



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BEATRIZ MELO DE SOUSA

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO CONTRATO DE
TRABALHO**

Salvador

2018

BEATRIZ MELO DE SOUSA

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO CONTRATO DE
TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de
Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof. Ma. Adriana Brasil Vieira Wzykowski

Salvador

2018

BEATRIZ MELO DE SOUSA

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO CONTRATO DE
TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 22 de fevereiro de 2018.

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski (orientadora) _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Andréa Presas Rocha (1ª examinadora) _____

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Isabela Fadul de Oliveira (2ª examinadora) _____

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

RESUMO

Este trabalho destina-se à análise dos reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, mais especificamente, do instituto da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho. Para melhor compreender o tema, fez-se necessário, em primeiro lugar, elucidar, em relação à pessoa com deficiência, a terminologia utilizada, o conceito, as categorias existentes e a evolução histórica do tratamento a ela dispensado. Em seguida, reafirma-se o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal, basilar da atual política de inclusão social das pessoas com deficiência, da qual faz parte o Estatuto da Pessoa com Deficiência e as diversas alterações por ele trazidas, especialmente no que toca ao sistema de incapacidades. Posteriormente, é realizado o estudo do contrato de trabalho e suas peculiaridades: denominação, conceito, características, classificação e requisitos de validade. Por fim, apresenta-se o instituto da tomada de decisão apoiada, suas características e efeitos. Tecidas todas as considerações necessárias à concreção do objetivo deste trabalho, qual seja a análise dos reflexos da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho, passa-se à análise da compatibilidade entre os dois institutos, a partir das características próprias de cada um, dada a omissão legislativa nesse aspecto. Ao final, analisa-se a eficácia da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho em suas três fases: fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, tomada de decisão apoiada, contrato de trabalho.

ABSTRACT

This study is intended to analyze the reflexes of the Statute of the Person with Disabilities or, more specifically, the institute of the decision-making supported in the contract of employment. In order to better understand the subject, it was first necessary to elucidate, in relation to the disabled person, the terminology used, the concept, the existing categories and the historical evolution of the treatment provided. Subsequently, the principle of equality is reaffirmed, as provided for in art. 5° of the Federal Constitution, the basis of the current policy of social inclusion of persons with disabilities, which includes the Statute of People with Disabilities and the various changes brought about by it, especially with regard to the disability system. Then, the work contract study and its peculiarities are carried out: denomination, concept, characteristics, classification and validity requirements. Next, the institute of supported decision-making is presented, its characteristics and effects. Having pondered all the considerations necessary to achieve the objective of this study, which is the analysis of the reflexes of the decision-making based on the work contract, we proceed to the analysis of the compatibility between the two institutes, based on their own characteristics, due to legislative omission in this matter. Finally, the effectiveness of decision-making supported by the employment contract is analyzed in its three phases: pre-contractual phase, contractual phase and post-contractual phase.

Key words: Labor Law, Law n° 13.146/2015, Disabled Persons Statute, supported decision-making, employment contract.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CC/02	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CID	Código Internacional de Doenças e de Problemas relacionados à Saúde
CIF	Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
ONU	Organização das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial de Saúde
PCD	Pessoa com deficiência
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	11
2.1 DA ELIMINAÇÃO À INCLUSÃO	11
2.1.1 A fase da eliminação	12
2.1.2 A fase do assistencialismo	13
2.1.3 A fase da integração	14
2.1.4 A fase da inclusão	15
2.2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA	16
2.2.1 Terminologia	16
2.2.2 Conceito	20
2.2.3 Categorias de deficiência	23
2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS	26
2.4 A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	31
2.4.1 A teoria da incapacidade nos Códigos Civis de 1916 e 2002	31
2.4.2 As alterações trazidas pelo Estatuto	36
3 O CONTRATO DE TRABALHO	40
3.1 DENOMINAÇÃO	40
3.2 CONCEITO	42
3.3 CARACTERÍSTICAS	45
3.3.1 Trabalho por pessoa física	46
3.3.2 Pessoaalidade	48
3.3.3 Onerosidade	50
3.3.4 Permanência ou não eventualidade	52
3.3.5 Subordinação	56
3.4 CLASSIFICAÇÃO	59
3.5 REQUISITOS DE VALIDADE	61
3.5.1 Agente capaz	61
3.5.2 Objeto lícito, possível e determinado ou determinável	63
3.5.3 Forma prescrita ou não defesa em lei	65
3.5.4 Vontade livre e desembaraçada	67

3.5.5 Teoria das nulidades trabalhistas	68
4 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE TRABALHO	72
4.1 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	72
4.1.1 Conceito	75
4.1.2 Características	77
4.1.3 Efeitos	81
4.2 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE TRABALHO	83
4.2.1 Análise a partir das características do contrato de trabalho	83
4.2.2 Análise a partir da classificação do contrato de trabalho	85
4.2.3 Análise a partir dos requisitos de validade do contrato de trabalho	86
4.3 A EFICÁCIA DO TERMO DE APOIO NO CONTRATO DE TRABALHO	88
4.3.1 Fase pré-contratual	88
4.3.2 Fase contratual	91
4.3.3 Fase pós-contratual	92
5 CONCLUSÕES	94
REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a pessoa com deficiência (PCD) sempre foi tratada como incapaz (com algumas variações, ao longo do tempo, em relação à terminologia e ao grau de incapacidade), sob o argumento da sua proteção, porém com claros prejuízos à sua autonomia e, até mesmo, à sua dignidade. Todavia, a sociedade está em constante transformação estrutural e ideológica, e, mais recentemente, em 2007, a necessidade de alterar a forma como eram tratadas as pessoas com deficiência culminou na assinatura da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) 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, na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, isto é, com *status* de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência¹.

A referida Convenção, cujo texto foi fruto de reivindicações das próprias pessoas com deficiência, representou grande avanço nas questões terminológica e conceitual. Além disso, garantiu às pessoas com deficiência liberdades e direitos humanos universais, embora, por sua própria natureza normativa, através de previsões genéricas. Por essa razão, o Brasil, ao ratificá-la, comprometeu-se a implementar medidas para dar efetividade àqueles direitos.

Com esse objetivo é que foi publicada, em 07 de julho de 2015, a Lei nº 13.146 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, com *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, cujo art. 1º, *caput*, consagra a destinação de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando à sua inclusão e cidadania².

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, através do seu art. 115, também alterou o Título IV do Código Civil (CC), que passou a vigorar com a seguinte nomenclatura: Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada. E, logo em seguida, o art. 116 do referido Estatuto

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição*. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2016, 21. Disponível em: http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:V_uCL-NZEoQJ:scholar.google.com/+%C3%89+o+fim+da+interdi%C3%A7%C3%A3o&hl=pt-PT&as_sdt=0,5. Acesso em: 30 out. 2017.

² BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

acrescentou ao Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil o Capítulo III, denominado “Da Tomada de Decisão Apoiada”, para regular este novo instituto jurídico³.

