



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

TRT 0000121-47.2016.5.10.0007 RO - ACÓRDÃO 1ª TURMA

RELATORA : DESEMBARGADORA ELAINE MACHADO VASCONCELOS

REDATOR : DESEMBARGADOR GRIJALBO FERNANDES COUTINHO

RECORRENTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

ADVOGADO: FLAVIO SILVA ROCHA

ADVOGADO: DIEGO CAMPOS GOES COELHO

RECORRENTE: FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES DO PESSOAL DA CEF

ADVOGADO: Lais Lima Muylaert Carrano

ADVOGADO: JOSE EYMARD LOGUERCIO

RECORRIDO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

RECORRIDO: Ministério Público do Trabalho

RECORRIDO: FEDERACAO NACIONAL DAS ASSOCIACOES DO PESSOAL DA CEF

ORIGEM : 6ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário

(JUÍZA MARIA SOCORRO DE SOUZA LOBO)

EMENTA

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPT-PRT 10. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE EMPREGAR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SETOR PÚBLICO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. LEI DE COTAS. ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Em sintonia com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e com os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º. I e IV), a Constituição Federal dedicou especial proteção às pessoas com deficiência, conforme dispõem os artigos. 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203 e 208. Por sua vez, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). Nesse cenário, é importante destacar a Convenção Internacional sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, norma com status de Emenda Constitucional (§ 3º do art. 5º da CF). No artigo 27, a referida convenção dispõe que os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de empregar pessoas com deficiência no setor público (artigo 27.1 "g"). Ademais, a Convenção nº 159 da OIT, ao dispor sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, recomenda aos Estados signatários, com base no princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral, a adoção de "*medidas positivas especiais*" com a finalidade de atingir a igualdade efetiva. Nesse cenário, a legislação nacional prevê uma importante medida, também conhecida como Lei de Cotas (Lei nº 8.213/91), ao exigir das empresas, no art. 93, a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho com o preenchimento de 2% a 5% dos seus cargos. No caso em exame, ficou comprovado que a Caixa Econômica Federal possuía o total de 96.840 empregados, sendo apenas 1.414 (1,46%) pessoas com deficiência contratadas, representando um déficit de 3.428 pessoas para atingir a cota legal mínima (5%). Nesse contexto, provado o não cumprimento da cota prevista no art. 93, da Lei nº 8.213/91, por parte da Administração Pública Indireta Federal, bem como o déficit de pessoas com deficiência nos quadros do banco reclamado, impõe-se a convalidação da mera expectativa de direito em efetivo direito subjetivo à contratação das trabalhadoras e dos trabalhadores concursados sob tal modalidade. **2. Recursos conhecidos. Improvido o da reclamada e provido o da parte autora.**

I - RELATÓRIO

Aprovado nos termos do voto proferido pela eminente Desembargadora

Relatora:

"A Exma. Juíza MARIA SOCORRO DE SOUZA LOBO, da MM. 6ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, por meio da sentença ID. 13c4a32, complementada em sede de embargos sob ID. ded0ebc, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na Ação Civil Pública proposta em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF.

Inconformadas, a reclamada interpõe recurso ordinário mediante ID. 959f862 e a Federação assistente do MPT sob ID. 4e2db0f.

Contrarrazões ao recurso da reclamada pelo MPT e pela Federação assistente nos ID. 51b6284 e 2fda335, respectivamente.

Contrarrazões da reclamada sob ID. d1bbb3a.

Autor o Ministério Público do Trabalho, não há falar em remessa para parecer.

Sobrevindo decisão do Exmo. Min. Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário nº 960.429, determinando a suspensão nacional dos feitos relacionados ao Tema 992 de repercussão geral, decidi pelo sobrestamento do feito (ID. d25362c). Todavia, mediante acórdão desta e. Turma em sede de Agravo Interno, foi determinada retomada da marcha processual ordinária (ID. 1619C38).

É o relatório".

II - VOTO

1-ADMISSIBILIDADE

Aprovada nos termos do voto do Relator:

"Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários".

2- MÉRITO

Assim votou a Desembargadora Relatora:

"RECURSO DA RECLAMADA

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A reclamada renovou ser incompetente a Justiça do Trabalho, argumentando não haver no feito discussão sobre relação de trabalho, pois os questionamentos se vinculam à contratação civil realizada por empresa pública (terceirização) e à expectativa de direito de concursado aprovado. Destarte, com base no artigo 114 da Constituição Federal, deve ser reconhecida a incompetência absoluta desta Justiça Especializada.

No caso em exame, a controvérsia trazida aos autos envolve matéria atinente a pré-contrato de trabalho, referindo-se à convocação do reclamante para assumir emprego público, observadas as regras do edital, inserindo-se na competência desta Justiça Especializada. A respeito da questão, a Corte Superior Trabalhista consolidou entendimento neste sentido, conforme os precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. PETROBRAS. PROCESSO SELETIVO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO". (ARE 910430 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, Public. DJe 16/2/2016)

"DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINARIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. DEMANDA AJUIZADA POR CANDIDATO EM FACE DE EMPRESA SUBSIDIARIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. FASE PRE-CONTRATUAL. COMPETENCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º DA CONSTITUIÇÃO. SÚMULA 284/STF. TERCEIRIZAÇÃO. PRETERIÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.395-MC, Rel. Mm. CEZAR PELUSO, DJ de 10/11/2006, afastou a aplicação do art. 114, I, da CF/88, na redação conferida pela EC 45/04, as causas entre o Poder Público servidores a ele vinculados por relação jurídica estatutária. 2. Tal entendimento não se aplica às demandas instauradas entre pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta e seus empregados, cuja relação é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (RE 505.816-AgR, Rd. Mm. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 18/5/2007), sendo irrelevante que a ação seja relativa ao período pré-contratual, em que ainda não há pacto de trabalho firmado entre as partes. 3. Conforme orientação pacífica desta Corte, a ocupação precária por terceirização para desempenho de atribuições idênticas às de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato equivalente a preterição da ordem de classificação no certame, ensejando o direito a nomeação (ARE 776.070-AgR, Rd. Mm. GILMAR MENDES, Segundo Turma, DJe de 22/3/2011; ARE 649.046-AgR, Red.. Mm. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 13/9/2012). 4. Agravo regimental desprovido." (ARE 774137 AgR- 2º JULG, Relator Mm. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, Public. DJe 29/10/2014).

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. PRÉ-CONTRATO. A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho. Agravo a que se nega provimento". (TST, 5ª T., Ag-AIRR 397-90.2012.5.02.0088, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 1/7/2014)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA MATERIAL. É competente a Justiça

do Trabalho para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho (art. 114, I, CF). Desse modo não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos". (TST, 3ª T., AIRR 1870-94.2010.5.02.0472, Relator Ministro Maurício Godinho, DEJT 21/3/2014)

Nego provimento.

ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

A reclamada renova arguição de ilegitimidade ativa do Parquet para a propositura da ação, porquanto o interesse tutelado não se revelaria afeto a interesses difusos ou coletivos, mas individuais, vinculados a pessoas determinadas, aprovadas em concurso público, para vagas reservadas a Pessoas Com Deficiência-PCD, escapando aos balizamentos do art. 1º da Lei nº 7347/1985.

Acerca do tema, pontuo deter o Ministério Público legitimidade para propor Ação Civil Pública, defendendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, na forma da Constituição Federal, artigos 127 e 129, da Lei Complementar 75/83 e da Lei 8078/90.

Na hipótese, o Ministério Público do Trabalho denuncia o não cumprimento, pela reclamada, de sua obrigação de contratação de candidatos PCD em número equivalente a pelo menos 5% de seu quadro de funcionários, relativamente aos Editais 001/2014-NM e 001/2014-NS, apesar da existência de vagas, então descumprindo reiteradamente o Termo de Ajuste de Conduta-TAC nº 60/2008, conforme apurado no Inquérito Civil nº 000047.2016.10.000/6-12, requerendo seja determinada nomeação dos candidatos.

Portanto, pondero tratar-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, tal como estabelecido no artigo 81, inciso III, da Lei 8.078/90. O autor objetiva, pois, defender direitos suprimidos de um grupo de candidatos aptos a tomar posse em vagas específicas a sua condição pessoal, em razão da inércia da reclamada, em violação a postulados constitucionais sociais.

Nesse sentido, a Lei 8078/90, mediante seu artigo 82, inciso I, legitima o Ministério Público a defender os interesses individuais homogêneos, assim considerados os de origem comum relacionados a um grupo específico de pessoas a serem quantificados e divididos entre os seus integrantes.

Com essa inteligência, colho o seguinte julgado do c. TST:

"RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NATUREZA DOS DIREITOS VINDICADOS 1. A substituição processual pelo Ministério Público do Trabalho legitima-se mediante a defesa de direitos coletivos ou de direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que decorrem de origem comum. 2. A atual, notória e iterativa jurisprudência do STF e do TST reconhece a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura de ação civil pública que vise a resguardar direitos individuais homogêneos indisponíveis ou, no caso dos disponíveis, desde que, em função da natureza da lide ou do elevado número de titulares, haja repercussão social a admitir a atuação do Parquet. Exegese que se extrai dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal e 6º, VII, "c" e "d", e 83, III, da Lei Complementar nº 75/93. Precedentes. 3. O descumprimento, em tese, da legislação trabalhista em relação a uma coletividade de empregados pode configurar lesão ou ameaça a direitos coletivos e/ou individuais homogêneos, conforme a natureza indivisível ou divisível, respectivamente, da pretensão deduzida em juízo. Ambas as hipóteses, segundo a jurisprudência assente do STF e do TST, autorizam o manejo da ação civil pública. 4. A pretensão de salvaguardar o direito dos empregados à limitação legal da jornada de trabalho, prevista no art. 59 da CLT, e à fruição de períodos de descanso, nos termos dos arts. 66 e 67 da CLT, objetiva a tutela de direitos sociais. 5. Reconhecida a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para a defesa dos direitos individuais homogêneos que se visa a tutelar, a teor do disposto no art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/83. 6. Recurso de revista da Ré de que não se conhece". (RR - 444-60.2012.5.09.0091, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/8/2017)

Nego provimento.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

Em defesa, a reclamada sustenta ser necessária a citação de todos os participantes do certame público classificados em melhor posição que os beneficiários da presente ação, pois eventual acolhimento da tese de sua contratação imediata atingirá o direito daqueles.

A eficácia da decisão proferida no presente feito independe da citação ora requerida, não se configurando, portanto, a hipótese do artigo 114 do CPC.

Nego provimento.

DELIMITAÇÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Retoma a recorrente sua tese defensiva de que os efeitos da presente ACP não devem alcançar outras ações do Parquet movidas anteriormente no âmbito de outros TRT, com pedido análogo, de forma a preservar as decisões lançadas em tais feitos.

Duas ações podem ser consideradas idênticas quando têm as mesmas partes, pedido e causa de pedir, a teor do artigo 301, §2º, do CPC.

No caso, a reclamada sequer cita as ações que teriam restado interpostas anteriormente, com os mesmos pedidos postos na presente, em outros Estados da Federação, inviabilizando por completo qualquer elucubração acerca do tema.

Nessa perspectiva, ressalto incidir a inteligência da OJ 130 da SDI-2 do TST, para conferir à presente decisão a mesma abrangência do dano imposto aos portadores de necessidades especiais e à sociedade - nacional.

Nego provimento.

PREENCHIMENTO DO MÍNIMO DE 5% DO QUADRO DE PESSOAL COM PESSOAS REABILITADAS PELO INSS OU PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS-PNE. DESCUMPRIMENTO REITERADO. NOMEAÇÃO PRIORITÁRIA DE CANDIDATOS PNE APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA. NECESSIDADE.

Trata-se de ACP visando condenação da ré ao cumprimento imediato da previsão contida no caput do art. 93 da Lei 8.213/91, acerca do preenchimento de 5% do seu quadro de pessoal com empregados reabilitados pelo INSS ou portadoras de necessidades especiais-PNE, mediante a contratação de 3.561 empregados PNE, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por vaga não preenchida, também abstendo-se de demitir tais empregados sem prévia substituição por outros com as mesmas características, novamente sob pena de multa do mesmo valor por ocorrência, além de indenização a título de danos morais coletivos.

Aduz o reiterado descumprimento da cota legal, inclusive em descumprimento ao acordado entre as partes por meio do Termo de Ajuste de Conduta nº 60/2008, em 28 de agosto de 2008, no âmbito do Inquérito Civil nº 000777.2007.10.000/5-12, cujos termos não vem sendo cumpridos pela CAIXA.

Acrescenta ter sido deflagrado concurso da CAIXA por meio do Edital nº 1/2014/NM/NS para cargos de bancário, oportunidade na qual restaram classificados centenas de candidatos com deficiência, denominados pela reclamada PCD, que permanecem à espera da contratação, mesmo tendo a empresa informado que o certame teve "o intuito de aumentar o percentual de PCD no quadro de pessoal", limitando "o número de aprovados na listagem geral, sem limitar o número de aprovados PCD, o que majorou o percentual de aprovação de candidatos PCD's, o que, por sua vez, contribuirá para o preenchimento da cota"(ID. 7618d2d). Essas as razões do pedido.

Defendeu-se a ré, aduzindo cumprir regularmente a legislação em comento mediante seus editais de concurso público, reservando 5% das vagas surgidas em seus quadros às pessoas PNE. Assevera que "nos concursos cujos editais de regência foram publicados a partir de 2010, há previsão de que é convocado um candidato com deficiência para cada 19 candidatos não deficientes, onde é contemplada, para os candidatos com deficiência, a reserva da 1ª vaga, da 21ª, da 41ª, da 61ª e assim por diante... Tal mecanismo possibilitou a admissão de 196 candidatos PCD aprovados no Concurso de 2014 Edital 001/2014-NM, cargo de TBN, dentre os 2.492 admitidos no período de 17/06/2014 a 23/03/2016, o que representou 7,86% das admissões com candidatos PCD, mais do que os 5% previstos em Edital. Relativamente ao Edital 001/2014-NS, informamos que ocorreu a admissão de 3 candidatos PCD dentre os 6 admitidos no mesmo período".

