V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

ANA PAULA MARTINS AMARAL

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Paula Martins Amaral; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-487-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

Artigos neste Grupo de Trabalho

OS REFUGIADOS NA ATUALIDADE: DIREITO HUMANOS, GLOBALIZAÇÃO E INSEGURANÇA

CAMPOS DE REFUGIADOS E SANEAMENTO BÁSICO: ANÁLISE DOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS DIANTE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

A FALTA DE PROTEÇÃO JURÍDICA ESPECÍFICA AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E A CONSEQUENTE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A GOVERNANÇA MIGRATÓRIA E O DIÁLOGO DE FONTES NORMATIVAS NA PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE TRABALHADORES MIGRANTES

DIÁLOGOS TRANSATLÂNTICOS ENTRE OS SISTEMAS AFRICANO, INTERAMERICANO E BRASILEIRO PARA OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O MEDO DAS MINORIAS E A DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

DIREITOS DE PERSONALIDADE: O USO DA LÍNGUA DE SINAIS COMO PRIMEIRA LÍNGUA NA EDUCAÇÃO DE SURDOS NO BRASIL APÓS DECLARAÇÃO DE SALAMANCA DE 1994

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS EM PERSPECTIVA: ENTRE DISCURSOS HOMOGENEIZADORES E O RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE

A DEMOCRACIA E AS VIOLAÇÕES MAIS GRAVES AOS DIREITOS HUMANOS: A SIMETRIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE E COMPLEMENTAR ANTE AO ESTATUTO DE ROMA

DEVIDO PROCESSO PENAL CONVENCIONAL: ADOÇÃO DOS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS INTERAMERICANOS NO BRASIL

ENCARCERAMENTO FEMININO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: SISTEMA DE JUSTIÇA E NORMAS INTERNACIONAIS.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO E A EQUIPARAÇÃO REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

A AVALIAÇÃO DO PRECEDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO COM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE DO AMBIENTE DO TRABALHO

DIREITOS HUMANOS E EXCLUSÕES ABISSAIS: O CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

O SER HUMANO SUSTENTÁVEL: SUSTENTABILIDADE E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM DE DIREITOS HUMANOS PARA A AGENDA 2030

UNIVERSALIDADE E MULTICULTURALISMO EM DIREITOS HUMANOS: ALTERNATIVAS PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

OS DESAFIOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: O CASO BARBOSA DE SOUZA

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CAMINHO PARA A RECONSTRUÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA MORAL

O CONTEÚDO JURÍDICO DAS LIBERDADES RELIGIOSAS E SEU RECONHECIMENTO INTERNACIONAL: UM PANORAMA JUNTO AO SISTEMA CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

MINUSTAH: ABUSOS E FALTA DE TRANSPARÊNCIA NAS PUNIÇÕES

CONCEPÇÃO POLÍTICA DE TERRITÓRIO E A BUSCA DE COOPERAÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A GARANTIA DO SIGILO FISCAL E O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES FISCAIS ENTRE PAÍSE

A AVALIAÇÃO DO PRECEDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO COM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE DO AMBIENTE DO TRABALHO

THE EVALUATION OF THE PRECEDENT ESTABLISHED BY THE SUPERIOR LABOUR COURT IN REGARDS TO THE HUMAN RIGHTS FOR INCLUSION AND ACCESSIBILITY OF THE WORK ENVIRONMENT

Flavia Piva Almeida Leite [1]
Guilherme Burzynski Dienes [2]
Milene Facciolo Pires [3]

Resumo

A inclusão e acessibilidade do ambiente do trabalho são direitos humanos indispensáveis à vida digna da pessoa com deficiência, conforme a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007. O objetivo do presente trabalho é avaliar o precedente do Tribunal Superior do Trabalho sobre o sistema de reserva de vagas e a possibilidade de sua superação. Emprega-se o método dedutivo de abordagem através de revisão bibliográfica e estudo de caso. Os resultados explicitam a necessidade de formação de novo precedente que analise o ambiente de trabalho do empregado.

Palavras-chave: Direitos humanos, Pessoa com deficiência, Reserva de vagas, Acessibilidade, Ambiente de trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

The inclusion and accessibility of the work environment are human rights that are essential for the dignified life of people with disabilities, according to Convention No. 159 of the International Labor Organization and the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2007. The objective of this work is to evaluate the precedent of the Superior Labor Court on the employment reservation policy and the possibility of its overruling. The deductive method of approach is used through literature review and case study. The results show the need to establish a new precedent that analyzes the employee's work environment.

---

[1] Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP na sub-área Direito Urbanístico. Líder do grupo de pesquisa Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Membro do grupo de pesquisa Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

[3] Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Membro do grupo de pesquisa Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, People with disabilities, Employment reservation policy, Accessibility, Work environment

1 INTRODUÇÃO

A intenção de se promover a inclusão da pessoa com deficiência pode ser identificada como uma finalidade política contemplada por diversos instrumentos na legislação internacional e brasileira concebidos para efetivar a sua participação no mercado de trabalho em igualdade de oportunidades com os demais trabalhadores.

Aborda-se no presente trabalho o enquadramento da inclusão e acessibilidade do ambiente de trabalho como direitos fundamentais por parte dos tratados de direitos humanos firmados pelo Estado Brasileiro, desde a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho e com especial relevo pela ratificação como emenda Constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Após, apura-se a eficácia desses instrumentos normativos através do modo em que ocorre a avaliação judicial sobre a forma de cumprimento do sistema de reserva de vagas instituído pelo art. 93 da Lei 8.213/91, que impõe às empresas um patamar mínimo para contratação de pessoas com deficiência e restringe a possibilidade de sua demissão imotivada, que se tornou objeto de controvérsia resolvida por meio do precedente estabelecido através da decisão dos Embargos de nº 10740-12.2005.5.17.0012 pela Subseção I de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-1).

A decisão contempla a inclusão como um preenchimento numérico mínimo de vagas, contudo o alcance dado a seu conteúdo e forma de aplicação pode, em potencial, conduzir a uma contratação meramente formal − dissimulando a exclusão do empregado, circunstância que pode se agravar pela aplicação irrefletida da técnica dos precedentes judiciais.

Diante dessa problemática, a discussão da presente pesquisa tem por objetivo avaliar se o precedente torna efetivo os direitos fundamentais de acessibilidade e de inclusão dispostos nas convenções de direitos humanos firmadas pelo Brasil e, caso contrário, se é necessária a adequação ou eventual superação (*overruling*) do precedente estabelecido.

