



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GLÓRIA DANTAS PIRES

**REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
NO CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA
TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

Salvador
2017

GLÓRIA DANTAS PIRES

**REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
NO CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA
TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Adriana Brasil Vieira Wzykowski

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

GLÓRIA DANTAS PIRES

REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

À
Meus avós e meus pais, pela
inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado saúde e força para cumprir mais uma etapa da minha vida.

À minha orientadora, Dra. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski, pela inspiração acadêmica e auxílio na elaboração deste trabalho.

À minha família, pela paciência, apoio e incentivo incondicional.

À Caio pela paciência, auxílio, companheirismo e carinho em todos os momentos.

Aos funcionários da Faculdade Baiana de Direito, especialmente os da biblioteca, pela postura sempre educada, solícita e gentil.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a minha formação.

“O progresso é impossível sem mudança; e aqueles que não conseguem mudar as suas mentes não conseguem mudar nada.”
George Bernard Shaw”.

RESUMO

Trabalho destinado à análise dos reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Contrato de Emprego, especificamente do instituto da tomada de decisão apoiada. Para melhor compreender o tema, surge a necessidade de estudar o conceito de pessoa com deficiência e sua evolução histórica. Posteriormente, reafirma-se o direito a igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição, e verifica-se a política de inclusão social do grupo historicamente discriminado, qual seja, o das pessoas com deficiência. Em seguida, é investigada a autonomia das pessoas com deficiência e analisada a capacidade, à luz do artigo 114 da Lei 13.146/2015 que modifica o modelo de capacidade civil. Após, é feito o estudo do contrato de trabalho e suas peculiaridades, inclusive elementos essenciais, tais quais: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e vontade livre e desembaraçada. No último momento há a apresentação do instituto de tomada de decisão apoiada, no qual serão analisadas as características e efeitos deste instituto. Tecidas todas as considerações necessárias e prévias à concreção do objetivo deste trabalho, será analisada a compatibilidade do mecanismo de tomada de decisão apoiada no contexto do contrato de emprego, com a finalidade de suprir o silêncio da lei nesse aspecto. Seguidamente, busca-se demonstrar a compatibilidade do instituto em questão com o contrato de emprego. Ao final, analisa-se a eficácia do termo de tomada de decisão apoiada no contrato de emprego em três momentos: na assinatura do contrato de emprego, desenrolar da relação empregatícia e encerramento do contrato de emprego.

Palavras-chave: direito do trabalho, estatuto da pessoa com deficiência, Lei 13.146/2015, contrato de trabalho, tomada de decisão apoiada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FGTS	Fundo de garantia por tempo de serviço
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NOÇÕES PRELIMINARES	13
2.1 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA	13
2.1.1 Evolução histórica do tratamento jurídico dado a pessoa com deficiência	14
2.1.2 Conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência	17
2.2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE	21
2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	24
2.4 A TEORIA DA AUTONOMIA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA	29
2.4.1 Reflexos da autonomia no sistema de incapacidade	37
2.4.2 Alterações no regime de capacidade	39
3. O CONTRATO DE TRABALHO	43
3.1 BREVES NOÇÕES SOBRE O CONTRATO DE EMPREGO	43
3.1.1 Conceito	46
3.1.2 Características	47
3.1.3 Denominação adequada	50
3.1.4 Contrato por prazo determinado e indeterminado	51
3.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE EMPREGO / PLANO DA EXISTÊNCIA E VALIDADE	52
3.2.1 Agente capaz	54
3.2.2 Objeto (lícito, possível, determinado ou determinável)	56
3.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei	58
3.2.4 Vontade livre e desembaraçada	59
3.2.5 Nulidades trabalhistas	60
4. REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA	66
4.1 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	66
4.1.1 Conceito	67

4.1.2 Características	71
4.1.3 Efeitos	73
4.2 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE EMPREGO	77
4.2.1 Análise da compatibilidade entre o termo de decisão apoiada e o contrato de emprego	79
4.2.2 A compatibilidade do termo de tomada de decisão apoiada com o requisito de validade agente capaz do contrato de emprego	79
4.2.3 A eficácia do termo de tomada de decisão apoiada no contrato de emprego	82
4.2.3.1 Momento da assinatura	83
4.2.3.2 Desenrolar da relação empregatícia	85
4.2.3.3. Encerramento do contrato de emprego	86
4.2.4 Reflexões gerais	87
5. CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

Em 6 de julho de 2015 foi instituída a Lei nº 13.146, ou seja, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, aqui tratada com a nomenclatura de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Essa lei, tem a finalidade de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, de acordo com seu artigo 1º,

Conforme dita o parágrafo único do artigo já mencionado, tal Lei tem é embasada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, com *status* de emenda constitucional, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Ocorre que, o Estatuto, em seu título III (Das Disposições Finais e Transitórias), artigo 115, alterou o título IV do Código Civil de 2002, que passou a vigorar com a seguinte nomenclatura: Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada.

Em seguida, o artigo 116 do mencionado Estatuto trouxe outra alteração ao supracitado Código, acrescentando ao título IV, do livro IV, da parte especial deste o capítulo III e, em seu bojo, o artigo 1.783-A. Tal dispositivo normativo apresentou um novo instrumento jurídico ao ordenamento brasileiro, qual seja: a tomada de decisão apoiada.

Por via de consequência, a mencionada lei foi omissa quanto a compatibilidade possibilidade e aplicabilidade da tomada de decisão apoiada no âmbito do Direito do Trabalho.

Portanto, faz-se necessário o estudo dos reflexos do estatuto da pessoa com deficiência no contrato de emprego, especificamente acerca do mecanismo de tomada de decisão apoiada, a fim de trazer à baila questões relevantes e ainda pouco debatidas no cenário jurídico brasileiro.

Em um primeiro momento, far-se-á a análise da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, delimitando o conceito de pessoas com deficiência para, a partir de aí, saber quais indivíduos integram esse grupo de pessoas e poderão valer-se de suas prerrogativas. Nesse ínterim será feita uma breve digressão histórica a fim de entender como chegou-se ao conceito que temos de pessoas com deficiência e será apresentado o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência.

Em seguida, será analisada a sob o enfoque doutrinário, o princípio da igualdade no contexto da pessoa com deficiência e, após, o papel das ações afirmativas na promoção da igualdade às pessoas com deficiência.

Além disso, será apresentada a teoria da autonomia da vontade e examinada a autonomia da pessoa com deficiência e a sua relação com o sistema de incapacidades e será abordada a mudança no sistema de capacidades civil trazida pelo Estatuto.

O segundo momento será destinado à análise do contrato de trabalho, vez que não se pode analisar o que não se conhece. Assim, será dada uma breve noção sobre este instituto jurídico, no qual serão abordadas as suas características, denominação adequada, tipo contratual em razão de seu prolongamento no tempo assim como seus elementos essenciais (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, vontade livre e desembaraçada).

Nesse ponto, também serão analisadas questões específicas atinentes ao sistema de nulidades trabalhistas.

Em um terceiro momento, feita a análise da autonomia da pessoa com deficiência, já tendo noção do contrato de trabalho e suas particularidades, será feita a análise dos reflexos do dispositivo da tomada de decisão apoiada no cenário do contrato de emprego, objeto deste trabalho. Mas, antes disso, será feita a apresentação e análise desse instituto.

Em seguida, apresentado o instituto, no tocante à possibilidade de produção de efeitos do termo de decisão apoiada em relação a terceiros, determinada pelo parágrafo 5º do artigo 1.783-A do Código Civil, surgem diversos questionamentos acerca da compatibilidade entre o termo de decisão apoiada e o contrato de emprego.

Isso porque, a relação de emprego é dotada de diversas peculiaridades que exigem um estudo mais acurado das características e repercussões que o termo de decisão apoiada pode trazer em aspectos práticos à relação de emprego.

Desse modo, o último momento terá como enfoque análise da possibilidade de seu uso no âmbito trabalhista, especificamente no contrato de emprego e como isso deverá ocorrer. Ademais, esse tópico possui como objetivo constatar que seu uso no âmbito trabalhista é possível e vantajoso para o empregado e para o empregador.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NOÇÕES PRELIMINARES

As pessoas com deficiência, ao longo da história da humanidade, sempre estiveram à margem da sociedade, sendo vítimas de discriminação e exclusão social. Tudo isso se deu e se dá em razão destas pessoas serem diferentes das outras, mas não só diferentes em suas formas, também em relação a interação com o meio. É notória a infeliz verdade de que o grupo social exclui os diferentes e considerados mais fracos.

Em razão desse tratamento hostil, os ordenamentos jurídicos hodiernos passaram a proteger e tentar igualar as condições dessas pessoas no contexto social, inclusive o brasileiro. Dessa maneira, pertinente é o estudo da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio e seus reflexos no contexto do Direito do Trabalho.

Porém, antes de iniciar o estudo de quaisquer leis, situações jurídicas ou institutos jurídicos se faz necessária a análise conceitual de seus termos-chave para um bem compreender da análise e delimitação teórica do objeto em estudo. Ademais, é através da conceituação que chegaremos a formulação, caracterização, a uma boa construção, do significado da igualdade material, da autonomia e do termo pessoa com deficiência no contexto deste trabalho.

2.1 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência, assim como a terminologia correta para se referir a uma pessoa com deficiência, se modificaram ao longo do tempo. Em que pese a modificação da conceituação brasileira tenha sido tardia, ocorrendo apenas com a Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, sua definição atual já tinha sido prevista na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário, que conceitua a pessoa com deficiência como aquela que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir

sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”¹, a qual era ignorada pelas leis brasileiras vigentes.

Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia salientam que “a definição de quem são as pessoas com deficiência, nesse sentido, interfere no reconhecimento da titularidade de uma série de direitos específicos deferidos a tal grupo”². À vista disso, tal reflexão mostra-se importante pois é a partir da análise do “novo” conceito de pessoa com deficiência que o ordenamento pátrio passará a tratar e interpretar de forma diferente as relações jurídicas com a pessoa com deficiência, sobretudo no tocante à capacidade.

2.1.1 Evolução histórica do tratamento jurídico dado a pessoa com deficiência

Desde os primórdios da humanidade existem relatos de seres humanos diferentes da maioria dos demais, sejam essas diferenças físicas ou psíquicas. Para caracterizar essa situação, utilizamos o termo deficiência, que significa “insuficiência orgânica ou mental.”³

Na Pré-História, embora inexistassem relatos, apenas dados, os estudiosos acreditam que as sociedades de cultura primitivas abandonavam seus integrantes com deficiência à própria sorte, pois estes não conseguiam sobreviver sozinhos ao meio hostil e colocavam todo o grupo em perigo.⁴

Na Antiguidade, na Grécia antiga, as crianças com algum tipo de deficiência não eram consideradas humanas e, por isso, eram eliminadas, abandonadas ou sacrificadas. Isso ocorria em decorrência dos conhecidos ideais de beleza cultuados pelos Gregos. Em Roma, as pessoas com deficiência, além de serem mortas ou abandonadas,

¹ BRASIL. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19. jan. 2017.

² ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 86. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.166.

³ “Deficiência”, in *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/deficiencia/>>. Acesso em: 19. nov. 2016.

⁴ RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. 12. Vol. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/Livro2.pdf>>. Acesso em: 19. nov. 2016.

podiam ser capturados para trabalhar nos circos romanos, servirem como bobos ou pedintes.⁵

Na Idade Média, com a difusão do cristianismo, as pessoas com deficiência passaram a ser consideradas pessoas como todas as outras e passaram a ser acolhidas pela Igreja Católica. Esta pregava que todos tinham alma e, por isso, abandoná-las ou exterminá-las seria ato atentatório contra a obra divina.⁶ Todavia, as pessoas com deficiência não tinham o mesmo *status* social de uma pessoa sem deficiência, elas viviam escondidas à margem da sociedade por macularem o ideal perfeito de que o homem teria sido feito à imagem e semelhança de Deus.⁷

Somente após o final da Idade Média, no período compreendido entre o século XVI e os dias de hoje, que a pessoa com deficiência passou a ser considerada ser humano. Isso se deu com o processo de valorização do ser humano, na Idade Moderna. Neste mesmo período houve a criação e difusão do método científico, produto do “Discurso do Método” de René Descartes, momento em que a deficiência passou a ser entendida da forma médica, como patologia a ser estudada e catalogada.⁸ Assim, as pessoas com deficiência passaram a ser estudadas e submetidas a tratamento.

No período contemporâneo concluiu-se que a sociedade, ao longo de suas diversas fases, externou distintos tratamentos às pessoas com deficiência. Inicialmente havia a exclusão dessas pessoas, depois passou-se ao atendimento segregado dentro das instituições e só depois de muito tempo que perceberam a necessidade da integração e inclusão social destes.⁹

No Brasil, cumpre mencionar que as Constituições anteriores a 1967 eram silentes quanto ao tratamento destinado as pessoas com deficiência, preocupando-se apenas com a proteção dos trabalhadores em situação de invalidez.¹⁰ Apenas em 1969, por

⁵ CORRÊA, M. A. M. *Educação Especial*. Volume 1 – Módulos 1 a 4. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2004.

⁶ RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. 12. Vol. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008, p. 8. Disponível em: < <http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/Livro2.pdf> >. Acesso em: 19. nov. 2016.

⁷ MAZZOTTA, M. J. S. *Educação especial no Brasil: história e políticas públicas*. São Paulo: Cortez, 1996.

⁸ RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim. *Op cit.*

⁹ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: WVA, 1999.

¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 86. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.170.

meio da Emenda Constitucional nº 01, que houve a introdução de normas acerca da educação dos excepcionais, hoje denominados pessoas com deficiência.¹¹ Posteriormente, em 1978, por meio da Emenda Constitucional nº 12, o legislador estabeleceu que seria assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica¹² garantindo-lhes “educação especial e gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país, proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários e possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos”¹³.

Sucessivamente, houve a criação e adoção da Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens – CIDID, datada de 1980, que seguia o modelo biomédico linear (que será explicado com mais minúcia no tópico seguinte). Tal modelo considerava pessoa com deficiência aquela que, em razão de algum distúrbio ou doença, apresentava uma deficiência que gerava incapacidade e desvantagem. Incapacidade, por sua vez, pode ser definida como qualquer restrição ou ausência de capacidade para realizar uma atividade dentro do espaço de normalidade delimitado pela sociedade.¹⁴ O cerne desse conceito era o indivíduo.

Nessa linha de inteligência, alinhada à necessidade de interação social das pessoas com deficiência, o Brasil, em sua Constituição da República de 1988, Seção VI, art. 203, incisos IV e V, positivou a proteção destes indivíduos. Após a Constituição de 1988 vieram as leis nº 7.853, de 1989, de apoio e integração da pessoa portadora de deficiência; Lei nº 8.742, de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social, Decreto nº 3.298, de 1999. Todos estes dispositivos conceituavam o portador de deficiência como aquele incapaz para a vida independente e para o trabalho.

Incapaz é aquele indivíduo que não é dotado de capacidade. Capacidade, por sua vez, na definição de Marcos Bernardes de Mello, é a “atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direitos e obrigações na ordem

¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 86. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.170.

¹² *Idem, ibidem*.

¹³ BRASIL. *Emenda constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 19. nov. de 2016.

¹⁴ BRASIL. *Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_134.pdf>. Acesso em: 19. nov. de 2016.

civil”¹⁵. Dessa forma, a pessoa com deficiência, por ser considerada incapaz no nosso ordenamento jurídico pátrio, não poderia ser titular de direitos e obrigações e, por isso, não poderia laborar. Tal raciocínio era aplicado a qualquer tipo de deficiência. Mesmo que a pessoa possuísse condições fáticas de ser titular de direitos e obrigações, de laborar, ela era considerada incapaz e afastada dos atos da vida civil. Tal classificação indiscriminada de incapacidade impossibilitava que pessoas com deficiência interagissem de maneira mais efetiva no meio social.

Com o advento da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência esse conceito se modificou, assim como a caracterização e o enquadramento de pessoa com deficiência. Houve uma mudança de paradigma. Passou-se a considerar a interação com o meio como fator relevante, e não a pessoa compreendida como deficiente. O método de classificação das patologias, o CIDID, que antes considerava apenas a patologia em si, foi alterado e passou a analisar o tipo de patologia, a interação com o meio social, a acessibilidade, o grau de limitação da pessoa. Porém, os preceitos desta Convenção ficaram erroneamente à margem do nosso ordenamento jurídico até o ano de 2015.

A Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, renovou os ares do ordenamento jurídico brasileiro e efetivou a aplicação da esquecida Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois ambas as normas conceituam pessoa com deficiência de forma igual.

Tais mudanças possibilitaram a expansão dos horizontes em relação ao convívio e interação social das pessoas com deficiência, vez que se aboliu a incapacidade em relação a este grupo. Agora, utilizamo-nos de um método avaliativo mais humano e real, onde as pessoas com deficiência poderão de fato mudar sua forma de interação com o meio em que estão inseridas.

2.1.2 Conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

A Constituição Federal pátria, em seu §3º, artigo 5º¹⁶, concede *status* de emenda constitucional aos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil que tratem sobre Direitos Humanos. Este é exatamente o caso da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conhecida também como Pacto de Nova York. Assim, o tema deixa de ser infraconstitucional para se tornar constitucional. Tal Convenção recebeu *status* hierárquico de norma constitucional, por isso, o tema deve ser visto com um outro olhar, não mais com um ordinário, e sim com um olhar constitucional, de valoração distinta e hierarquia superior.¹⁷

Aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo de nº 186, de 09 de julho de 2008, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto presidencial de nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não tinha muita visibilidade no ordenamento jurídico interno. Com a chegada da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, as ideias e garantias fundamentais da Convenção passaram a ter maior visibilidade.

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe um novo conceito de pessoa com deficiência. Essa trouxe uma ideia mais justa, superando o conceito médico até então vigente que, para caracterização de pessoa com deficiência, bastava uma análise médica (modelo médico).¹⁸ A partir desta análise, a pessoa era enquadrada ou não em uma das hipóteses previstas no decreto regulamentar nº 7853/89. Se enquadrada, a pessoa era considerada com deficiência.¹⁹

A Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência considera como grande avanço trazido pela Convenção da Organização das Nações Unidas a

¹⁶ Artigo 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). [...]. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mai. 2016.

¹⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O estatuto da pessoa com deficiência – EPDC (lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades*. *Revista dos Tribunais*. 962. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 86. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.169 e 170.

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Op. cit. p. 70.

alteração do modelo médico para o modelo social. O modelo social esclarece que o fator limitador é o meio em que a pessoa está inserida e não a deficiência em si, remetendo-nos à Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF). Tal abordagem deixa claro que as deficiências não indicam, necessariamente, a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente.²⁰

A Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 trouxe em seu art. 2º o conceito de pessoa com deficiência. Observa-se que este é idêntico ao que fora trazido primariamente pela Convenção da Organização das Nações Unidas em seu art. 1º, na letra da lei:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.²¹

Tal redação alterou significativamente a percepção social da pessoa com deficiência, que deixou de ser aquela enquadrada em um rol taxativo de patologias, estigmatizada por sua condição patológica, passando a ser entendida na singularidade de sua deficiência com o enfoque no que aquela deficiência o impede no exercício da participação plena e efetiva do convívio social.

Desta forma, conclui-se que o cerne da definição de pessoa com deficiência atual é a interação e os impedimentos que as pessoas com deficiência têm com as múltiplas barreiras sociais, resultando na obstrução de sua participação plena e efetiva no âmbito social, em condições de igualdade com os demais membros da sociedade. O olhar da deficiência como algo intrínseco à pessoa é abandonado, assim como as definições estritamente médicas. Passa-se a perceber que a deficiência está na interação com a sociedade e não no indivíduo.²²

Nessa toada, os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passam a ser entendidos como característica das pessoas, resultado da diversidade humana, devendo a deficiência ser compreendida como o resultado da interação dos impedimentos com as barreiras sociais, sejam elas fatores culturais, econômicos,

²⁰ SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 10. set. 2016.