Assim, ressaltou estar cumprindo regularmente o pactuado mediante o TAC 60/2008, alcançando os resultados possíveis segundo as possibilidades reveladas no quadro de aprovados, cuja configuração não disponibiliza candidatos PCD em todos os polos de atuação da empresa, sendo inviável a nomeação do quantitativo pleiteado na inicial - 3.561 PCD, que exigiria aumento do seu quadro geral de empregados, limitado segundo determinação de Órgãos superiores de gestão financeira e de controle externo.

Ao fim, pontuou contar atualmente com 96.840 empregados, sendo 1.414 na condição de pessoa com deficiência e/ou reabilitado, representando percentual de 1,46%, e requereu a improcedência da ação.

Analizando a demanda, o Juízo "a quo" entendeu parcialmente procedentes os pleitos formulados na inicial, fazendo consignar:

"Pugna o autor pela condenação da demandada ao cumprimento do disposto na Lei 8.213/91, quais sejam: reserva de percentual previsto em lei para PNE's, abstenção de demissão de tais empregados, além de danos morais coletivos.

Assevera que já havia sido avençado em TAC - ID 4872616 -, no qual restou estabelecido o compromisso da reclamada, em eventos futuros, a cumprir com o dever social em relação aos candidatos PNE, verbis:

CLÁUSULA PRIMEIRA Nos próximos concursos que realizar, convocar os candidatos de forma alternada e proporcional iniciando pelos candidatos da lista de pessoas com deficiência, passando, então, ao primeiro candidato da lista geral.

Referido TAC foi celebrado no ano de 2008, e em 2015, o autor intimou a demandada para esclarecer quanto ao cumprimento do percentual de reservas de vagas para PNE, e a demandada, após sete anos da assinatura do termo, teve o disparate de informar ao autor que não cumpriu o dispositivo legal e constitucional em razão da limitação de seu quadro de empregados pelo Ministério do Planejamento e, ao final do mesmo documento, de forma incoerente afirma que vem cumprindo a previsão legal (ID 6f4cebc).

Note-se que, em 2014, a ré foi autuada pela Superintendência Regional do Trabalho por descumprir o disposto legal, e mesmo assim não envidou esforços para cessar a ilegalidade.

Além disso, não consta que o Ministério do Planejamento tenha imposto vedação ao cumprimento da reserva de vagas para PNE's, posto que mesmo havendo limitação no quantitativo de empregados, subsiste o dever da reserva de vaga conforme o total de empregados previsto no quadro.

Assim, a resposta da demandada confirma que esta olvidou de sua obrigação legal e compromisso ajustado perante o autor, confirmando que os candidatos portadores de necessidades especiais, denominados juridicamente de PNE's, não têm seus direitos, de fato, preservados e cumpridos.

Observe-se que tal proteção emerge da CF, verbis:

(...)

Ora, a reclamada somente pode contratar pessoal diretamente por meio de concurso público, ante a imposição constitucional e, a despeito de tal comando, abre concurso para cadastro reserva, sem, no entanto, proceder à abertura e disponibilização das vagas e a regular contratação.

Por outra via, a ré adota a terceirização como forma de não contratar seu pessoal diretamente, ainda que na área meio, e a partir desta conduta, fomenta a precarização das relações de emprego, haja vista que o terceirizado é, rotineiramente, vítima de empresas prestadoras de serviços que, simplesmente, desaparecem do sistema produtivo, deixando ao desamparo centenas, milhares de terceirizados, a despeito da força de trabalho ser prestada diretamente para o tomador dos serviços. A ré que o diga, eis que, incluída, reiteradamente, como responsável subsidiária em demandas envolvendo terceirizados que buscam receber o conjunto mínimo de direitos rescisórios.

A seara trilhada por candidatos portadores de deficiência na busca pela contratação em tempos de raras ofertas de emprego é árdua, e quando uma instituição abre o certame provoca em tais pessoas a esperança de ter um emprego, de onde provém sua única fonte de riqueza.

O que mais causa estranheza é que a reclamada, empresa pública e com objetivos sociais, fomenta tal prática e não prime por gestão eficiente desde o cumprimento de sua existência como instituição financeira - a despeito de ser enquadrada como empresa pública - até sua responsabilidade social como empregadora, pois ao empregador, no sistema capitalista, é dada a titularidade exclusiva do posto de trabalho, sendo este o pilar do desenvolvimento econômico de uma nação: o indivíduo empregado é quem adquire bens, serviços e movimenta a economia. Sem emprego não há renda, sem renda não há consumo e sem consumo o capitalismo não sobrevive.

E não se trata de viés de direita ou de esquerda, ou mesmo de filosofia pura ou divagações. É a realidade que se apresenta no plano nacional: crise econômica gera desemprego e desemprego gera pobreza, violência, marginalidade, informalidade, isso no que respeita ao empregado não portador de necessidades especiais, quanto mais aos PNE's, pessoas protegidas pela ordem jurídica a fim de lhes conferir um mínimo de igualdade entre desiguais.

A coordenação de atos praticados pela reclamada ao publicar o EDITAL 01/2014-NM e EDITAL 01/2014-NS e, no mesmo ano, publicar dois novos editais também para cadastro reserva demonstra conduta irresponsável sob o prisma social e cruel sob o prisma de criar expectativas aos candidatos, perpetuando em conduta sem fim, eis que a cada certame aberto para cadastro reserva, os indivíduos se candidatam, são aprovados e mais uma vez não são aproveitados, enquanto a demandada abre contratos de licitação para empregar pessoas de forma terceirizada.

Este procedimento adotado pela ré deve ser repudiado pelo Poder Judiciário, pois não se atém apenas de exercício do poder potestativo como empregador, mas reitera no descumprimento dos ditames constitucionais - realizar concurso para contratação de pessoas, reservando vagas para os PNE's -, além de não observar a responsabilidade social conferida pela ordem capitalista e balizada na Carta da República.

O descumprimento reiterado do princípio da dignidade do trabalhador, notadamente os PNE's, torna o Brasil um arremedo de Estado do Bem Estar Social e assola o Judiciário com demandas sem fim buscando que se cumpra princípios básicos.

De bom alvitre ressaltar que as diversas teses abstratamente suscitadas pela parte ré já foram superadas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 15, ao firmar o entendimento de que a contratação é direito líquido e certo do candidato aprovado em concurso público, não podendo a administração pública, muito menos a indireta, admitir outros empregados, porque não se cuida de mera expectativa de direito.

