Unibanco é condenado por demitir portador de deficiência

O Unibanco foi condenado a indenizar um de seus empregados, deficiente visual habilitado para o serviço que fazia, por tê-lo demitido sem justa causa e não ter contratado outro empregado de condição semelhante (deficiente) para a função. A decisão é do juiz substituto Luiz Divino Ferreira, da 3ª Vara do Trabalho de Campo Grande (MS).

O juiz condenou o banco a pagar indenização equivalente a cinco meses de salários e horas extras. “Dispensado o empregado habilitado sem a contratação de outro de condição semelhante, responde o empregador pelos salários desse empregado até o cumprimento da obrigação”, entendeu Ferreira.

Leia a sentença:

TERMO DE AUDIÊNCIA

Autos nº 00531-2002-003-24-00-0

RECLAMANTE(S): CARLOS ALBERTO RIBERIO LEITE

RECLAMADO(S): UNIBANCO — UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A.

DATA: 07 de janeiro de 2004

HORÁRIO: 12h 56min

Submetido o processo a julgamento, foi prolatada a seguinte

S E N T E N Ç A

I — RELATÓRIO

CARLOS ALBERTO RIBEIRO LEITE, qualificado às fls. 2, apresenta Reclamação Trabalhista em face de UNIBANCO — UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A, alegando que trabalhava em jornada extraordinária sem a respectiva remuneração, adquiriu doença profissional, exercia cumulativamente a função de compensador, houve alteração contratual com a supressão de adicional noturno e ajuda deslocamentos.

Pede: estabilidade no emprego, indenização por danos materiais e morais, gratificação de função de compensador, adicional noturno, ajuda de deslocamento, horas extras com reflexos em DSRs e estes em férias com 1/3, 13º salário e FGTS com 40%.

Protesta pela produção de provas. Dá à causa o valor de R$ 200.000,00. Junta procuração e documentos.

Não conciliados, o reclamado apresenta defesa impugnando os fatos articulados pelo autor.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Manifestação do autor sobre a defesa e os documentos às fls. 183/187.

Produzida prova oral.

Deferida a produção de prova técnica, sobre a qual desistiu o autor.

Sem outras provas, foi determinado o encerramento da instrução processual.

Razões finais remissivas.

Inconciliados.

II — F U N D A M E N T A Ç Ã O

1 — PRESCRIÇÃO.

Acolho a prejudicial de prescrição com a extinção do processo com julgamento de mérito quanto às parcelas exigíveis antes de 23.04.1997 (CF, art. 7º, XXIX).

2 — JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS.

O reclamante afirma que cumpria as seguintes jornadas: dezembro/1996 a fevereiro de 1999: das 22h às 06h, sem intervalo, de segunda a sexta-feira; de março a maio de 1999: das 06h às 13h30min/14h, e nos sábados, em média dois por mês, das 08h/09h às 12h/13h; de junho de 1999 a dezembro de 2001: das 08h30min às 17h, com 15 minutos de intervalo, sendo que de agosto a dezembro a jornada encerrava-se às 17h30min/18h.

Sustenta que o reclamado não permitia a correta anotação dessa jornada nos controles de freqüência.

A defesa nega os fatos relatados pelo autor, asseverando que a jornada de trabalho efetivamente trabalhada era anotada nos controles de freqüência que apresenta.

As testemunhas Ari Affonso Rolim, Domingos Soriano da Cruz Neto e Luiz Carlos Ortiz Semidi, esta última apresentada pelo reclamado, afirmaram que nos controles era anotada apenas a jornada contratual, não havendo registro daquela efetivamente trabalhada.

Diante disso, restam imprestáveis os controles de freqüência para comprovar a jornada de trabalho do autor.

De outra parte, restaram provadas as seguintes jornadas, nos seguintes períodos:

a) dezembro de 1996 a fevereiro de 1999: das 22h às 06h, de segunda a quinta feira e às sextas das 22h às 09h do sábado;

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

b) fevereiro de 1999 a outubro de 1999: 06 horas diárias, com acréscimo de 30 minutos antes do início e 01h após o término, totalizando 07h30min diárias de trabalho, com 15 minutos de intervalo;

c) novembro de 1999 a dezembro de 2001: das 08h30min às 17h, com 15 minutos de intervalo;

d) trabalho em dois sábados por mês, em média, das 08h às 12h, no período de março e 1999 a dezembro de 2001.