Para tanto é realizada a revisão da literatura sobre os temas apurados com o estudo de caso do precedente judicial em discussão e abordados através do método dedutivo. Com isso, passa-se ao primeiro ponto de análise onde se avalia a inclusão da pessoa com deficiência e a acessibilidade do meio ambiente do trabalho no âmbito dos direitos humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio na forma de direitos fundamentais.

2 A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A ACESSIBILIDADE DO

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA INCORPORAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A singularização e compartimentalização de certos fenômenos complexos, onde a repetição de uma nuance distinta de um certo atributo acarreta outro ganho de função em outra subárea, e isso se desdobra e se repete até que um resultado almejado seja produzido. A técnica como um fazer abstrato e dissociado da vida humana, sem referência a um propósito ou sentido, salvo o aprimoramento da performance das tarefas, a sua eficiência e a tradução desses esforços em pecúnia, entendida como o valor do existir.

A esses dois processos de organização e automação descritos no parágrafo anterior, segundo VANDERBURG (2013), deve-se a exigência feita ao homem de eficácia e previsibilidade incansável que beira à mecanização, reduzindo-o a uma criatura falha sempre aquém de suas possibilidades e anulando o seu espírito único de "adaptação e evolução" (p. 30). Dessa dinâmica decorre uma profunda crise no processo de internalização das experiências vivenciadas, desenvolvidas e integradas à estrutura cultural da espécie humana como forma de entender e viver o mundo (VANDERBURG, 2013).

Esforços diários de superação se tornam irrelevantes a essa métrica da eficácia. Em seu agir, o trabalhador leva consigo uma falha incorrigível: o esforço que o leva a acordar de manhã não é ser mais produtivo. Antes de tudo, é sobreviver e tentar encontrar nos seus afazeres, na sua vida social e familiar, um significado que justifique sonhar até o amanhã recomeçar. A pessoa com deficiência não só acorda para fazer o mesmo, mas se vê obrigada a confrontar inúmeras barreiras ambientais até para poder ter sequer a possibilidade de reservar o seu resto de dia para também achar o seu lugar ao sol.

A realidade técnica enterra essas batalhas e banaliza o seu significado. Aqui se busca pelo esforço argumentativo resgatar, ao menos em parte, o sentido, propósito e a forma de aplicação dos direitos humanos com relação ao trabalho da pessoa com deficiência e a sua integração social assegurados pelas Convenções incorporadas ao rol de direitos fundamentais pela Constituição de 88.

A coleção dessas experiências mais caras para o desenvolvimento da pessoa e de sua dignidade no âmbito social compõe o catálogo de proteção dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008), com a sua particular razão de ser e relevância prática demonstrada e reafirmada através dos esforços e contribuições intergeracionais para a pacificação de conflitos sociais. A sua relação no texto Constitucional não exclui outros direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela norma maior e tampouco eventuais adições efetivadas por tratados e convenções

de direitos humanos (§§1º, 2º e 3º, art. 5º, CRFB).

A resposta arduamente construída ao suplício ditatorial brasileiro se deu ao erigir o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado do valor social do trabalho e da livre iniciativa nos termos do art. 1º, CRFB.

Clarificando esse princípio basilar, ALEXY (2008, p. 355) assevera que o seu conceito "pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida". Segundo o autor, a sua presença seria condicionada ao desenvolvimento da dignidade em liberdade em função e com relação à comunidade em que o indivíduo se encontre, sendo-lhe permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser "desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, direitos coletivos) que fundamentem uma restrição" (ALEXY, 2008, p. 358).

Já para CANOTILHO (1993, p. 363) a dignidade humana compreende tanto "a integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade", quanto o resguardo da identidade e integridade pessoal através do "livre desenvolvimento da personalidade" e a "libertação da angústia da existência mediante mecanismos da sociedade, dentre os quais a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas" e, por fim, a igualdade entre os cidadãos.

Encartada pelo art. 5º, *caput,* CRFB, a igualdade ao mesmo tempo que assegura a paridade de tratamento a todos, permite que seja dispensado uma tutela distinta caso a situação específica, analisada em abstrato, apresente características diferenciadas e delimitadas pela norma jurídica (MELLO, 2000).

Considerando que "a igualdade ou a desigualdade não residem intrinsecamente nas coisas, situações e pessoas, porquanto, em última análise, todos os entes diferem entre si, por mínimo que seja" (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 9), é por meio dessa delimitação do critério normativo que se viabiliza o amparo e tratamento distinto "a todo um grupo de pessoas em iguais condições, próprias e específicas, que leve em consideração suas peculiaridades e necessidades especiais" (PIOVESAN, 2018, p. 553)

Nesse aspecto, o princípio da isonomia tutela a proteção à pessoa com deficiência buscando reverter a sua exclusão do convívio social e, em especial, do mercado formal de trabalho, desdobrando-se na vedação à discriminação do trabalhador no tocante a salários e critérios de admissão, na reserva de vagas em cargos e empregos públicos e no compromisso de integração ao mercado de trabalho por parte da assistência social, fixados pelos arts. 7º, XXXI, 37, VIII e 203, III e IV, CRFB.

Avaliadas essas medidas em conjunto com o direito à saúde e bem estar do empregado,

é inequívoco que a implementação e observância de medidas de inclusão correspondem ao resguardo de um meio ambiente do trabalho equilibrado, direito fundamental para o desenvolvimento da vida humana consubstanciado nos arts. 196, 200, VIII e 225, CRFB.