Dentre as normas que regulam a tomada de decisão apoiada, não existe, no entanto, previsão acerca da sua aplicabilidade ao Direito do Trabalho. Conseqüentemente, diversos questionamentos surgem acerca da compatibilidade entre o termo de apoio e compromisso, instrumento da tomada de decisão apoiada, e o contrato de trabalho, ainda mais por ser este um contrato dotado de peculiaridades. Portanto, faz-se necessário analisar a compatibilidade entre a tomada de decisão apoiada e o contrato de trabalho, a fim de levantar questões relevantes e ainda pouco debatidas no cenário jurídico brasileiro, o que será feito a partir de uma revisão de literatura sobre ambos os institutos.

O método utilizado será o indutivo, que consiste em um raciocínio por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.

Em um primeiro momento, elucidar-se-á, quanto às pessoas com deficiência, a evolução história do tratamento a elas dispensado, a terminologia atualmente utilizada, o conceito vigente no ordenamento jurídico brasileiro e as categorias de deficiência, para, a partir daí, identificar os indivíduos que integram esse grupo de pessoas e que, conseqüentemente, poderão valer-se das prerrogativas previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em seguida, será analisado, sob o enfoque legal e doutrinário, o princípio da igualdade, em seus aspectos formal e material, bem como o papel das ações afirmativas na promoção da igualdade e da inclusão social das pessoas com deficiência. Além disso, será apresentada, como parte do regime jurídico especial destinado à proteção da pessoa com deficiência, a teoria da incapacidade, sua regulamentação nos Códigos Civis de 1916 e 2002 e as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Já o segundo momento será destinado a destrinchar o contrato de trabalho. Assim, serão tecidas breves noções acerca da denominação adequada, do conceito mais amplamente aceito, das características (trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, permanência ou não eventualidade e subordinação), da classificação e dos requisitos de validade do contrato de trabalho (agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e vontade livre e desembaraçada). Neste ponto, também será abordada a teoria das nulidades trabalhistas.

³ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

Em seguida, identificada a pessoa com deficiência e traçadas as mais relevantes noções acerca do contrato de trabalho e suas particularidades, serão analisados os reflexos do dispositivo da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho, partindo da apresentação desse novo instituto jurídico, seu conceito, características e efeitos.

Desvendadas as principais nuances da tomada de decisão apoiada, surgem diversos questionamentos acerca da sua compatibilidade com o contrato de emprego, especialmente no diz respeito à possibilidade de produção de efeitos em relação a terceiros, conforme determina o art. 1.783-A, §5º, do Código Civil, tendo em vista que o empregador é um perfeito exemplo de terceiro cuja esfera jurídica sofre repercussões da tomada de decisão apoiada.

Dessa forma, o último momento enfocará a eficácia da tomada de decisão apoiada nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual do contrato de trabalho. Esse tópico possui como objetivo, ainda, constatar que o uso do termo de apoio e compromisso na área trabalhista é possível e até mesmo vantajoso para o empregado e para o empregador.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Antes de analisar os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, mais especificamente, da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho, é necessário identificar os indivíduos que integram o grupo de pessoas com deficiência e que, conseqüentemente, poderão valer-se das prerrogativas previstas no referido diploma legal, aqui incluída a tomada de decisão apoiada. Assim, serão desvendadas, inicialmente, a evolução histórica do tratamento a elas dispensado e, em seguida, a terminologia atualmente utilizada, o conceito de pessoa com deficiência vigente no ordenamento jurídico brasileiro e as categorias de deficiência.

Também será analisado, para melhor entender o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o princípio da igualdade, em seus aspectos formal e material, e o papel das ações afirmativas na promoção da igualdade e da inclusão social das pessoas com deficiência. Além disso, será apresentada, como parte do regime jurídico especial destinado à proteção da pessoa com deficiência, a teoria da incapacidade, sua regulamentação nos Códigos Civis de 1916 e 2002 e as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.1 DA ELIMINAÇÃO À INCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁴. Mas esta nem sempre foi a regra, mesmo porque a noção de igualdade, que baliza o tratamento dado às pessoas com deficiência, varia de uma sociedade para outra ao longo do tempo.

Desde os primórdios, a pessoa com deficiência foi relegada à margem da sociedade, por ser considerada um indivíduo indesejável ao bem-estar e desenvolvimento social, devendo, por isso, ser eliminada ou excluída, por meio de simples confinamento ou através de tratamentos em estabelecimentos igualmente isolantes. Além disso, a pessoa com deficiência sempre foi tratada como incapaz (com algumas variações, ao longo do tempo, em relação à terminologia e ao grau de incapacidade), por vezes sob o argumento louvável de proteção, porém com claros prejuízos à sua autonomia e, até mesmo, à sua dignidade⁵.

As fases históricas do tratamento destinado à pessoa com deficiência são divididas em fase da eliminação, fase do assistencialismo, fase da integração e fase da inclusão, que serão

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁵ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 01.

abordadas pormenorizadamente. Ressalte-se, desde logo, que não se trata de fases rigidamente situadas em períodos da história, mas marcadas pela preponderância de determinado tratamento sobre os demais, com avanços e retrocessos em cada uma delas⁶, de modo que se considera, para a divisão, as seguintes características mais marcantes de cada período.

2.1.1 A fase da eliminação

A primeira fase é a fase da eliminação ou eugenia. A palavra eugenia vem do grego “eugenes” (eu = bem; genes = nascido) e quer dizer “Ciência que busca pesquisar o processo de aprimoramento genético da espécie humana”⁷.

Embora tenha marcado de forma menos acentuada a Idade Média, a era moderna (notadamente com a dogmática biológica do nazifascismo) e a pós-moderna (vide a adoção de abortos preventivos), a fase da eliminação ou eugenia preponderou na Antiguidade Clássica. Nessa época, a noção de igualdade estava atrelada a uma justiça distributiva e retificadora ou corretiva, segundo a qual a deficiência tinha um caráter de penalidade imposta pelos deuses em função dos pecados cometidos pela pessoa com deficiência ou seus ascendentes, naquela vida ou em vidas passadas⁸.

Ainda, o tratamento dispensado à pessoa com deficiência não poderia ser igualitário em relação às demais, já que, segundo a visão organicista da sociedade, a sua existência ia de encontro aos interesses e necessidades da *polis*, que deveriam prevalecer sobre o bem-estar e até mesmo a sobrevivência individual⁹.

Por essas razões, as pessoas com deficiência eram excluídas da sociedade e, em muitas das cidades antigas, destinadas pela própria lei à eliminação, se possível, ainda quando crianças. Convém ressaltar, entretanto, que o mesmo Estado grego que doutrina a morte das crianças “defeituosas” conferia aos guerreiros feridos e seus familiares proteção e vantagens diversas, tais como o fornecimento de alimentação¹⁰.

Assim, na Antiguidade Clássica, valorizava-se a deficiência adquirida no campo de batalha, recompensando os esforços dos que foram mutilados na guerra, mas as crianças

⁶ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência: (à luz da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e do Estatuto das Pessoas com Deficiência - Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

⁷ “Eugenia”, in Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eugenia-2/>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁸ LORENTZ, *op. cit.*, p. 92.

⁹ *Ibidem*, p. 98.

¹⁰ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2004, p. 30.

nascidas deficientes eram atiradas do alto de precipícios, uma vez consideradas empecilhos à sobrevivência do grupo e ao desenvolvimento da sociedade.