Decorre dessa jornada reconhecida o pagamento incompleto da jornada extraordinária do autor.

Procede o pedido de horas extras, tais como aquelas trabalhadas após a 6ª diária e 44ª semanal, observada a redução da jornada noturna no período em que houve labor nesse horário, com adicional de 50%, observado o divisor 180, o salário do autor, com reflexos em DSRs, e estes em férias com 1/3, 13º salário e FGTS com 40%, ante a habitualidade.

3 — ALTERAÇÃO CONTRATUAL. SUPRESSÃO DO ADICIONAL NOTURNO.

O adicional noturno é devido pelo trabalho em condições anormais, assim entendido o horário noturno entre 22h de um dia e 05h do dia seguinte, conforme disposto no artigo 73, parágrafo segundo da CLT.

Enquanto persistir a causa é devido o pagamento do adicional. Inexistente a causa, desaparece a obrigação do empregador de realizar o pagamento.

Essa condição anormal, outrossim, não integra ao contrato de trabalho de forma a impedir a sua modificação pelo empregador. O empregado não adquire o direito de trabalhar em condições anormais. Trata-se de norma de proteção ao empregado cuja finalidade ao impor ônus ao empregador é de evitar que o trabalho seja realizado nesse horário, sabidamente prejudicial à saúde do trabalhador. Portanto, está dentro do poder de direção do empregador substituir o trabalho em horário noturno pelo trabalho em horário diurno, notadamente pelo manifesto benefício que proporciona ao trabalhador.

Diante disso, havendo alteração das condições de trabalho, deixando o autor de trabalhar no horário noturno, lícita a supressão do pagamento do adicional respectivo.

Não procede o pedido.

4 — ALTERAÇÃO CONTRATUAL. SUPRESSÃO DO AJUDA DE DESLOCAMENTO.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O pagamento da ajuda de custo deslocamento tinha como condição o trabalho noturno de forma que uma vez desaparecendo essa condição, liberado está o empregador do respectivo pagamento. Como já ressaltado quando da fundamentação do pedido de adicional noturno, o empregado não tem direito adquirido a trabalhar em condições anormais. Essas condições não incorporam ao contrato de trabalho. Ao contrário, o ônus impelido ao empregador tem como objetivo exatamente o não incentivo a manter trabalhador nessas condições.

Não existindo o trabalho nas condições que ensejam o pagamento da ajuda de deslocamento noturno, não procede o pedido.

5 — CUMULAÇÃO DE FUNÇÕES. COMPENSADOR.

O reclamante afirma que embora formalmente designado para exercer a função de escriturário, de fato executava a função de compensador, alegando que houve desvio de função.

Em seu depoimento o autor declarou:

“Era o sr Marcelo Batalha o responsável pela compensação, pois tinha autorização do Banco do Brasil para tanto; que a única diferença entre a função do depoente e a do Sr. Marcelo Batalha era que esse tinha autorização para ingressar no Banco do Brasil; que o sr. Marcelo Batalha não fazia os serviços de impressão de relatórios, limitando-se às funções típicas de compensação; que o depoente ajudava em todos os serviços de compensação, esclarecendo que quando chegava ao banco o sr. Marcelo já estava com os cheques separados e a tarefa do depoente era ajudá-lo na conclusão do serviço de compensação”.

Dos esclarecimentos decorrentes das declarações do autor é possível concluir que ele apenas auxiliava, durante parte de sua jornada, o trabalho de compensação que era executado por outro empregado.

O desvio de função ocorre quando o empregado executa atividade diversa daquela objeto do contrato ou do regulamento interno do empregador, isso quer dizer que o empregado deixa de executar o conjunto de tarefas inerentes ao seu cargo e passa a executar outro conjunto, inerentes a outro cargo.

O fato de o empregado auxiliar outro empregado, em parte de sua jornada, preservando o núcleo das atribuições de seu cargo, não implica em desvio de funções. É dever do empregado contribuir com sua força de trabalho para o bom andamento das atividades do empregador, sendo que o salário, de forma ampla, já remunera essa condição, exceto quando há previsão legal ou contratual específica.