²¹ BRASIL. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 27. jan. 2017.

²² MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso*. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 12. set. 2016.

tecnológicos, arquitetônicos, ou quaisquer outros capazes de gerar uma impossibilidade plena e efetiva da participação das pessoas com deficiência no âmbito social. Assim, a deficiência é social e não da pessoa com deficiência, por isso que se faz necessária a criação e efetivação de mecanismos que eliminem ou minimizem as barreiras existentes no ambiente social.²³

A alteração conceitual não trouxe só esta mudança categórica no que se entende por pessoa com deficiência, mas também alterou a forma de avaliação e estabeleceu múltiplos requisitos a serem avaliados para que uma pessoa possa ser considerada como pessoa com deficiência. A inovação permite uma avaliação multidisciplinar da pessoa com deficiência, abandonado o modelo avaliativo antigo, que enquadrava a pessoa com deficiência em uma patologia taxada no sistema de Classificação Internacional de Doenças (CID), rotulando-a como portadora do CID de número referente à classificação de sua deficiência.

O parágrafo 1º do artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz, em seu novo modelo avaliativo, uma avaliação concebida a partir do nível de interação e participação efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, tendo como parâmetro a interação e participação social das demais pessoas sem deficiência²⁴.

Além disso, registre-se que a nova avaliação, pelos motivos anteriormente citados, tenha precisão maior do que a anterior, que era pautada em capacidades médias estabelecidas a partir da análise de um só profissional ou de vários profissionais da mesma área.

A nova classificação e enquadramento da pessoa com deficiência, agora com uma avaliação mais minuciosa e inclusiva, traz reflexos na seara do Direito do Trabalho. Ao que tudo indica, reflexos positivos, pois possibilita uma maior inclusão laboral do trabalhador com deficiência, que, ao longo da história, fora considerado como inapto para o trabalho.

²³ MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso*. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 12. set. 2016.

²⁴ Art. 2º [...] § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. [...]. BRASIL. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 9. jan. 2017.

A avaliação biopsicossocial interdisciplinar permite identificar com maior precisão do que a anteriormente utilizada a capacidade laborativa do empregado com deficiência, de modo que este passe a exercer uma função que esteja de acordo com suas capacidades efetivas de interação social.

À vista de tudo que foi dito, espera-se que tal modificação conceitual traga maior inserção da pessoa com deficiência na sociedade e, por conseguinte, melhor incorporação dessas pessoas no mercado de trabalho, uma vez que lhes é garantido pelo sistema jurídico brasileiro o direito fundamental à igualdade.

2.2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

A Constituição Federal pátria de 1988, no caput do seu art. 5º, disciplina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. É o notório Princípio da Igualdade, princípio basilar da democracia, que institui o direito a igualdade.

O direito a igualdade é o direito que todos têm de serem tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.²⁵

Tal princípio pode ser compreendido em dois planos distintos. Por um plano o legislador ou o próprio executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, são impedidos de criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete (basicamente a autoridade pública), de aplicar a lei a atos normativos de maneira igualitária para todos os jurisdicionados.²⁶

A igualdade constitucional é isonômica, ou seja, “o princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais”.²⁷

Conforme preleciona Daniel Sarmiento, a isonomia preconizada pela Constituição de 1988 não é apenas formal, em verdade, funciona como meta para o Estado, de modo que este deve agir positivamente para promovê-la “buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade presentes na

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Salvador: Juspodivim, 2009, p. 658.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35 e 36.

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op cit., p. 659.

sociedade brasileira, bem como a proteção dos mais débeis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário sócio-econômico e cultural.”²⁸.

Nesse sentido, a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal Carmén Lúcia ressalta que “todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo”²⁹, ratificando que ao consubstanciar o princípio da igualdade, o constituinte “partiu da premissa de que a igualdade no Brasil não é um dado de realidade, mas algo que deve ser construído.”³⁰.

Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra clássica sobre o tema, o que a ordem jurídica pretende firmar, a partir do princípio da igualdade, “é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”³¹. Dessa forma, ao exigir a concretização da igualdade, o ordenamento “assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos.”³².

Portanto, na linha do que ensina Ingo Wolfgang Sarlet, “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos”³³.

O termo “todos”, utilizado pelo legislador constituinte na letra da lei, nos revela quem são os titulares do direito a igualdade. Tal vocábulo faz referência a todas as pessoas que estão sob a jurisdição do Estado brasileiro. A partir disso, Dimitri Dimoulius entende que qualquer pessoa, uma vez submetida à aplicação da lei por qualquer

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais nos Concursos do Ministério Público: o papel do CNMP*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/22-politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciaais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp/politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciaais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 10. mar. 2017.

²⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10. mar. 2017

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais nos Concursos do Ministério Público: o papel do CNMP*. <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/22-politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciaais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp/politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciaais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 10. mar. 2017.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

³² *Idem, ibidem*.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 72.

autoridade brasileira, tem o direito de ver a aplicação desta lei sem nenhuma distinção proveniente de critérios sexuais, nacionalidade, idade, condição social ou cor da pele.³⁴ A este rol exemplificativo citado pelo autor pode-se acrescentar a não discriminação em razão de impedimento, ou qualquer outra barreira, que possa obstruir a participação de uma pessoa na sociedade.

Dessa inteligência extrai-se que as pessoas com deficiência, incluídas pelo texto constitucional no conceito de “todos”, deverão ter seus Direitos e Garantias Fundamentais assegurados igualmente pela Constituição Federal, sendo observado o tratamento isonômico.

Outrossim, o Estatuto da pessoa com Deficiência, em atenção ao princípio supracitado, em atitude cuidadosa do legislador, versa novamente em seu artigo 4º que “toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação”³⁵.

Para possibilitar que as pessoas com deficiência sejam tratadas com igualdade faz-se necessária a implementação de leis e dispositivos especiais que visam suprir a desigualdade gerada pela deficiência. Tal tratamento diferenciado não gera inconstitucionalidade, é a aplicação prática da isonomia. Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”³⁶.

A Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 reafirmou em seu artigo 34 os preceitos constitucionais dos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, principalmente o direito a igualdade laboral³⁷.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 24. ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2008, p. 82.

³⁵ BRASIL. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 1. fev. 2017.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas*. *Revista Trimestral de Direito Público*. nº 1, p. 79.

³⁷ Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. § 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos. § 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor. § 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena. § 4º A pessoa com

No artigo 7º, inciso XXI, agora tratando especificamente do ramo do Direito do Trabalho, o constituinte garantiu, em respeito à isonomia, “a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 93 da Lei nº 8.213/91³⁸ prevê o sistema de cotas, mecanismo de proteção aos deficientes, que reserva determinado número de postos de trabalho às pessoas com deficiência garantindo-lhes a inserção laboral e concretização do princípio da isonomia, ao tratar desigualmente os desiguais.

Esse sistema impositivo de vagas reservadas não deve ser considerado discriminatório e, tão pouco inconstitucional. Tal raciocínio é afastado por trecho da Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa que “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”³⁹.

Cumpre salientar que, além desses dispositivos, muitos outros garantem o tratamento isonômico às pessoas com deficiência⁴⁰ por meio de uma política de ações afirmativas, de maneira que esse sistema visa a concretização de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁴¹ conforme disposto no *caput* da Constituição.

2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados. § 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mai. 2016.

³⁸ 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%. BRASIL. *Lei 8.213 de 1991*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mar. 2017.

³⁹ BRASIL. *Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm>. Acesso em: 1. mar. 2017.

⁴⁰ Por exemplo: artigo 19, inciso III; artigo 37, inciso VIII; artigo 203, inciso V; artigo 208, inciso II; artigo 227, parágrafo 1º, inciso II e parágrafo 2º e artigo 244, todos da Constituição Federal de 1988. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mar. 2017.

⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mar. 2017.

A expressão “ação afirmativa” nasceu nos Estados Unidos, em 1935, sendo originalmente denominada de “*affirmative action*”, e utilizada no Ato Nacional das Relações de Trabalho, o qual protegia os trabalhadores membros de sindicatos de serem repreendidos de qualquer forma, em razão de serem associados a um sindicato, por seus empregadores.⁴²

A primeira vez em que esta expressão fora utilizada legalmente, com o sentido hodierno, foi em uma ordem executiva para determinar que empresas empreiteiras contratadas pelo poder público selecionassem, para integrar seu quadro de funcionários, pessoas pertencentes a grupos minoritários.⁴³

As ações afirmativas tinham o objetivo de implementar e possibilitar maior inclusão social de grupos historicamente discriminados, que eram subjugados e colocados à margem da sociedade, tendo em vista a falta de oportunidade que lhe era imposta, em face de preconceitos pautados em diversas características, tais como raça, cor, opção sexual, nacionalidade.⁴⁴

Nos Estados Unidos havia um problema concreto de segregação oficial, onde o próprio governo promovia e influenciava a separação. Havia um contexto social no qual as oportunidades de melhores empregos e melhores condições de educação (escolas com ensino de melhor qualidade) eram vetadas aos negros.⁴⁵ Desta forma, as ações afirmativas tornaram-se mecanismos necessários para equilibrar as oportunidades (acesso à educação, melhores condições de trabalho) e extirpar a segregação social, que antes era fomentada pelo poder público.

Desde a sua criação, o modelo de ações afirmativas rompeu as fronteiras dos Estados Unidos e passou a ser implementado em diversos países como mecanismo de efetivação de políticas públicas. Também, passou a ser utilizado para efetivar os direitos fundamentais de outras minorias, que não as raciais, ampliando seu campo de atuação.

⁴² BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 44.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁵ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas a brasileira: necessidade ou mito. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos estados unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

Tais mecanismos de inclusão social, além de promoverem uma maior participação dessas categorias discriminadas, podem ser compreendidos como instrumentos aptos a implementar maior igualdade social, de um modo geral⁴⁶. Assim sendo, a partir da busca pela efetivação dos direitos fundamentais de minorias, percebe-se que há uma política de não discriminação.

Discriminação, do latim *discriminatio*, no contexto aqui empregado, significa dar tratamento desigual ou injusto a uma pessoa ou grupo, com base em preceitos de alguma ordem, tais quais; religiosos, étnicos, sexuais, dentre outros.⁴⁷

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo primeiro, traz um conceito de discriminação racial que, por sua boa definição, pode ser utilizado para ilustrar qualquer tipo de discriminação. *In verbis*:

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.⁴⁸

A doutrina considera a existência de dois tipos de discriminação: a discriminação positiva e a discriminação negativa. A discriminação negativa ocorre quando uma pessoa, ou um grupo de pessoas, é submetido a tratamento desigual ou injusto, sendo vítima de segregações sociais.

Joaquim Barbosa esclarece que “a pessoa vítima de discriminação é tratada de maneira desigual, menos favorável [...] única e exclusivamente em razão de sua raça, cor, sexo, origem ou qualquer outro fato que a diferencie da maioria dominante”⁴⁹. A discriminação positiva ocorre quando esse grupo de pessoas, as “minorias”, são tratadas de forma diferente pelo direito, com fito de equilibrar a situação discrepante.

⁴⁶ BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 44.

⁴⁷ "Discriminação", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/discrimina%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 14. nov. 2016.

⁴⁸ Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> >. Acesso em: 14. nov. de 2016.

⁴⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

Ou, nas palavras do referido autor, ⁵⁰“consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *mainstream*⁵¹”.

A ideia trazida pela discriminação positiva é a mesma do tratamento isonômico, abordado no início deste capítulo. Desta forma, as ações afirmativas revelam-se como mecanismos de combate à discriminação negativa.

O autor Manoel Jorge Silva Neto explica que “nem toda discriminação é reprovada pelo sistema constitucional.”⁵². Isso porque, segundo o autor, a discriminação se distingue em legítima e ilegítima, sendo que, quando a discriminação é consumada em virtude de uma situação de fato que a determina, está-se diante da discriminação legítima, entretanto, quando não há correspondência lógica entre o fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de fato, observa-se a discriminação ilegítima⁵³.

Inicialmente, as ações afirmativas podiam ser definidas como um simples “encorajamento” por parte do Estado para que as pessoas influentes nas áreas públicas e privada, levassem em conta, em setores como educação e trabalho, a composição de pessoal de suas escolas e empresas, de modo a fomentar a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.⁵⁴

Hoje, as ações afirmativas podem ser definidas como mecanismos legais temporários, que tem como objetivo o fomento da igualdade substancial entre os indivíduos da comunidade que foram socialmente excluídos, utilizando-se, para tal, da possibilidade de inserir discriminações positivas, no sentido de tratar desigualmente os desiguais, para que tais possam atingir o mesmo *status* social que os demais integrantes da comunidade.⁵⁵

Joaquim Barbosa, em sua obra, define as ações afirmativas como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário,

⁵⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

⁵¹ *Mainstream* é um conceito que expressa uma tendência ou moda principal e dominante. A tradução literal de *mainstream* é "corrente principal" ou "fluxo principal". Disponível em <<https://www.significados.com.br/mainstream/>>. Acesso em: 14. nov. 2016.

⁵² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 539.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. Cit.*, p. 39.

⁵⁵ BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47.

concebidas com vistas ao combate à discriminação [...], bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado⁵⁶. O autor ainda nos ensina que as ações afirmativas objetivam a “concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego⁵⁷”.

A necessidade de uma maior inserção da pessoa com deficiência na sociedade nos traz, por conseguinte, uma maior inserção dessas pessoas no mercado de trabalho. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, legisla especificamente acerca da relação laboral da pessoa com deficiência. Tal Estatuto pode ser visto como política de ação afirmativa com vistas à inclusão da pessoa com deficiência.

Porém, só a garantia normativa à inclusão laboral da pessoa com deficiência não basta, deve ser promovida, principalmente, a acessibilidade. Tal pensamento é supedaneado pelo artigo 35º da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, que trata como “finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho”⁵⁸. Nessa mesma linha, o *caput* do dispositivo seguinte da mesma Lei estabelece que:

Art. 36º O poder público deve implementar serviços e programas completos de habilitação profissional e de reabilitação profissional para que a pessoa com deficiência possa ingressar, continuar ou retornar ao campo do trabalho, respeitados sua livre escolha, sua vocação e seu interesse.⁵⁹

Uma das formas de efetivação dessa política de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho foi a mudança do sistema de incapacidades do Código Civil, que retirou o grupo dos doentes mentais e excepcionais da condição de incapazes. Atualmente, essas pessoas só serão consideradas incapazes se a incapacidade for comprovada por meio de avaliação multidisciplinar. Assim, não mais basta ser pessoa com deficiência mental para, instantaneamente, ser enquadrado como incapaz. Essa mudança será analisada novamente mais à frente, mas adianta-se que tal atitude proporcionou uma maior possibilidade de inserção desse grupo no mercado de trabalho, vez que agora lhe foi conferida capacidade jurídica para os atos da vida civil sem a necessidade de representação ou assistência.

⁵⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ BRASIL. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 5. fev. 2017.

⁵⁹ *Ibidem*.

Nesta toada, o Estatuto trouxe também um interessante mecanismo de interação social, a Tomada de Decisão Apoiada, possibilitando que as pessoas com deficiência ultrapassem suas barreiras de interação social, na medida em que poderão ser apoiadas na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, com vistas a garantir uma participação mais plena, efetiva e com menor desigualdade de condições com as demais pessoas, inclusive no âmbito trabalhista. Voltaremos ao estudo detalhado desse no capítulo 4, que terá a finalidade de analisá-lo no contexto do contrato de emprego.

Conclusivamente, percebe-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe para o ordenamento jurídico pátrio um rico conjunto de garantias e direitos fundamentais à pessoa com deficiência, mas resta saber qual será o real impacto dessas normas no cotidiano social e no âmbito jurídico.

Tais impactos aqui serão analisados mais profundamente no cenário do contrato de emprego, exclusivamente as repercussões do dispositivo da tomada de decisão apoiada. Mas, para isso, primeiro se faz necessária a análise da autonomia da pessoa com deficiência e, posteriormente, do contrato de trabalho. Também, é imprescindível a análise conjunta das normas de Direito do Trabalho e das normas trazidas pela Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 pertinentes ao tema.

2.4 A TEORIA DA AUTONOMIA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estado deve proteger até mesmo o mais íntimo dos seres humanos, tal ideia se consubstancia no propósito dos direitos da personalidade. São estes direitos “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais⁶⁰”. Não se limitam apenas à ideia de atributo como o que é próprio ou característico de algo ou de alguém⁶¹, abarcando também o aspecto íntimo das pessoas, como bem salientado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Ao lado destas situações patrimoniais (com vocação econômica), existem os chamados direitos da personalidade, enraizados na esfera íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente, voltados à afirmação dos seus valores

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. V. 1.16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.222.

⁶¹ “Atributo”, in *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/atributo/>>. Acesso em: 4. Jan. 2017.

existenciais. Em sendo assim, considerando que a personalidade é o conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição de pessoa.⁶²

No entanto, vale pontuar que esses direitos passaram por uma longa trajetória de evolução, na medida em que há momentos históricos em que os sujeitos não detinham sequer um valor mínimo de proteção, o que refletia diretamente na manifestação de suas liberdades.

Anteriormente ao Estado Democrático de Direito, a liberdade individual era mitigada por forte intervenção estatal, ou seja, as condutas eram guiadas pela vontade da lei, considerando uma constante intervenção no plano da autonomia privada.⁶³

Essa grande intervenção estatal, após a Segunda Guerra Mundial, mostrou-se ineficiente de forma a não conseguir evitar a eclosão de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais.⁶⁴ Com isso, tornou-se necessário o abandono do paradigma constitucional antigo, eclodindo um novo paradigma, denominado de Neoconstitucionalismo.

Também conhecido como novo direito constitucional, o neoconstitucionalismo destacou-se, nesse cenário, como uma nova teoria jurídica apta a fundamentar a mudança de paradigma, de Estado legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito. A partir daí restou consolidada a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a margem do sistema jurídico e o deslocamento da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, “em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa”.⁶⁵

O autor Daniel Sarmiento elenca três principais causas para o surgimento do fenômeno da constitucionalização do Direito, dentre elas pode ser destacada a ampliação das tarefas das constituições, vez que “a partir do advento do Estado Social, deixaram de tratar apenas da organização do Estado e da garantia de direitos

⁶² CHAVES, Cristiano. *Curso de direito civil: parte geral*. V.1.10. ed. Salvador: Juspodivim, 2012, p. 172.

⁶³ FALCONI, Francisco. *O que é neoconstitucionalismo?* Disponível em <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/>>. Acesso em 20 de jul. 2016.

⁶⁴ FALCONI, Francisco. *O que é neoconstitucionalismo?* Disponível em <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/>>. Acesso em 20 de jul. 2016.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivim, 2008, p. 35.

individuais, passando a disciplinar muitos outros temas, como a economia, a família, o meio ambiente⁶⁶.

Além disso, foi imprescindível para a constitucionalização do Direito, que houvesse a sedimentação da ideia segundo a qual “a Constituição é norma jurídica e não mera proclamação política, o que se relaciona com a difusão e fortalecimento da jurisdição constitucional.”⁶⁷.

Por fim, cumpre considerar que fenômeno de valorização dos princípios, “vendo-os não mais como meios para integração de lacunas, mas como normas jurídicas revestidas de grande importância no sistema, capazes de incidir diretamente e de dirigir a interpretação de regras mais específicas”, influenciou sobremaneira a constitucionalização do Direito.