A esse ambiente do trabalho, entende-se que o trabalhador não só integra, mas é indissociável do meio em que encontra − encontrando-se em uma relação contínua de reciprocidade e interação, "nele influenciando e por ele sendo influenciado" (ALMEIDA; COSTA, 2017, p. 54). A extensão dessa interrelação é identificada por fatores pessoais e ambientais, compreendidos como:

> aspectos biogenéticos dos trabalhadores (por exemplo, sexo, idade cronológica, história de doenças na família, competência imunológica, deficiência física etc.), comportamentais (por exemplo, participação em programas de promoção de saúde, tabagismo, consumo de álcool etc.) e psicológicos (por exemplo, otimismo, criatividade, extroversão, habilidade interpessoal, ansiedade, estado depressivo, esgotamento, estresse, pressão, satisfação com o trabalho, subjetividade etc.); e os aspectos geográficos (por exemplo, clima, vegetação, radiação ultravioleta, aquecimento global etc.), arquiteturais-tecnológicos (por exemplo, arquitetura, ergonomia, estrutura das áreas de trabalho, arranjo espacial, radiação eletromagnética, poluição sonora, poluição ambiental, aparatos tecnológicos, equipamentos, maquinários etc.), socioculturais (por exemplo, status socioeconômico individual e coletivo, crenças e práticas culturais e religiosas, clima social na empresa, instabilidade política, mudanças econômicas, legislação – existência, aplicação e eficácia etc.) e organizacionais (por exemplo, rotina, procedimentos, regulamento da empresa, normas coletivas, estrutura hierárquica, penosidade, jornada de trabalho, intervalos, pausas etc.) (ALMEIDA; COSTA, 2017, p. 54).

Nesses termos, as particularidades do ambiente do trabalho da pessoa com deficiência passaram a ter o seu critério de diferenciação a partir da ratificação da Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 159, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989.

Ao seu artigo 1º (BRASIL, 1991) conceitua a pessoa com deficiência como aquela que em razão de uma deficiência de caráter físico ou mental tenha reduzida de forma substancial a sua capacidade de obter e conservar o emprego (item 1), sendo finalidade da reabilitação profissional a obtenção, conservação e progressão funcional no posto de trabalho, promovendo "a integração ou e reintegração dessa pessoa na sociedade" (item 2).

A reabilitação profissional não se limitaria apenas a reinserir trabalhadores com deficiências adquiridas após o seu ingresso no mercado (MELO, 2004): abrange igualmente a formação profissional, a colocação e o emprego de pessoas com deficiência, no teor do art. 9º da Convenção pela interpretação dada por FIGUEIREDO (1997 *apud* MELO, 2004).

Ao teor dos arts. 2, 3 e 6 do mesmo diploma, a cada país signatário caberia por legislação nacional e por outros procedimentos, aplicar e revisar a política pública de forma a assegurar a existência de "medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas

as categorias de pessoas deficientes no mercado de trabalho". Pauta-se pelo princípio de igualdade de oportunidade e de tratamento entre os trabalhadores, sejam eles pessoas com ou sem deficiência, não representando essa política uma forma de discriminação com relação a estes últimos (art. 4).

As finalidades versadas pela Convenção OIT nº 159 não se traduzem em mero tratado comercial: correspondem a um tratado de direitos humanos voltado a definir e estabelecer direitos às pessoas com deficiência, ao dispor sobre a conservação do vínculo laboral e ao avanço na carreira profissional e desdobrar o significado e a forma de manutenção do meio ambiente do trabalho equilibrado.

Considerando que a sua incorporação ao ordenamento se deu anteriormente às exigências de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso nacional estabelecidas pelo §3º, art. 5º, CRFB através da Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se, em realidade, de norma constitucional, tanto formal como materialmente, por força do §2º daquele mesmo dispositivo (PIOVESAN, 2022).

Sem prejuízo de eventuais divergências sobre os desdobramentos decorrentes dessa incorporação, outra alteração no ambiente laboral da pessoa com deficiência ainda mais substancial se sucedeu.

Já aprovada nos moldes do §3º, art. 5º, CRFB atendendo às exigências do rito do Poder Constituinte Reformador e admitida como Emenda Constitucional por meio do Decreto nº 6.949/2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo promoveu profundas mudanças nas políticas públicas com relação à pessoa com deficiência (LEITE, 2012), iniciando já com a alteração conceitual dessa condição em seu art. 1º:

> pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais (BRASIL, 2009).

Antes, a deficiência era apurada com base no modelo médico, focado exclusivamente em relações e análises quanto às características individuais do trabalhador, que conduziam a uma reduzida capacidade de conviver com as demais pessoas. O esforço de autossuperação e sacrifício diário seria quase um prerequisito para trabalhar, afinal, até então, deveriam se adaptar "à sociedade se desejassem fazer parte desta" (BUBLITZ, 2015, p. 26).

Agora, a deficiência passa a ser "resultante de uma função em que o valor final depende de outras variáveis independentes, quais sejam: as limitações funcionais do corpo humano e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo"

(LOPES, 2019, p. 46), o que se entende como o modelo social para apuração da deficiência.

Em seu art. 9, na forma do item "Acessibilidade" elenca diversas medidas e diretrizes para a identificação e eliminação de obstáculos à vida independente e à integração social das pessoas com deficiência. Mais à frente, estabelece uma série de políticas públicas que condicionam o ambiente de trabalho das empresas e representam um compromisso do Estado brasileiro, na forma do item "Trabalho e Emprego", art. 27 (BRASIL, 2009), descrito aqui brevemente em sequência.

Em seu item 1, determina que a pessoa com deficiência deve ter a igualdade de oportunidades para escolher o seu próprio trabalho que lhe dê condições de sobreviver e prosperar em um ambiente "aberto, inclusivo e acessível". A discriminação não deve ter mais lugar nas formas de emprego, nos processos de seleção, contratação, permanência, capacitação, desenvolvimento e resguardo à incolumidade do ambiente laboral, na igualdade salarial ou de exercício aos direitos trabalhistas e sindicais como dispõem as alíneas "a", "b" e "c".

Assegura o ingresso em programas de orientação técnica e profissional, treinamentos, e serviços de (re)integração ao mercado de trabalho, a não só obter um emprego como conservá-lo e nele ter a oportunidade de ser promovido, facilitando-se que adquira experiência profissional e que atue em um ambiente de trabalho que tenha adaptações razoáveis para que possa desempenhar suas funções, direitos afixados nas alíneas "d", "e", "i", "j" e "k".

A adaptação razoável, pelo art. 2º, seriam as "modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus proporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso" para assegurar a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência com relação aos demais.

A deficiência não só é apurada em relação a fatores socioculturais, organizacionais e arquiteturais-tecnológicos, além das características pessoais do trabalhador, mas o próprio ambiente de trabalho é regulado por norma constitucional. A despeito de sua ulterior previsão através da Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015b) que não será abordada no contexto desse trabalho, a violação a esses direitos fundamentais pode ser suscitada em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro, afinal são um compromisso integral de política do Estado Brasileiro e, por decorrência, do Estado-juiz.