Nesse sentido o disposto no artigo 456 da CLL, segundo o qual o empregado se obriga a toda e qualquer condição compatível com a sua condição pessoal.

Outrossim, é requisito para receber a gratificação de função prevista pela norma coletiva o credenciamento junto ao Banco do Brasil, conforme cláusula 12ª da Convenção Coletiva da categoria (fls. 209). Confessadamente o autor não era credenciado junto ao Banco do Brasil. Portanto, também por essa razão, não faz jus à gratificação de compensação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não procede.

6 — DEFICIENTE FÍSICO. ESTABILIDADE. INDENIZAÇÃO.

A primeira indagação é se o reclamante pode ser considerado deficiente físico. A resposta é positiva. Dispõe o artigo 3º do Decreto nº 914/93 que regulamenta a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social:

“Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

Já o artigo 24, XIV da Constituição Federal de 1998 atribui competência concorrente para a União e Estados Legislarem sobre políticas de proteção aos deficientes.

Com base nesse preceito, o artigo 4º do Decreto Estadual nº 10.015 de 04 de agosto de 2000 define as condições para a pessoa seja considerada deficiente visual.

O documento de fls. 29, informa que a deficiência do reclamante é compatível com o previsto no artigo 4º do citado decreto.

Assim resta afastada a tese do reclamado de que o reclamante não é deficiente físico. Afastam-se, também, as alegações de que a doença não foi contraída no emprego, visto que não se trata de fato importante para o deslinde da lide. Com efeito, o debate não tem como causa a culpa do empregador ou mesmo nexo de causalidade entre a doença e as condições de trabalho, visto que é fato incontroverso que quando da contratação do autor ele já era portador da deficiência visual. O pedido de estabilidade não tem como fundamento doença profissional ou equiparável, mas sim a dispensa de empregado portador de deficiência (habilitado) sem observância dos requisitos exigidos pelo artigo 93 da Lei 8.213/91, o qual dispõe:

“A empresa com cem ou mais empregados está abrigada 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 — 501 a 1.000…….4%

IV — de 1.001 em diante..5%.

Parágrafo primeiro — A dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final do contrato

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

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".

Decorre desse preceito que a dispensa sem justa causa do empregado habilitado com contrato com prazo indeterminado somente poderá ocorrer quando efetivada a contratação de substituto de condição semelhante. Dispensado um empregado habilitado, deve se contratar outro de condição semelhante. A obrigação, ao meu ver, é de manutenção do contrato do empregado que será dispensado até a contratação do substituto. Dispensado o empregado habilitado sem a contratação de outro de condição semelhante, responde o empregador pelos salários desse empregado até o cumprimento da obrigação.

A norma atribui obrigação ao empregador em benefício do conjunto de pessoas portadoras de deficiência e que estejam habilitados ao trabalho, embora o descumprimento ocasione beneficio a um habilitado apenas. Trata-se de ônus impelido ao empregador para cumprir o comando legal que assegura proteção ao mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiências, embora habilitadas ao trabalho.

Ao condicionar a dispensa do habilitado à contratação de outro, buscou o legislador criar instrumento de eficácia da norma que busca a inserção dos deficientes no mercado de trabalho. Razoável que a norma não assegurasse indenização a todos os supostamente prejudicados, ante a manifesta dificuldade de materialização de seu objetivo. Revertendo o benefício (manutenção do contrato) em favor do empregado habilitado que será dispensado, assegura-se, pelos menos em tese, a provocação do cumprimento da norma pelo empregador, levando à eficácia do preceito normativo.

Dentro desse quadro, a dispensa do reclamante estava condicionada à contratação de outro empregado em condições semelhantes. Trata-se de restrição ao direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho. Nessa espécie, o exercício do direito fica condicionado à prática de um ato: contratação de outro empregado em condições semelhantes.

Não cumprindo o empregador a condição, ilícita a dispensa.

Esse fato, entretanto, não assegura ao empregado a reintegração, mas sim indenização pela não observância da norma jurídica.

Diante desse quadro, emerge-se outro problema: qual o prazo de manutenção do contrato?