O cadastro reserva pode ser objeto de concurso, pois a premissa básica é que as vagas serão disponibilizadas, ainda que não de imediato, mas dentro da validade do concurso. No entanto, no mesmo ano proceder à abertura de três editais de concurso para cadastro reserva não pode ser tratado como ato discricionário, pois ao deixar fluir o prazo de validade importa em violação ao princípio da boa-fé objetiva, ofende a sociedade como um todo, eis que tal certame é para permitir a igualdade entre concorrentes, evitando contornos à admissão por entes públicos e fomentando o "empreguismo".

Neste sentido, a contestação da ré não verte um único argumento para refutar a tese do autor no que pertine ao cumprimento do percentual mínimo de vagas destinadas aos PNE's, pois ao declarar, em 2015, que seu quadro de pessoal foi limitado a quase 80 mil empregados, é certo que o percentual adotado deveria ser de 4 mil reservados aos PNE's e, no EDITAL 01/2014 não consta a quantidade de vagas disponíveis, eis que o objetivo era cadastro reserva, portanto, o percentual de 5% destinado aos PNE's não tem parâmetro matemático e ofende o senso comum, haja vista não se saber quantas vagas de fato seriam disponibilizadas para PNE.

A verdade que aflora do contexto fático probatório é a incúria da ré, pois o quantitativo de quase 4 mil empregados PNE é irrisório diante do contexto que cada um deles enfrenta no cotidiano em busca de inserção no mercado de trabalho.

Nunca é demais lembrar que o STF firmou entendimento de que na hipótese de abertura de concurso público para formação de cadastro reserva, as vagas abertas durante a vigência do certame devem ser ocupadas pelos aprovados e aqui inclui-se aqueles que concorreram como PNE's, portanto, em afinidade com a motivação ora expressa, verbis:

(...)

Assim, a despeito da possibilidade de terceirizar algumas atividades, tal não é óbice para que a ré descumpra as regras do Edital, eis que, viola o princípio da transparência, ao não informar quantas vagas têm, ou mesmo, adotar forma mais clara de usar o cadastro reserva sem que isso se perpetue durante a vigência do concurso, causando ansiedade e expectativas nos aprovados. Sinalize-se, mais uma vez, que não é possível aferir a quantidade de vagas destinadas ao PNE's, quando a ré limita-se a lançar o percentual da legislação, mas não informa qual a base de cálculo a fim de se apurar as vagas destinadas, concretamente, aos PNE's.

De todo o exposto, conclui-se que a ré tem as vagas para a contratação de PNE's e deve cumprir o percentual disposto no artigo 93, Lei 8.213/91:

(...)

Assim, acolhe-se a pretensão do autor para determinar que a reclamada proceda ao cumprimento imediato da reserva de vagas a PNE e ou reabilitados, no percentual previsto no inciso IV, artigo 93, da Lei 8.213/91, qual seja, 5% do total do quadro de empregados e vagas disponíveis a partir deste quantum, excluídos da fórmula, aqueles contratados como menor aprendiz, nos moldes do § 3º da mesma norma legal, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00, limitada ao valor de R\$ 1.000.000,00 que deverá ser revertida a entidade pública ou privada, sem fins lucrativos, podendo ser indicada tanto pelo autor, quanto pela ré.

Determinar ainda que a ré, caso proceda à abertura de novo Edital de concurso, resguarde a prioridade de contratação de candidatos PNE's aprovados no concurso objeto dos Editais 001/2014-NM e 001/2014-NS.

Indefere-se a pretensão ditada na alínea b do rol de pedidos, por inexistir situação fática de que a demandada esteja demitindo trabalhadores reabilitados ou PNE's e não há elemento probatório nos autos denunciando tais indícios. Eventual prática seria, inclusive, eivada de discriminação".

Dessa decisão, recorre a empresa ré. Retoma sua tese defensiva de regular cumprimento, inclusive por meio dos Editais de concurso nº 1/2014-NM e NS, das regras contidas no art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, bem assim no §2º do art. 5º da Lei nº. 8.112/1990 e art. 37 do Decreto 3.298/1999 acerca da reserva e provimento de empregos públicos mediante pessoas PCD.

Pontua, assim, fiel cumprimento do TAC nº 60/2008, com suprimimento do seu quadro funcional somente por empregados concursados, segundo suas possibilidades legais e editalícias, resultando as condenações impostas pela sentença flagrante violação aos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da livre concorrência, além de contrariedade ao § 1º do art. 169 da CF.

Examino.

Acerca da matéria, constitui fonte primária do direito postulado pelo Autor o inciso VIII do art. 37 da Constituição da República, porquanto prescreve: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão".

Buscando regular a efetividade de tal primado, tem-se a regulamentação instituída pela Lei nº 8.213/1991, cujo art. 93 prescreve:

"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 empregados2%;

(...)

IV - de 1.001 em diante.5%.

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

Com a mesma sorte, o Decreto nº 3298/1999 trata do tema, nos seguintes termos:

"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.

(...)

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 subsequente." (grifei)

Portanto, indene de dúvida que a legislação pátria há muito prescreve ser imperativo o preenchimento das vagas constantes dos quadros das empresas com mais de 1000 empregados, caso da reclamada, com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, em quantitativo total equivalente a 5%.

Esse o fim buscado pelo Ministério Público do Trabalho mediante o Inquérito Civil nº 000777.2007.10.000/5-12, que resultou o Termo de Ajuste de Conduta nº 60/2008 em 28 de agosto de 2008 (ID. d7f5415), prevendo:

"Considerando a necessidade de prevenir a conduta da CEF na elaboração de editais de concursos públicos futuros, no que concerne à inserção da pessoa portadora de deficiência;

Considerando que a orientação de destinar as primeiras 19 vagas a candidatos aprovados não-deficientes representa forma de discriminação vedada pelo art. 7º, XXXI da CF e demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais determinantes da ordem de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho (CF: 37, VIII, 203, IV e V, art. 227, § 1º, II; Normas e Recomendações Internacionais; legislação infraconstitucional: Lei 7.853/89, art. 2º, III, em especial, e Decreto nº 3.298/99, que a regulamentou, e a Lei 8.213/91, no art. 93),

Considerando que, nesta perspectiva, para se dar efetividade ao comando constitucional que visa garantir a reserva de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência, a nomeação deva ser iniciada por uma pessoa com deficiência, com inversão das listas,

compromete-se a CEF a:

CLÁUSULA PRIMEIRA - Nos próximos concursos que realizar, convocar os candidatos de forma alternada e proporcional iniciando pelos candidatos da lista de pessoas com deficiência, passando, então, ao primeiro candidato da lista geral". (grifei)

Com esse norte, os Editais n.º 1/2014-NM e n.º 1/2014-NS da empresa ré, em estrita observância aos termos ajustados com o MPT, estabeleceram mecanismo para correção da prova discursiva de todos os candidatos PNE aprovados nas provas objetivas, com aproveitamento no cadastro de reserva de 100% dos aprovados na fase discursiva, bem assim fizeram previsão de inversão da ordem de convocação utilizada anteriormente a tal ajuste, de maneira a nomear para as vagas surgidas primeiramente o candidato PNE para somente após convocar candidatos do cadastro geral, em quantidade de 19 (95%), até chegar a vez do próximo PNE, na 21ª vaga verificada.