Nesse sentido de protagonismo do Poder Judiciário, destaca-se, por analogia, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos [...] o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle da

> convencionalidade das leis" entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (2006 *apud* PIOVESAN, 2022, n.p.).

A princípio, seria imediata a aplicação de um tratado por parte do julgador aos casos que se encontram em sua apreciação, com base no §1º do art. 5, CRFB.

Não raro o Judiciário avalia atos já consumados sob a égide da legislação em vigor, consequentemente esse entendimento afeta a segurança jurídica por modificar o entendimento a respeito de ato jurídico perfeito e direito adquirido, ambos elencados à categoria de direito fundamental e de cláusula pétrea nos termos dos arts. 5º, caput e inciso XXXVI e 60, §4º, CRFB.

Versando sobre o princípio da segurança jurídica, REMEDIO e BARBOSA (2018) entendem que o direito adquirido representa uma restrição material à atuação do Poder Constituinte Derivado, vez que o seu não reconhecimento representaria um elemento de inconsistência no ordenamento jurídico. Ao que identificam, o direito adquirido seria o pressuposto para o princípio da vedação do retrocesso social dirigido ao Estado-legislador quanto à supressão de direitos sociais, não podendo ser sopesado de forma dissociada aos demais valores constitucionais, tal como a "democracia, a igualdade material e a proibição do retrocesso social" (REMEDIO; BARBOSA, 2018, p. 168-170).

A prevalência da segurança em detrimento de outros valores se amolda à concepção de Joseph Raz (1979, p. 214-215, tradução nossa) de que se o direito deve guiar a conduta humana não é admissível a existência de uma norma que "não exista no tempo da ação", devendo as suas determinações serem "prospectivas, abertas e claras" de forma a não "enganar ou confundir quem deseja a atender os seus mandamentos". Afinal:

> O Direito não é só um fato da vida. É uma forma de organização social que deve ser utilizada de forma correta e para os fins corretos. É uma ferramenta nas mãos do homem que difere de muitas outras por ser versátil e capaz de ser utilizada por uma grande variedade de propósitos razoáveis. Assim como outras ferramentas, máquinas e instrumentos, um objeto não faz parte de sua categoria própria a não ser que tenha alguma habilidade ou desempenhe a sua função. Uma faca não é uma faca senão detenha ao menos alguma funcionalidade para cortar. Para que o Direito seja o Direito ele deve ser capaz de guiar o comportamento humano, ainda que de forma ineficaz. Tal como outros instrumentos, a lei tem uma virtude específica que é moralmente neutra com relação aos fins ao qual o instrumento é aplicado. É a virtude da eficiência; a virtude do instrumento como, propriamente, um instrumento. Pois para o Direito essa virtude é o *rule of law*. Logo, o *rule of law* é uma virtude inerente ao Direito, mas não uma virtude moral (RAZ, 1979, p. 226, tradução nossa).

Aqui se faz referência expressa à "tese da separação", que determina que "o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais" (ALEXY, 2009, p. 3).

A constatação de que a prática jurídica não escapa do questionamento a respeito do conceito do direito e, com isso, seu desempenho concorre, colabora e contribui com a proposta apresentada pela filosofia é melhor ilustrada com a questão da "injustiça legal" apreciada pelas decisões do Tribunal Alemão, sobre o qual Alexy dedica sua obra. Em particular, ressalta-se o seguinte excerto:

> Por motivos racistas, §2º do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941 [...], privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. O Tribunal Constitucional Federal tinha de decidir se um advogado judeu, que havia emigrado para Amsterdam pouco antes da Segunda Guerra Mundial, devia perder a cidadania alemã de acordo com esse dispositivo. Em 1942, o advogado foi deportado de Amsterdam. Nada se sabia sobre seu destino ulterior. Por isso, era de supor que havia morrido, o que significa que se devia excluir a possibilidade de ele recuperar a cidadania alemã, nos termos do art. 116, § 2 da Lei Fundamental.
> O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que o advogado nunca havia perdido sua cidadania alemã, uma vez que o 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich era nulo *ab initio*. Eis sua fundamentação:
> "O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um 'legislador constitucional' tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de urn positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça [...].
> Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou **a possibilidade de negar aos dispositivos 'jurídicos' nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais de justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplica-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito** [...].
> O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* [...]. Esse decreto tampouco se tomou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela 'desnaturalização' declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, **uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada** (ALEXY, 2009, p. 7-8, grifo nosso).

Após essa breve exposição, destaca-se a correlação entre a cidadania, a dignidade humana, o valor social do trabalho, a livre iniciativa, a igualdade, a segurança jurídica e a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito e o meio ambiente equilibrado, todos direitos fundamentais assegurados pelos termos dos arts. 1º e incisos, 5º, *caput*, e inciso XXXVI ,196, 200, VIII e 225, CRFB.

Considerados individualmente, tais princípios fundamentais podem conduzir a uma aparente contradição, devendo a resolução no caso concreto ser tomada pela articulação comparativa e pela otimização entre os institutos em apreço (ALEXY, 2008). A avaliação da prevalência de um princípio em detrimento de outro deve se dar pela "fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro" (ALEXY, 2008, p. 96), a depender das circunstâncias do caso em debate.

Sob a perspectiva de acesso à justiça, essa discussão no âmbito laboral se daria predominantemente em sede de dissídio individual, onde a pessoa com deficiência tem garantido o ingresso perante a competência especializada da Justiça do Trabalho para dirimir eventuais conflitos advindos de suas relações de trabalho, nos termos do art. 114 e incisos, CRFB.

Esgotados os todos recursos internos disponíveis e inexistindo outro procedimento de investigação ou resolução internacional sobre a matéria, é admitido o peticionamento por parte de indivíduos ou grupos de pessoas denunciando a violação aos direitos previstos na Convenção ao Comitê encarregado de monitorar a sua efetividade (art. 34), com base no art. 1º do protocolo facultativo à Convenção de 2009 do qual o Brasil também é signatário (PIOVESAN, 2022).

A data de vigência de todos os diplomas discutidos nesse título já permite avaliar se esse debate já foi travado e em que medida teria sido contemplado. A importância de eventual resolução se sobressai considerando a implementação do sistema de precedentes no contexto da justiça do trabalho que será objeto da próxima análise.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES E A JUSTIÇA DO TRABALHO

Da pluralidade de órgãos judicantes surgem eventuais diferenças entre a interpretação dos fatos e a aplicação do direito, acarretando na diversidade de soluções jurídicas identificadas por meio da jurisprudência (MITIDIERO, 2015, n.p.).