O artigo 118 da Lei nº 8.213/91 assegura estabilidade no empregado durante o prazo de 12 meses após o retorno do empregado afastado em período superior a 15 dias por força de acidente de trabalho ou doença equiparável.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não obstante tratar-se de prazo fixado pela mesma norma jurídica, os objetivos do artigo 93 e 118 são distintos e inconfundíveis. No primeiro, assegura-se proteção coletiva ao mercado de trabalho dos portadores de deficiência e no segundo a proteção é individual, garantindo ao empregado vitimado por acidente de trabalho ou doença equiparável estabilidade no emprego pelo prazo de 12 meses. São institutos diferentes. Por essas razões, não há como aplicar, por analogia, a regra do artigo 118 da Lei nº 8.213/91. Há completo silêncio do legislador, cabendo ao julgador fazer uso da equidade (CPC, art. 127 c/c CLT arts. 8º e 769).

A equidade, segundo Aristóteles, é a justiça do caso concreto. Por equidade, pode-se entender também o equilíbrio, a proporcionalidade, a benignidade, a razoabilidade. Embora sejam conceitos abertos, o senso de justiça orienta o julgador a impor os limites de atuação a esses vocábulos.

Diante disso, o prazo de manutenção do contrato do empregado deficiente dispensado sem justa causa deve ser equivalente ao razoável para o empregador contratar outro em condições semelhantes.

Considerando as condições atuais de organização da sociedade por meio de entidades públicas e privadas que buscam a inserção dos deficientes no mercado de trabalho, organizando esse grupo e facilitando o contado por parte dos empregadores, esse julgador entende que 05 meses é o prazo suficiente para o cumprimento da condição pelo empregador.

Por não se tratar de hipótese de reintegração, irrelevante para o caso a suposta incapacidade do autor para executar o contrato. Aliás, não há qualquer motivação para a dispensa. Não foi o empregado dispensado por incapacidade de execução de suas tarefas, fato que por si só produziria efeitos jurídicos diversos. Foi, ele, dispensado sem justa causa.

Por outro ângulo, não é jurídico concluir que o empregador tenha menos de 100 empregados. O conceito jurídico de empresa, termo utilizado pelo legislador no artigo 93 da Lei nº 8.213/91, deve ser entendido na forma do artigo 14 da mesma norma, in verbis:

“Consideram-se:

I — empresa — 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 e fundacional;”

Sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, para a norma citada, não é tida como o estabelecimento apenas, mas também o conjunto de empresas (e estabelecimentos) que integram o grupo. Nesse sentido o artigo 30, inciso IX da Lei 8.212/91 que dispõe sobre a organização e institui Planos de Custeio da seguridade social, que assim dispõe:

“As empresas que integram o grupo econômico, de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Incluída a proteção do mercado de trabalho do deficiente dentro do contexto normativo da seguridade social, o conceito de empresa deve considerar todo esse arcabouço jurídico.

Por essas razões, empresa quer dizer empregador e empregador quer dizer aquele que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de trabalho (CLT, art. 2º), equiparando-se a esse o grupo econômico, assim considerado o conjunto de empresas que embora cada uma delas tenha personalidade jurídica própria, estejam sob a direção, controle ou administração de outro (CLT, art. 2º parágrafo 2º). Esses preceitos consolidados complementam o conceito de empresa utilizado pelo legislador da seguridade social, notadamente quando se se tratar de relação jurídica entre empregado e empregador, como é o caso dos presentes autos.

Assim, a quantidade de empregados para definir a aplicabilidade do artigo 93 da Lei 8.213/91 não se restringe ao estabelecimento, devendo considerar o conjunto de estabelecimentos do empregador, ou seja, todo o conglomerado econômico (grupo econômico). Não é crível que o reclamado possua menos de 100 empregados em todos os seus estabelecimentos. Somente no estabelecimento de Campo Grande — MS, que contratou o reclamante, segundo a defesa, existem aproximadamente 20 empregados, de forma que em apenas 5 estabelecimentos, considerando-se a média informada, já está alcançado o número de 100. É fato notório que o reclamado possui mais (muito mais) de 05 estabelecimentos espalhados por todo o País e que a quantidade de empregados seja superior a 100.

Assim, o reclamado é devedor, a título e indenização, de salários equivalentes a cinco meses do contrato, prazo assegurado para a contratação de outro empregado em condições semelhantes.