2.1.2 A fase do assistencialismo

A segunda fase é a fase do assistencialismo. Afirma Maria Salete Fábio Aranha que, nessa fase, preponderante da era cristã ao período medieval, “todos passaram a ser igualmente considerados filhos de Deus, possuidores de uma alma e portanto merecedores do respeito à vida e a um tratamento caridoso”¹¹. As pessoas com deficiência passaram a ser chamadas “as crianças do bom Deus”, o que demonstra a superação da coisificação característica da fase anterior, mas, ao mesmo tempo, o rebaixamento ao *status* de criança, dependente¹².

Com efeito, a sociedade ainda confundia a deficiência com um castigo divino, porém, tendo em vista que matar era considerado pecado, e considerando a piedade, a culpa e a caridade cristãs, foi feita a opção pelo assistencialismo. Assim, as pessoas com deficiência passaram a ser segregadas em hospitais, casas de saúde, asilos, paróquias e afins, onde recebiam tratamento, normalmente por clérigos e outros religiosos¹³.

Tal tratamento, no entanto, implicava negação da deficiência, autodepreciação e uma extrema dependência das pessoas com deficiência em relação à sociedade, uma vez que a política assistencialista lhes era imposta. Além disso, remanescia a desigualdade entre as pessoas com deficiência, consideradas inferiores, objeto de piedade, e as pessoas ditas “normais”, que prestavam assistência àquelas baseadas em culpa e pecado¹⁴.

Assim, a fase do assistencialismo representou um avanço no tratamento destinado às pessoas com deficiência, tendo em que vista que passaram a ser enxergadas como seres humanos, porém a assistência a elas prestada continuou sendo uma forma de eliminação, senão fisicamente, visualmente, pois restavam isoladas das demais.

¹¹ ARANHA, Maria Salete Fábio. *Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência*. Revista do Ministério Público do Trabalho, 2001, 11.21: 160-173. Disponível em: http://devotuporanga.edunet.sp.gov.br/OFICINA/Educa%20A7%A3oEspecial_PARADIGMAS_DA_RELA%20C3%87%C3%83O_DA%20SOCIEDADE_COM%20_AS_PESSOAS_COM_DEFICI%20ANCIA_19a_bril_2012.pdf. Acesso em: 30 out. 2017.

¹² LORENTZ, *op. cit.*, p. 108.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ LORENTZ, *op. cit.*, p. 114.

2.1.3 A fase da integração

A terceira fase histórica do tratamento destinado às pessoas com deficiência é a chamada fase da integração, que se iniciou na época do Renascimento (entre o fim do século XIV e o início do século XVII). Chama-se fase da integração porque, nela, objetivava-se o convívio da pessoa com deficiência com o resto da sociedade, convívio que, no entanto, somente se daria após o tratamento e a cura da pessoa com deficiência¹⁵.

A fase da integração foi consequência direta das contribuições da medicina e da ciência em geral, que desmistificaram a ideia de deficiência como penalidade divina e, ainda, trouxeram à tona a preocupação de dar a essas pessoas com deficiência um atendimento médico-científico, mais especializado, não meramente assistencial. Foi, inclusive, nessa fase que Louis Braille aprimorou o alfabeto que até os dias de hoje permite às pessoas com deficiência visual a leitura e a escrita, através da combinação de pontos em relevo sobre uma superfície¹⁶.

Em contrapartida, merecem destaque alguns equívocos no novo tratamento destinado às pessoas com deficiência. O primeiro deles diz respeito à necessidade de tratar, medicinalmente, a pessoa com deficiência para, somente então, inseri-la na sociedade. Essa ideia traz consigo a noção de deficiência como doença, quando, na verdade, trata-se de uma condição inerente à pessoa, que demanda não a cura ou a normalização, mas a adaptação da sociedade, conforme veremos mais adiante, ao conceituar pessoa com deficiência.

O segundo equívoco está no fato de que, sendo evidente a ineficácia do tratamento médico destinado às pessoas com deficiência, já que não se trata de doença, estas passavam o resto de suas vidas confinadas nas chamadas escolas especiais, onde recebiam o tratamento, de modo que não houve profunda mudança da fase do assistencialismo para a fase da integração quanto ao isolamento desse grupo de pessoas. Não à toa, afirma Maria Salete Fábio Aranha que “O primeiro hospital psiquiátrico surgiu nessa época e se proliferou, mas da mesma forma que os asilos e conventos, eram lugares para confinar, ao invés de tratar as pessoas. Tais instituições eram pouco mais do que prisões”¹⁷, o que demonstra a continuidade da prática de confinamento das pessoas com deficiência.

Este quadro, contudo, estava prestes a mudar com o início da fase da inclusão, na qual o convívio com a pessoa com deficiência passou a ser um objetivo mais concreto.

¹⁵ LORENTZ, *op. cit.*, p. 116.

¹⁶ Biografia de Louis Braille. Disponível em: <http://www.projetoacesso.org.br/site/index.php/deficiencia-visual-conceituacao/braille/biografia-louis-braille>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁷ ARANHA, *op. cit.*, p. 06.

2.1.4 A fase da inclusão

A quarta e última fase é a fase da inclusão, que se inicia após a Segunda Guerra Mundial na Europa e nos Estados Unidos, e, no Brasil, a partir da década de 1980. Nas sociedades pós-modernas, a partir da Segunda Guerra Mundial, passou a prevalecer o entendimento de que o direito não se justifica por intermédio de Deus, da natureza ou da tradição, mas sim através da ponderação entre os vários princípios, entre eles o da igualdade, a ser explorado no tópico 2.3.1. Isto porque seria esta – a ponderação de princípios – a única forma de compatibilizar os diversos projetos de vida concomitantes numa sociedade complexa e multicultural como a brasileira¹⁸.

Quanto à pessoa com deficiência, no Brasil, a principiologia da Constituição Federal de 1988 foi notadamente inclusiva no que concerne ao trabalho e à educação, e não assistencialista, o que se percebe tanto pela adoção de princípios de não discriminação negativa das pessoas com deficiência, quanto pela adoção de ações afirmativas no direito material. Com efeito, o art. 7º, XXXI, da CF/88 preceitua a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário ou critérios de admissão do trabalhador pessoa com deficiência”, assim como o art. 37, VIII, determina que “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão”¹⁹.

Diferentemente da fase do assistencialismo, na fase da inclusão, a inserção da pessoa com deficiência na sociedade não depende da sua “cura”. O que acontece é justamente o oposto: é a sociedade que deve se “curar”, ou seja, educar-se, adaptar-se às necessidades das pessoas com deficiência. Exemplo disso é a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que prevê, dentre outras medidas, adaptações de prédios públicos e privados para possibilitar o acesso da pessoa com deficiência²⁰.