Essas diferenças representam um risco à segurança jurídica e ao direito de todo jurisdicionado obter um tratamento paritário por parte das autoridades públicas, tendo os precedentes judiciais a finalidade de proporcionar estabilidade a partir de uma padronização de decisões, onde um julgamento proferido anteriormente "é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior" (CÂMARA, 2022, p. 441).

Essa pretensão de estabilidade traz a necessidade de completude, precisão e clareza das soluções jurídicas, que devem contemplar os "passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de caso pelo juiz" MITIDIERO (2015, n.p.), impondo aos tribunais o dever de "uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" (BRASIL, 2015a), nos termos do art. 926, CPC.

Ou seja, a estabilidade para preservar a jurisprudência que já foi objeto de consolidação, a coerência para não incorrer em contradição e não proferir decisões distintas em casos similares e a integridade para decidir em harmonia com o Direito (DONIZETTI, 2021).

A caracterização do precedente com força vinculante no Novo Código de Processo Civil corresponderia a "súmulas (art. 927, II e VI), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações do plenário ou órgão especial (art. 927, I e V)" (MITIDIERO, 2015, n.p.), bem como a decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), além de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

Sua inobservância conduziria à improcedência liminar de pedidos que contrariem seus preceitos em causas que dispensem a fase instrutória à luz do art. 332, CPC, além da possibilidade de se valer de reclamação à Corte Superior em caso de inobservância das teses jurídicas fixadas nos termos e exigências do art. 988, CPC.

A subsequente integração do sistema de precedentes ao sistema recursal na Justiça do Trabalho buscou adaptar essa concepção de força vinculante à estrutura do Tribunal Superior do Trabalho (MOLINA, 2020), em particular, regulando as mudanças que condicionam o dever de fundamentação da decisão judicial à observância das razões adotadas nos precedentes suscitados como paradigmas do caso concreto a ser apreciado, nos termos dos arts. 926 e 489, §1º, VI, do CPC.

A sistematização desses preceitos se deu pelo art. 15 da Instrução Normativa nº 39/2016, destacando-se a previsão de inciso I, alínea "e", *in verbis*:

> Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:
> I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se "precedente" apenas: [...]
> e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2016).

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e em sede de dissídios individuais, o dispositivo corresponde à decisão proferida pela composição plena da Seção de Dissídios Individuais[1] (SDI), órgão especializado encarregado de uniformizar a jurisprudência do Tribunal e dividido em duas subseções.

Cabe à Subseção I (SBDI-1) o julgamento do recurso de embargos de divergência entre as Turmas do TST e entre as decisões turmárias e a jurisprudência da Seção de Dissídios Individuais (incluindo a de suas subseções), de Súmula ou Orientação Jurisprudencial e, em particular, processar e julgar os incidentes suscitados em sede de recursos de revista e embargos

[1] Dispõe o Art. 78 do Regimento Interno do TST que à SDI compete julgar em composição plena os processos em que haja divergência entre seus órgãos fracionários (SBDI I e II) quanto à dispositivo constitucional ou de lei federal e as reclamações destinadas à garantia da autoridade de suas decisões e da observância de tese jurídica por ela firmada como precedente judicial vinculante.

de divergência repetitivos, interpostos respectivamente com fulcro nos arts. 896-C e 894, inciso II, ambos da CLT e com rito próprio regulado pelo art. 2º da Instrução Normativa nº 38, TST (BRASIL, 2015c), e art. 280 a 297 do Regimento Interno do TST (BRASIL, 2017b).

De um outro lado, compete à Subseção II (SBDI-2), dentre outras atribuições, julgar as ações rescisórias propostas contra suas decisões, as da Subseção I e as das Turmas do Tribunal, além de processar e julgar os incidentes de resolução de demandas de repetitivas suscitados em processos de sua competência originária e propostos com fulcro no art. 976 a 987 do CPC.

A cada uma das subseções é resguardada a competência de processar e julgar a reclamação proposta para preservar sua competência e a eficácia obrigatória de tese firmada em demandas repetitivas, podendo, ainda, afetar a matéria à composição plena da Seção de Dissídios Individuais caso haja divergência entre as duas Subseções, ou submeter o caso ao Tribunal Pleno por iniciativa de um de seus membros e após aprovação da maioria de seus integrantes, conforme arts. 78, 281, 298 e 307 do Regimento Interno do TST.

Em um primeiro momento, a pretensão de estabilidade e unificação da jurisprudência exercida pelo TST se dá pela admissibilidade e julgamento dos casos concretos alçados por meio de Recurso de Revista sejam eles fundados em divergência jurisprudencial, violação à Lei Federal ou à Constituição, dentre as demais possibilidades abarcadas pelo art. 896, CLT.

Após a decisão de mérito da Turma, caberia embargos à caso essa decisão seja contrária ao entendimento de outras turmas do TST ou divirja de Súmula, de Orientação Jurisprudencial ou da jurisprudência da SDI e seus órgãos fracionários. Mesmo com a uniformização da jurisprudência exercida pelos órgãos fracionários, apenas a decisão proferida pela SDI seria dotada de eficácia vinculante.

A despeito dessa construção normativa e doutrinária que concentra especialmente nas Cortes Superiores o poder de construir precedentes, STRECK (2020) entende que essa preferência restringe por demasiado o trabalho colaborativo das decisões de juízes e Tribunais, considerando a compreensão de DWORKIN (1999) de que a formação do entendimento jurídico se dá através de sua prática argumentativa onde verifica e atribui sentido às suas proposições, pela proposição de reinvindicações e a exposição de quais desses pedidos teriam uma boa fundamentação e dos critérios utilizados para realizar essa avaliação.

A construção de decisões judiciais seria uma atividade ínsita à prática argumentativa do Direito, calcada no brocardo *stare decisis et non quieta movere*[2], que se desenvolve e se

[2] Corresponde, no português, a "respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido".

reafirma pela atuação dos sujeitos processuais e das instituições vigentes no Estado Democrático. Um "dever fundamental do juiz e a direito fundamental do cidadão" (STRECK, 2020, n.p., Location RB-11.4), reforçando, assim, a eficácia do art. 93, X, CRFB, a aplicação do princípio da isonomia e o papel desempenhado pela magistratura.