Ainda, segundo o autor retrocitado, a constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, chamados de “constitucionalização-inclusão” e de “constitucionalização releitura”. Em breves palavras, a “constitucionalização-inclusão” consiste no tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados.⁶⁸ Por outro lado, “constitucionalização releitura” liga-se à ideia de irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico, consubstanciando a chamada “eficácia irradiante” que direciona os processos interpretativos sempre à luz da Constituição Federal.⁶⁹

Nesse sentido, ensina Daniel Sarmento:

Assim, os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, submetem-se a uma filtragem constitucional: passam a ser lidos a partir da ótica constitucional, o que muitas vezes impõe significativas mudanças na sua compreensão e em suas aplicações concretas.⁷⁰

Dessa forma, percebe-se que após a constitucionalização do Direito os seus diversos ramos passaram por revisões de conceitos tomando por base principalmente a influência do fundamento da dignidade humana, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, perante institutos antigos e regras ultrapassadas, à luz do novo panorama axiológico.

⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

Nessa perspectiva, conforme elucida Anderson Schreiber, “a consagração da dignidade humana no cenário internacional e sua incorporação à Constituição brasileira de 1988 atingiram em cheio o direito privado e especialmente o direito civil.”⁷¹. Em virtude do novo texto constitucional, foi necessária uma “releitura do direito civil à luz dos novos valores existenciais, acolhidos pela Constituição.”⁷²

Portanto, com o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo e a construção de constituições, as quais possuem como fim último a dignidade da pessoa humana,⁷³ os direitos da personalidade adquiriram o patamar de direitos fundamentais e, por conseguinte, a sua esfera de proteção se alargou possibilitando o exercício das liberdades de forma mais segura, vez que estes passaram a ser efetivamente garantidos.

A possibilidade de o sujeito valer-se de sua autonomia privada é o principal elemento para o próprio exercício de sua dignidade. Nesse diapasão, faz-se mister distinguir autonomia da vontade de autonomia privada e de autonomia existencial. Nas lições de Roxana Borges, autonomia privada pode ser compreendida como “o poder que as pessoas têm de desencadear efeitos jurídicos voluntários”⁷⁴, ao passo que a autonomia da vontade, de acordo com a teoria da autonomia vontade, seria a possibilidade de a pessoa se obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa por meio declaração de vontade, deixando em segundo plano outras circunstâncias em que o negócio jurídico estivesse inserido⁷⁵. Em outras palavras, o professor Maurício Requião define a autonomia privada como “o direito de dispor sobre sua personalidade a fim de se realizar enquanto pessoa”, enquanto autonomia existencial seria o direcionamento dessa liberdade, dada pela autonomia privada, para a consecução de

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 10

⁷² *Ibidem*.

⁷³ “O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.” BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul/set 2001, p. 31-32).

⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 53.

um negócio jurídico que tenha como seu objeto a manifestação de direito da personalidade.⁷⁶

A partir da análise detida dos conceitos expostos acima, extrai-se que o significado de autonomia para a autora Roxana Borges tem um viés mais patrimonialista, pautado na declaração a vontade e sua possibilidade ou não de desencadear efeitos jurídicos voluntários. Enquanto a concepção do autor Maurício Requião vai além da esfera negocial, compreendendo autonomia “também como o espaço de liberdade para a própria realização da pessoa em sua vida digna, numa perspectiva concreta”⁷⁷, entendimento mais sensível e adequado ao tratamento jurídico da pessoa com deficiência.

A autonomia privada não só garante a autonomia da vontade, como também assegura a autonomia da pessoa, que decorre da própria dignidade da pessoa humana, ainda, estando alinhada com o evento da repersonalização⁷⁸ do direito privado.⁷⁹

Com a ascensão do Estado Democrático de Direito, os cidadãos passaram a ter maior liberdade individual, desde que não interferiam na esfera de terceiros. Passou-se à ideia, esboçada pelo princípio ontológico do Direito, de que o que não é proibido é permitido.

A limitação às condutas passou a ocorrer a partir do momento em que um ato individual repercutia sob a esfera individual de um terceiro. Em suma, a liberdade individual passou a ser moderada pelo Direito em prol da coexistência social e, também, em prol da garantia dos direitos previstos.

⁷⁶ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodvim, 2016, p 33.

⁷⁷ *Ibidem*, p 31.

⁷⁸ A repersonalização do direito privado é o fenômeno que atribui maior valoração à pessoa, pondo em prática os objetivos do princípio da dignidade da pessoa humana. Também pode ser entendida com a despatrimonialização do direito privado, no sentido de o ordenamento jurídico dar mais valor, mais proteção jurídica, à pessoa humana do que ao patrimônio. In: CAPPELARI, Récio. *A repersonalização do direito privado: uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana*. 2007. Dissertação. (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. p. 46 a 57. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2403/repersonalizacao%20do%20direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

⁷⁹ HIRONAKA, Giselda. IN: REQUIÃO, Maurício. *Autonomia Privada Como Elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares*. In: REQUIÃO, Maurício (Cord). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora Juspodvim, 2014, p 22.

A lei maior do nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 5º, caput⁸⁰, preleciona a liberdade como direito, devendo ser esta garantida a todos, sem distinções de qualquer natureza. A liberdade de que trata o referido dispositivo deve ser entendida em sentido jurídico. Assim sendo, “em sentido jurídico, liberdade suscita, em primeiro lugar, a ideia de ausência de obrigação de conduta ou, em termos mais rigorosos, ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento.”⁸¹ Sob esse prisma, é necessário analisar a importância da relação entre a autonomia privada e liberdade.

A ideia de liberdade individual está intrinsecamente relacionada à ideia de autonomia. Sendo um termo de origem grega, autonomia significa o direito de se reger por suas próprias leis. Tal palavra é utilizada para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha.⁸² Compreende-se que este vocábulo expressa independência no agir.⁸³

Porém, a autonomia não possui caráter absoluto. Roxana Borges ressalva que “uma vez que se concebe a autonomia como poder atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico para regular seus próprios interesses, esse poder só será reconhecido se for exercido dentro de tais limites”⁸⁴. Ainda, exemplifica a mesma:

A validade de um negócio jurídico pode ser retirada porque o exercício da autonomia privada deve ser conforme ao ordenamento jurídico, uma vez que o poder de autonomia privada é atribuído pelo ordenamento jurídico aos sujeitos, havendo, portanto, limites e formas de exercício estabelecidas pelo direito, de observância para o sujeito. Como escreveu Emilio Betti: “Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos”.⁸⁵

Da análise dos entendimentos doutrinários, desprende-se que os limites estão contidos dentro do ordenamento jurídico, e são eles as leis e princípios. Analisando a

⁸⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 jun. 2015.

⁸¹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p.163-172, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15098/13753. Acesso em: 25 jul. 2016.

⁸² “Autonomia”, in *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/autonomia/>>. Acesso em: 4. Jan. 2017.

⁸³ BARBOSA, Mário Figueiredo. *Autonomia Da Vontade*. P.1. Salvador: J.M. Gráfica e Editora LTDA.

⁸⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 55.

autonomia privada no âmbito dos negócios jurídicos, vê-se claramente a incidência destes limites. Nesta senda, Roxana Borges nos ensina que os sujeitos não podem “excluir os elementos de existência e nem os requisitos de validade do negócio jurídico, assim como não podem afastar sanções negativas previstas legalmente”.⁸⁶ Então, conclui-se que a autonomia privada dos particulares está limitada por estes requisitos, oriundos de previsão legal.

O agir com autonomia também não pode ir de encontro a ordem pública que, em uma de suas acepções, pode ser definida como “os interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar e aos princípios correspondentes que constituem como que um substrato desse sistema”⁸⁷. Em suma, ser contrário à ordem pública significa violar os princípios de convivência social.⁸⁸

Atos praticados com autonomia devem respeitar também a moral e os bons costumes, que são correlatos. A moral seria um conjunto de valores concernentes ao bem e ao mal, a definição de permitido e proibido, o dever ser da conduta correta, válidos para todos os membros da sociedade.⁸⁹ Grande parte da doutrina conceitua moral como atos condizentes com os bons costumes, que, por sua vez “são o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média”⁹⁰. A moral e os bons costumes são normas sociais e, como tais, são imperativos que restringem a liberdade do indivíduo.⁹¹

Exauridos os limites clássicos ao exercício da autonomia, Maurício Requião ainda nos apresenta mais três classificações que balizam tal instituto. Foram estas denominadas de: limitação objetiva, limitação relacional e limitação subjetiva.⁹²

A limitação objetiva independe das condições pessoais dos sujeitos que viriam a realizar tais condutas impedidas. O que ocorre é o impedimento da realização de

⁸⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58

⁸⁷ ANDRADE, apud, BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

⁸⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op cit.*, p. 62.

⁸⁹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p.436.

⁹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op cit.*, p. 65.

⁹¹ CHECCHIA, Carlos Alfredo Ramos. O direito e as normas sociais. In: MARCELLINO. Nelson Carvalho. *Introdução às ciências sociais*. 17. Ed. São Paulo: Papirus, 2012, p. 70.

⁹² REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodvim, 2016.

certas condutas ou do modo de realizá-las, uma vez que estas foram repudiadas pelo ordenamento pátrio. Esta limitação pode ser percebida mais facilmente quando observamos as exigências de forma impostas pelo Código Civil de 2002, também pela vedação de transação sobre herança de pessoa viva e realização de negócio com objeto ilícito, ou ainda com as proibições que dizem respeito a negócios envolvendo os direitos da personalidade. Anote-se que a sanção mais comum imposta para atos jurídicos que ultrapassem tais limites é a de nulidade.⁹³

Na limitação relacional há o intuito de proteger um terceiro, que poderia ser atingido por esse ato, que já tem uma relação com o sujeito que pratica o ato. Há a proteção de interesses pessoais do terceiro que poderia vir a sofrer os efeitos desse ato. É o que ocorre, por exemplo, na vedação à disposição testamentária do montante correspondente à legítima dos herdeiros necessários ou até mesmo da doação de valores correspondentes à legítima.⁹⁴

A limitação subjetiva ocorre em razão do sujeito que pratica o ato. Ela acontece em razão de condições ligadas ao estado do sujeito. Faz-se mister esclarecer que quando se fala em estado do sujeito refere-se ao estado pessoal, características tais quais a idade, sexo, saúde da pessoa. Sua razão de ser é pautada na proteção ao próprio sujeito. Esta limitação pode ser subclassificada como genérica, intervindo em uma ampla gama de atos, como no caso da proibição imposta aos incapazes de exercer os atos da vida civil, contida nos artigos 3º e 4º do Código Civil; e também como pontual, operando efeitos em apenas um ato ou em um pequeno conjunto de atos, a título de exemplo cita-se a vedação a doação universal, deliberada no artigo 548 do Código Civil. A consequência ao descumprimento dessa limitação é a anulabilidade ou nulidade do ato praticado.⁹⁵

É na limitação subjetiva que podemos perceber os limites, tais quais como a incapacidade, outrora impostos às pessoas com deficiência em razão do ordenamento jurídico brasileiro já ter considerado todas as pessoas com deficiência, independente da relação que estas exerçam com o mundo ao redor, como incapazes, tolhendo-os integralmente e em todos os graus de externar seus aspectos existenciais.

⁹³ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 44, 45, 46.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 46 e 47.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 47, 48, 49.

Os limites subjetivos, na intelecção de Maurício Requião, visam à proteção patrimonial do indivíduo que pratica o ato, deixando de lado a autonomia existencial deste. Portanto, para o autor supracitado, “não há motivo para que fatores patrimoniais e existenciais sejam tratados sob a mesma lógica”⁹⁶; até porque decisões de cunho intrínseco ao ser (tomando o sentido existencial) não devem ser tuteladas pelo mundo jurídico.⁹⁷ Porém, ainda nas palavras de Mauricio Requião, “esta noção, de limitação subjetiva à autonomia, é justamente aquela que é utilizada na construção da teoria da incapacidade”⁹⁸. Assim, faz-se necessária uma breve análise dos reflexos da autonomia no sistema de incapacidade.

2.4.1 Reflexos da autonomia no sistema de incapacidade

Para entender o que é incapacidade e a sua relação com a autonomia, antes, precisamos conceituar capacidade. A doutrina divide capacidade em capacidade de direito e capacidade de agir. Capacidade de direito, como já dito, na definição de Marcos Bernardes de Mello, é a “atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direitos e obrigações na ordem civil”⁹⁹. Nesta toada, quem não for titular de capacidade jurídica (de direito) não manifesta vontade apta a integrar ato jurídico ou conduta recebida como ato-fato jurídico de maneira perfeita. Assim, por consequência, a ausência de capacidade pode implicar em invalidade ou inexistência do ato jurídico. Invalidade para situações nas quais a capacidade deveria ser específica e inexistência para os casos onde não há capacidade.¹⁰⁰ Por sua vez, a capacidade de agir diz respeito a possibilidade de um sujeito praticar certos atos jurídicos válidos, independentemente de assistência ou representação.¹⁰¹ Neste trabalho estaremos tratando da capacidade de agir da pessoa com deficiência.

⁹⁶ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodvim, 2016, p. 49.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

¹⁰¹ REQUIÃO, Maurício. *Op. Cit.*, p. 52.

Nessa linha de intelecção, observado o dito no tópico anterior, tem capacidade jurídica plena para agir aquele sujeito que não tem sua autonomia limitada pelo ordenamento jurídico, ou seja, externa sua vontade de forma juridicamente válida independentemente de assistência ou representação.

Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o ordenamento jurídico brasileiro impunha uma limitação subjetiva na autonomia do grupo das pessoas com deficiência, especificamente para as pessoas com deficiência mental sem o necessário discernimento para a prática de atos ou com discernimento reduzido e para os excepcionais com desenvolvimento mental incompleto. Essa limitação retirava-lhes a capacidade, de forma total ou parcial, para exercer os atos da vida civil. Assim, se estes manifestassem suas vontades sem assistência ou representação, seus atos no mundo jurídico poderiam estar eivados de nulidade. Dessa maneira, nota-se que estes não gozavam de autonomia existencial.

Isso ocorria em razão da condição de vulneráveis em que o ordenamento jurídico pátrio os encaixava. Originária do latim, “*vulnerabilis*”, vulnerável é aquele ou aquilo que pode ser ferido.¹⁰² Ou seja, “vulneráveis são pessoas susceptíveis de terem seus interesses prejudicados por causa de interesses de outrem e, conseqüentemente, de sofrerem abusos e explorações”.¹⁰³

Porém, esse paradigma modificou-se, pois como tempo notou-se que a vulnerabilidade é um elemento inerente a própria condição humana e, assim sendo, percebeu-se ser mais efetivo focar em garantir os sistemas de proteção ao reforço à posição estigmatizada de vulneráveis.¹⁰⁴

O Estatuto segue essa nova noção com vistas a garantir os sistemas de proteção, situação que se aclara quando notada a modificação do modelo de incapacidades do Código Civil. É perceptível a mudança no paradigma no sentido em que houve a desagregação da necessária incapacidade daquelas pessoas com deficiência

¹⁰² “Vulnerável”, in *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vulneravel/>>. Acesso em: 19. Abr. 2017.

¹⁰³ BISPO, Sarah Cabral Ferreira. *A (des)necessidade da edição da lei 13.146/15 na promoção do direito à acessibilidade das pessoas com deficiência*. 2016, p.69. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografia/a-desnecessidade-da-edicao-da-lei-13-14615-na-promocao-do-direito-a-acessibilidade-das-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 25. Abr. 2017.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

intelectual¹⁰⁵, afinal, Maurício Requião milita para esclarecer que “o fato de um sujeito possuir transtorno mental de qualquer natureza, não faz com que ele, automaticamente, se insira no rol dos incapazes”¹⁰⁶.

Tecidas tais considerações a respeito dos reflexos da autonomia no sistema de incapacidades, passa-se a uma abordagem minuciosa das alterações legislativas contidas na Lei 13.146/2015 no que tange ao regime de capacidade.

2.4.2 Alterações no regime de capacidade

Em conformidade com o que fora anteriormente mencionado, com a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência houve a alteração do regime de capacidade civil alocada no Código Civil. O artigo 114 do mencionado Estatuto revogou os incisos I, II e III do artigo 3º e alterou a redação dos incisos II e III do artigo 4º, todos do Código Civil. Antes do Estatuto os mencionados artigos do Código Civil assim ordenavam:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Após a vigência do Estatuto passaram a dispor com a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

¹⁰⁵ BISPO, Sarah Cabral Ferreira. *A (des)necessidade da edição da lei 13.146/15 na promoção do direito à acessibilidade das pessoas com deficiência*. 2016, p. 70. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito. <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografia/a-desnecessidade-da-edicao-da-lei-13-14615-na-promocao-do-direito-a-acessibilidade-das-pessoas-com-deficiencia/> >. Acesso em: 25. Abr. 2017.

¹⁰⁶ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 25. Abr. 2017.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Nota-se a partir da análise comparativa dos dispositivos retrotranscritos que a alteração normativa retirou do rol de incapacidade absoluta aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” e do rol de incapacidade relativa os que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais¹⁰⁷, sem desenvolvimento mental completo”.

Por conseguinte, apenas são considerados incapazes absolutamente os menores de 16 anos. Desta forma, notória é a alteração no reconhecimento da incapacidade absoluta em nosso ordenamento, dado que as pessoas com deficiência mental, desde que possuam o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, serão consideradas capazes¹⁰⁸.

Leonardo Gomes de Aquino evidencia que o critério determinante de enquadramento em situação de incapacidade (relativa ou absoluta) utilizado pelo Código Civil é “a falta de discernimento e não a deficiência em si, tendo o referido diploma não se limitado a elencar a pessoa com deficiência como incapaz, mas sim, aquela que não tivesse o discernimento para praticar os atos da vida civil”.¹⁰⁹

À vista disso, resta claro que as situações de enfermidade ou doença mental não ensejam, por si sós, em hipótese de incapacidade (relativa ou absoluta), sendo a falta

¹⁰⁷ Menciona-se que a expressão “excepcionais”, em um dado momento histórico, era utilizada para referir-se ao grupo de pessoas com deficiência, não devendo mais ser empregada. ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 86. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.170 e 171.

¹⁰⁸ TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. *A repercussão do estatuto da pessoa com deficiência no regime da capacidade civil*. Revista de Direito Privado. Vol. 75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2017. p. 63-77.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

de discernimento elemento imprescindível para tal.¹¹⁰ Assim, não mais basta ser pessoa com deficiência mental para, instantaneamente, ser enquadrado como incapaz.

Dessa maneira, percebe-se que há uma ruptura na associação entre incapacidade e deficiência. Essa ruptura legal é importante, visto que proporciona o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência e significa um enorme avanço para a quebra do estigma social de incapacidade que rodeia essas pessoas e os limita a uma situação jurídica.

A partir desta ruptura também há um desestímulo provocado pelo Estatuto com relação ao uso de regimes como a tutela e a curatela, notadamente, em virtude da possibilidade de adoção da nova ferramenta da Tomada de Decisão Apoiada.

Essa mudança está começando a se manifestar nas decisões de alguns Tribunais de Justiça do Brasil como, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹¹¹ e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹², nas quais há negativa da interdição em virtude da alteração do regime de capacidade civil exposta.

¹¹⁰ TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. *A repercussão do estatuto da pessoa com deficiência no regime da capacidade civil*. Revista de Direito Privado. Vol. 75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2017. p. 63-77.

¹¹¹ Ementa: CURATELA - Ação de interdição - Pedido formulado pela genitora em face da filha, sob a alegação de esta é portadora de doença mental que a incapacita para gerir os atos da vida civil - Com o advento da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a pessoa com deficiência mental ou intelectual deixou de ser considerada absolutamente incapaz, porquanto a deficiência não afeta a plena capacidade - Medida excepcional e restrita a direitos de natureza patrimonial e negocial - Laudo pericial a consignar que, apesar dos problemas de saúde que acometem a ré, ela tem condições de exercer os atos da vida civil e gerir sua pessoa e seus bens - Curatela não concedida - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO. (Relator(a): Elcio Trujillo; Comarca: Barretos; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/03/2017; Data de registro: 15/03/2017). Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10251822&cdForo=0&v1Captcha=VRXCK>>. Acesso em: 2. mai. 2017.