A sistemática inovadora resultou alcance de nomeação de PNE da ordem de 50% do total de convocados para os cargos de nível superior, cujas vagas são escassas, mas para o nível médio, no cargo de Técnico Bancário Novo, a nomeação de PCD alcançou apenas 7,86% do total de candidatos aproveitados.

Assim, como era de se esperar, a alteração da composição do quadro total de empregados da ré, relativamente à proporção de PNE, teve melhora pífia, alcançando 1,42% do universo de 99.573 cargos em 14/5/2015.

Qualquer estudo básico de gestão de pessoas é capaz de prever que a contratação de PNE procedida pela reclamada, sempre à razão de 5% da totalidade de convocados, levaria séculos para resultar conformação do seu quadro de pessoal aos padrões legalmente exigidos.

Malgrado não se verifique no caso concreto inobservância do TAC n.º 60/2008 pela reclamada, é inquestionável sua reiterada demonstração de completa ausência de disposição para contratação de pessoas reabilitadas pelo INSS ou portadoras de necessidades especiais suficientes para alcance e manutenção em seus quadros do percentual MÍNIMO DE 5% da totalidade de empregados.

Descumpra a ré, dessa maneira, a determinação inserta no caput do art. 93 da Lei n.º 8.213, desde 1991, frise-se. Nesse sentido, ressalto ser a previsão de reserva das vagas oferecidas mediante concurso público, no específico percentual MÍNIMO DE 5%, inaugurada com o Decreto n.º 3298/1999, apenas um meio de se manter de forma perene a atenção e cuidado devidos aos reabilitados e portadores de necessidades especiais.

Mas, para conformação de um quadro de pessoal pré-constituído aos ditames constitucionais regulados pelo art. 93 da Lei n.º 8.213/1991, é óbvia a necessidade de medidas efetivamente voltadas ao seu alcance, ao menos segundo a adoção do percentual MÁXIMO DE 20% para reserva de vagas a PNE, tomando-se por paralelo o estabelecido na Lei 8.112/1990.

No caso, percebo esconder-se a ré atrás do revestimento aparente de legalidade de seus editais de concurso público para, na verdade, esquivar-se do cumprimento de seu dever de colaboração e fomento da inserção social determinado de maneira cogente pela sociedade.

Para reforço à noção exata da envergadura do tema e da real necessidade de adoção de meios para efetiva busca dessa almejada igualdade e justiça social, posta na Constituição

Federal, trago à colação o seguinte trecho da consistente manifestação exarada pela então Vice-Procuradora Geral da República ELA WIECKO V. DE CASTILHO, de 13/11/2013, endossada nos autos do STF-MS 31.715/DF pela Relatora, Ministra ROSA WEBER, para concessão da segurança requerida naquele caso concreto:

"10. A Constituição da República, como se extrai de seu Preâmbulo, indica que o Estado brasileiro aspira à formação de uma 'sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social'. Em seu art. 1º, estabelece como fundamentos da República a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

11. Essas diretrizes, que estruturam o Estado Democrático de Direito, devem inspirar e condicionar a aplicação da lei, a fim de assegurar a concretização dos objetivos fundamentais da República, dentre eles, a construção de 'uma sociedade livre, justa e solidária', que busca 'reduzir as desigualdades sociais e regionais', e 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'.

12. Além disso, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico interno com status de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção social adequada às pessoas deficientes, preconiza em seu art. 27:

Artigo 27 - Trabalho e Emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação por injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

(...)

e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;

(...)

g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; (...).

(Grifos acrescidos)

13. Nesse contexto, verifica-se que a matéria em debate, porque ligada a direitos de inclusão social de minorias, exige do intérprete uma sensibilidade capaz de compreender a questão em toda a sua amplitude, para que ele possa conferir à lei o sentido almejado pela Constituição Federal.

14. Ao dispor sobre o tema, a Lei n.º 8.112/90, em seu art. 5º, § 2º, assegura a reserva de até 20% (vinte por cento) das vagas aos candidatos portadores de deficiência:

(...)

16. Ora, esses preceitos, compreendidos sob os influxos da tônica constitucional da igualdade, devem ser harmonizados e aplicados de forma a assegurar a maior efetividade possível à política de inclusão social encampada pelo Estado, para que cumpram o seu mister de promover o bem estar social e garantir a construção da sociedade justa e solidária almejada pela Carta da República de 1988".

Nesse sentido, quando não tomadas providências efetivas e responsáveis no sentido do cumprimento da legislação pelo gestor público, então omissis, impõe-se a ação firme e objetiva do Poder Judiciário, sem nenhuma mácula à separação e independência dos Poderes da República, mas no regular dever de fazer cumprir a lei.

Por certo, a Constituição da República, por meio do art. 37, orienta caber aos entes da Administração Pública pautar seus objetivos e respectivos meios de acesso pela moralidade, ética, boa-fé, honestidade e lealdade, obrigação que se impõe inclusive em relação aos candidatos aprovados em concurso público para cadastro de reserva.

Com tal inteligência, a RESERVA de vagas determinada na sentença recorrida não resulta gastos em desconformidade com as previsões orçamentárias ou inobservância do quantitativo máximo de pessoal da ré, somente operando reordenação da proporcionalidade de seus quadros a contar do surgimento das próximas vagas e respectivas convocações/nomeações, relativamente a empregados reabilitados e PNE.

A atuação da reclamada em livre concorrência, pontuo, não lhe permite o descumprimento das normas de inclusão e justiça social também emergentes da Constituição, cogentes a todas as empresas, inclusive merecendo cumprimento em vanguarda exemplar daquelas que gerem o patrimônio público.

Relativamente a questão recursal de malferimento da sentença ao direito dos candidatos aprovados em ampla concorrência nos Editais nº1 NM e NS, cabem considerações adicionais.

Com efeito, o resultado prático da determinação sentencial de reserva das vagas que vierem a surgir no âmbito da ré exclusivamente para fazer frente à necessidade de nomeação de todos os candidatos posicionados no cadastro de reserva de PCD, por certo, inviabilizará o acesso daqueles aprovados em concorrência ampla ao almejado emprego público, causando nova discriminação, colateral.

Essa compreensão encontra-se, inclusive, expressamente referenciada nos Princípios da Política de Reabilitação Profissional e Emprego para Pessoas Deficientes, estabelecidos segundo a Convenção nº 159/1983 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 51/1989, ratificada em 18/5/1990 e promulgada pelo Decreto 129/1991, nos seguintes termos:

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

Artigo 3º Essa política deverá ter por finalidade assegurar que existem medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho.

Artigo 4º Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas

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

Assim, nesse ponto, merece conformação a determinação posta na sentença. Para tal desiderato, julgo adequado lançar-se mão da proporcionalidade entendida pelo legislador pátrio como a máxima reserva de vagas a candidatos PNE possível em concursos públicos, para o preenchimento de cargos vinculados ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União - 20% (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990).