Quer se entenda o precedente como aquele dotado de força vinculante advinda de um rol legal taxativo, ou o que se sustenta pela força persuasiva de suas próprias conclusões, o dever de fundamentação da decisão judicial será cumprido apenas se confrontada a razão de decidir (*ratio decidendi)* suscitada e articulada ao caso concreto em apreciação, à luz do que dispõem os arts. 489, §1º, VI e 926, ambos do CPC.

Apenas a sua resolução reafirma a coerência e a integridade da jurisprudência a ser alcançada através do trabalho argumentativo para identificar a formação de um precedente e seus fundamentos decisórios, delinear a sua eficácia e justificar a sua aplicação ou a sua impertinência. Diante dessas considerações, qual seria a relevância de uma decisão em embargos por um órgão fracionário da SDI? Seria essa decisão um precedente?

A resposta é inequívoca: a decisão proferida em sede de Embargos pela SBDI-1 com base no art. 894, inciso II, CLT julga um recurso técnico que possui o escopo de unificar a jurisprudência do TST e, por consequência, resulta em um precedente cujas razões devem ser observadas e ponderadas em apreço à estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

Avaliando o grau de vinculatividade da decisão em embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, FREIRE e LEMOS (2020) expõem que a construção desse consenso jurisprudencial por parte da Corte Superior forma uma vinculação interna no âmbito do próprio Tribunal que se comunica com todo o sistema recursal, mesmo sem que haja uma gradação expressa a esse respeito traçada na lei. Diante dessa constatação, tratam, naquela oportunidade, de identificar hipóteses em que os embargos poderiam se revestir do mesmo efeito vinculante garantido às decisões dispostas no rol do art. 927, CPC.

Uma vez apresentada a razão de decidir definida em sede de Embargos, essa matéria haveria de ser confrontada pelo julgador das demais instâncias, cabendo aplicar o precedente caso assim entenda e desde que demonstre que a circunstância nele presente se amolda à situação fática e jurídica apreciada.

A decisão em maneira diversa exige fundamentação específica para superação do entendimento fixado pelo precedente, ao teor dos arts. 489, §1º, VI e 927, §4º, CPC. A inadequação do paradigma deve ser demonstrada: a) identificando a impertinência de sua aplicação dada a disparidade fática e jurídica entre o caso avaliado e o paradigma; b) evidenciando alteração de situação econômica, social ou jurídica, caso em que se respeitará a

segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, conforme interpretação sistemática aos §§16º e 17º do art. 896-C (MIESSA, 2016; PRITSCH, 2020).

A forma de realização desse raciocínio se daria pelo processo de demonstração da distinção (*distinguishing*) do caso em concreto confrontado com a razão de decidir apreciada, exigência que é apresentada sem a referência a um caminho específico para tal proceder.

Neil Duxbury (2008, p. 116-17 *apud* PRITSCH, 2020, n.p., Location RB-4.12), entende que essa superação (*overruling*) pode ocorrer de forma a identificar que o precedente "é inapropriado ou que a realidade social se alterou de maneira que tal precedente não é mais bem-vindo", através um "método onde a corte nega o precedente quando necessário para preservar o direito" e que se devidamente articulado pode, inclusive, fortalecer a integridade da jurisprudência.

Em seguida, DUXBURY (2008, p. 121, nota 38 *apud* PRITSCH, 2020, n.p., Location RB-4.19) propõe o seguinte exemplo: uma determinada lei possui uma série de "interpretações legítimas" que permitam uma certa margem de "discricionariedade judicial". Um Tribunal Regional acolhe um desses entendimentos, transformando-o em precedente. Submetido o caso à Corte Superior que tem outro entendimento sobre a matéria, o precedente regional não é revogado, pois estaria se "substituindo uma interpretação correta por outra" e esvaziando a "certeza e previsibilidade" da atuação jurisdicional. A revogação se justificaria se o Regional tivesse decidido fora dessa gama inicial "de interpretações possíveis e corretas".

Mesmo na aplicação de precedentes antigos que tenham um alcance delimitado, o Tribunal ao apreciar uma situação fática não abordada no precedente original pode identificar tal caso como uma exceção e "recaracterizar os fatos do precedente de forma mais concreta ou restritiva (portanto, reduzindo o âmbito de sua aplicabilidade)" (PRITSCH, 2020, n.p., Location RB-4.22). Aqui o precedente já estabelecido é mantido, porém seu alcance sofre alterações sem uma superação explícita do entendimento consolidado.

Segundo PRISTCH (2020), a razão de julgamento de um precedente se forma pela apreciação de uma quantia delimitada de fatos sobre os quais se atribui motivadamente uma determinada repercussão jurídica. Logo, se os fatos são diversos dos já apreciados em um entendimento estabelecido pela Corte, e a aplicação analógica dessa solução não for adequada ou recomendável, deve-se afirmar que o alcance do precedente antigo não abrange a matéria apreciada no presente caso. É preciso, então, formar um novo precedente, que passa a coexistir com o antigo entendimento jurisprudencial já consolidado.

Considerando essa metodologia de avaliação do precedente, passa-se a expor o inteiro teor do entendimento firmado pela SBDI-1 do TST nos Embargos de nº 10740-

12.2005.5.17.0012 para, em sequência, avaliar a necessidade de sua adequação ou superação.

4 O PRECEDENTE FORMADO PELA SBDI-1 NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA nº 10740-12.2005.5.17.0012

O conhecimento e apreciação dos embargos de divergência pressupõem a demonstração de dissenso jurisprudencial específico entre Turmas distintas do TST com relação à matéria decidida em sede de recurso de revista, pautado nesse caso no inciso II do art. 894, CLT. Nesse proceder, busca-se a reforma do entendimento adotado no processo principal com base em solução acolhida em caso idêntico apresentado como paradigma.

Consequentemente, a análise do conteúdo da decisão tomada pela SBDI-1 deve ser precedida pela avaliação das teses suscitadas e o tratamento dos casos tanto no processo principal (BRASIL, 2017a) quanto no paradigma indicado (BRASIL, 2013b). Passa-se, assim, a delinear os termos do dissenso apresentado à Corte Superior que deu origem ao precedente.

Ambos os casos foram decididos por unanimidade, sendo recepcionados sob o permissivo do art. 896, alínea "a", CLT com fulcro em violação a dispositivo de lei federal, especificamente ao art. 93, *caput,* e §1º da Lei 8.213/91.