¹¹² Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CAPACIDADE CIVIL. EXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. DESCABIMENTO, NO CASO. 1. No caso, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido de interdição, porquanto a prova pericial atesta a capacidade do réu para a prática dos atos da vida civil. 2. Considerando que a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa a ser apoiada (inteligência do art. 1.783-A do CCB), não possui a apelante legitimidade ativa para requerê-lo, sopesado que o réu é pessoa capaz. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70072156904, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/03/2017). Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70072156904%26num_processo%3D70072156904%26codEmenta%3D7173499++tomada+de+decis%C3%A3o+apoiada+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF->

Definido o conceito de pessoa com deficiência, analisada a autonomia e capacidades desses sujeitos, necessário é o entendimento do contrato de emprego para, então proceder-se ao estudo da tomada de decisão apoiada e, após, suas repercussões e compatibilidades no contrato de emprego.

3. O CONTRATO DE TRABALHO

O objetivo deste trabalho é o estudo dos reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no contrato de emprego, mais especificamente das repercussões geradas pelo termo de tomada de decisão apoiada neste. Assim sendo, faz-se necessário tecer breves noções sobre o contrato de trabalho.

Antes, porém, há que se definir tal instituto. O contrato, na definição civilista de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”¹¹³.

Para os mencionados autores, este é considerado a espécie de negócio jurídico mais importante e corriqueira, dado que é a forma jurídica mais segura e estável para realizar um acordo de vontades.¹¹⁴ Nessa toada, é de conhecimento geral que existem diversas espécies contratuais, sendo o contrato de emprego uma delas, desse modo, passa-se brevemente ao seu estudo.

3.1 BREVES NOÇÕES SOBRE O CONTRATO DE EMPREGO

De acordo com a doutrina clássica, um contrato, *lato sensu*, é uma espécie de negócio jurídico bilateral, baseado na autonomia privada das partes envolvidas, que enseja a criação de direitos e obrigações para aquelas partes. Sua eficácia decorre da lei.¹¹⁵ A mencionada doutrina tem como alicerce o ‘contrato social’, que é o sustentáculo das relações negociais na sociedade e, que gera uma série de implicações de cunho jurídico. Assim, quando determinados comportamentos socialmente típicos são adotados, eles podem gerar direitos, obrigações, pretensões, execuções ou ônus jurídico.¹¹⁶ Desta forma, o contrato pode ser definido como o acordo de vontades

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume IV: Contratos, tomo 1: teoria geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 21-22.

¹¹⁶ TRINDADE, Luiz Fernando da Silva. *Contrato de emprego e uber sob a ótica do direito do trabalho brasileiro*. 2016. Monografia (Pós-graduação). - Faculdade Baiana de Direito.

convergentes em que uma das partes se obriga a dar, fazer, ou não fazer alguma coisa em troca de uma contraprestação, pecuniária ou não. Sua finalidade é a de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.¹¹⁷ Maurício Godinho Delgado, por sua vez, entende que contrato é “o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas¹¹⁸”.

O contrato é a mais corriqueira e a mais importante fonte de obrigação, em razão de suas múltiplas formas e suas incalculáveis repercussões no mundo jurídico.¹¹⁹ O cenário jurídico comporta contratos de vários tipos, inclusive o contrato de emprego.

Sendo um dos muitos tipos de contratos encontrados no mundo jurídico, o contrato de trabalho, de certo modo, também é pautado na autonomia da vontade (mitigada pela coação econômica) e, por conseguinte, tem como pressuposto a liberdade de trabalho, materializada no art. 5º, inciso XIII¹²⁰, da Constituição, que baliza não só o contrato, como também a relação de emprego. Nessa toada, o contrato de emprego tem como fim a inclusão dos princípios constitucionais no seu conteúdo material e objetivo¹²¹, visando a proteção da relação empregatícia. Nota-se um encurtamento da distância entre o direito privado e o direito constitucional, há a ocorrência do fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por meio do qual aplicam-se as normas fundamentais também nas relações entre particulares.¹²² O contrato de emprego tem como finalidade proporcionar dignidade na realização do labor e um sustento honesto aos obreiros.

Maurício Godinho Delgado acredita que o instituto do contrato de emprego no Direito do Trabalho possui uma faceta enigmática. Isto porque, se está diante de um dos mais expressivos contratos de adesão, onde o exercício da liberdade e vontade de uma das partes, notadamente o empregado, encontra-se contingenciada em face da necessidade de ter um emprego. Por outro lado, a presença das noções de liberdade e vontade deixam transparecer o potencial de ampliação de seu real cumprimento.¹²³

¹¹⁷ DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2.

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 558.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

¹²⁰ Art. 5º: [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mar. 2017.

¹²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 568.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem, Op. Cit.*, p. 559.

Isso se dá porque o Direito Civil é pautado na ideia de autonomia das partes, o que se reflete principalmente na liberdade negocial. Esse acordo de vontades livre, resulta no contrato, no Direito Civil. Porém, no Direito do Trabalho, a liberdade negocial não é plena, porque o empregado é a parte hipossuficiente da relação, que se encontra em estado de sujeição com relação ao empregador, não tendo como negociar seus direitos individualmente. O Direito do Trabalho visa justamente igualar essa situação para evitar que as garantias trabalhistas sejam suprimidas. Por isso que se diz, no Direito do Trabalho, que a autonomia privada individual existe, mas é restrita. Em razão disso, alguns autores, como Orlando Gomes e José Affonso Dallegrave Neto, defendem que o contrato de emprego é um contrato de adesão, isso porque em algumas situações os empregados apenas dizem "sim" ou "não".¹²⁴

Finalizadas as breves noções iniciais sobre o contrato de emprego, avança-se e direção a conceituação deste.

3.1.1 Conceito

Maurício Godinho Delgado define o contrato de trabalho como o “negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviço”¹²⁵.

Por outro lado, segundo José Cairo Jr., o contrato de trabalho é “o pacto, expresso ou tácito, verbal ou escrito, pelo qual o empregado, pessoa física, compromete-se a prestar serviços não eventuais e subordinados e o empregador a pagar a retribuição respectiva, seja esta convencionada ou imposta pela lei”¹²⁶.

Já Arnaldo Sussekind, o conceitua como “o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa

¹²⁴ GARCIA, Gustavo Barbosa Filipe. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 138.

¹²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 559.

¹²⁶ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: JusPodivim, 2015, p. 194.

física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados”¹²⁷.

E Messias Pereira Donato, entende como contrato de trabalho a “convenção tácita ou expressa, segundo a qual uma ou várias pessoas físicas se obrigam, mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais a uma pessoa natural ou jurídica (ou a mais de uma), sob as ordens desta” ¹²⁸.

Observa-se, a partir da análise das conceituações expostas, que essas tem muitos pontos em comum. Desta maneira, em suma, o contrato de emprego pode ser entendido como o negócio jurídico por meio do qual, expressa ou tacitamente, o trabalhador se obriga a prestar serviços ao empregador, mediante remuneração, de forma não eventual, pessoal e subordinada.

O texto da CLT, em seu artigo art. 442, caput, disciplina sobre o contrato individual de trabalho, conceituando-o como “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”¹²⁹. Muitos doutrinadores criticam esse dispositivo, como José Martins Catharino, Maurício Godinho Delgado, José Augusto Rodrigues Pinto, Messias Pereira Donato, Américo Plá Rodriguez, Luisa Riva Sanseverino em suas obras curso de Direito do Trabalho, vez que o contrato diferencia-se da relação de emprego propriamente dita e o mencionado artigo confunde essas duas figuras.

Alice Monteiro de Barros ensina que, quando tratamos da relação de emprego, estamos tratando de uma relação jurídica onde ao menos duas pessoas se obrigam reciprocamente e estabelecem direitos e deveres de si para si de acordo com o que ditam as normas reguladoras. ¹³⁰ O contrato, como já dito, é um instrumento jurídico pelo qual duas ou mais partes, volitivamente, criam obrigações entre si. O contrato deriva da relação de emprego. A correspondência que a CLT faz é indevida.

Observa-se ainda que o mencionado dispositivo não traz um único elemento da relação de emprego, quais sejam: onerosidade, pessoalidade, subordinação, não eventualidade. Seria melhor elencar os elementos caracterizadores da relação de

¹²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 215.

¹²⁸ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 66.

¹²⁹ BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 185.

emprego no dispositivo. Em um conceito construído a partir análise dos elementos fático-jurídicos que integram a relação empregatícia, Maurício Godinho Delgado também definiu o contrato empregatício como “o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador”¹³¹.

Além disso, ainda de acordo com Maurício Godinho Delgado¹³², o supracitado artigo mistura as teorias contratualistas e acontratualistas. Isso porque, durante certo tempo, discutiu-se a natureza jurídica do contrato de emprego. Num primeiro momento, os contratos de emprego foram associados aos contratos de compra e venda civil. Depois, foram desenvolvidas teorias que defendiam a autonomia do contrato de emprego, ou seja, afastando a sua natureza de direito civil. Nesse intermédio, ainda haviam as teorias acontratualistas, que negavam a natureza contratual da relação de emprego, afirmando que era uma mera instituição, e não um contrato.

José Augusto Rodrigues Pinto acredita que tal dispositivo assumiu uma postura de insegurança, “pela qual tentou caracterizar um contrato como o instrumento de uma relação jurídica independente dele – o que é impossível”.¹³³ Inicialmente, o artigo se utiliza da teoria contratualista. Mas depois, embasa-se em uma teoria institucional, dizendo que o contrato corresponderia a uma relação de emprego.

Em virtude dessa deficiência do artigo, a doutrina costuma dizer que o contrato é o acordo tácito ou expresso, que ocorre na relação de emprego, tendo por características a subordinação do empregado, a não-eventualidade, a onerosidade e a pessoalidade.

3.1.2 Características

Como todo fenômeno, o contrato de trabalho possui elementos integradores que instituem as marcas mais relevantes de sua estrutura e dinâmica operacional.¹³⁴ Na

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 559.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 190.

¹³⁴ *Ibidem*, *Op. Cit.*, p. 561.

caracterização do contrato de trabalho significativo grupo de elementos proeminentes, são eles: trata-se de um instituto do direito privado, sinalagmático, consensual, *intuitu personae* quanto ao empregado, pacto de trato sucessivo e de atividade, oneroso, dotado de alteridade, complexo.¹³⁵ Como exposto, adotar-se-á a classificação proposta por Maurício Godinho Delgado.

O Direito do Trabalho é um ramo do Direito Privado. Então, o contrato de emprego, será um contrato de direito privado. Além disso os sujeitos que integram a relação de emprego são sujeitos privados, que atuam com base na sua autonomia privada. Até mesmo o Estado, quando contrata empregados pelo regime celetista, age como particular.¹³⁶

É um contrato que impõe deveres e direitos para ambas as partes, por isso, é sinalagmático.¹³⁷ O empregado tem a obrigação principal de prestar o serviço, e o empregador possui a obrigação principal de pagar o salário. Porém, essas não são as únicas obrigações. Nesse ponto, torna-se necessária a discussão acerca da interrupção contratual, que paralisa uma obrigação por parte do empregado, mas o empregador continua a pagar o salário. De fato, pontualmente, parece que o contrato perde sua característica sinalagmática. Entretanto, analisando-se o vínculo empregatício como um todo, o caráter sinalagmático não deixa de existir na interrupção, ou seja, ela não mitiga esses direitos e deveres recíprocos.¹³⁸

Em regra, o contrato de emprego não é solene. Este é consensual, vez que se aperfeiçoa com o consenso na manifestação de vontade, seja ela expressa ou tácita.¹³⁹ O artigo 442 da CLT¹⁴⁰, ao aceitar contratos tácitos, informais, tem a finalidade de salvaguardar o empregado, fazer com que essas situações simplificadas gerem proteção ao empregado. Arnaldo Sussekind entende que esse dispositivo da CLT

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 559.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ GARCIA, Gustavo Barbosa Filipe. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 151.

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 563.

¹³⁹ GARCIA, Gustavo Barbosa Filipe. *Op. Cit.*, p. 151.

¹⁴⁰ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

despiu o contrato de trabalho de certas formalidades para consagrar a teoria do contrato realidade.¹⁴¹ Excepcionalmente, o contrato de trabalho será solene¹⁴².

Como a relação de emprego é pautada na pessoalidade, é natural que o contrato seja *intuito personae*, em relação ao empregado, já que em relação ao empregador vige o princípio da despersonalização – excepcionando-se apenas a circunstância em que o empregador é pessoa física que desenvolve uma atividade econômica infungível¹⁴³. Deste modo, excetuada permissão expressa do empregador, não pode o trabalhador (é ilícito) fazer-se substituir no desempenho da prestação da atividade profissional.

144

Também é um contrato de trato sucessivo, que se prolonga com o passar do tempo. Não se trata de um contrato instantâneo vez que o contrato não se exaure no cumprimento de uma única obrigação.¹⁴⁵ A intenção é que as obrigações recíprocas se prolonguem no tempo.

Conquanto reflète como principal obrigação uma atividade do empregado, a prestação dos serviços, é um contrato de atividade. Este fora embasado em atividades, quais sejam, a prestação de serviços pelo empregado, mediante remuneração paga pelo empregador.¹⁴⁶

É um contrato oneroso, uma vez que cria obrigações para ambos os contratantes, prestação de serviço mediante pagamento, seja pelo efetivo ganho, seja pela intenção de pagamento.¹⁴⁷

Além disso, caracteriza-se como um contrato dotado de alteridade, visto que o empregador assume todos os riscos inerentes ao empreendimento empresarial, bem como os riscos oriundos da prestação de serviço e do seu resultado.¹⁴⁸ O obreiro não

¹⁴¹ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216.

¹⁴² Ocorrerá no caso de artistas e atletas profissionais de futebol, por exemplo. BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm >. Acesso em: 9. mar. 2017 e BRASIL. Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6533.htm>. Acesso em: 9. mar. 2017 e

¹⁴³ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 225.

¹⁴⁴ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 66.

¹⁴⁵ CAIRO JÚNIOR, José. *Op. Cit.*, p. 223.

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 564.

¹⁴⁷ CAIRO JÚNIOR, José. *Op. Cit.*, p. 224.

¹⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 565.

tem responsabilidade quanto a assunção dos riscos inerentes a atividade empresarial exercida.

Por fim, se encaixa na categoria dos contratos complexos. A complexidade do contrato de emprego pode ser analisada sobre duas vias: sob a perspectiva da quantidade de obrigações existentes e sob a perspectiva de que o contrato de emprego, muitas vezes, vem acompanhado de outros contratos. O contrato de emprego geralmente vem acompanhado de outros contratos adjacentes, como, por exemplo, contrato de plano de saúde, previdência privada, comodato, seguros, entre outros. Se o contrato de emprego for extinto, em regra, os contratos adjacentes também se extinguirão. Excepcionalmente, a jurisprudência vem mantendo o contrato de plano de saúde.

3.1.3 Denominação adequada

O contrato de trabalho, anteriormente, era denominado de “locação de serviços”, vez que o Direito do Trabalho ainda não era tido como ramo autônomo, sendo disciplinado por artigos do Código Civil de 1916. Embora a doutrina já utilizasse a referida denominação, a nomenclatura “contrato de trabalho” surgiu com a Lei nº. 62, de 05/06/1935, que versava sobre a rescisão do pacto laboral.¹⁴⁹

A CLT, em todo o seu bojo, optou pela expressão “contrato de trabalho”. Tal denominação tem origem alemã (*Arbeitsvertrag*) e hoje é a mais usual, praticamente oficializada, nas doutrinas e nas legislações ocidentais.¹⁵⁰

Contudo, diversos doutrinadores, à título de exemplo: José Martins Catharino, Maurício Godinho Delgado, José Augusto Rodrigues Pinto, Messias Pereira Donato, Américo Plá Rodriguez, Luisa Riva Sanseverino em seus respectivos livros curso; criticam essa opção da CLT. Tal postura sobrevém, em verdade, do fato de que não se trata de um contrato de trabalho, e sim de emprego. Sabendo que o trabalho é um gênero, da qual a relação de emprego é uma espécie, grande parte da doutrina acredita que a nomenclatura correta seria “contrato de emprego”. Messias Pereira

¹⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

¹⁵⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 191.

Donato sinaliza que há maior precisão na denominação contrato de emprego porque cinge a ideia de relação de emprego existente entre os co-contratantes¹⁵¹.

O pioneiro, no Brasil, a levantar tal questionamento foi José Martins Catharino.¹⁵² Ele acreditava que o termo mais correto a ser utilizado era “contrato de emprego”, visto que o contrato iria tratar sobre a relação de emprego, não sobre qualquer relação de trabalho, mas sim acerca da conexão entre empregado e empregador, do trabalho subordinado.¹⁵³ José Martins Catharino pontua que o “contrato de emprego é espécie do gênero contrato de trabalho, já que nem todo o trabalhador é empregado, mas todo e qualquer trabalhador é empregado”.¹⁵⁴

Maurício Godinho Delgado, embasado no pensamento de Planiol, observa que a utilização do termo “trabalho” indica o objeto da prestação, e não a natureza do instituto a que se referia.¹⁵⁵ Além disso, é criticada a questão da amplitude, já que o termo “trabalho” é muito mais amplo do que emprego, “abarcando todos os contratos que tenham como objeto a pactuação de prestação de serviços por uma pessoa natural a outrem”¹⁵⁶, como, por exemplo, os contratos de empreitada, prestação autônoma de serviços, prestação eventual de serviços, entre outros.

Atualmente, apesar das críticas, em virtude da popularização da expressão “contrato de trabalho”, as duas denominações são tidas como corretas e serão usadas de forma sinônima neste trabalho.

3.1.4 Contrato por prazo determinado e indeterminado

No Direito do Trabalho, existem duas classificações possíveis para caracterizar o tempo de duração do contrato de trabalho, são elas: por prazo determinado e por prazo indeterminado. É o que versa o artigo 443 da CLT: “o contrato individual de

¹⁵¹ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 65.

¹⁵² PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 191.

¹⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

¹⁵⁴ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 218.

¹⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 560.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 561.

trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.¹⁵⁷

O contrato por prazo indeterminado é aquele que tem uma duração indefinida, imprevisível, ao longo do tempo, que não tem termo extintivo predeterminado.¹⁵⁸ O contrato por prazo determinado, também nomeado de contrato a termo, é aquele “cujo termo final se fixa em conformidade com acontecimento futuro e certo”¹⁵⁹. A legislação também trouxe o seu conceito no parágrafo 1º do artigo 443 da CLT: “considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.”.¹⁶⁰

Naturalmente, em virtude do princípio da continuidade da relação empregatícia¹⁶¹, o qual versa que a relação de emprego deve ser contínua, devendo ser extinta apenas em situações excepcionais, tais quais: aposentadoria, morte, fechamento da empresa; como regra, no Brasil, o contrato de trabalho deverá ser celebrado por prazo indeterminado.

O caráter de regra geral, conferido pela ordem jurídica ao contrato por prazo indeterminado, confere-lhe o status privilegiado de presunção jurídica da sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia, vide súmula 212 do TST¹⁶².

Os contratos por prazo determinado, por serem admitidos a título de exceção no direito do trabalho, tiveram sua validade mitigada pela lei, que definiu as hipóteses em que será possível a pactuação contratual a termo. O parágrafo segundo e suas alíneas do artigo 443 da CLT enumeraram as hipóteses em que este será válido:

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

¹⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mai. 2017.

¹⁵⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 181.

¹⁵⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Contrato de prazo determinado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 9.

¹⁶⁰ BRASIL. *Código civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

¹⁶¹ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 247.

¹⁶² Súmula 212: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em: 17 mar. 2017.