Com essa orientação, no trato de cargos públicos, as seguintes decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal:

"CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas". (MS 26.310/DF, Tribunal Pleno, Ministro Marco Aurélio, DJe de 31/10/2007).

"Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida". (MS 30.861/DF, 2ª Turma, Ministro Gilmar Mendes, DJe de 8/6/2012).

Portanto, dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença, de forma que a determinação de reserva de vagas para candidatos PCD necessária ao alcance do percentual mínimo de 5% previsto no inciso IV do art. 93 da Lei nº 8.213/1991 observe, concomitantemente, o limite máximo de 20% do seu total, de forma que, mantido o avanço editalício de início de preenchimento de vagas com candidato PCD, a 1ª vaga seja ocupada

por um portador de necessidades especiais, seguindo-se a convocação de quatro candidatos do cadastro de ampla concorrência para acesso à 2ª, 3ª, 4ª e 5ª vagas, para então reservar-se a 6ª vaga novamente a PCD, refazendo-se os ciclos a partir desse momento.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS

Relativamente ao tema em epígrafe, restou consignado na sentença:

"Quanto aos danos morais coletivos, necessária a conjugação de três requisitos - dano, nexo de causalidade e culpa - e a conduta da ré em descumprir o disposto na Lei 8.213/93, além de proceder à abertura de certame e não efetuar a contratação dos aprovados PNE's, ofende o patrimônio imaterial da sociedade, pois o Estado ao oferecer proteção às minorias, cuidou de adotar políticas de inclusão social de tais indivíduos, minimizando as desigualdades e a reclamada ao descumprir sua responsabilidade social de empregadora, lesa o patrimônio coletivo e causa prejuízos de ordem material e moral ao grupo de PNE's, restando presentes os requisitos da responsabilidade subjetiva e o dever de indenizar, assim, o juízo acolhe o pedido de danos morais coletivos, no valor de R\$ 1.000.000,00.

Como o autor não indicou o destinatário e não há previsão legal para que esta Especializada destine tais recursos ao FAT, órgão que não tem representação da Justiça do Trabalho, nem do MPT, além de não se saber em que será aplicado o valor, assim como o Decreto 1.306/94 excluiu representantes do Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho e entidades sindicais, este juízo determina que o valor seja destinado a uma entidade pública ou privada que tenha entre seu objetivo social a proteção de pessoas PNE's, e poderá ser indicada por qualquer das partes".

Inconformada, recorre a ré.

Aduz não ter restado delimitado onde residiria a motivação para a condenação, "pois esta Empresa Pública nada fez contrariamente ao direito positivado, tendo atuado dentro de sua esfera de prerrogativas ao lançar concurso para formação de cadastro de reserva, ante a inexistência de vaga em aberto no quadro de pessoal, bem como prever em seus Editais que as convocações se iniciariam pelos candidatos na condição de PCD".

Assevera, assim, que não teria praticado nenhum ato lesivo contra os candidatos aprovados no concurso, constituindo a pouca percentagem de pessoas PNE em seus quadros fruto de "vários e vários anos em que não existia no ordenamento pátrio tal exigência", bem assim dependência de órgãos externos para dimensionamento de seus quadros. Reputa, portanto, não preenchidos os requisitos dos arts. 186 e 927 do CC, muito menos a ocorrência de dano à "honra, a imagem, a privacidade ou a intimidade de seus empregados, ainda que

considerados em sua coletividade (art. 1º da Lei nº 7347/85)", cabendo a exclusão da condenação, ou redução do valor arbitrado para a indenização.

Sem razão.

No caso, comete a reclamada, sim, ilegalidade. É inquestionável o reiterado descumprimento do percentual mínimo de empregados reabilitados pelo INSS ou portadores de necessidades especiais em seus quadros, por décadas, como restou explanado no item anterior deste recurso.

Com essa postura, ofende a empresa ré objetivos fundamentais do Estado, minando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, embaraçando a redução de desigualdades sociais e promovendo, veladamente, forma de discriminação.

Vale-se a recorrente de regulamentação rasa voltada à observância de reserva mínima de 5% dos seus cargos em concurso público para empregados PNE para, na verdade, dissimuladamente entrincheirar-se do cumprimento da Justiça social colocada de forma cogente na lei para realização da vontade da sociedade brasileira, constitucionalmente positivada.

Ofende, assim, à lei e impõe dano à honra não somente dos portadores de necessidades especiais aspirantes aos seus empregos públicos, mas a toda a sociedade brasileira que, ao revés, deveria orgulhar-se de bons exemplos das empresas estatais, mormente aquelas de grande lucratividade e presença territorial de abrangência nacional.

Portanto, mantenho a condenação, inclusive relativamente ao quantum arbitrado para a indenização, que de forma acanhada apenas servirá para atenuar o dissabor e melhor aparelhar entidades voltadas à defesa dos interesses das pessoas com necessidades especiais.

Nego provimento.

RECURSO ORDINÁRIO DA FENAE

QUADRO DE PESSOAL DA RECLAMADA. PROPORCIONALIDADE DE 5%

Definindo acerca do quadro de pessoal a ser considerado para apuração específica do quantitativo de empregados equivalente a 5%, restou decidido pelo Juízo "a quo", em sede de embargos:

"Para evitar debates recursais infundáveis, este juízo presta esclarecimentos para definir que o percentual de 5% determinado na sentença deve ser apurado a partir do quadro total de empregados na data de assinatura do TAC e não da sentença, porquanto, há prova contundente que a embargante celebrou o TAC e não fez qualquer esforço para cumprir a obrigação ali avençada, de sorte que deve suportar os ônus de sua incúria".

A assistente do Autor, Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, não se conforma com a consideração do quadro de pessoal da reclamada à época do TAC/2008.

Afirma que o número total de empregados da reclamada aumentou consideravelmente desde aquele momento, "sendo certo que o percentual de 5% deve ser considerado com base no quadro efetivo da empresa reclamada quando da contratação".

Com razão.

A fixação do quantitativo legal mínimo de empregados reabilitados ou portadores de necessidades especiais não pode ser estática, mediante apuração pontual segundo o quadro de pessoal deido pela CAIXA em 2008 ou noutro momento estanque. Sendo dinâmico o quantitativo de pessoal empregado pela empresa, a apuração da porcentagem mínima de 5% prevista na Lei nº 8.213/1991 deverá ser avaliada a cada momento de contratação, de maneira a manter-se perenemente a proporcionalidade alvo.

Portanto, dou provimento ao recurso da federação assistente para determinar seja apurado o percentual mínimo previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/1991 mediante consideração do quadro de pessoal do momento da efetiva contratação de empregados".