Esse último dispositivo estabelece que a empresa com cem empregados ou mais seria obrigada a preencher de 2% a 5% de seus cargos com pessoas com deficiência, variando proporcionalmente de acordo com o número geral de empregados da empresa apurada: até 200 empregados seriam 2%; de 201 a 500 3%; de 501 a 1.000 4%; e de 1.001 em diante 5%.

Até a eventual contratação de novo trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da previdência social, é assegurada a estabilidade desses empregados contra a dispensa sem justa causa em contrato por prazo indeterminado e contra a ocorrida ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, nos termos do §1º, art. 93, da Lei 8.213/91[3].

Com o desligamento do empregado em desconformidade com a lei haveria a nulidade da extinção contratual e exsurgiria o direito de reintegração no emprego mediante reclamação perante a Justiça do Trabalho.

Assim se verifica que no processo principal (BRASIL, 2017a) a parte embargante corresponde à empresa condenada pela 7ª Turma do TST a reintegrar em seus quadros funcionais um empregado reabilitado para trabalhar como cobrador de transporte coletivo,

[3] § 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. (Redação vigente até 01/01/2016)

contratado no ano de 1999 e demitido em 01/2004.

A empresa informa que possui o total de 498 funcionários contratados, fazendo a reserva de 16 vagas para trabalhadores reabilitados até a data da dispensa imotivada de seu ex-empregado. Desse total, 15 exerciam a função de cobrador e 1 de auxiliar de serviços gerais (BRASIL, 2017c, p. 50). Enquadrada no inciso II, a exigência legal corresponderia a reserva de 15 vagas ou 3% das vagas calculada sob o quadro geral de funcionários e, portanto, não haveria impedimento para demitir qualquer empregado que excedesse o mínimo estipulado pela lei.

A 7ª Turma do TST (BRASIL, 2013a) entendeu que essa demissão foi irregular e determinou a reintegração do funcionário com o pagamento de todos os salários e parcelas devidas desde a dispensa e reintegração até a efetiva contratação de um substituto em condição semelhante. A justificaria seria que a legislação limita o direito potestativo do empregador e impõe a ele a obrigação de contratar um substituto logo após a demissão, salvo se comprovada a completa impossibilidade de assim o fazer e independentemente de a empresa já cumprir ou não a cota legal mínima exigida.

Ampara essa interpretação nos fins sociais de inclusão e de promoção do bem comum da norma, que reputa fruto do compromisso ratificado pelo Estado brasileiro por meio da Convenção da OIT nº 159, cujo conteúdo não foi suscitado diretamente pela via recursal e tampouco é explicitado na razão de decidir.

Em resposta, a reclamada opôs o recurso de embargos apontando dissenso jurisprudencial quanto à aplicação do art. 93 da Lei 8.213/91, vez que a empresa julgada no paradigma elegido atendia ao percentual de reserva de vagas legalmente previsto e essa circunstância, por si, teria justificado o indeferimento do pleito de reintegração ex-empregado pela decisão prolatada.

Para tanto, indicou como paradigma Acórdão proferido pela 5ª Turma do TST (BRASIL, 2013b). A empresa ali teria contratado um funcionário pelo sistema de reserva de vagas em 2008 e o demitiu em novembro de 2010 sem justa causa, sustentando, após, que a dispensa seria legítima vez que na época dos fatos não só cumpria integralmente a cota legal como a extrapolava: contava com o total de 2.409 colaboradores, incluindo 162 pessoas com deficiência dentre seus quadros.

Ao tempo da dispensa, contratava 41 pessoas a mais que o mínimo de 120 (5%) dela exigido pelo *caput* do art. 93, Lei 8.213/91. Contudo, o Tribunal Regional entendeu que o mero atendimento à cota legal não autorizaria a demissão imotivada, sendo necessária a comprovação de contratação de outro empregado em condição semelhante para a validação desse ato, em razão do §1º daquele dispositivo.

Assim sendo, propôs a revista com base em violação de lei federal (art. 896, alínea "a", CLT), que foi conhecida e provida pela 5ª Turma do TST por entender que a restrição à demissão do trabalhador teria como único propósito resguardar o cumprimento da reserva mínima de vagas determinadas pelo *caput* do art. 93 e não o de se impor de forma indiscriminada a todos os trabalhadores com deficiência (BRASIL, 2013b). Nenhuma correlação é feita com outras normas ou com a sobredita Convenção nº 159 da OIT.

Comprovado o dissenso jurisprudencial a SBDI-1 admitiu os embargos opostos no caso principal (BRASIL, 2017a), conferindo a oportunidade para o reclamante contra-arrazoar o alegado. Sua resposta apresentou contrarrazões a embargos declaratórios, e não foi recepcionada como impugnação recursal específica.

Após breve exposição da controvérsia, decidiu por maioria a SBDI-1 por reformar o acórdão e desobrigar a empresa de reintegrar o funcionário e de arcar com as condenações decorrentes.

Ao que se sedimentou na razão de decidir, uma vez comprovado o preenchimento da reserva mínima de vagas estipulada pelo art. 93, *caput*, da Lei 8.213/91, o propósito de assegurar a inserção dos trabalhadores no mercado de trabalho estaria alcançado. Nesse contexto, a previsão do §1º representaria a garantia para o cumprimento do sistema de cotas imposto, assegurando a manutenção dos vínculos empregatícios até que haja a substituição desses empregados por outros, nas mesmas condições. Mantida a participação mínima desses empregados na empresa, a não contratação após a despedida não tornaria a demissão ilegal.

Em sentido contrário, o voto vencido proferido pelo Ministro Alexandre Agra Belmonte faz referência expressa ao art. 3º da Convenção nº 159, OIT, buscando precisar as razões dadas pela 7ª Turma do TST. Após, passa a acompanhá-la, entendendo que a contratação além do limite seria mera discricionariedade do empregador que não possui a prerrogativa de "descumprir a condição imposta pela lei como medida protetiva da coletividade toda" e não apenas com relação específica ao indivíduo reabilitado ou à pessoa com deficiência.

Dessa maneira, formou-se o precedente autorizando o empregador a demitir sem justa causa desde que contrate pessoas com deficiência ao número mínimo exigido pela lei. Apenas se descumprido o mínimo seria assegurado o direito à reintegração através do §1º, art. 93, Lei 8.213/91.