Nas palavras de Maria Salete Fábio Aranha²¹:

A inclusão parte do mesmo pressuposto da integração, que é o direito da pessoa com deficiência ter igualdade de acesso ao espaço comum da vida em sociedade. Diferem, entretanto, no sentido de que o paradigma de serviços, onde se contextualiza a idéia da integração, pressupõe o investimento principal na promoção de mudanças do indivíduo, na direção de sua normalização. [...] Já o paradigma de suportes, onde se contextualiza a idéia da inclusão, prevê intervenções decisivas e incisivas, em ambos os lados da

¹⁸ LORENTZ, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000*. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 09 nov. 2017.

²¹ ARANHA, *op. cit.*, p. 18-19.

equação: no processo de desenvolvimento do sujeito e no processo de reajuste da realidade social.

Além disso, no processo de tratamento, adaptação e/ou readaptação da pessoa com deficiência, que ocorre simultaneamente à sua inserção na sociedade, e não como pressuposto, ela “deve ser um agente condutor de sua autonomia e não mero recebedor passivo de prestações alheias”²², em outras palavras, “um sujeito ativo de todo o processo de sua própria emancipação social, independência no trabalho, econômica etc”²³.

Assim, busca-se a aceitação da pessoa com deficiência em lugar da mera tolerância, aceitação esta que implica a convivência com a diversidade e o fornecimento, pelas entidades públicas e privadas, de instrumentos arquitetônicos, jurídicos e sociais que propiciem à pessoa com deficiência maior autonomia.

2.2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Feito um breve esboço histórico do tratamento destinado à pessoa com deficiência, emerge a necessidade de apresentar a sua atual definição. Para tanto, importa abordar a terminologia utilizada, o conceito de pessoa com deficiência vigente no ordenamento jurídico brasileiro, tópico em que serão exploradas algumas das alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e as categorias de deficiência atualmente reconhecidas.

2.2.1 Terminologia

A terminologia utilizada para se referir à pessoa com deficiência é uma questão constantemente abordada nos livros, artigos científicos e demais produções literárias acerca do tema, com vistas a sanar a imprecisão terminológica que prejudica a exposição, a compreensão e, conseqüentemente, a construção do conhecimento científico.

Todavia, não se pode olvidar o fato de que a escolha da expressão mais adequada, assim como a definição do que vem a ser uma pessoa com deficiência, como será visto mais adiante, é uma questão subjetiva, na medida em que cada uma das expressões comumente utilizadas para se referir à pessoa com deficiência traz consigo uma carga semântica e também uma carga social que podem gerar conotações diferentes quando contrapostas ou a partir das impressões pessoais de cada intérprete.

²² LORENTZ, *op. cit.*, p. 131.

²³ *Ibidem*, p. 133.

Além disso, a terminologia utilizada para se referir à pessoa com deficiência assume contornos diversos de acordo com os valores vigentes na sociedade em cada época, de modo que algumas expressões realçam a incapacidade da pessoa com deficiência, enquanto outras ressaltam o conceito de pessoa, sugerindo a valorização do ser humano em detrimento da deficiência; outras, ainda, preferem não se referir diretamente à deficiência, utilizando-se, em nome do politicamente correto, de um eufemismo²⁴.

Assim é que essas pessoas já foram chamadas, ao longo da história, de “inválidas”, “incapacitadas”, “defeituosas”, “deficientes”, “excepcionais”, “pessoas deficientes”, “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas com necessidades especiais”, “pessoas especiais”, “pessoas com deficiência” e, ainda, “portadores de direitos especiais”, o que resultou na atual diversidade terminológica dentro do ordenamento jurídico brasileiro²⁵.

A Emenda Constitucional de 1969 referiu-se às pessoas com deficiência como “excepcionais”²⁶. Essa expressão, embora possa ser encontrada nos dicionários com conotação positiva, também carrega uma conotação pejorativa, uma vez que trata como anormal a pessoa com deficiência. Além disso, essa expressão foi bastante vinculada às pessoas com deficiência mental, restando, pois, insuficiente para denominar o grupo de todas as pessoas com algum tipo de deficiência. Nesse sentido, afirma Luiz Alberto David Araújo que a referida expressão “não tem grande aceitação para cuidar de deficiências físicas ou de deficiência do metabolismo. Seria difícil, por exemplo, chamarmos um portador do vírus da imunodeficiência humana de excepcional”²⁷.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, em diversas passagens, consagrou a expressão “pessoa portadora de deficiência”, vide, apenas a título de exemplo, os arts. 23, II, 37, VIII, e 203, IV da carta constitucional²⁸. A atitude do legislador constituinte, influenciada pelo Movimento Internacional de Pessoas com Deficiência, foi louvável, na medida em que, com a inclusão do conceito de pessoa na expressão, o foco passou a residir no ser humano e

²⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011, p. 15. Disponível em http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁵ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. SASSAKI, RK Vida independente; História, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003, 12-16, p. 01-05. Disponível em: <http://www.saberes.com.br/congressoSalto/oficinas/of-3-e-9-/Terminologia-de-deficienciaII-Romeu-sasaki.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

²⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

²⁷ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 15.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

não na deficiência. Em contrapartida, ter uma deficiência passou a ser considerado um valor agregado à pessoa, quando, na verdade, a deficiência faz parte do seu ser, no entendimento mais atual. O autor Sasaki²⁹ melhor explica:

A tendência é no sentido de parar de dizer ou escrever a palavra ‘portadora’ como substantivo e como adjetivo. A condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa e esta pessoa não porta sua deficiência. Ela tem uma deficiência. Tanto o verbo ‘portar’ como o substantivo ou o adjetivo ‘portadora’ não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa. Por exemplo, não dizemos e nem escrevemos que uma certa pessoa é portadora de olhos verdes ou pele morena.

Assim, a despeito do avanço alcançado pela Constituição Federal de 1988 no que concerne à terminologia, não houve a consagração de uma expressão, de modo que alguns textos legais infraconstitucionais continuaram empregando expressões outras, mesmo aquelas consideradas pejorativas. É o caso da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e traz em seu bojo, repetidamente, a expressão “inválido”³⁰.

Propôs-se, então, alternativamente, o uso da expressão “pessoa com necessidades especiais”. Esta, todavia, trouxe novamente à tona a questão da insuficiência terminológica, desta vez porque a expressão abrange outras categorias de pessoas com necessidades especiais, além das pessoas com deficiência, como os obesos, os idosos, as crianças e os adolescentes³¹.

Finalmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 06 de dezembro de 2006 e ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n° 186, de 09 de julho de 2008³², e do Decreto Presidencial n° 6.949, de 25 de agosto de 2009³³, adotou, em seu art. 1º, a expressão “pessoa com deficiência”, que se consagraria no plano internacional e também nacional.

A adoção dessa nomenclatura foi fruto da reivindicação de porta-vozes das pessoas com deficiência, que tinham, com isso, os objetivos expressos de a) não esconder ou camuflar a deficiência; b) não aceitar o consolo da falsa ideia de que todo mundo tem deficiência; c)

²⁹ SASSAKI, *op. cit.*, p. 06.

³⁰ BRASIL. *Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

³¹ LORENTZ, *op. cit.*, p. 168.