Apresentei divergência parcial, que prevaleceu perante o Colegiado, nos seguintes termos:

CONCURSO PÚBLICO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. COTA LEGAL (ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91)

Quanto ao ponto em epígrafe, o Juízo originário deferiu o pleito inicial, sob os seguintes fundamentos:

"Assim, acolhe-se a pretensão do autor para determinar que a reclamada proceda ao cumprimento imediato da reserva de vagas a PNE e ou reabilitados, no percentual previsto no inciso IV, artigo 93, da Lei 8.213/91, qual seja, 5% do total do quadro de empregados e vagas disponíveis a partir deste quantum, excluídos da fórmula, aqueles contratados como menor aprendiz, nos moldes do § 3º da mesma norma legal, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00, limitada ao valor de R\$ 1.000.000,00 que deverá ser revertida a entidade pública ou privada, sem fins lucrativos, podendo ser indicada tanto pelo autor, quanto pela ré.

Determinar ainda que a ré, caso proceda à abertura de novo Edital de concurso, resguarde a prioridade de contratação de candidatos PNE's aprovados no concurso objeto dos Editais 001/2014-NM e 001/2014-NS."

A reclamada, em sede recursal, alega o cumprimento do termo de ajustamento de conduta. Sustenta que os percentuais de vagas previstos nos editais dos concursos públicos da Caixa atende às disposições legais vigentes. Aduz que não foi possível preencher a cota de 5% (cinco por cento) com pessoas com deficiência porque integra administração pública indireta, estando sujeita à legislação que a obriga a contratar empregados previamente aprovados em concurso público. Pugna pela reforma da sentença ou a concessão de prazo mínimo de 90 (noventa) dias para cumprimento da ordem judicial, sem incidência de multa.

A eminente Relatora, em seu voto, dá provimento parcial ao recurso da reclamada para restringir o alcance da reserva de 5% (cinco por cento) das vagas destinadas aos candidatos portadores de necessidades especiais - PNE prevista no art. 93, inc. IV, da Lei 8.213/91, de modo que seja observado o limite máximo de 20% (vinte por cento) do seu total, iniciando-se pela convocação de um candidato com necessidade especial a cada quatro de ampla concorrência, e assim sucessivamente.

Com todo o respeito ao entendimento do voto condutor, tenho outra compreensão acerca do tema.

A Constituição Federal, em uma das suas vertentes voltadas para a defesa da cidadania, estabeleceu que o valor Trabalho Humano é Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1.º, inciso IV). Assim também o fez quanto ao valor da livre iniciativa.

No Capítulo dos Direitos Sociais, realçou o caráter civilizatório do respeito à força de trabalho, ao proteger o salário, na forma da lei, proibindo, inclusive, a redução salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (artigo 7.º, incisos X e VI).

Ainda que não tenha sido a Constituição dos sonhos de alguns setores excluídos da sociedade nacional, a cidadania brasileira passou a contar, a partir de 5 de outubro de 1988, sem nenhuma dúvida, com valiosos instrumentos a serviço de uma maior democracia nas relações entre o capital e o trabalho. A expressão mais significativa está na constitucionalização de inúmeros direitos sociais, alguns absolutamente novos, conferidos aos trabalhadores.

Outros direitos, nem sempre tão visíveis, do mesmo modo, compõem o conjunto de garantias de uma nação que pretende ser verdadeiramente democrática. E antes dos direitos em sentido estrito, devo registrar novamente, encontram-se os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 1.º), estando ali o da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho, bem como a garantia fundamental do direito à vida, (artigo 5.º).

Não há norma constitucional meramente programática, de conteúdo vazio, sobretudo quando se trata de Princípio Fundamental. Ao poder público compete fazer cumprir os mandamentos expressos na Constituição Federal. Na análise do caso concreto que lhe é submetido, o juiz deve velar pela aplicação de tais regras como expressão do êxtase da soberania nacional, antes mesmo da subsunção de outras normas jurídicas inferiores.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é notoriamente incompatível com qualquer atitude que reduza o trabalhador a um mero vendedor da mão de obra, sem amor-próprio e sujeito a contrair doenças laborais (emocionais e físicas). É por essa razão que qualquer iniciativa patronal tendente a comprometer o conjunto de direitos assegurados ao trabalhador, viola o preceito fundamental antes indicado.

E assim o é porque o trabalho, seja qual for o ofício profissional, do frentista de postos de combustíveis, do bancário, do carpinteiro, do gari, do operário, do advogado, do pedreiro, do jardineiro e de tantos outros valorosos trabalhadores, detém uma extraordinária diferença em relação aos insumos da produção capitalista.

O dinheiro pode trocar as máquinas, os computadores, impulsionar a revolução cibernética, desprezar fatores antes considerados relevantes e descartar um monte de outras coisas. Não deve, porém, ter a ousadia de tentar colocar no mesmo conjunto o valor Trabalho Humano.

O protagonista do trabalho é o ser humano , sendo este fato suficiente para lançar, em primeiro plano, à proteção de sua dignidade. Assim procedeu o constituinte de 1988, quando, ao lado da Dignidade da Pessoa Humana, considerou como Princípio Fundamental o do valor social do Trabalho.

O Estado, por seu turno, existe para cumprir múltiplas funções, entre outras, sem nenhuma dúvida, a de não tolerar o intolerável. O francês Lacordaire, no auge do liberalismo na Europa, destacava que "*entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta*". Marx, ao contrário, via o Estado apenas como reflexo e epifenômeno das forças econômicas.

Princípio não tem força de norma. Princípio é norma ou, como declaram alguns juristas, é mais importante do que qualquer norma legislada. É o que dá sustentação ao Direito. Um Direito sem princípios não é ciência no verdadeiro sentido da referida expressão, mas apenas um conjunto de regras postas pela autoridade legislativa ou por outros atores.

Citado pelo jurista Carlos Henrique Bezerra Leite, o constitucionalista Celso Antônio Bandeira de Melo, declara que princípio:

"é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra" (Curso de Direito Processual do Trabalho, Ed. Ltr, 5ª Edição, São Paulo, 2007).

Na mesma linha, Jorge Miranda destaca que:

"O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produtos de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é ordenamento ou conjunto

significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, e valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições" (obra citada de Bezerra Leite).

Sequer seria necessário lembrar a força normativa dos princípios como pontos nucleares a orientar a interpretação e a aplicação do direito, na qualidade de verdadeira base de qualquer sistema jurídico guardado pelo caráter de cientificidade do seu conhecimento e de sua apropriação como saber dotado dessa natureza. O mestre paraibano-cearense Paulo Bonavides os tem como normas-chaves de todo o sistema jurídico, o seu verdadeiro fundamento, além de acrescentar o renomado constitucionalista que *"fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição"*(BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 22ª Edição, 2008, p. 294).

Assim é o Direito do Trabalho, pronto, a partir dos seus princípios, da sua gênese, dos seus fundamentos históricos, constitucionais e legais, e da ação dos seus operadores, para reagir contra toda e qualquer operação destinada ao seu descumprimento, por mais inventivos que sejam os autores da obra. Se algum dia for esse o caminho adotado pelo Parlamento brasileiro, de desconstrução do Direito do Trabalho, até mesmo o constituinte derivado não terá carta branca para destruir as bases sobre as quais se assentam a matéria. Em termos de direitos sociais, direitos humanos que são por excelência, é inadmissível qualquer retrocesso.