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.¹⁶³

A hipótese da alínea 'a' do supracitado artigo faz alusão as situações em que a natureza do serviço, o caráter transitório, irá justificar a necessidade de prazo determinado, já que a própria prestação do serviço é transitória. É o caso, por exemplo, dos contratos sazonais, como o de safra, no qual só se faz necessária a contratação de mão de obra para o período de colheita de determinado alimento.¹⁶⁴

Nas atividades empresarias de caráter transitório, como uma fábrica de ovos de páscoa.¹⁶⁵, por exemplo, a empresa fora criada, de forma predeterminada, para um determinado fim e, por isso, ela mesma já possui caráter transitório. Assim sendo, não haveria sentido em conceber contratações por prazo indeterminado, vez que a atividade empresária já nasceu com um termo para findar-se.

Por fim, o legislador oportunizou ao empregador a possibilidade verificar se o empregado se adequa, corresponde as expectativas laborais do cargo exercido, servindo este momento como um teste para determinar a continuidade ou não do vínculo laboral.¹⁶⁶

Cumprido salientar que o rol do retrotranscrito artigo não é taxativo. Este é um regramento geral para balizar a validade do contrato a termo, não impedindo que hajam legislações específicas que tratem sobre os contratos por prazo determinado, desde que estas estejam em consonância com o que dispõe a CLT.

3.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE EMPREGO / PLANO DA EXISTÊNCIA E VALIDADE

¹⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁶⁴ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Exemplo dado em sala de aula*. Aulas de Direito do Trabalho I ministradas na Faculdade Baiana de Direito – Salvador, 2015.2.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Construção jurídica inspirada em aula*. Aulas de Direito do Trabalho I ministradas na Faculdade Baiana de Direito – Salvador, 2015.2.

Os elementos essenciais do contrato de emprego são aqueles necessários para que sua formação aconteça de forma perfeita, ou seja, exista e seja válido.

Validade, quando diz respeito a um negócio jurídico, nas lições de Marcos Bernardes de Mello, “é sinonímia de perfeição, pois significa sua plena consonância com o ordenamento jurídico”.¹⁶⁷ Assim, conforme entendimento do mencionado autor, é válido o ato jurídico cujo suporte fático (evento ou conduta que poderá ocorrer no mundo dos fatos, e que, por ter sido considerado relevante no mundo dos fatos, passa a integrar o mundo do direito) é perfeito, isto é, seus elementos centrais não tem nenhuma deficiência invalidante.¹⁶⁸

Para que um contrato seja considerado válido no ordenamento jurídico brasileiro é necessário que o agente seja capaz, a vontade lícita e desembaraçada, o objeto lícito, possível, determinável ou determinado, e a forma seja prescrita ou não defesa em lei. Tais elementos são os mesmos de um contrato civil, estudados dentro do plano da validade civil, e imprescindíveis à formação da figura jurídica contratual.

3.2.1 Agente capaz

No ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, basta que uma pessoa nasça com vida para que ela adquira personalidade civil. Adquirida a personalidade civil, o indivíduo passa a ser titular de direitos obrigações. Porém, nem sempre poderá exercê-los pessoalmente. Para que haja tal exercício, exige-se capacidade. Washington de Barros Monteiro, notório jurista, concebeu capacidade como a “aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”.¹⁶⁹ A capacidade pode ser de duas espécies: de direito e de fato. A capacidade de direito alude a possibilidade de fruir dos direitos subjetivo. A capacidade de fato concerne no exercício direto dos direitos e prática dos atos da vida civil.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. V.I.* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57-58. *In: DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho.* 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 567.

¹⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 677.

O Código Civil entende como capacidade a aptidão para exercer os atos da vida civil. Este disciplina que as pessoas podem ser: plenamente capazes, aquelas que podem realizar sozinhas todos os atos da vida civil; absolutamente incapazes, quando não podem exercer pessoalmente os atos da vida civil, e relativamente incapazes, são os que não podem realizar certos atos ou tem uma maneira diferenciada para realizar tais atos.

Atualmente, conforme exposto no segundo capítulo, de acordo com os artigos 3º e 4º do Código Civil, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos.

Desta forma, civilmente, qualquer pessoa que tenha mais de dezoito anos e não se encaixe nas hipóteses previstas nos incisos III a IV do artigo 4º do Código Civil possui capacidade plena para prática dos atos da vida civil.

Capacidade trabalhista, no entendimento de Maurício Godinho Delgado, é “a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa”.¹⁷¹

Como já dito, o contrato de trabalho é pactuado entre uma pessoa, que após a celebração desse negócio jurídico será denominada de empregado, e outra pessoa, que será nominada de empregador, sendo ela natural ou jurídica.¹⁷² Essa pessoa, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, tem que ser dotada de capacidade. Nessa linha de inteligência, percebe-se que o conceito de capacidade no direito do trabalho não tem muita diferença do civil, interessando algumas inovações de tratamento notadas, especialmente, no que tange aos limites de idade do empregado.¹⁷³

À vista disso, impende fazer referência ao inciso XXXIII do artigo 7º do texto constitucional, que prevê a vedação ao trabalho dos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, desde que possua quatorze anos completos. O mesmo dispositivo proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos.

¹⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 592.

¹⁷² CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: JusPodivim, 2015, p. 228.

¹⁷³ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 19.

Isto posto, conclui-se que, para o direito do trabalho, o agente capaz, em relação ao critério etário, é aquele maior de dezesseis anos, desde que haja permissão do representante legal para o trabalho.¹⁷⁴ Quanto aos sujeitos com idade igual a quatorze anos completos e menores de dezesseis anos, também serão capazes, só que trabalharão na condição especial de aprendiz.

Délio Maranhão sinaliza que a nulidade do contrato pela incapacidade do obreiro constitui medida de resguardo ao incapaz, posto que, se um trabalhador reconhecidamente menor for admitido como empregado, desfeito o contrato sem sua culpa, deverá ter todos os direitos assegurados por lei a um trabalhador capaz na mesma modalidade contratual.¹⁷⁵

Nessa toada, o agente capaz para o direito do trabalho são todas aquelas pessoas consideradas capazes no regime civil, sejam maiores de dezesseis anos ou maiores de quatorze na condição de aprendiz.

3.2.2 Objeto (lícito, possível, determinado ou determinável)

A norma geral de validade dos negócios jurídicos, contida no artigo 166 do Código Civil, especificamente no inciso II, dita que é nulo o negócio jurídico quando “for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”.¹⁷⁶

A ilicitude acontece quando há relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.¹⁷⁷ O Direito do Trabalho não se afasta desse critério normativo geral. Portanto, “enquadrando-se a atividade prestada em um tipo legal criminal, rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista”.¹⁷⁸ Arnaldo Sussekind pontua que o contrato de trabalho, da mesma forma que outro negócio jurídico, não deverá ter como objeto a prestação de atividades

¹⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 246.

¹⁷⁵ MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 57.

¹⁷⁶ BRASIL. *Código civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

¹⁷⁷ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169.

¹⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 570.

contrárias à moral e aos bons costumes, cuja a prática é proibida a todos os indivíduos.¹⁷⁹

Nesta toada, não será válido o contrato de trabalho que tenha por objeto atividade ilícita. Consequentemente, para que haja validade, o objeto tem que ser lícito. O objeto lícito é aquele que não é proibido pela ordem jurídica. No Direito do Trabalho, o objeto será lícito quando a prestação, parte integrante da obrigação contida nos contratos de emprego e objeto do contrato de emprego, estiver de acordo com as leis.¹⁸⁰

Ainda, impende mencionar uma importante distinção, que diz respeito a diferença entre ilicitude e irregularidade do trabalho.

O trabalho é ilícito quando integra um tipo penal ou concorre diretamente para ele, como, por exemplo, exploração do jogo do bicho (artigo 58 do Decreto-Lei nº 3.668/43).¹⁸¹ Toda vez que o objeto do contrato tiver coincidência com o ilícito penal, o contrato será contaminado.

Lado outro, será considerado irregular o trabalho que é exercido em desconformidade com norma do direito do trabalho que veda o labor em determinadas circunstâncias ou a certos tipos de empregados, a exemplo do trabalho executado por menores em período noturno, perigoso ou insalubre (artigo 7º, XXXIII da CF/88).¹⁸² No caso do trabalho irregular, também chamado de trabalho proibido, visando a proteção do trabalhador, o direito o trabalho tem a tendência de conferir efeitos a esse contrato até a data em que for decretada a invalidade.

Délio Maranhão¹⁸³ e Octavio Bueno Magano acreditam que, se comprovado o desconhecimento pelo obreiro do fim ilícito a que se propusera a prestação do trabalho avançada, o contrato de emprego será perfeito, produzindo todos os seus efeitos jurídicos.¹⁸⁴ Em posição semelhante, Messias Pereira Donato encampou tese que considera perfeito o pacto trabalhista se os serviços prestados não tiverem relação direta com o núcleo da atividade ilícita.¹⁸⁵ É o caso, por exemplo, de “um servente

¹⁷⁹ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 224.

¹⁸⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169.

¹⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 571.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1993. p. 60.

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 572.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

exercer sua atividade em uma casa de tolerância”. Délio Maranhão salienta que isso se dá porque a força de trabalho já fora despendida pelo empregado, não podendo ser restituída ao empregador, cabendo, portanto, o pagamento do equivalente, que é o salário.

Além de lícito, o objeto também tem que ser possível, ele será possível quando for sob o prisma físico/material e o aspecto jurídico¹⁸⁶ Luciano Martinez explica que a impossibilidade material trata sobre impedimentos físicos insuperáveis por qualquer ser humano, trazendo como exemplo a prestação de trabalho no solo lunar. Quanto à impossibilidade jurídica, o mencionado autor elucida que esta aconteceria quando houvessem obstáculos normativos.¹⁸⁷

No que tange a determinabilidade do objeto, este será determinado quando houver certeza sobre a prestação que deverá ser realizada, ainda que tal determinação não seja completa, exata e precisa no que tange à qualidade e quantidade do labor a ser realizado pelo obreiro¹⁸⁸; determinável nos casos em que o empregado se obriga a realizar todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal, observado que o ajuste do objeto ocorrerá de forma tácita, no decorrer da prestação laboral.¹⁸⁹ À vista disso, se o objeto do contrato contiver prestação certa, será determinado, se não, mas possuir elementos para balizar seu objeto, será determinável.

3.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

A forma do negócio jurídico, nas lições de Luciano Martinez, é o aspecto físico de materialização do ato que, quando imposta por lei, deve revesti-lo, para que a declaração de vontade seja válida.¹⁹⁰ Maurício Godinho Delgado entende que a forma é a instrumentalização da transparência de um ato jurídico e, assim sendo, observa

¹⁸⁶ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 244.

¹⁸⁷ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

¹⁸⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 181.

¹⁸⁹ MARTINEZ, Luciano. *Op. Cit.*, p. 172.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

que esta é a modalidade central de comprovação da existência do ato e do seu conteúdo obrigacional.¹⁹¹

Em regra, o contrato de trabalho tem como característica a informalidade, de maneira que considerar-se-á válido ainda que celebrado de forma tácita ou verbal (artigo 442, *caput*, da CLT).¹⁹² Rememorando a característica essencialmente consensual do contrato de emprego, não se questiona que quais quer outros meios probatórios lícitos existentes, ainda que distintos da forma escrita, serão aptos a provar sua existência (artigo 456¹⁹³, *caput*, da CLT).¹⁹⁴

Excepcionalmente, determinadas espécies de contratos de trabalho, como, por exemplo, contrato do aprendiz, de trabalho temporário, atleta profissional e futebol, artista, exigirão a forma escrita e até outras solenidades para que sejam válidos.¹⁹⁵

Obviamente, sempre que a legislação trabalhista exigir uma forma específica para a celebração do contrato de emprego, cláusula específica ou ato dele extintivo, este terá a sua validade condicionada à obediência de forma, momento em que estará sob a égide do Código Civil.¹⁹⁶ Quando a lei impuser uma forma e esta não for observada, de acordo com o artigo 166, inciso IV do Código Civil, o negócio jurídico será nulo.

3.2.4 Vontade livre e desembaraçada

A palavra vontade pode ser definida como a faculdade, a capacidade individual, que o ser humano tem de querer, escolher, livremente praticar ou deixar de praticar certos atos.¹⁹⁷ Marcos Bernardes de Mello esclarece que a vontade juridicamente relevante

¹⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 573.

¹⁹² ALMEIDA, André Luiz Paes de; PEREIRA, Leone. 4. ed. *Direito do trabalho*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

¹⁹³ Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito. BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acesso em: 22 abr. 2017.

¹⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 573.

¹⁹⁵ CAIRO, José Jr. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: JusPodivim, 2015, p. 232.

¹⁹⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 19.

¹⁹⁷ “Vontade”, in *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vontade/>> . Acesso em: 1. mar. 2016.

é aquela que é exteriorizada mediante manifestação ou declaração, é a apta a compor suporte fático de negócio jurídico.¹⁹⁸

José Martins Catharino evidencia que a vontade é o componente propulsor do ato jurídico em geral, desde que seja declarada ou manifesta, e não em potência.¹⁹⁹

Para que uma manifestação de vontade seja apta a integrar o suporte fático de um negócio jurídico esta tem que ser autêntica, íntegra e hígida; ou seja, não deverá conter defeitos.²⁰⁰ No que diz respeito a questão da autenticidade, no caso de falsa atribuição da manifestação de vontade a alguém que não a manifestou ou, no caso de uma manifestação à força, não há vontade e, portanto, o negócio jurídico é inexistente. A integridade e hígidez da manifestação da vontade são pressuposto de validade dos negócios jurídicos que, serão inválidos, quando houverem os chamados vícios da vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão), que são defeitos que afetam a perfeição da manifestação de vontade.

A manifestação de vontade no contrato de emprego, assim como no Direito Civil, deve ser livre e desembaraçada. Não pode haver qualquer tipo de coação, ainda que indireta, na vontade daquele empregado. Maurício Godinho Delgado relembra a famosa observação da jurista Luiza Riva Sanseverino de que o contrato de trabalho é considerado um contrato de adesão, de modo que a manifestação da vontade ocorre no momento de adesão ao pacto, vez que quase sempre não há discussão sobre suas cláusulas. É por isso que a autonomia privada no Direito do Trabalho é tão limitada.²⁰¹

Quando há defeito na manifestação da vontade, o ordenamento jurídico impõe uma punição para tal vício, por isso a importância dessa ser livre e desembaraçada. Essa sanção é nulidade, passa-se ao estudo.²⁰²

3.2.5 Nulidades trabalhistas

¹⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 250.

¹⁹⁹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 218.

²⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 77.

²⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 574.

²⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 90.

No Direito Civil, um ato, para que seja considerado inválido, deverá ter infringido norma jurídica cogente ou possuir defeitos na manifestação da vontade.²⁰³ Como sanção a essas determinadas condutas que implicam contrariedade a direito, o ordenamento jurídico adotou a teoria das invalidades, que as divide em absolutas (nulidade) e relativas (anulabilidade).²⁰⁴

Conforme o grau de infração e a importância do interesse a ser resguardado haverá uma punição com maior ou menor severidade.²⁰⁵ Tal punição ditará o quantum inválido àquele ato será aos olhos da ordem jurídica. Se a ofensa afetar a própria ordem pública, implicando em violação de norma cogente, a invalidade será mais grave, tornando o ato nulo e, conseqüentemente, gerando sua ineficácia *erga omnes* quanto a seus efeitos próprios; além de, em regra, a insanabilidade do vício.²⁰⁶ Caso a afronta atinja prejudicialmente apenas diretamente as pessoas, em seus interesses particulares, a invalidade será menos grave, importando na anulabilidade do ato, que gerará efeitos até que esta seja alegada ou este seja convalidado pelo transcurso do tempo.²⁰⁷

Desse modo, quando um ato jurídico for nulo (nos ditames do artigo 166 do Código Civil), a sentença que decretará sua nulidade absoluta operará efeitos *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagirão para que as partes retornem a situação jurídica anterior ao dito ato. Na hipótese em que o ato jurídico for anulável (em regra, nos casos do artigo 171 do Código Civil), se não for suprimido ou sanado o que deu causa a invalidade, podendo também ser convalidado, a partir da sentença que decretará sua anulação operará efeitos *ex nunc*, isto é, seus efeitos não retroagirão, sendo eficazes todos os desdobramentos decorrentes de tal ato até a data da sentença.

A distinção entre nulo e anulável não é de muita valia no campo trabalhista, visto que, mesmo sendo o ato passível de anulação, se este tiver o intuito de fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação dos regramentos contidos na legislação trabalhista, ele será nulo, nos termos do artigo 9º da CLT.²⁰⁸

²⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 100.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 101.

²⁰⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 521.

No Direito do Trabalho, como regra, as nulidades terão efeito *ex nunc*, vez que vigora a máxima da irretroação da nulidade decretada. Assim, a partir desse critério, verificada a nulidade comprometedora do contrato, esse, apenas a partir de então, deverá ser suprimido do mundo jurídico.²⁰⁹

Os efeitos legais resultantes da teoria das nulidades do direito civil são diferentes dos da teoria das nulidades trabalhistas, vez que os interesses jurídicos existentes entre elas são distintos. No direito civil, há a possibilidade de que uma situação oriunda ato nulo retorne ao *status quo ante*, no direito do trabalho não. O objeto do contrato de emprego é a força de trabalho e esta não pode ser devolvida ao empregado. Portanto, é impossível que se retorne ao *status quo ante*. Desta forma, não teria sentido os efeitos serem *ex tunc* para o direito do trabalho, visto que “o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços”²¹⁰.

Além da razão exposta acima, a doutrina, à exemplo de Américo Plá Rodriguez, Riva Sanseverino, José Augusto Rodrigues Pinto, Maurício Godinho Delgado, apresenta mais dois motivos pelos quais não se produzirão efeitos retroativos prejudiciais ao trabalhador. O primeiro deles expõe que, como o labor já foi prestado, já houve a transferência e apropriação do trabalho em benefício do empregador, e, conseqüentemente, quitação da prestação obreira. Desse modo, haveria enriquecimento sem causa do tomador²¹¹ e desequilíbrio entre as partes, vez que o empregador poderia “reter o salário devido e até exigir os salários pagos”²¹². O segundo é embasado na prevalência do valor do trabalho, ou seja, na valorização do trabalho humano. A Constituição Federal salvaguarda os direitos dos trabalhadores e incentiva a valorização do trabalho, inclusive quando trata da livre iniciativa. A garantia de efeitos *ex nunc*, ainda que negue tais efeitos a partir do momento em que a nulidade é reconhecida, valida e valoriza o trabalho desenvolvido no período anterior a decretação da nulidade.²¹³

A teoria das nulidades trabalhista pode ser aplicada de forma plena, restrita, ou não ser aplicada.

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 577.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 578.

²¹² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 23. In: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 239.

²¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 578.

Num primeiro momento, há a aplicação plena da teoria sempre que se estiver diante de um trabalho irregular, fora dos conformes legislativos. Aplica-se, geralmente, quando há defeito em relação à capacidade, por exemplo, labor da criança e do adolescente menor de 16 anos que não esteja diante de um trabalho irregular, fora dos conformes legislativo. Como se sabe, não é possível o trabalho dos menores de 16 anos, salvo o aprendiz, inclusive, é uma vedação constitucional. Caso os efeitos fossem *ex tunc* o empregador poderia utilizar-se dessa mão-de-obra de má fé. Por isso, como os efeitos são *ex nunc*, o menor de 16 anos irá receber todas as parcelas trabalhistas, como se empregado fosse, à título de indenização. Esta teoria também é aplicada quando há vício na forma do contrato de emprego.²¹⁴

A teoria das nulidades trabalhistas terá aplicabilidade restrita em situações em não há um vício tão grave, como um ilícito, mas também não há um vício tão simples. São situações que atingem o interesse público, mas também atingem o interesse privado. Essas situações não podem gerar efeitos *ex nunc* simplesmente. Maurício Godinho Delgado diz que isso ocorre porque “a medida que os bens tutelados aproximam-se do interesse público (confrontando o valor do trabalho a outro valor também de inquestionável interesse público) tende-se a restringir, proporcionalmente, a aplicação da teoria justralhista especial.”²¹⁵. Nesses casos, não são retirados todos os efeitos, mas também não serão conferidos todos os efeitos *ex nunc*.