³² BRASIL. *Decreto Legislativo n° 186, de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

³³ BRASIL. *Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

mostrar com dignidade a realidade da deficiência; d) valorizar as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência; e) combater neologismos que tentam diluir as diferenças, tais como “pessoas com capacidades especiais”, “pessoas com eficiências diferentes”, “pessoas com habilidades diferenciadas”, “pessoas dEficientes”, “pessoas especiais”, “é necessário discutir a questão das deficiências porque todos nós somos imperfeitos” e “não se preocupem, agiremos como avestruzes com a cabeça dentro da areia”; f) defender a igualdade entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas em termos de direitos e dignidade, o que exige a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência, atendendo às diferenças individuais e necessidades especiais, que não devem ser ignoradas; g) identificar nas diferenças todos os direitos que lhes são pertinentes e a partir daí encontrar medidas específicas para o Estado e a sociedade diminuïrem ou eliminarem as “restrições de participação” (dificuldades ou incapacidades causadas pelo ambiente humano e físico contra as pessoas com deficiência)³⁴.

De fato, a referida Convenção, ao adotar a expressão “pessoa com deficiência”, não só manteve o conceito de pessoa em destaque, mas também afastou a noção de deficiência como doença ou valor agregado, o que estava bastante presente na expressão “pessoa portadora de deficiência”, e substituiu o uso de outras expressões mais genéricas, tais como “pessoa com necessidades especiais”, que abarcavam categorias de pessoas além do pretendido³⁵.

Frise-se que o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi ratificado, através do Decreto Legislativo n° 186, de 09 de julho de 2008, com força de emenda constitucional, uma vez aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme preceitua o §3° do art. 5° da Constituição Federal³⁶.

Embora deva ser acolhida toda terminologia que ressalte mais as diferenças do que as deficiências da pessoa, evidenciando-a como o ser humano detentor de direitos que é, por todos os argumentos expostos, a expressão “pessoa com deficiência” consagrou-se, merecidamente, no ordenamento jurídico brasileiro e será também utilizada no presente trabalho.

³⁴ SASSAKI, *op. cit.*, p. 05-06.

³⁵ LORENTZ, *op. cit.*, p. 169.

³⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=. Acesso em: 30 out. 2017.

2.2.2 Conceito

Ultrapassada a questão terminológica, resta agora definir os contornos da expressão escolhida, isto é, o conceito de pessoa com deficiência. Quem pode ser assim considerado? Responder a esta pergunta é uma tarefa complexa, pois se trata de conceito amplo, tendo em vista os inúmeros fatores que podem gerar uma condição de deficiência.

Como dito no tópico anterior, definir o que vem a ser uma pessoa com deficiência é uma questão subjetiva, pois o conceito envolve, além do significado gramatical das palavras, uma forte carga social. Significa dizer que a questão não diz respeito apenas à deficiência, assim entendida como “perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente”³⁷, mas também às restrições sociais que podem vir a sofrer os indivíduos que a possuam.

Quanto à relação entre a amplitude conceitual e a falta de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, Sandro Nahmias Melo³⁸ alerta:

Fizemos essa ressalva quanto à amplitude conceitual como uma advertência para aqueles que pretendem classificar as pessoas portadoras de deficiência em fórmulas estanques, inflexíveis. As hipóteses que podem se apresentar no plano concreto do nosso cotidiano são muito mais férteis que a criatividade dos legisladores e doutrinadores. Por isso, entendemos que o conceito de pessoa portadora de deficiência deve ser, com base em critérios razoáveis e sensatos, o mais amplo possível. Centrado, não apenas nas eventuais limitações físicas, mentais ou sensoriais, mas, também, nas limitações sociais.

O reconhecimento da carga social presente no conceito de pessoa com deficiência, todavia, é recente. No plano internacional, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 09 de dezembro de 1975, ainda apresentava um conceito de pessoa com deficiência calcado nas limitações atreladas à condição médica: “o termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”³⁹.

³⁷ AMIRALIAN, Maria LT, et al. *Conceituando deficiência*. In: Revista de Saúde Pública, 2000, 34.1: 97-103. p. 03. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/rsp/v34n1/1388>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁸ MELO, *op. cit.*, p. 43.

³⁹ ONU. *Resolução n° 2.542/75*. Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao_pessoas_com_deficiencia.pdf. Acesso em: 02 nov. 2017.

Da mesma forma, a Convenção n° 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1° de junho de 1983, cujo art. 1.1 prevê⁴⁰:

Para efeito desta Convenção, entende-se por ‘pessoa deficiente’ todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

No plano nacional, o Decreto n° 914, de 06 de setembro de 1993, trouxe, pela primeira vez, a definição de pessoa com deficiência, *in verbis*⁴¹:

Art. 3° Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

O Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamentando a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para integração da pessoa portadora de deficiência, foi além, na medida em que especificou os critérios para a caracterização da deficiência. Da leitura dos seus arts. 3° e 4°⁴², observa-se que o referido Decreto, embasado na conceituação adotada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), representou um grande

⁴⁰ BRASIL. *Convenção n° 159 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 09 de outubro de 1983, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁴¹ BRASIL. *Decreto n° 914, de 06 de setembro de 1993*. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁴² Art. 3° Para efeitos deste Decreto, considera-se: I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. Art. 4° É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) lazer; e g) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências. BRASIL. Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

avanço não somente na caracterização da pessoa com deficiência, mas também ao distinguir deficiência e incapacidade, tendo esta como uma consequência não necessária daquela.

A despeito disso, somente com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é que foi inserido no ordenamento jurídico, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, um conceito social de pessoa com deficiência. Introduzindo este conceito, adverte a letra “e” do Preâmbulo⁴³:

[...] que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Assim, o art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem a seguinte redação⁴⁴:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A referida Convenção ainda merece o mérito de ter superado o modelo médico do Código Internacional de Doenças e de Problemas relacionados à Saúde (CID) e passado a adotar, concomitantemente, a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), que complementa o registro da enfermidade, pelo CID, com informações acerca de funcionalidade, destacando, assim, o potencial da pessoa com deficiência⁴⁵.

O art. 2º da Lei nº 13.146 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), de 06 de julho de 2015, reproduziu o conceito acima transcrito, reiterando a sua validade no ordenamento jurídico brasileiro (pois já havia sido inserido através da ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência).

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência definiu, em seu art. 2º, §1º, os critérios para a avaliação biopsicossocial, a ser feita por equipe multiprofissional e interdisciplinar, quando necessário. São eles os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição

⁴³ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186, de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ LORENTZ, *op. cit.*, p. 171.

de participação⁴⁶, o que demonstra o reconhecimento da amplitude da conceituação de pessoa com deficiência e da necessidade de analisar as circunstâncias do caso concreto para constatar a existência dessa condição, nos termos do conceito apresentado.

Finalmente, o novo conceito de pessoa com deficiência, constitucionalmente adotado pelo Brasil por força da ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e reproduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, superou os critérios meramente médico e assistencialista dos conceitos anteriores e reconheceu que a deficiência deve ser avaliada a partir da sociedade⁴⁷, ressaltando, assim, a necessidade de superar as barreiras sociais, políticas, tecnológicas e culturais.

2.2.3 Categorias de deficiência

Os arts. 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999⁴⁸, e 5º, §1º, do Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004⁴⁹, com mesma redação, definem cinco categorias de deficiência – física, auditiva, visual, mental e múltipla:

É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que

⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁴⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 out. 2017.