Por se tratar de indenização, a presente parcela não produzirá efeitos em férias, 13º salário, FGTS e indenização de 40%, bem como deverá utilizar como base de calculo o salário estrito senso, sem integração de horas extras ou outros adicionais decorrentes de condições específicas, visto que o novo empregado não deve, necessariamente, sujeitar-se às mesmas condições de trabalho do autor.

A indenização por danos materiais e morais tem como fundamento o agravamento da deficiência visual do autor em decorrência das condições de trabalho. Esse fato, contudo, não restou provado. Com efeito, não há prova de agravamento da deficiência do autor, ou mesmo que as condições de trabalho fossem inadequadas para a sua habilitação.

A utilização de lupa é condição indispensável para a execução de qualquer atividade pelo reclamante que requer a utilização da visão, seja no período noturno ou diurno, seja atinente ao contrato de trabalho ou não. Isso é o que emergiu da prova produzida. Outrossim, a diminuição do iluminamento durante o período de restrição ao consumo e energia elétrica — “apagão” — não implica em seqüelas à visão. A leitura no escuro causa cansaço visual, porém não causa outros danos. (Fonte: http://www.ibcnet.org.br/Páginas/Cegueira/artigo. 18.htm)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não havendo prova do fato — agravamento da lesão — não procede o pedido de indenização por danos materiais.

7 — MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT.

As diferenças de parcelas rescisórias decorrentes das diferenças de horas extras não implicam em mora do empregador quanto ao pagamento daquelas. Inaplicável á espécie o artigo 477, parágrafo 8º da CLT.

8 — MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT.

Não houve condenação em parcela rescisória incontroversa. Não procede multa do artigo 467 da CLT.

Defere-se ao autor a assistência judiciária (CLT, art. 790, §3º).

III — D I S P O S I T I V O

Isso posto, acolho a prejudicial de prescrição com a extinção o processo com julgamento de mérito quanto aos direitos exigíveis antes de 23.04.1997 e julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado por CARLOS ALBERTO RIBEIRO LEITE em face de UNIBANCO — UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A, nos termos da fundamentação, para condenar o reclamado a pagar ao reclamante as seguintes parcelas:

a) horas extras, como tais aquelas trabalhadas após a 6ª diária e 44ª semanal, observada a redução da jornada noturno no período em que houve labor nesse horário, com adicional de 50%, observado o divisor 180, o salário do autor, com reflexos em DSRs, e estes em férias com 1/3, 13º salário e FGTS com 40%, ante a habitualidade, com dedução dos valores pagos pelo reclamado ao mesmo título;

b) indenização equivalente a 05 meses de salários;

Liquidação por cálculos. Juros a partir do ajuizamento e correção monetária na forma da legislação vigente, considerando-se como época própria a que se tornou exigível a parcela deferida, ou seja, 5º dia útil do mês subseqüente ao trabalhado.

Em atenção ao disposto no artigo 832, parágrafo terceiro, da CLT, DECLARA-SE que as parcelas constantes da condenação possuem naturezas salariais, constituindo salário de contribuição, nos termos do artigo 28 da Lei 8.212/91 e artigo 214 do Decreto 3.048/99, exceto FGTS com 40% e indenização.

DETERMINA-SE o desconto e o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas pelo reclamante supracitado, nos termos da legislação vigente, do provimento TST nº 01/96, e demais normas pertinentes, observado o teto, mediante comprovação nos autos do recolhimento ao INSS no prazo legal e fica CONDENADA a RECLAMADA, supramencionada, ao recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre as parcelas salariais da condenação, quota-parte do empregador, ou provar ser optante do SIMPLES, mediante comprovação nos autos, no prazo legal, sob pena de execução, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 114 da CF/88 c/c artigo 876, parágrafo único, da CLT.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Descontos fiscais, na forma do artigo 46, parágrafo segundo da Lei 8.541/92 e da Lei 7.713/88 e Provimento Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho nº 01/96.

Custas pela reclamada, calculadas sobre o valor da condenação ora arbitrado de R$ 30.000,00, no importe de R$ 600,00.

Intimem-se as partes.

LUIZ DIVINO FERREIRA

JUIZ DO TRABALHO

Date Created
12/01/2004

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.