Considerando o direito fundamental da pessoa com deficiência à inclusão e à acessibilidade do meio ambiente do trabalho, a aplicação dessa razão de decidir respeita os tratados de direitos humanos aos quais o Brasil é signatário?

5 CONCLUSÃO

A luta das pessoas com deficiência no âmbito internacional originou os direitos humanos em sua defesa tanto na Convenção nº 159 da OIT e gerou como fruto de seus melhores esforços a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com deficiência e seu protocolo facultativo de 2009, diplomas que estabeleceram a inclusão e o meio ambiente do trabalho acessível como direitos fundamentais no ordenamento jurídico da Constituição de 1988.

Esse espírito único de justiça é ignorado pelo precedente, firmado em total desconhecimento dos tratados de direitos humanos e limitado exclusivamente ao exame do cumprimento numérico mínimo da reserva legal de vagas.

A aplicação irrefletida desse entendimento transforma a prática jurisdicional em um aparato que reproduz a violação aos direitos humanos e dissimula a exclusão do trabalhador ao tornar desnecessária a avaliação conjunta do cumprimento das medidas de adequação ao meio ambiente do trabalho para tornar efetivas as medidas de inclusão nas empresas. Dificulta a probabilidade de uma solução efetiva e prolonga injustificadamente essa miséria no tempo até a excruciante e incerta desconstituição de tais fundamentos através do sistema recursal.

Neste contexto, é necessária a formação de um novo precedente jurisprudencial particular a esse respeito para a efetiva garantia de que o propósito de inclusão não se resuma a meras tabelas e números, mas em uma compreensão de que o trabalho que leva à inclusão na vida social possui caminhos distintos que devem ser respeitados sem desprezar os traços de humanidade particulares a cada trabalhador brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, V. H. D.; COSTA, A.M.D. Meio ambiente do trabalho: uma abordagem propedêutica. *In*: FELICIANO, G.G.; URIAS, J.; MARANHÃO, N. **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. v. 3. São Paulo: LTr, 2017. p. 49-66.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.** Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista: TST-E-ED-ED-RR-10740-12.2005.5.17.0012. Subseção de Dissídios Individuais 1 (SBDI-1). Relator: Renato de Lacerda Paiva. Data de Julgamento 04/05/2017. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 12 de maio de 2017a. Disponível em: http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2008&numProcInt=394253&dtaPublicacaoStr=12/05/2017%2007:00:00&nia=6906466. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: TST-RR-10740-12.2005.5.17.0012. 7ª Turma. Relator: Delaíde Miranda Arantes. Data de Julgamento 02/04/2013. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 05 abr. 2013a. Disponível em:

http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2008&numProcInt=394253&dtaPublicacaoStr=05/04/2013%2007:00:00&nia=5841448. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: TST-RR-775-61.2011.5.03.0150. 5ª Turma. Relator: Caputo Bastos. Data de Julgamento 24/04/2013. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 25 abr. 2013b. Disponível em: http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2013&numProcInt=31879&dtaPublicacaoStr=26/04/2013%2007:00:00&nia=5856401. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**: aprovado pela Resolução Administrativa nº 1.937, de 20 de nov. de 2017. - Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2017b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n. 201, de 10 de novembro de 2015 [Instrução Normativa n. 38]**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 1856, p. 1-4, 17 nov. 2015c.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n. 203, de 15 de março de 2016 [Instrução normativa n. 39]**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 1939, p 1-4, 16 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Visualização dos Autos nº 10740-12.2005.5.17.0012.** Brasília, DF, 2017c. Disponível em: https://aplicacao3.tst.jus.br/visualizacaoAutos/Iniciar.do?load=1. Acesso em: 22 jun. 2021.

BUBLITZ, M. D. **Pessoa com deficiência e teletrabalho**: reflexões à luz do valor social do trabalho e da fraternidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CÂMARA, A. F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DONIZETTI, E. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

DWORKIN, R. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREIRE, R. C. L.; LEMOS, V. S. Os Embargos de Divergência como meio de formação de precedente vinculante. **Revista de Processo - RePRO**, São Paulo, v. 299, Ano 42, jan. 2020. p. 321-360.

GONÇALVES, M. V. R. **Curso de Direito Processual Civil - Vol.3**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LEITE, F. P. A. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: a busca por um modelo social. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, set. 2021. p. 31-53. ISSN 2358-1352. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2654. Acesso em: 16 mar. 2022.

LOPES, L. V. C. F. Disposições preliminares. *In*: Flavia Piva Almeida Leite; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 37-66.

MELLO, C. A. B. D. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed, tir. 8ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, S. N. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência**: o princípio constitucional da igualdade. São Paulo: LTr, 2004.

MIESSA, É.. Nova realidade: teoria dos precedentes e sua incidência no processo do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 5, n. 49, abr. 2016. p. 9-57.

MITIDIERO, D. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245, RePro, Jul. 2015. Não paginado.

MOLINA, A. A.. Compreensão e aplicação dos precedentes na Justiça do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, BA, v. 9, n. 12, ago. 2020. p. 6-38.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, Não Páginado, E-book Formato Kindle.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRITSCH, C. Z. Como identificar a ratio decidendi e aplicar ou distinguir um precedente? *In*: PRITSCH, C. Z. *et al.* **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. 1ª ed. Cap. 1.4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Não paginado, E-book Formato ePub.

RAZ, J. **The authority of law**: essays on law and morality. New York: Oxford University Press, 1979.

REMEDIO, J. A.; BARBOSA, F. A. O direito adquirido em face das normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário e derivado. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI Salvador-BA, XXVII, 2018, **Anais do grupo de trabalho direitos e garantias fundamentais III**. p. 155-172. Bahia–Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/h90v91jy/y2UzteH7cHkdSkGj.pdf Acesso em 19 abr. 2022.

STRECK, L. L. Cuidados hermenêuticos para evitar o "juiz boca dos precedentes dos tribunais superiores". *In*: PRITSCH, C.Z. *et al.* **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. 1ª ed. Cap. 1.11. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Não paginado. E-book Formato ePub.

VANDERBURG, W. H. Técnica, dessimbolização e o papel do Direito. *In*: PARRA-BARRIENTOS, Jorge; MATOS, Vinicius A. B. de. (org.) **Direito, técnica, imagem**: os limites e fundamentos do humano. São Paulo: Cultura acadêmica, 2013. p. 21-52.