⁴⁸ BRASIL. *Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁴⁹ BRASIL. *Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004*. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 08 nov. 2017.

significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) lazer; e
- g) trabalho;

V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

Tais artigos, anteriores à Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e também ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, não foram revogados, expressa ou tacitamente. Todavia, devem ser interpretados de acordo com o novo conceito de pessoa com deficiência, que considera as dificuldades de interação com o meio físico e social.

Assim, por exemplo, entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a visão monocular (capacidade de visão em apenas um dos olhos), embora não abarcada pelo conceito de deficiência visual trazido pelos Decretos n^{os} 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e 5.296, de 02 de dezembro de 2004, pode ser enquadrada como uma deficiência. Nesse sentido, vide o enunciado de Súmula n^o 377 do STJ: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”⁵⁰.

Da mesma forma, entende o referido Tribunal que a perda auditiva unilateral pode ser enquadrada como uma deficiência, desde que, nos termos do art. 2^o, *caput* e §1^o, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a avaliação biopsicossocial feita por equipe multiprofissional e interdisciplinar constate que a condição do indivíduo, “em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”⁵¹.

Por último, quanto à deficiência mental, preveem os Decretos n^{os} 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que sua manifestação se dá antes dos 18 (dezoito) anos de idade. Todavia, hoje, entende-se perfeitamente possível a caracterização, através de laudo pericial, da deficiência mental após essa idade, em decorrência de um acidente,

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n^o 377*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27377%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27377%27).sub). Acesso em: 08 nov. 2017.

⁵¹ BRASIL. *Lei n^o 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

por exemplo, uma vez constatados todos os requisitos constantes do novo conceito de deficiência⁵². Nesse sentido, já reconheceu a 16ª Vara Federal do Distrito Federal, na Ação Civil Pública nº 0064350-31.2011.4.01.3400, que a deficiência mental pode ser adquirida posteriormente, determinando à União que se abstivesse de dar efetividade à exigência constante dos arts. 4º do Decreto-Lei nº 3.298/89 e 5º do Decreto nº 5.296/04, qual seja, a necessidade de comprovação, pelos habilitandos ao Passe Livre com fundamento em deficiência mental, de que são portadores da deficiência desde momento anterior à idade de 18 (dezoito) anos⁵³.

Além disso, conclui-se do novo conceito de pessoa com deficiência que os arts. 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e 5º, §1º, do Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, trazem um rol meramente exemplificativo das categorias de deficiência. Afinal, como já foi dito no tópico anterior, trata-se de conceito amplo, cujas hipóteses fogem à criatividade do legislador e, por isso, devem ser analisadas no caso concreto.

Um exemplo de deficiência que somente pôde ser enquadrada como tal com o advento do novo conceito de pessoa com deficiência é a dos chamados superdotados. Segundo Ana Claudia Vieira de Oliveira Ciszewski, são eles:

[...] os indivíduos possuidores de habilidades relevantes em níveis significativamente acima daquelas das pessoas em geral, habilidade que podem ser definidas a partir de escores em testes. Onde não exista teste reconhecido, pode-se presumir que os laudos periciais acerca das qualidades criativas de originalidade e imaginação demonstradas seriam o critério. Assim, existem superdotados em inteligência, criatividade, sociabilidade e liderança, psicomotricidade, artes plásticas, drama, música, habilidades acadêmicas, etc⁵⁴.

Ainda segundo a autora, os superdotados, desde a primeira infância, precisam ser estimulados adequadamente para que a sua inteligência acima da média não seja usada “para fins destrutivos ou marginais”, ou mesmo para que não lhe acarrete um tratamento diferenciado negativo, causando-lhe, de uma forma ou de outra, dificuldade de integração social. Por isso, defende Aleksandro Rahbani Aragão Feijó que “os superdotados que apresentam problemas graves de integração social decorrentes de uma aguçada sensibilidade ou de uma dificuldade de expressão emocional, devem ser incluídos como portadores de deficiência mental”⁵⁵.

⁵² LORENTZ, *op. cit.*, p. 173.

⁵³ DISTRITO FEDERAL. 16ª Vara Federal. *Ação Civil Pública nº 0064350-31.2011.4.01.3400*. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁵⁴ CISZEWSKI, Ana Claudia Vieira de Oliveira. *O trabalho da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: LTr, 2005, p. 31.

⁵⁵ FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão. *Direitos humanos e proteção jurídica da pessoa portadora de deficiência: normas constitucionais de acesso e efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2002, p. 35.

Conclui-se, dessa forma, que, embora previstas nos arts. 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e 5º, §1º, do Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, as categorias de deficiência – física, auditiva, visual, mental e múltipla – devem ser interpretadas de acordo com o atual conceito de pessoa com deficiência.

2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Dentre os direitos e garantias fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário destacar o direito fundamental à igualdade, dada a sua relação com os direitos e garantias específicos da pessoa com deficiência.

A norma da igualdade está consubstanciada no art. 5º, *caput*, da CF/88, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”⁵⁶.

Da leitura do referido artigo, nota-se que o mandamento isonômico não se encontra nivelado aos demais direitos e garantias fundamentais individuais, mas assume o cabeçalho deste vasto rol. Apresenta-se, pois, como regra, vide, apenas a título de exemplo, os arts. 1º, 3º, IV, 5º, *caput* e I, e 37 da CF/88, e também como princípio constitucional, que deve, por sua própria natureza, condicionar todo o ordenamento jurídico brasileiro, exercendo as funções interpretativa, normativa própria ou supletiva e normativa concorrente⁵⁷.

Convergem para este entendimento Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁵⁸:

O atual artigo isonômico teve traslada a sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador. Essa transformação é prenhe de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica. Na verdade, a sua função é de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito. É como se estivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão, respeitada a igualdade de todos perante este direito. Portanto, igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra má utilização que possa ser feita da ordem jurídica.

⁵⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁵⁷ ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência – direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 216.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil – Promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 2., 1989, p. 13.

Para além de prever a igualdade como regra e princípio, a Constituição Federal de 1988 consagra no ordenamento jurídico brasileiro a chamada igualdade material. Significa dizer que a igualdade já não se confunde mais com a legalidade, isto é, que não basta, para a garantia da igualdade, que a lei seja geral, abstrata e genérica. Com efeito, a expressão “igualdade perante a lei”, até então bastante difundida, possui um cunho meramente formal, de abstenção estatal, de generalidade da lei, de aplicação igual da lei para todos, encontrando, diante da realidade social, cultural, econômica e política, inúmeras e incontáveis desigualdades fáticas⁵⁹.

Atualmente, portanto, a norma da igualdade deve ser traduzida como “igualdade por meio da lei”, tendo em vista a necessidade, para alcançar a sua eficácia plena, de criar regras e princípios que prevejam tratamentos diferenciados para pessoas e grupos que apresentem desigualdades naturais ou sociais em relação ao resto da sociedade.