Plá Rodriguez, em sua clássica obra *"Princípios de Direito do Trabalho"*, publicada e republicada recentemente pela Editora LTR, quando discute a necessidade de incluir expressamente ou não os princípios orientadores do juslaboralismo nos textos legais, opta pela segunda alternativa.

E assim o faz de maneira motivada para declarar que a função interpretativa dos princípios é mais relevante do que a própria função normativa ou aquela que inspira o legislador a

eventualmente seguir determinado princípio. A função interpretativa, dizia o saudoso mestre uruguaio, também serve para afastar do mundo jurídico atitudes legislativas contrárias aos postulados do Direito do Trabalho.

Ora, o Direito do Trabalho encontra-se fundado em princípios, tendo a mais absoluta compatibilidade com toda e qualquer diretriz principiológica afirmativa dos Direitos Humanos da classe trabalhadora, como se nota, por exemplo, da essência do princípio da vedação do retrocesso social (*Pacto de San José da Costa Rica*, art. 26). A observância desse princípio pelo intérprete preserva o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados, de modo que esses direitos são constitucionalmente garantidos (CANOTILHO, 2003, p. 475). Por incidência desse princípio, extraem-se, também, o princípio da progressividade social e os princípios da proteção e da norma mais favorável (REIS, 2010, p. 10), bem como que se afastam do ordenamento jurídico todas e quaisquer normas violadoras da função do Direito do Trabalho (RODRIGUEZ, 1993).

Para Canotilho, o princípio do não retrocesso é o instrumento jurídico apto a evitar contrarrevoluções no campo social, preservando, por via de consequência,

"(...)o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.

Daniela Muradas Reis compreende que:

"O progresso e não retrocesso social ainda relaciona-se ao princípio da proteção do trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do Direito do Trabalho, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho humano, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre o capital e o trabalho.

O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à ideia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso da ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de que não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores. Por conseguinte, são consectários lógicos do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável e o princípio da progressividade dos direitos sociais."

Em sintonia com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e com os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º. I e IV), a Constituição Federal dedicou especial atenção às pessoas com deficiência, conforme dispõem os arts. 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, IV, e 208.

Ademais, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Nesse cenário, é importante destacar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, norma com status de Emenda Constitucional (§ 3º do art. 5º da CF).

No art. 27, a referida convenção dispõe que os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, salvaguardando e promovendo o direito ao trabalho, **adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação**, com o fim de empregar pessoas com deficiência no setor público (art. 27.1 "g").

No âmbito da OIT, há a Convenção nº 159 sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, incorporada pelo Brasil em 1991 (Decreto nº 129 de 22 de maio de 1991), conceituando como deficientes *"todas pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada"* (artigo 1.1).

A mesma convenção internacional exige dos países signatários a formulação, aplicação e revisão da política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes (artigo 2), *"com base no princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores deficientes. **As medidas positivas especiais** com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos."* (grifo acrescido - artigo 4).

Assim, a legislação nacional prevê uma importante medida contida na Lei nº 8.213/91 para inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho ao exigir que as empresas preencham de 2% a 5% dos seus cargos com pessoas com deficiência. É o que dispõe o art. 93 da referida lei:

"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%."

O último censo ou recenseamento demográfico do Brasil de 2010, realizado pelo IBGE, apontou que quase 24% da população brasileira possui algum tipo de deficiência, o que equivale a 45.606.048 milhões de pessoas (*Censo Demográfico 2010 - Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível no sítio do IBGE*).

Segundo a "*Cartilha do censo de 2010 - Pessoas com deficiência*" de 2012, elaborada pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, havia, em 2010, 44.073.377 pessoas com pelo menos uma deficiência em idade ativa, mas 23,7 milhões não estavam ocupadas.

Esses dados apontam que há um largo caminho para efetivação da chamada Lei de Cotas (art. 93 da Lei nº 8.213/91) e tornar realidade os direitos fundamentais constitucionais e humanos internacionais de plena inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e, em especial, no mercado de trabalho.

Ademais, importante esclarecer que a Lei de Cotas aplica-se a todas as pessoas jurídicas de direito privado que admitem trabalhadores como empregados, o que certamente inclui a demandada, empresa pública, uma vez que o art. 14, I, da Lei nº 8.213/91, ao conceituar "empresa" para os efeitos da lei, considerou a "*firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica*

urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional".

No caso em exame, embora a reclamada venha observando o percentual mínimo de 5% (cinco por cento) de reserva das vagas que surgem no curso do prazo de validade do concurso, tal providência não tem sido suficiente para atender a exigência legal de compor seus quadros com pelo menos 5% (cinco por cento) de pessoas com deficiência em relação à totalidade de empregados no âmbito da reclamada.

Na hipótese, a própria reclamada admite que há "96.840 empregados em seu quadro, sendo 1.414 na condição de pessoa com deficiência e/ou reabilitado, o que representa o percentual de 1,46%" (ID. 959f862 - Pág. 21), representando um déficit de 3.428 pessoas para atingir a cota mínima. Portanto, o descumprimento do percentual mínimo (5%) está devidamente comprovado nos autos.

Não se cogita da limitação patronal pretendida, porquanto as vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais são exclusivas e não se confundem com as vagas dos demais candidatos.

Tanto o é que, a vacância de um cargo ocupado por pessoa com deficiência somente é suprida com a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social, nos moldes do §1º, art. 93, da Lei 8.213/91.

O que se discute nos autos é a inobservância da cota legal de vagas pertencentes às pessoas com necessidades especiais, devidamente comprovada nos autos, cuja concretização da medida afirmativa não configura discriminação, nem caracteriza afronta ao direito dos candidatos aprovados na listagem geral, que tão somente visa suprir o déficit apresentado e alcançar a reserva mínima.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da reclamada, e mantenho incólume a sentença neste aspecto.

III- CONCLUSÃO

Em face do exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento ao recurso da assistente do autor, nos termos da fundamentação.

Mantido o valor arbitrado à condenação na origem porque ainda compatível.

É como voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão realizada na data e nos termos da respectiva certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer dos recursos, rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, por maioria, parcialmente vencida a Des.ª Relatora, negar provimento ao recurso da reclamada e dar provimento ao recurso da assistente do autor, tudo nos termos do voto do Desembargador Grijalbo Coutinho, que fica designado redator do acórdão. Ementa aprovada. Mantido o valor arbitrado à condenação na origem porque ainda compatível.

Sustentações orais: Dr. Paulo Roberto Silva, Dr. Diego Coelho e Dra. Ludimila Barbosa.

Sala de Sessões, 24 de abril de 2019 (4ª feira).

GRIJALBO FERNANDES COUTINHO
Desembargador Redator

DECLARAÇÃO DE VOTO