Um exemplo da aplicação restrita da teoria das nulidades trabalhistas é a situação de contratação irregular pelos entes estatais, em agressão ao art. 37, II, §2º da Constituição, em que a pessoa labora para a administração pública, sem ter prestado concurso público. Essa pessoa não poderia ser considerada celetista e nem funcionária pública, já que tais considerações ofenderiam a moralidade administrativa. Considerá-lo como estatutário também seria burlar o sistema estabelecido pela Constituição. Em casos como esse, o TST decidiu que só haverá conferência de efeitos no que tange a salários e depósito de FGTS, vez que o labor se deu de forma irregular. Quando esta questão foi levada a apreciação do STF²¹⁶ manteve-se o

²¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 578.

²¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 579.

²¹⁶ Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REQUISITOS DE VALIDADE (RE 658.026, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE DE 31/10/2014, TEMA 612). DESCUMPRIMENTO. EFEITOS JURÍDICOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO TRABALHADO E, NOS TERMOS DO ART. 19-A DA LEI 8.036/1990, AO LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS

entendimento vergastado pelo TST, vez que já houve dispêndio de energia por parte do obreiro e este fazia jus a uma retribuição em razão disso.

Existem situações em que a teoria das nulidades trabalhistas não será aplicada. Para isso, a ofensa ao ordenamento jurídico tem que ser muito grave. É o caso das nulidades em razão de ilícito penal, em que há uma situação extremamente reprovável perante a sociedade, uma afronta direta a um bem que é relevante para a sociedade. Maurício Godinho Delgado acredita que nessas situações “não existe efetivo trabalho (à luz da perspectiva constitucional, que enfoca o labor como a produção humana de bens e serviços sob a ótica social), mas, sim, atividade que conspira francamente contra o interesse público (...) não merecendo proteção (...)”²¹⁷. Se houvesse a conferência de efeitos trabalhistas aqui, haveria um incentivo da prática de um ilícito penal, o que não é um desejo do Direito do Trabalho. Por conta disso, os efeitos aplicados nessa situação são *ex tunc*, retroagem a data da prestação de serviços.

Em contrapartida, existe tese rechaçando a inaplicabilidade da teoria trabalhista, considerando-a injusta. Arnaldo Sussekind, por exemplo, concebe que são devidas ao trabalhador as prestações decorrentes da execução de contrato nulo, mesmo que este tenha sido declarado extinto em razão do seu objeto ser ilícito.²¹⁸ Para tais doutrinadores, nesses casos, por mais que esteja ligado a uma atividade ilícita, o labor fora exercido pelo empregado. Portanto, ao menos em termos de remuneração, deveria ser retribuído. Nas situações em que o empregado não sabe que as atividades praticadas no local de trabalho são ilícitas ou nas hipóteses em que o labor é desvinculado da ilicitude, sendo possível comprovar o desconhecimento do obreiro ou

EFETUADOS NO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. 1. Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. 2. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.(RE 765320 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 15/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 22-09-2016 PUBLIC 23-09-2016). BRASIL. STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000960&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 6. Mar. 2017.

²¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 581.

²¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 240.

separar o trabalho da ilicitude, deverão ser aplicados os efeitos *ex nunc*. Assim, os adeptos da mencionada teoria acreditam que não há como não aplicar a teoria trabalhista. Ou confere todos os efeitos, ou efeitos amenizados.

Acredita-se que a teoria trabalhista não deverá ser aplicada em casos de ofensa grave ao ordenamento jurídico, conforme o entendimento de Maurício Godinho Delgado, exposto acima.

Traçadas as noções básicas para a compreensão do contrato de emprego, passa-se ao objetivo deste trabalho, que é o estudo dos reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência nesse, especificamente as repercussões geradas pelo termo de tomada de decisão apoiada.

4. REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA.

Conforme fora abordado no tópico 2.4.2 do capítulo 2 deste, o artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil, modificou, por conseguinte, a teoria das capacidades civis, conferindo capacidade as pessoas com deficiência mental e excepcionais.

Ainda, a Lei nº13.146, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu Título III (Das Disposições Finais e Transitórias), artigo 115, alterou o Título IV do Código Civil de 2002, que passou a vigorar com a seguinte nomenclatura: Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada.

Em seguida, o artigo 116 do mencionado Estatuto trouxe outra alteração ao supracitado Código, acrescentando ao Título IV, do Livro IV, da parte especial deste o Capítulo III e, em seu bojo, o artigo 1.783-A. Tal dispositivo normativo apresentou um novo instrumento jurídico ao ordenamento brasileiro, qual seja: a Tomada de Decisão Apoiada.

Como dito anteriormente, a tomada de decisão apoiada possibilita que as pessoas com deficiência ultrapassem suas barreiras de interação social, na medida em que poderão ser apoiadas na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, com vistas a garantir uma participação mais plena, efetiva e com menor desigualdade de condições com as demais pessoas, inclusive no âmbito trabalhista.

Feita a análise da autonomia da pessoa com deficiência, já tendo noção acerca do contrato de trabalho e suas particularidades, cabe agora analisar os reflexos do dispositivo da tomada de decisão apoiada no cenário do contrato de emprego, objeto deste trabalho. Mas, antes disso, cumpre a apresentação e análise deste instituto.

4.1 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A pessoa plenamente capaz, na tomada de decisões sobre a sua vida e o seu patrimônio, a princípio, não precisa do apoio de ninguém, a não ser que queira se aconselhar.²¹⁹

É o caso, por exemplo, de uma pessoa plenamente capaz que deseja exercer uma atividade empresarial em determinado nicho de mercado e, para isso, contrata um especialista para fazer um estudo prévio de tal nicho antes de decidir se irá ou não, de fato, ingressar (investir) naquele mercado. No exemplo, o especialista tem a função de suprir a falta de conhecimento que a pessoa plenamente capaz tem daquele mercado específico, o que a impede de decidir se é rentável ou não realizar um investimento na área. Frisa-se que o especialista não decide para a pessoa, mas fornece as informações necessárias para que esta, no exercício de sua plena capacidade, decida sozinha.

Após a Lei 13.146/2015, incapacidade e deficiência não estão mais obrigatoriamente associadas. É de clareza solar o disposto no artigo 84 da mencionada lei: “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”²²⁰.

Assim, é notório o fato de que existem pessoas que possuem algum tipo de deficiência e que, ainda assim, podem exprimir sua vontade, afastando, por conseguinte, a existência de qualquer tipo de incapacidade.²²¹ Como já visto no tópico 2.1.1 deste, a deficiência há muito perdeu o status de “doença”, passando a ser entendida como uma forma diferente da pessoa com deficiência se relacionar com o meio social.

Conclusivamente, nas palavras de José Eduardo Carreira Alvim, “a pessoa com deficiência pode ser tão capaz quanto qualquer outra pessoa, desde que disponha dos meios necessários para suprir o que lhe falta”²²².

Joyceane Bezerra de Menezes, em artigo sobre o tema, esclarece que

Apoio significa ajuda, proteção, auxílio. Na língua inglesa, seria o *support*; no italiano, o *sostegno*; no espanhol, *apoyo*. O apoio pode se manifestar de variada forma: por meio da atuação comunitária, familiar ou do próprio Estado, conforme sinaliza o art. 10 da CDPD. Esse apoio não está adstrito à

²¹⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tomada de decisão apoiada*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 83.

²²⁰ BRASIL. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 9. mai. 2017.

²²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 335.

²²² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. Cit.*, p. 83.

área ou interesse específico. Pode se expressar na vida cotidiana, facilitando ações que não necessariamente tem impacto nas relações jurídicas. Mas também pode envolver medidas tendentes à facilitação da prática de atos jurídicos. O tipo de apoio será variável de uma pessoa para a outra, haja vista a diferença que caracteriza cada um.²²³

A tomada de decisão apoiada é exatamente o meio necessário, criado juridicamente, para suprir uma falta da pessoa com deficiência, para propiciar que esta exerça sua vontade de forma segura. Esta proporciona quase o mesmo suporte que a contratação do especialista, no exemplo supracitado.

É o instituto que concretiza a artigo 12.3 do Decreto nº 6.494/09, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²²⁴, que determinou o seguinte: “os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”²²⁵.

A tomada de decisão apoiada é um mecanismo jurídico novo, que veio para alterar o sistema de incapacidades jurídica, na tentativa de afastar ou colocar em desuso a curatela.

A curatela, na definição de Maurício Requião:

É o instituto voltado originalmente ao maior incapaz, pelo qual se nomeia como curador uma pessoa, que passará a ter o *munus* de zelar pelos interesses daquele, sendo o responsável ainda por suprir a deficiência ou impossibilidade de exteriorização da vontade do curatelado.²²⁶

No caso, o curador irá representar o incapaz, agindo de acordo com a sua própria vontade, mas em nome do curatelado.²²⁷

²²³ MENEZES, Joyceane Bezerra. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). In: Revista Brasileira de Direito Civil. 9. vol. jul/set 2016. Disponível em: < https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 1. mai. 2017.

²²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 336.

²²⁵ BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em: 7 mar. 2017.

²²⁶ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodvim, 2016, p 164.

²²⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). In: Revista Brasileira de Direito Civil. 9. vol. jul/set 2016. Disponível em: < https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 1. mai. 2017.

A partir dessa definição, pode-se inferir que o mecanismo de curatela é destinado aos incapazes, que não podem exteriorizar sua vontade, o que não é mais o caso das pessoas com deficiência após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Cristiano Chaves, em sua obra em que comenta este Estatuto, critica a demora na mudança do sistema jurídico brasileiro de proteção aos plenamente capazes, porém vulneráveis em razão de alguma circunstância pessoal, física, psíquica ou intelectual, face a legislação estrangeira.²²⁸

Maurício Requião diz que a adoção de medidas distintas da curatela encontradas na legislação estrangeira podem se apresentar de duas formas: na primeira delas há a exclusão da curatela do sistema; na segunda a curatela não é excluída, mas o ordenamento fomenta seu desuso.²²⁹ Em melhores palavras:

A adoção de medidas diferentes da curatela é algo que pode ser encontrado na experiência estrangeira. Apresentam-se ora através da criação de novos modelos que excluem a curatela do sistema, como no caso da austríaca *Sachwalterschaft* e da alemã *Betreuung*; ora com a criação de modelos alternativos que não excluem a curatela do sistema, mas esperam provocar o seu desuso, como se deu com a criação do "administrador" belga e da figura do *amministrazione di sostegno* italiana; e por vezes simplesmente como figura que conviverá com a curatela, como na *sauvegarde de justice* francesa.²³⁰

Dado que a curatela permaneceu no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que o legislador brasileiro optou por criar a tomada de decisão apoiada como meio alternativo a esta. Nesse sentido, Cristiano Chaves esclarece que “a tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente jamais cumulativo”²³¹.

Nelson Rosenvald salienta que a tomada de decisão apoiada é uma “figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa.”²³²

²²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 338.

²²⁹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodivim, 2016, p 183.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 336.

²³² ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Disponível em: < <https://www.facebook.com/1407260712924951/photos/a.1409630052688017.1073741828.1407260712924951/1462502307400791/?type=3> >. Acesso em: 5. mai. 2017.

A tomada de decisão apoiada surgiu no Brasil inspirada na legislação italiana, na figura da *amministrazione di sostegno* (o administrador de apoio) e na legislação argentina, nos *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad* (sistemas de apoio ao exercício da capacidade).

O *amministrazione di sostegno* é uma figura criada no direito italiano para proteger as pessoas consideradas mais fracas (pessoas com doenças que os tornam, de forma temporária ou permanentemente incapacitados, parcial ou totalmente; incapaz de cuidar de si e seus interesses, mesmo patrimoniais: os idosos; deficientes físicos ou mentais, graves e terminais; pessoas afetadas por acidente vascular cerebral; os indivíduos viciados em jogos de azar), com a finalidade de nunca cercear totalmente a capacidade de agir destas e, por conseguinte, as excluir dos atos vida em sociedade.²³³

Nelson Rosenvald, em texto sobre o tema, ao analisar o cenário italiano após o advento do *amministrazione di sostegno*, observa que “mais do que uma reforma, a introdução da administração apoiada se tornou uma verdadeira revolução institucional – reconhecida inclusive pela Corte Constitucional (9/12/2005, n. 440), culminando por confinar a interdição em um espaço residual”.²³⁴

Os *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*, conforme o artigo 43 do Código Civil argentino, são quaisquer medidas, judiciais ou não, que facilitem a tomada de decisão (pessoal, relacionada a administração de bens, atos jurídicos em geral) por uma pessoa que necessite. Esses sistemas possuem como função a promoção da autonomia, facilitar a comunicação, compreensão e manifestação da vontade do indivíduo para o exercício de seus direitos.²³⁵

Nessa inteligência, resta perceptível a semelhança da tomada de decisão apoiada com o *amministrazione di sostegno*, uma vez que esta não cerceia a capacidade de agir da pessoa com deficiência e visa sua não exclusão dos atos da vida em sociedade e nos *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*, no tocante a possibilidade do

²³³ ITÁLIA. Tribunal de Milão. *amministrazione di sostegno*. Disponível em: < https://www.tribunale.milano.giustizia.it/index.php?Id_VMenu=447&daabstract=341 >. Acesso em: 7 abr. 2017.

²³⁴ ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. Disponível em: < <https://www.facebook.com/1407260712924951/photos/a.1409630052688017.1073741828.1407260712924951/1462502307400791/?type=3> >. Acesso em: 5. mai. 2017.

²³⁵ ARGENTINA, Código civil. Disponível em: < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6> >. Acesso em: 7 mar. 2017.

necessitado se valer de apoio para quaisquer situações que necessitem. Assim, nota-se que a tomada de decisão apoiada soma características dos dois institutos estrangeiros, não sendo, por conseguinte, nem um e nem outro. Dessa forma, passa-se ao estudo do seu conceito.

4.1.1 Conceito

O legislador, no caput do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002, definiu a tomada de decisão apoiada como:

[...] o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.²³⁶

A partir da leitura do conceito, infere-se resumidamente que: a tomada de decisão apoiada ocorre com, ao menos, dois apoiadores idôneos; sendo que estes deverão ser escolhidos pela pessoa com deficiência, vez que devem ter a confiança deste; com a finalidade de prestar apoio para que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade.

José Eduardo Carreira Alvim define a figura do apoiador como sendo o indivíduo “que apoia a pessoa com deficiência na tomada de uma decisão, para a realização de certo negócio jurídico, por lhe faltar a plena condição, especialmente a cultural ou intelectual, para decidir pela sua realização”²³⁷. Por sua vez, o apoiado é a pessoa com deficiência que escolhe por se valer da tomada de decisão apoiada.

O dispositivo supracitado definiu um número mínimo de duas pessoas apoiadoras, mas não definiu um número máximo. Portanto, permite-se a escolha de mais de dois apoiadores. Como o legislador não estipulou um número máximo de pessoas para tal função, acredita-se que um máximo de tal número dependerá do caso concreto, da quantidade de bens envolvidos, da necessidade de auxílio a ser prestado à pessoa com deficiência em razão do objeto do termo de apoio, devendo tal número máximo

²³⁶ BRASIL. *Código civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 7 mar. 2017.

²³⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tomada de decisão apoiada*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 90.

ser sopesado pelo julgador (de forma fundamentada) à luz de cada caso, visando sempre a proteção do beneficiário e a maior eficiência prática do termo.

Como visto, mesmo o legislador tendo estabelecido o número mínimo de dois apoiadores, nas hipóteses em que não houver mais de uma pessoa apta a exercer tal encargo, José Eduardo Carreira Alvim entende que há a possibilidade de o juiz aceitar a indicação de apenas uma pessoa, desde que tal indicação seja justificada e a decisão de seu aceite seja fundamentada.²³⁸

Em sequência, o dispositivo retrotranscrito qualifica os apoiadores como pessoas idôneas e que mantenham vínculos com a pessoa com deficiência. Uma pessoa idônea, em sentido jurídico, é aquela que tem as “características necessárias para desempenhar determinadas tarefas e/ou para tomar posse de certos cargos”²³⁹, é apta e competente para exercer determinados encargos, é alguém em quem se pode confiar. Quanto aos vínculos, como o artigo não define as suas modalidades (familiar, amizade, emprego, ou qualquer outro), entende-se que este pode ser de qualquer espécie.²⁴⁰

Dessa maneira, o apoiador, sendo pessoa idônea que mantenha vínculos com o apoiado e seja da confiança deste, poderá ser qualquer pessoa plenamente capaz, até mesmo uma outra pessoa com deficiência, desde que esta tenha uma deficiência diferente do apoiado e seja apta a prestar tal apoio.²⁴¹

Diante do exposto, nota-se que o beneficiário da tomada de decisão apoiada (a pessoa com deficiência plenamente capaz), no exercício de seus direitos civis, visa ser auxiliado em seus atos pelos apoiadores. Assim, não há qualquer tipo de restrição da plena capacidade, vez que não há incapacidade.²⁴²

Delimitado o conceito trazido pelo legislador, resta desvendar o funcionamento desse novo instituto

²³⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 86.

²³⁹ “Idôneo”, in Dicionário online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/idoneo/>> . Acesso em: 7. mar. 2016.

²⁴⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. Cit.*, p. 86.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 337.

4.1.2 Características

A tomada de decisão apoiada, assim como diversos institutos, possui elementos integradores que sustentam e balizam sua aplicação. Assim, faz-se necessário o estudo de tais propriedades e características, sobretudo por ser um mecanismo jurídico novo e, para muitos, desconhecido.

O pedido de tomada de decisão apoiada, conforme o §1º do artigo 1.783-A do Código Civil, se inicia com a formulação de um termo, em que deverá constar os limites do apoio oferecido, os compromissos dos apoiadores, o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

A peça devida para formalizar o pedido de tomada de decisão apoiada, nas lições de José Eduardo Carreira Alvim, será uma petição, que deverá conter os requisitos estabelecidos nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil como, por exemplo, qualificação do apoiado e dos apoiadores; sendo esta subscrita por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil,²⁴³ além do termo em que deverá ser pautada a tomada de decisão apoiada.

O termo é o meio escrito pelo qual a pessoa com deficiência irá apresentar seu pedido de tomada de decisão apoiada, indicando os limites do apoio oferecido, os compromissos dos apoiadores, o prazo de vigência do acordo.

Conforme o §1º do artigo 1.783-A do código civil, apenas a pessoa com deficiência tem legitimidade para requerer o supracitado pedido. Porém, Cristiano Chaves, embasado em um dos brocados máximos do direito, qual seja: “quem pode o mais pode o menos” – promovendo uma interpretação construtiva e ampliativa (por entender que se trata de norma protecionista de pessoa humana) – é convicto no sentido de afirmar que os legitimados para propor ação de curatela (cônjuge ou companheiro não separado judicialmente ou de fato, genitores, descendentes mais aptos, preferencialmente os mais próximos e o Ministério Público) também estão aptos para propor pedido de tomada de decisão apoiada.²⁴⁴

²⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 88.

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 338.

É fato que a norma em questão visa à proteção da pessoa humana, no caso, pessoa humana com deficiência e, por isso, admite uma interpretação protetiva e extensiva. Entretanto, em uma análise conjunta dos dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, extrai-se que este milita no sentido de conferir capacidade plena as pessoas com deficiência, desde que estas estejam aptas a externar suas vontades de forma idônea. Em razão disso, acredita-se que o requerimento de tomada de decisão apoiada feito por qualquer pessoa que não seja o apoiado, fere o exercício da capacidade plena deste e, por conseguinte, o sentido do Estatuto.