Tem-se, assim, a norma constitucional da igualdade em um duplice enfoque: a chamada igualdade formal, no sentido de que o ordenamento jurídico não deve admitir qualquer privilégio aleatório, arbitrário ou caprichoso, tampouco qualquer discriminação nos mesmos moldes, e a chamada igualdade material, que possibilita a diferenciação dos direitos das pessoas e grupos que necessitam de proteção especial, dadas as suas circunstâncias e condições pessoais peculiares⁶⁰. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior⁶¹:

O direito a igualdade é o direito que todos têm de ser 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.

Nessa toada, a doutrina reconhece a existência de dois tipos de discriminação: positiva e negativa. A discriminação negativa acontece quando uma pessoa (ou um grupo de pessoas) é submetida a tratamento desigual ou injusto, que culmina em uma segregação social. Joaquim Barbosa esclarece que “a pessoa vítima de discriminação [negativa] 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”⁶². Já a discriminação positiva ocorre quando essa mesma pessoa (ou grupo de pessoas) é tratada de forma desigual pelo direito, porém com o objetivo de recompensá-la por aquela situação injusta, buscando assim, a igualdade material.

⁵⁹ LORENTZ, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁰ MELO, *op. cit.*, p. 107.

⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 658.

⁶² 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.

A discriminação positiva pode ser concretizada através das chamadas ações afirmativas, que são mecanismos legais temporários que têm como objetivo o fomento da igualdade material entre os indivíduos de uma sociedade, para tanto tratando de forma desigual os desiguais, isto é, discriminando de forma positiva e legítima aqueles que foram socialmente segregados, para que possam reverter a situação injusta.

Joaquim Barbosa define as ações afirmativas como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação [...], bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”⁶³.

Por óbvio, tais mecanismos também não podem ser aleatórios, arbitrários, caprichosos, sob pena de se constituírem, ao revés, verdadeiras discriminações negativas. Consoante leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, para constatar, no caso concreto, a ocorrência de uma violação ao princípio da igualdade, é necessário investigar, “de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, [...] se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada”⁶⁴.

Nesse sentido, o autor Manoel Jorge Silva Neto explica que nem toda discriminação é reprovada pelo ordenamento jurídico constitucional, mas distingue-se em legítima – quando é consumada em virtude de uma situação de fato que a determina – e ilegítima – quando não há correspondência lógica entre o fator de desequiparação utilizado e a circunstância de fato⁶⁵.

O que a ordem jurídica pretende firmar, a partir do princípio da igualdade, é, portanto, “a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”⁶⁶. Significa que o princípio da igualdade proíbe o tratamento desigual entre pessoas e grupos na mesma situação, e permite o tratamento desigual entre pessoas em situações comprovadamente diferentes, visando à “redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade presentes na sociedade brasileira, bem como a proteção dos mais débeis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário sócio-econômico e cultural”⁶⁷.

⁶³ GOMES, Joaquim B. Barbosa, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21.

⁶⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 539.

⁶⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁷ 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->

É o caso, por exemplo, das mulheres em relação aos homens, dos idosos em relação aos jovens e das pessoas com deficiência em relação ao restante da sociedade. Quanto a estas últimas, existem diversos fundamentos para a sua proteção especial, de natureza econômica, política, social, moral e jurídica. No plano moral, não obstante o predomínio da fase da inclusão sobre as fases da eliminação, do assistencialismo e da integração, a pessoa com deficiência ainda convive com a ignorância, o preconceito e a discriminação, a dificultar o processo de inclusão e a perpetuar a segregação desse grupo de pessoas.

No plano social, a pessoa com deficiência vê-se impedida de acessar lugares, usar produtos, usufruir serviços, obter informações e se comunicar, devido à falta da adaptação estrutural, linguística ou tecnológica necessária para tanto.

No plano econômico, a pessoa com deficiência, via de regra, encontra grandes dificuldades de inserção no mercado de trabalho. Entra, pois, num estado de improdutividade, seja pelas barreiras sociais que lhe são impostas, seja por falta de treinamento especial, seja por mera acomodação pessoal. De qualquer forma, passa a depender financeiramente de familiares, de instituições filantrópicas e do Estado em sentido amplo, o que, todavia, não se afigura como melhor solução. Mesmo que estas pessoas jurídicas de direito público e privado fossem capazes, econômica e estruturalmente, de garantir a todas as pessoas com deficiência sustento adequado, o que não se coaduna à realidade brasileira, ainda assim teríamos uma espécie de proteção que ignora a autonomia e a dignidade da pessoa com deficiência⁶⁸.

Politicamente, é consequência do processo ainda embrionário de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade a tendência de se manterem afastadas do processo político e, em muitos casos, das próprias urnas, o que vai de encontro ao ideal democrático, que se baseia no envolvimento de todos os cidadãos na condução do país⁶⁹.

Por fim, no plano jurídico, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente, em seus arts. 23, II, e 24, XIV, o dever do Estado de proteção, *in verbis*⁷⁰:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

etnico-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmiento.pdf. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público*. In: *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 13-38, 1997, p. 18.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Assim, o dever de proteção da pessoa com deficiência consiste em criar para ela um regime jurídico especial – proibição de discriminação no emprego, salários e qualquer outra atividade, direito a educação especial, gratuita e, de preferência, integrada com não-deficientes, direito a tratamento adequado, direito a acesso a serviços e edifícios públicos, bem como a viver entre a comunidade – e, para a aplicação deste, novos instrumentos de atuação, tais como auxílio financeiro direto e indireto e aprovação de leis⁷¹.

Nessa linha de raciocínio, o art. 93, *caput* e incisos, da Lei nº 8.213/91⁷² prevê o sistema de cotas, mecanismo legal que impõe às empresas a reserva de determinado número de vagas de emprego às pessoas com deficiência, visando à sua gradual inserção no mercado de trabalho e, conseqüentemente, a concretização do princípio da igualdade em seu aspecto material.

O referido sistema de cotas não deve ser considerado uma violação ao princípio da igualdade, uma vez que decorre de uma discriminação positiva legítima, diante da segregação social à qual foram relegadas as pessoas com deficiência em razão de sua condição. Além disso, a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho dispõe expressamente 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”⁷³.

Além desses dispositivos, muitos outros garantem o tratamento isonômico às pessoas com deficiência por meio de uma política de ações afirmativas. É o caso do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, por exemplo, ao excluir das hipóteses legais de incapacidade absoluta e relativa as pessoas com deficiência mental, como será visto em seguida.

⁷¹ BENJAMIN, *op. cit.*, p. 20.

⁷² 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%. V - (VETADO). BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷³ BRASIL. *Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Acesso em: 03 nov. 2017.

2.4 A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Como foi visto no tópico anterior, determinadas pessoas e grupos que se encontram na mesma situação não podem ser positiva ou negativamente discriminadas entre si, no entanto, o ordenamento jurídico brasileiro permite que seja destinado um tratamento desigual para aquelas pessoas e grupos em situações peculiares, como é o caso, por exemplo, das mulheres, dos índios, dos idosos, das pessoas com deficiência.

Quanto a estas últimas, existem diversos fundamentos para a sua proteção especial, de natureza econômica, política, social, moral e jurídica, implicando para o Estado o dever de proteção consistente em criar para elas um regime jurídico especial (proibição de discriminação no emprego, salários e qualquer outra atividade, direito a educação especial, gratuita e, de preferência, integrada com não-deficientes, direito a tratamento adequado, direito a acesso a serviços e edifícios públicos, bem como a viver entre a comunidade) e, para a aplicação deste, novos instrumentos de atuação.

