacitadas para exercer uma função e ingressar no mercado de trabalho.

Assim, há um posicionamento favorável ao não cumprimento da referida cota nos casos em que a empresa demonstra que tentou cumpri-la e não logrou êxito em razão da escassez de oferta de mão-de-obra nessas condições.

Contudo, é necessário esclarecer que a empresa, numa eventual inobservância da referida norma, deve ter a cautela de demonstrar a tentativa de preenchimento percentual obrigatório, como forma de minimizar os riscos de uma eventual condenação em autuação das Superintendências Regionais do Trabalho ou de indenização por danos morais e, quiçá, materiais eventualmente pleiteada em ação civil pública.

Há, ainda, a alternativa de fixar parâmetros razoáveis e proporcionais a lei, em Convenção Coletiva da categoria, visando regulamentar e adequar à contratação de P.D.F. pelas empresas, em razão das atividades desenvolvidas.

A sugestão de patrocinar desportistas portadores de deficiência física, mental ou sensorial não só é interessante, mas louvável, em que pese a ausência de previsão legal para tanto. A interpretação da referida conduta dependeria da sensibilidade da jurisprudência que, como já dito, tem demonstrado estar mais atenta e sensível ao cumprimento da cota legal de contratação de pessoas com necessidades especiais.

Registre-se ainda que a referida iniciativa pode ser sugerida ao Ministério Público do Trabalho, no momento de uma eventual celebração de Termo de Ajuste de Conduta, como forma de se resguardar dos riscos de uma ação civil pública por descumprimento da referida cota legal.

(h) Os processos seletivos têm que ser exclusivos para portadores de deficiência?

Resp.: Quanto ao **processo seletivo público**, a resposta já foi dada na alínea c. Quanto aos demais processos seletivos, no que se refere às vagas reservadas para os portadores de necessidades especiais, deve ser exclusivo para pessoas nessas condições e apenas não sendo preenchidas as vagas por ausência de aprovação de pessoas habilitadas e capacitadas, o processo seletivo deve ser aberto aos demais candidatos.

Sabendo que esse tema é abrangente e que certamente novas indagações surgirão, ponho-me, desde logo, à disposição de V. Sas. para eventuais esclarecimentos e subscrevo-me.

Cordialmente,

Henrique Cláudio Maués