Após o recebimento da petição inicial com o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz (assistido por equipe multidisciplinar) procederá a oitiva do Ministério Público, em seguida ouvirá pessoalmente, o apoiado e seus pretensos apoiadores. José Eduardo Carreira Alvim critica a ordem da oitiva, uma vez que, antes de serem ouvidos apoiado e apoiador o representante ministerial não terá sobre o que se manifestar. Impende mencionar que, no caso, o parecer do órgão ministerial é opinativo, vez que atua como *custus iuris*.²⁴⁵

Posteriormente, o juiz deverá se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada por meio de decisão judicial que deverá indicar expressamente “os limites do apoio a ser prestado àquela pessoa, consideradas as suas particularidades, as suas vontades e as suas preferências”²⁴⁶.

Quando a possibilidade de remuneração dos apoiadores, nota-se que a lei é silente no que tange a este assunto, sendo, a *priori*, um apoio prestado de forma gratuita. Todavia, nada obsta que seja pactuada uma compensação pecuniária em razão do apoio, nesse sentido, José Eduardo Carreira Alvim salienta que se aplica por analogia o disposto no final do *caput* do artigo 1.752 do código Civil, que trata do recebimento de remuneração proporcional à importância dos bens administrados pelo tutor, da mesma forma que ocorre com a curatela.²⁴⁷ Não há sentido em proibir a remuneração dos apoiadores, posto que estes, possivelmente, terão um dispêndio de tempo e energia na prestação do auxílio ao beneficiário.

²⁴⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. In: Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 88.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 338.

²⁴⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. Cit.*, p. 87.

Mencionadas as características gerais do procedimento de tomada de decisão apoiada, algumas situações merecem destaque, tais quais: hipóteses de divergência entre os apoiadores, negligência do apoiador, destituição do apoiador, término do acordo por iniciativa da pessoa apoiada, término do acordo por iniciativa do apoiador e prestação de constas na tomada de decisão apoiada.

O §6º do artigo 1.783-A do Código Civil versa que “em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.” Assim, em casos de negócios jurídicos de grande monta ou valor que possam prejudicar o beneficiado do apoio, em que não haja consenso entre os apoiadores, a questão será levada para o juiz decidir, após oitiva de opinativa do *Parquet*.²⁴⁸

O §7º do artigo 1.783-A do código civil disciplina sobre o que deverá ser feito quando houver negligência, exercício de pressão indevida ou não adimplemento as obrigações assumidas por parte do apoiador.

Age com negligência o apoiador que assume uma atitude omissiva, deixando de fazer algo ou o faz com falta de cuidado, de forma desatenta, sem as devidas precauções. Há o exercício de pressão indevida quando o apoiador, ao invés de apenas apresentar os prós e contras e dar sua opinião em relação a uma situação, pressiona/força/coage o apoiado a decidir no mesmo sentido de sua opinião. Ocorre o não adimplemento das obrigações assumidas pelo apoiado quando este não cumpre com o que foi estabelecido no termo de acordo, ou seja, não fornece seu apoio ou o fornece de maneira incompleta.

Além dessas hipóteses, José Eduardo Carreira Alvim entende que o a norma admite também as demais formas culposas: imprudência e imperícia.²⁴⁹ Haverá imprudência quando o sujeito toma alguma atitude sem a devida cautela, porém ciente do risco de produzir um resultado indesejado. Ele assume o risco de produzir tal resultado. Quando um indivíduo age com falta de qualificação técnica, de conhecimento, habilidade necessária a realização de tal ato, há imperícia.

²⁴⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 90.

²⁴⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. Cit.*, p. 92.

Quando uma dessas situações ocorrer, o apoiado ou qualquer outra pessoa poderá apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Como consequência, se for provada a procedência da denúncia do cometimento de tais atos elencados no §7 do retro citado artigo, o juiz destituirá o apoiador, podendo nomear outro para o cargo, desde que esta seja a vontade do apoiado, que deverá ser ouvido. Na letra da lei:

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

No entanto, previamente à destituição do apoiador, deverá haver uma instrução sumária da denúncia com a finalidade de apurar os fatos denunciados, podendo o exercício do apoio ser suspenso temporariamente até o final do procedimento.²⁵⁰

Apesar de destituído, alerta José Eduardo Carreira Alvim que o apoiador permanece com o dever de prestar contas referentes ao período em que prestou o apoio. Saliou, portanto, que

A destituição do apoiador não exclui a respectiva prestação de contas, durante o período em que prestou o apoio (art. 1.783-A, §11), nem o exime de responder à eventual demanda, proposta por pessoa apoiada, tendente a responsabiliza-lo pela ocorrência de alguma das hipóteses previstas no §7º do art. 1.783-A.²⁵¹

Será cabível a mencionada prestação de contas, a que se refere o autor, nos casos em que houver a realização de receitas e despesas²⁵². Isso ocorre por força do disposto no §11 do artigo 1.783-A do Código Civil que disciplina de forma expressa que as disposições referentes à prestação de contas na curatela aplicam-se, no que for cabível, à tomada de decisão apoiada.

O término do acordo de tomada de decisão apoiada pode acontecer de duas formas: por iniciativa do apoiado (§9º do artigo 1.783-A do código civil) ou por iniciativa do apoiador (§10º do artigo 1.783-A do código civil).

Por óbvio, sendo o maior interessado em usufruir do termo a pessoa com deficiência, lembrando que este fora criado para servir ao exercício da sua capacidade, este poderá decidir pelo término do termo a qualquer momento, “constituindo verdadeiro

²⁵⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. In: Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 93.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. Cit.*, p. 95.

poder potestativo seu, contra o qual nada podem nem os apoiadores, nem o Ministério Público, nem o juiz”²⁵³.

O apoiado, por sua vez, tem que solicitar ao juiz a exclusão de sua participação no termo anteriormente pactuado, ficando seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. Como o termo foi firmado processualmente, é plausível que esta retirada do apoio seja feita de maneira formal, judicial, para proteger apoiado e apoiador. Quanto à exigência de manifestação do juiz sobre a matéria, entende-se que essa não poderia ocorrer no sentido de manter o apoiador contra sua vontade obrigado a adimplir o termo. Explica-se, um apoiador agindo contra a sua vontade poderia ser mais maléfico do que benéfico, vez que haveria o risco deste auxílio ser prestado de forma relapsa.

Reveladas as principais nuances do instituto da tomada de decisão apoiada, cumpre estudar seus efeitos, suas consequências no mundo jurídico e validade em relação a terceiros.

4.1.3 Efeitos

No que diz respeito aos efeitos temporais, o §1º do artigo 1.783-A do Código Civil determina que o prazo do acordo de tomada de decisão apoiada será estipulado pelas partes, ou seja, pelo apoiado e pelo apoiador. Dessa maneira, o acordo poderá ser pactuado com um limite de tempo determinado ou indeterminado. O pacto por prazo determinado é aquele que tem uma data pré-estabelecida para acabar, enquanto o pacto por tempo indeterminado não tem um prazo prévio para sua extinção, sendo resolvido por vontade das partes ou negligência do apoiador.

Este limite de tempo será estabelecido de acordo com o objeto do pacto. Como o objeto é livre, a demanda do apoio poderá ou não se prolongar no tempo. Assim, tal acordo poderá ser pactuado para um ato em isolado, para uma atividade específica que a pessoa com deficiência desenvolva, ou poderá ter um caráter geral e, assim, ser findado somente com a desnecessidade da continuidade da prestação do acordo.

²⁵³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tomada de decisão apoiada*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 94.

À título de exemplo, imagina-se uma pessoa com deficiência que firme um pacto de tomada de decisão apoiada exclusivamente para a compra de um imóvel. Por consequência, este pacto terá validade até que o apoiado o adquira. Diferente é a situação em que o apoiado realiza um acordo de tomada de decisão apoiada para ser apoiado sempre que for comprar um imóvel. Neste caso, esse acordo será válido para qualquer compra de imóvel em que a pessoa com deficiência queira ser assistida, ou seja, ele se prolongará no tempo. O mesmo ocorrerá se um apoiado firmar termo de apoio para auxiliá-lo nas questões relacionadas ao seu emprego. A validade temporal do pacto, se específico para um contrato de emprego, findará com este, sendo tal contrato por prazo determinado ou indeterminado, nos ditames do tópico 3.1.4 desse trabalho. Se não, apenas se extinguirá se tiver prazo determinado, por vontade das partes, ou negligência do apoiador.

Os atos ou negócios jurídicos praticados, objeto do apoio, poderão gerar impactos jurídicos na esfera de terceiros alheios ao pacto, conforme exemplificado acima (no exemplo, vendedor e empregador). Cumpre esclarecer que o terceiro é aquela pessoa (física ou jurídica) que não faz parte da relação, ou seja, não integra o termo de apoio.

Dessa maneira, quanto aos efeitos em relação a terceiros, determina o §4º do artigo 1.783-A do código civil:

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

À vista disso, exarada a decisão judicial que formaliza o termo de apoio, este terá efeitos irrestritos para terceiros, desde que esteja dentro dos limites apoiados no acordo. Por exemplo, se há um termo de apoio que fixa os limites desse apoio no auxílio à compra de cinco sacas de feijão e a pessoa com deficiência compra as cinco sacas de feijão e mais 5 sacas de arroz com o suporte do apoiador, o contrato de compra e venda só será válido para o terceiro e produzirá efeitos sem restrições no que tange a compra e venda das sacas de feijão.

No caso hipotético supramencionado a relação negocial com o terceiro é transitória, terminando com o pagamento do valor avençado e a entrega da coisa. Porém, existem casos em que a relação negocial perdurará. É o caso de uma relação de emprego, que, como visto, em regra, terá prazo indeterminado.

Para situações como essa o parágrafo 5º do artigo 1.783-A do Código Civil permite que os apoiadores contra-assinem, “juntamente com as partes no negócio (pessoa apoiada e o outro contratante)”²⁵⁴, discriminando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

José Eduardo Carreira Alvim esclarece que “o vocábulo contra-assinar nada mais significa do que assinar um documento após a assinatura de outrem, ou seja, assinar para atestar a sua autenticidade”²⁵⁵.

A possibilidade trazida pela lei de os apoiadores contra-assinarem o contrato é um mecanismo jurídico que possibilita maior segurança jurídica para o terceiro, uma vez que a capacidade da pessoa com deficiência para realizar tal acordo estará sendo reafirmada pelos seus apoiadores e não restará dúvida quando ao discernimento desse para praticar os atos da vida civil.

4.2 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE EMPREGO

Desvendado de forma breve o instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, a partir do último tópico analisado, que se refere à possibilidade de produção de efeitos do termo de decisão apoiada em relação a terceiros, determinada pelo parágrafo 5º do artigo 1.783-A do Código Civil, surgem diversos questionamentos acerca da compatibilidade entre o termo de decisão apoiada e o contrato de emprego.

Isso porque, a relação de emprego é dotada de diversas peculiaridades que exigem um estudo mais acurado das características e repercussões que o termo de decisão apoiada pode trazer em aspectos práticos à relação de emprego.

Desse modo, analisa-se a possibilidade de seu uso no âmbito trabalhista, especificamente no contrato de emprego e como isso deverá ocorrer.

4.2.1 Análise da compatibilidade entre o termo de decisão apoiada e o contrato de emprego

²⁵⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de decisão apoiada. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 89.

²⁵⁵ *Ibidem*.

No item 4.1 foram destrinchadas as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência que disciplinam o instituto da tomada de decisão apoiada e, constata-se que não há norma impeditiva do seu uso no âmbito dos contratos de emprego, assim como não há norma permissiva que discipline tal situação. Diante da omissão, cabe analisar a compatibilidade desse mecanismo com o contrato de emprego de forma direta.

Consoante abordado no capítulo anterior deste trabalho, especificamente no ponto 3.1.2, verifica-se que o contrato de emprego possui algumas características, são elas: trata-se de um instituto do direito privado, sinalagmático, consensual, *intuito personae* quanto ao empregado, pacto de trato sucessivo e de atividade, oneroso, dotado de alteridade, complexo.²⁵⁶ Dito isso, diante da omissão passa-se a análise da compatibilidade do termo de decisão apoiada com tais características.

Por ser um contrato no âmbito do Direito Privado e, os sujeitos deste atuarem no exercício de suas respectivas autonomias, mesmo que restrita, não haverá nenhum problema, desde que assim avençado, que o empregador contrate uma pessoa com deficiência que firmou um termo de tomada de decisão apoiada.

Sua característica sinalagmática também não será alterada, vez que continuará gerando direitos e deveres para ambas as partes²⁵⁷. Frisa-se que estas obrigações continuarão girando em torno do empregador e do empregado pessoa com deficiência, dado que os apoiadores não integram de forma direta a relação de emprego.

Em regra, o contrato de emprego não é solene, ou seja, não tem uma forma especificada (teoria do contrato realidade), sendo consensual²⁵⁸. Porém, acredita-se este não deve ser o caso aqui. Quando houver a contratação de um obreiro pessoa com deficiência que tenha firmado um termo de apoio cujo objeto envolva a realização da prestação laboral, entende-se que o contrato deste deverá ser realizado de forma solene, escrita, inclusive, com as contra-assinaturas dos apoiadores.

²⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 559.

²⁵⁷ GARCIA, Gustavo Barbosa Filipe. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 151.

²⁵⁸ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216.

Sendo a relação de emprego pautada na pessoalidade, é natural que o contrato seja *intuitu personae*, em relação ao empregado²⁵⁹. Desse modo, questiona-se se um termo de tomada de decisão apoiada poderia macular a pessoalidade da relação. Compreende-se que não. O contrato de trabalho é pactuado entre o empregador e o trabalhador pessoa com deficiência, lembra-se, pessoa capaz. Portanto, quem irá laborar é o empregado, e não seus apoiadores. Os apoiadores, em determinadas situações estabelecidas no termo de apoio, irão fornecer os meios necessários para que a pessoa com deficiência tome uma decisão. Eles não irão decidir nada por ela, muito menos laborarem em seu lugar.

O termo de decisão apoiada em nada obstará a prolongação do contrato de trabalho no tempo. Por isso, conservará sua característica de contrato de trato sucessivo.

Por óbvio, o termo de tomada de decisão apoiada não compromete o caráter oneroso do contrato de emprego, em razão da criação de obrigações para ambos os contratantes.

Também não haverá mudança no tocante a alteridade. O empregador continuará assumindo os riscos inerentes ao exercício da sua atividade empresarial, bem como os riscos oriundos da prestação de serviço e do seu resultado.²⁶⁰

Por fim, o contrato de emprego continuará a ser complexo. Agora, diga-se de passagem, mais complexo ainda, dado que o empregador poderá fazer com que os apoiadores o contra-assinem.

Nesta toada da complexidade do contrato de emprego, algumas considerações à luz do Projeto de Lei nº 6.787/2016, nominado de Reforma Trabalhista, merecem ser feitas. O referido projeto de Lei, em seu artigo 507-B²⁶¹, prevê-se a possibilidade de empregador e empregado firmarem termo de quitação anual de obrigações trabalhistas. Este termo nada mais é do que um pacto, firmado perante o sindicato do

²⁵⁹ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 66.

²⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 565.

²⁶¹ Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. BRASIL. *Projeto de Lei 6.787 de 2016*. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076> >. Acesso em: 1. mai. 2017.

trabalhador, no qual o empregador declara que adimpliu corretamente com determinadas obrigações trabalhistas e o empregado confirma ou não tal situação que, se confirmada, liberará a exigibilidade das parcelas nele especificadas.

Na situação em que uma pessoa com deficiência assina um termo de quitação geral com seu empregador em que se afirma que foram pagas de forma correta todas as parcelas referentes ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), se assim negociado com o empregador, esse termo impedirá que essa, futuramente, ingresse com uma ação judicial para reclamar as verbas referentes ao FGTS do período do termo de quitação. Por isso, seria interessante que a pessoa com deficiência tivesse um termo de tomada de decisão apoiada com a finalidade de auferir esses cálculos antes dela assinar, por exemplo, em que essa contasse com o apoio de um calculista. Para o empregador, a fim de conferir maior legitimidade a este termo de quitação geral, seria pertinente a assinatura dos apoiadores da pessoa com deficiência, restando afastado qualquer vício oriundo de capacidade.

4.2.2 A compatibilidade do termo de tomada de decisão apoiada com o requisito de validade agente capaz do contrato de emprego

Em um primeiro momento, já foi visto que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil, retirando do rol de incapacidade absoluta aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” e de incapacidade relativa os que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. Isso posto, tais indivíduos passaram a ter capacidade, salvo se comprovado o contrário.

É sabido que a capacidade do agente é elemento essencial para a validade do contrato de emprego, sendo este passível de nulidade caso esteja em desconformidade com os ditames legais. Já fora mencionado no tópico 3.2.1 que, para o direito do trabalho, considerando o critério etário, é capaz o agente que for maior de

dezesseis anos, desde que haja permissão do representante legal para o trabalho²⁶², e sujeitos com idade igual a quatorze anos completos e menores de dezesseis anos, que trabalharão na condição especial de aprendiz.

Desse modo, a pessoa com deficiência que se enquadre no critério etário exposto acima será considerada capaz para o trabalho.

Tecidas essas considerações, esclarece-se que o termo de tomada de decisão apoiada em nada obsta a capacidade da pessoa com deficiência. Pelo contrário, o termo de apoio reafirma a capacidade a partir do momento em que as decisões tomadas pelo apoiado são auxiliadas pelos apoiadores. Estes apenas fornecem os meios necessários a tomada de decisão, que será ato do apoiado.

Assim sendo, pode-se concluir que o termo de decisão apoiada não afeta o elemento essencial do contrato de emprego, qual seja, a exigência de agente capaz.

4.2.3 A eficácia do termo de tomada de decisão apoiada no contrato de emprego

Como visto anteriormente, o termo de decisão apoiada não altera as características elementares do contrato de trabalho, assim como não macula seus elementos de validade, principalmente no que tange a capacidade do agente.

À vista disso, resta investigar a eficácia do termo de tomada de decisão apoiada no contrato de emprego, que pode ser subdividido em três momentos: momento da assinatura, desenrolar da relação empregatícia e encerramento.

O questionamento principal surge a partir da análise da eficácia plena do termo da tomada de decisão apoiada em relação a terceiros, abordada no item 4.3.1, no caso, o empregador.

4.2.3.1 Momento da assinatura

²⁶² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 246.

O momento da assinatura do contrato de emprego, caso o contrato seja solene (vide tópicos 3.1.2 e 3.2.3) acontece quando o empregador e empregado pactuam no sentido de se obrigarem “mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais a uma pessoa natural ou jurídica (ou a mais de uma), sob as ordens desta”²⁶³.

É a hora em que haverá a manifestação de vontade, que terá que ser livre e desembaraçada²⁶⁴, consoante estudado no ponto 3.2.4, no qual a pessoa com deficiência decidirá se assina ou não o contrato.

Nesse momento de decisão, sobre a assinar ou não assinar o contrato, nada obsta que a pessoa com deficiência se valha do auxílio dos apoiadores, no qual estes terão o dever, se assim estabelecido no termo, por exemplo, de analisar as cláusulas contratuais, conferir a legalidade destas, auferir se o objeto do trabalho é seguro, se esse poderá ser desenvolvido pela pessoa com deficiência. Em suma, esclarecer possíveis pontos controvertidos e evitar que a pessoa com deficiência, em razão de sua barreira de interação social, seja ludibriada.

Menciona-se, mais uma vez, que a decisão será da pessoa com deficiência. Nas palavras de Pablo Stoltz Gagliano, “ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida”²⁶⁵.

Nessa situação, nos termos do parágrafo 5º do artigo 1.783-A do Código Civil, supra analisado, haverá a possibilidade de os apoiadores contra-assinarem o contrato de emprego apenas para reafirmar que, naquele momento, a pessoa com deficiência possuía discernimento para a prática dos atos da vida civil, no caso, assinar um contrato de trabalho.²⁶⁶

Nesta toada, pode-se concluir que o termo de tomada de decisão apoiada deve ter seus efeitos plenamente válidos para o momento da assinatura do contrato de emprego, inclusive, quando este for contra-assinado pelos apoiadores, haverá mais

²⁶³ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 66.

²⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 250.

²⁶⁵ STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil*. Revista Eletrônica Jus Navigandi. Teresina, a. 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

²⁶⁶ TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. *A repercussão do estatuto da pessoa com deficiência no regime da capacidade civil*. Revista de Direito Privado. Vol. 75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2017, p. 63-77.

uma garantia de sua perfeição jurídica, sendo também meio para resguardar o empregador.

4.2.3.2 Desenrolar da relação empregatícia

O desenrolar da relação empregatícia é o período em que o objeto da atividade pactuada estará sendo desenvolvido pelo empregado. É nesse instante que surgem diversos questionamentos a respeito da eficácia plena do termo da tomada de decisão apoiada em relação a terceiros, no caso, o empregador. Por exemplo, se um empregador contratar uma pessoa com deficiência que tenha firmado um termo de tomada de decisão apoiada em que o objeto do apoio abarque decisões tomadas durante a relação de emprego, tal termo terá efeitos nessa relação.

A situação hipotética narrada, se real, poderá gerar insegurança para o empregador, vez que outras duas pessoas (no mínimo), estranhas a relação jurídica de trabalho entre este e a pessoa com deficiência contratada, ficarão a par de informações e dinâmica de labor da empresa e poderão influenciar a tomada de decisões (no âmbito da relação de trabalho) daquele funcionário.

Nesse sentido, cumpre pontuar que o §5º do artigo 1.783-A do Código Civil já traz um mecanismo de segurança para terceiros (no caso, o empregador) que mantem relação comercial com o apoiado ao dispor que os apoiadores contra assinem o contrato com o fim de esclarecerem as suas reais posições e funções perante a manifestação de vontade do apoiado.

Como aduz o Estatuto da Pessoa com Deficiência, os apoiadores são pessoas da confiança do apoiado, no caso, empregado, e não do empregador. Por isso, nada mais coerente do que haver a possibilidade do empregador conhecer os apoiadores de seu subordinado e se resguardar, fazendo com que estes contra-assinem o contrato de emprego, vez que eles participarão indiretamente da relação de emprego. Faz-se necessário aclarar que os apoiadores não fazem parte da relação de emprego, não devendo ser enquadrados como empregados, embora possam exercer, através da pessoa com deficiência, um certo grau de influência no exercício das atividades do apoiado.

A partir do momento em que a lei possibilita a contra-assinatura do contrato pelos apoiadores, indaga-se a responsabilidade desses perante a empresa e a prestação do auxílio. Esse questionamento surge em virtude do compartilhamento de informações internas da empresa, as quais o apoiado e seus apoiadores terão acesso. No panorama mercadológico atual, ter informações, no caso, da forma em que é exercida a atividade empresarial, por exemplo, pode ser muito vantajoso para quem as obtém. Isso posto, caso o empregador queira proteger as informações de sua empresa, deverá fazer com que os apoiadores também assinem um termo de confidencialidade, que terá a finalidade de resguardar o empregador de qualquer vazamento de informações por parte deste e dará respaldo a uma possível responsabilização se houver vazamento de informações sigilosas. Caso os apoiadores venham a revelar informações obtidas a partir da prestação do apoio e não tenham assinado termo de confidencialidade, não deverão ser responsabilizados por isso. Acredita-se que este é um cuidado que o empregador deve ter, pois este deverá pressupor, por razões óbvias, que seu funcionário que firmou termo de apoio irá deixar seus apoiadores a par de possíveis dilemas advindos da prestação do trabalho.

4.2.3.3. Encerramento do contrato de emprego

O contrato de emprego, em conformidade com a subdivisão 3.1.4, poderá se por prazo determinado ou indeterminado²⁶⁷. Relembrando, o contrato por prazo indeterminado é aquele que tem uma duração indefinida, imprevisível, ao longo do tempo, que não tem termo extintivo predeterminado.²⁶⁸ Enquanto o contrato por prazo determinado, também nomeado de contrato a termo, é aquele “cujo termo final se fixa em conformidade com acontecimento futuro e certo”²⁶⁹.

²⁶⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mai. 2017.

²⁶⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 181.

²⁶⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Contrato de prazo determinado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 9.

A semelhança entre esses dos tipos contratuais é que, de uma forma ou de outra, seja em data certa ou desconhecida ao início da convenção, em algum momento, haverá a extinção do contrato. Nas palavras de Américo Plá Rodriguez:

O contrato não pode ter duração perpetua porque se confundiria com a escravidão ou com a servidão. Até mesmo os contratos mais prolongados no tempo só podem durar enquanto o trabalhador queira ou possa continuar trabalhando. Isso no dá uma ideia da limitação no tempo. Em outras palavras: isto significa que o contrato tem um término.²⁷⁰

O contrato de trabalho findará em decorrência de diversos fatores extintivos, quais sejam: fim do prazo, nos contratos por prazo determinado; dispensa por justa causa; dispensa arbitrária; pedido de demissão; distrato; resolução contratual por infração empresarial, culpa recíproca e implemento de condições resolutive; nulidade; força maior; extinção da empresa ou do estabelecimento; falência e, diante disso, haverá a produção de efeitos jurídicos distintos como, por exemplo, incidência de verbas rescisórias²⁷¹. Citados os diversos fatores extintivos, em razão da quantidade e diversidade de efeitos jurídicos gerados, esses não serão analisados em espécie.

De forma genérica, quando houver a extinção do contrato de emprego, acredita-se que, da mesma forma que não há óbice à pessoa com deficiência para se valer do auxílio dos apoiadores no momento da assinatura do contrato, também não há na sua extinção. Não teria sentido permitir na assinatura e não permitir na extinção.

Os apoiadores, nessas hipóteses, deverão acompanhar o apoiado e verificar se a extinção contratual procede da maneira correta, informar quais são as verbas trabalhistas devidas na forma da lei e se estas foram pagas na forma correta, por exemplo.

Feitas essas considerações acerca da eficácia do pacto de apoio no contrato de emprego, por ser um instituto recente, difícil não refletir acerca das variáveis práticas quanto a sua aplicação no mundo dos fatos.

4.2.4 Reflexões gerais

²⁷⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 206.

²⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1248 a 1250.

Conforme demonstrado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência visa garantir uma maior proteção a pessoa com deficiência, inclusive, no tocante ao direito do trabalho, buscando efetivar uma maior inserção desses no mercado de trabalho. Porém, como houve alteração do sistema de incapacidades, retirando a pessoa com deficiência do rol dos incapazes, conferindo-lhe capacidade, juntamente com a introdução do mecanismo de tomada de decisão apoiada, por esses atos serem inovadores, ainda é imprevisível a reação da sociedade.

Em virtude disso e do que foi acima exposto, para o questionamento acerca da possibilidade de discriminação da pessoa com deficiência que possua termo de acordo, por exemplo, uma situação em que existam dois candidatos pessoa com deficiência concorrendo a uma vaga de emprego, sendo que um possui termo de tomada de decisão apoiada e outro não. Nessa hipótese, o empregador poderá usar como critérios distintivo para preencher a vaga a existência do termo de apoio, optando por contratar àquele que não possuir termo de tomada de decisão apoiada. Isso porque o empregador será livre para escolher o candidato que melhor se adequar ao preenchimento das vagas oferecidas e à política da empresa e, pelo menos em um primeiro momento, a sociedade tende a afastar o que desconhece.

Espera-se que com o passar do tempo e difusão do mecanismo de tomada de decisão apoiada haja a popularização de tal instituto e, por conseguinte, maior aceitação social. Mesmo porque já restou demonstrado que a tomada de decisão apoiada dará mais respaldo ao empregador, afastando qualquer rastro de nulidade (em razão da capacidade) dos atos praticados por pessoa com deficiência em que esta seja auxiliada pelos seus apoiadores. Ademais, a prestação do apoio poderá funcionar como um tipo de ajuda técnica, suprimindo a falta de capacidade do funcionário e, conseqüentemente, diminuindo possíveis custos sobrevividos da necessidade de contratação de profissional para idêntica suplementação de capacidade.

5. CONCLUSÃO

Em face das considerações desenvolvidas no presente trabalho, é possível concluir, em síntese, que:

I. A pessoa com deficiência, conforme o artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

II. Houve alteração significativa na percepção social da pessoa com deficiência, que deixou de ser aquela enquadrada em um rol taxativo de patologias, estigmatizada por sua condição patológica, passando a ser entendida na singularidade de sua deficiência com o enfoque no que aquela deficiência o impede no exercício da participação plena e efetiva do convívio social.

III. O cerne da definição de pessoa com deficiência atual é a interação e os impedimentos que as pessoas com deficiência têm com as múltiplas barreiras sociais, resultando na obstrução de sua participação plena e efetiva no âmbito social, em condições de igualdade com os demais membros da sociedade. O olhar da deficiência como algo intrínseco à pessoa é abandonado, assim como as definições estritamente médicas.

IV. Os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passam a ser entendidos como característica das pessoas, resultado da diversidade humana.

V. A nova classificação e enquadramento da pessoa com deficiência, agora com uma avaliação mais minuciosa e inclusiva, traz reflexos na seara do Direito do Trabalho. Ao que tudo indica, reflexos positivos, pois possibilita uma maior inclusão laboral do trabalhador com deficiência, que, ao longo da história, fora considerado como inapto para o trabalho.

VI. As pessoas com deficiência, incluídas pelo texto constitucional no conceito de “todos”, deverão ter seus Direitos e Garantias Fundamentais assegurados igualmente pela Constituição Federal, sendo observado o tratamento isonômico.

VII. Para possibilitar que as pessoas com deficiência sejam tratadas com igualdade faz-se necessária a implementação de leis e dispositivos especiais que visam suprir a desigualdade gerada pela deficiência.

VIII. À vista do que preleciona a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho, 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.

IX. Uma das formas de efetivação da política de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho ocorreu através da mudança do sistema de incapacidades do Código Civil, que retirou o grupo dos doentes mentais e excepcionais da condição de incapazes.

X. O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe para o ordenamento jurídico pátrio um rico conjunto de garantias e direitos fundamentais à pessoa com deficiência.

XI. Após a constitucionalização do Direito os seus diversos ramos passaram por revisões de conceitos tomando por base principalmente a influência do fundamento da dignidade humana, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, perante institutos antigos e regras ultrapassadas, à luz do novo panorama axiológico.

XII. A possibilidade de o sujeito valer-se de sua autonomia privada é o principal elemento para o próprio exercício de sua dignidade

XIII. É na limitação subjetiva que podemos perceber os limites, tais quais como a incapacidade, outrora impostos às pessoas com deficiência em razão do ordenamento jurídico brasileiro já ter considerado todas as pessoas com deficiência, independente da relação que estas exerçam com o mundo ao redor, como incapazes, tolhendo-os integralmente e em todos os graus de externar seus aspectos existenciais.

XIV. Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o ordenamento jurídico brasileiro impunha uma limitação subjetiva na autonomia do grupo das pessoas com deficiência, especificamente para as pessoas com deficiência mental sem o necessário discernimento para a prática de atos ou com discernimento reduzido e para os excepcionais com desenvolvimento mental incompleto.

XV. com a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência houve a alteração do regime de capacidade civil alocada no Código Civil. O artigo 114 do mencionado Estatuto revogou os incisos I, II e III do artigo 3º e alterou a redação dos incisos II e III do artigo 4º, todos do Código Civil.

XVI. Resta claro que as situações de enfermidade ou doença mental não ensejam, por si sós, em hipótese de incapacidade (relativa ou absoluta), sendo a falta de discernimento elemento imprescindível para tal.

XVII. Há uma ruptura na associação entre incapacidade e deficiência. Essa ruptura legal é importante, visto que proporciona o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência e significa um enorme avanço para a quebra do estigma social de incapacidade que rodeia essas pessoas e os limita a uma situação jurídica.

XVIII. Há um desestímulo provocado pelo Estatuto com relação ao uso de regimes como a tutela e a curatela, notadamente, em virtude da possibilidade de adoção da nova ferramenta da Tomada de Decisão Apoiada.

XIX. O contrato é a mais corriqueira e a mais importante fonte de obrigação, em razão de suas múltiplas formas e suas incalculáveis repercussões no mundo jurídico

XX. O cenário jurídico comporta contratos de vários tipos, inclusive o contrato de emprego.

XXI. O cenário jurídico comporta contratos de vários tipos, inclusive o contrato de emprego.

XXII. O contrato de emprego é um instituto do direito privado, sinalagmático, consensual, *intuitu personae* quanto ao empregado, pacto de trato sucessivo e de atividade, oneroso, dotado de alteridade, complexo.

XXIII. As expressões contrato de emprego e contrato de trabalho são utilizadas de forma sinônima.

XXIV. Os elementos essenciais do contrato de emprego são aqueles necessários para que sua formação aconteça de forma perfeita, ou seja, exista e seja válido.

XXV. Para que um contrato seja considerado válido no ordenamento jurídico brasileiro é necessário que o agente seja capaz, a vontade lícita e desembaraçada, o objeto lícito, possível, determinável ou determinado, e a forma seja prescrita ou não defesa

em lei. Tais elementos são os mesmos de um contrato civil, estudados dentro do plano da validade civil, e imprescindíveis à formação da figura jurídica contratual.

XXVI. A teoria das nulidades trabalhista pode ser aplicada de forma plena, restrita, ou não ser aplicada.

XXVII. A tomada de decisão apoiada possibilita que as pessoas com deficiência ultrapassem suas barreiras de interação social, na medida em que poderão ser apoiadas na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, com vistas a garantir uma participação mais plena, efetiva e com menor desigualdade de condições com as demais pessoas, inclusive no âmbito trabalhista.

XXVIII. Após a Lei 13.146/2015, incapacidade e deficiência não estão mais obrigatoriamente associadas

XXIX. A tomada de decisão apoiada é o meio necessário, criado juridicamente, para suprir uma falta da pessoa com deficiência, para propiciar que esta exerça sua vontade de forma segura.

XXX. A tomada de decisão apoiada surgiu no Brasil inspirada na legislação italiana, na figura da *amministrazione di sostegno* (o administrador de apoio) e na legislação argentina, nos *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad* (sistemas de apoio ao exercício da capacidade).

XXXI. O termo de tomada de decisão apoiada em nada obsta a capacidade da pessoa com deficiência.

XXXII. O termo de decisão apoiada não altera as características elementares do contrato de trabalho, assim como não macula seus elementos de validade, principalmente no que tange a capacidade do agente.

XXXIII Por fim, diante de tudo apresentado, conclui-se que o termo de decisão apoiada é completamente compatível com o contrato de emprego em suas três fases: no momento da assinatura, no desenrolar da relação empregatícia e no encerramento do contrato. Ademais, constatou-se que seu uso no âmbito trabalhista é possível e vantajoso para o empregado e para o empregador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de; PEREIRA, Leone. 4. ed. *Direito do trabalho*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tomada de decisão apoiada*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 89

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 86. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.166.

_____. COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O estatuto da pessoa com deficiência – EPDC (lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades*. *Revista dos Tribunais*. 962. Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

ARGENTINA, *Código civil*. Disponível em: < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6> >. Acesso em: 7 mar. 2017.

BARBOSA, Mário Figueiredo. *Autonomia Da Vontade*. P.1. Salvador: J.M. Gráfica e Editora LTDA.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 246.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul/set 2001, p. 31-32).

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47.

BISPO, Sarah Cabral Ferreira. *A (des)necessidade da edição da lei 13.146/15 na promoção do direito à acessibilidade das pessoas com deficiência*. 2016, p.69. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito. Disponível em: < <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografia/a-desnecessidade-da-edicao-da-lei-13-14615-na-promocao-do-direito-a-acessibilidade-das-pessoas-com-deficiencia/> >. Acesso em: 25. Abr. 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

BRASIL. *Código civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19. jan. 2017.

_____. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 14. nov. de 2016.

_____. *Consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. *Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm>. Acesso em: 1. mar. 2017.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. *Emenda constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 19. nov. de 2016.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 9. mai. 2017.

_____. *Lei 8.213 de 1991*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. *Projeto de Lei 6.787 de 2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 1. mai. 2017.

_____. *Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_gerenico_imagens-filefield-description%5D_134.pdf>. Acesso em: 19. nov. de 2016.

_____. *STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000960&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 6. Mar. 2017.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 194.

CAPPELARI, Récio. *A repersonalização do direito privado: uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana*. 2007. Dissertação. (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. p. 46 a 57. Disponível em: <
[http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2403/repersonalizac
 ao%20do%20direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2403/repersonalizac%20do%20direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 9 dez. 2016.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 218.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p.436.

CHECCHIA, Carlos Alfredo Ramos. *O direito e as normas sociais*. In: MARCELLINO. Nelson Carvalho. *Introdução às ciências sociais*. 17. Ed. São Paulo: Papyrus, 2012, p. 70.

CORRÊA, M. A. M. *Educação Especial*. Volume 1 – Módulos 1 a 4. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Salvador: Juspodivim, 2009, p. 658.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1248 a 1250.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 24. ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2008, p. 82.

DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 66.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 336.

_____. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral*. V.1.10. ed. Salvador: Juspodivim, 2012, p. 172.

FALCONI, Francisco. *O que é neoconstitucionalismo?* Disponível em <
[https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-
 neoconstitucionalismo/](https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/)>. Acesso em 20 de jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. V. 1.16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.222.

_____. *Novo Curso de Direito Civil, volume IV: Contratos, tomo 1: teoria geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

GARCIA, Gustavo Barbosa Filipe. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 151.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21-22.

HIRONAKA, Giselda. IN: REQUIÃO, Maurício. *Autonomia Privada Como Elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares*. In: REQUIÃO, Maurício (Cord). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora Juspodvim, 2014, p 22.

ITÁLIA. Tribunal de Milão. *amministrazione di sostegno*. Disponível em: < https://www.tribunale.milano.giustizia.it/index.phtml?Id_VMMenu=447&daabstract=341 >. Acesso em: 7 abr. 2017.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas a brasileira: necessidade ou mito*. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos estados unidos da américa e no brasil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MAGANO, Octavio Bueno. *Contrato de prazo determinado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 9.

MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso*. Disponível em < www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873 >. Acesso em: 12. set. 2016.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1993. p. 57.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p.163-172, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15098/13753. Acesso em: 25 jul. 2016.

MAZZOTTA, M. J. S. *Educação especial no Brasil: história e políticas públicas*. São Paulo: Cortez, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

_____. *Princípio da isonomia: desigualdades proibidas e permitidas*. *Revista Trimestral de Direito Público*. nº 1, p. 79.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119

MENEZES, Joyceane Bezerra. *Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015)*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*. 9. vol. jul/set 2016. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 1. mai. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V.I. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57-58. In: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 567.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35 e 36.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 568.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 190.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p 33.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 25. Abr. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10. mar. 2017

RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. 12. Vol. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/Livro2.pdf>>. Acesso em: 19. nov. 2016.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 181.

ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/1407260712924951/photos/a.1409630052688017.1073741828.1407260712924951/1462502307400791/?type=3>>. Acesso em: 5. mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 72.

SARMENTO, Daniel. *Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais nos Concursos do Ministério Público: o papel do CNMP*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/22-politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciaais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp/politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciaais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 10. mar. 2017.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: WVA, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 10

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 539.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil*. Revista Eletrônica Jus Navigandi. Teresina, a. 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 215.

TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. *A repercussão do estatuto da pessoa com deficiência no regime da capacidade civil*. Revista de Direito Privado. Vol. 75. ano 18. p. 63-77. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2017.

TRINDADE, Luiz Fernando da Silva. *Contrato de emprego e uber sob a ótica do direito do trabalho brasileiro*. 2016. Monografia (Pós-graduação). - Faculdade Baiana de Direito.