Parte do regime jurídico especial destinado à pessoa com deficiência, especialmente àquela que, em razão da deficiência, encontra-se impossibilitada de expressar a sua vontade, diz respeito à teoria da incapacidade, que sofreu alterações do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 e, neste, pela Lei n° 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

2.4.1 A teoria da incapacidade nos Códigos Cíveis de 1916 e 2002

A capacidade civil é dividida em capacidade de direito, também chamada de capacidade de gozo ou de aquisição, e capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício ou de ação. A capacidade de direito, isto é, a capacidade para ser titular de direitos, confunde-se com a própria personalidade jurídica. Afinal, afirmar que o ser humano tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos⁷⁴. Com efeito, tanto a personalidade quanto a capacidade de direito são reconhecidas a todo ser humano nascido com vida, o que se depreende dos arts. 1° e 2° do Código Civil⁷⁵:

Art. 1° Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2° A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95.

⁷⁵ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

Já a capacidade de fato é a medida jurídica da personalidade e consiste na aptidão para exercer, pessoalmente, os direitos adquiridos e as obrigações contraídas com a capacidade de direito⁷⁶. Diferentemente da capacidade de direito, a capacidade de fato pode sofrer uma série de limitações, legais ou judiciais, em função de fatores como a idade, a saúde e o desenvolvimento mental e intelectual do ser humano.

Entende a doutrina que tais limitações são estabelecidas para preservar e proteger o próprio indivíduo que as sofre, afastando-o dos riscos inerentes à prática de determinados atos da vida civil. Com efeito, a inexperiência do menor de idade e a eventual insociabilidade de uma pessoa com deficiência mental, por exemplo, podem motivar, na celebração de um negócio jurídico, manobras desleais por parte de terceiros⁷⁷.

Assim, o indivíduo que possui capacidade de direito, porém sofre restrições à sua capacidade de fato, é considerado incapaz e não poderá exercer os atos da vida civil senão através de um assistente ou representante. Como a capacidade do agente é um dos requisitos de validade de qualquer ato jurídico (art. 104, I, do CC), prevê o Código Civil de 2002 que os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os seus direitos devem ser representados, sob pena de nulidade do ato (art. 166, I, do CC), e que os relativamente incapazes, isto é, aqueles dotados de algum discernimento e, portanto, autorizados a participar dos atos jurídicos de seu interesse, devem ser assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade (art. 171, I, do CC), salvo algumas situações em que se lhes permite atuar sozinho, tais como testemunhar (art. 228, I, do CC), aceitar mandato (art. 666 do CC), casar (art. 1.517 do CC) e fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único, do CC)⁷⁸.

Se a causa da incapacidade, absoluta ou relativa, estiver ligada à faixa etária do incapaz, este deverá ser representado ou assistido por seus pais ou, no caso da sua falta, ausência ou de perda do poder familiar, por um tutor. Se, por outro lado, a causa da incapacidade absoluta ou relativa for uma questão de saúde ou falta de discernimento, o incapaz deverá ser representado ou assistido por um curador, devidamente constituído através de um processo judicial de interdição. A curatela é, portanto, “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

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 319.

⁷⁷ ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 440.

⁷⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

daquele, sendo o responsável ainda por suprir a deficiência ou impossibilidade de exteriorização da vontade do curatelado⁷⁹.

Incapacidade, por sua vez, consiste na “restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra”⁸⁰.

Cumprido ressaltar que incapacidade e deficiência não se confundem. Segundo Maria Lucia Toledo Moraes Amiralian, deficiência é a “perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente”, enquanto incapacidade seria a “restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano”⁸¹. No mesmo sentido, afirmam Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli que a incapacidade civil diz respeito, fundamentalmente, à impossibilidade de expressão da vontade, enquanto a deficiência consiste em uma limitação de origem física ou mental que não necessariamente atinge a capacidade civil do indivíduo. Ao contrário, a maioria das pessoas com deficiência estariam aptas a expressar sua vontade⁸².

O Código Civil de 1916 já enquadrava algumas categorias de deficiência entre as causas de incapacidade civil⁸³:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Observe-se que, inicialmente, não havia gradação da deficiência e da incapacidade dela decorrente. Todos os tipos de deficiência mental e auditiva eram considerados igualmente graves. Para corrigir essa distorção, foi promulgado o Decreto nº 24.559, de 03 de julho de

⁷⁹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 164.

⁸⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 110.

⁸¹ AMIRALIAN, *op. cit.*, p. 03.

⁸² ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 441.

⁸³ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

1934, que conferia ao juiz o poder de fixar os limites da interdição da pessoa com deficiência mental, o que sugeria a possibilidade de graus de incapacidade⁸⁴. Em 1962, foi alterado também o rol de relativamente incapazes para excluir a hipótese das mulheres casadas⁸⁵.

O Código Civil de 2002, por sua vez, consagrou a graduação da incapacidade, não apenas em relação à pessoa com deficiência, mas a qualquer pessoa a quem faltasse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil⁸⁶:

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.

Na mesma linha, deixou claro que a causa da incapacidade, no caso da pessoa com deficiência auditiva e da fala (os chamados “surdos-mudos”), não era a deficiência por si só, mas a impossibilidade de expressão da vontade, que não é uma consequência necessária da deficiência, mas decorre, *in casu*, da falta de educação adequada. O mesmo aconteceu em relação às pessoas com deficiência mental (os chamados “loucos de todo o gênero”), cujo inciso destacou, como pressuposto para o reconhecimento da incapacidade absoluta, a ausência do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Convém fazer menção, ainda, aos arts. 1.772 e 1.780 do Código Civil de 2002, posteriormente revogados pelo Código de Processo Civil de 2015 e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, respectivamente. O art. 1.772 permitiu que a decisão judicial definisse os limites da interdição (parcial, portanto), para privar o incapaz de determinados atos patrimoniais e de administração, tais como emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar e

⁸⁴ BRASIL. *Decreto n° 24.559, de 03 de julho de 1934*. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24559impresao.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁸⁵ BRASIL. *Lei n° 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁸⁶ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Vade Mecum Compacto Saraiva. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155.

ser demandado, e/ou de outros atos da vida civil, tais como frequentar sozinho lugares públicos, caso isso fosse estritamente necessário para resguardar a sua incolumidade física e segurança.

Também inovou o art. 1.780, ao criar uma hipótese de curatela extraordinária, de caráter voluntário (ou, pelo menos, dependente da anuência do incapaz), para aquelas pessoas que não se enquadrassem nas hipóteses legais de curatela obrigatória, mas desejassem praticar determinados atos com maior margem de segurança e confiabilidade. Segue transcrito o teor do referido artigo⁸⁷:

Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou da pessoa com deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

Seria o caso, conforme exemplifica Lutiana Nacur Lorentz, de uma pessoa com deficiência visual que pretende celebrar negócio jurídico de compra e venda de bem imóvel ou de uma pessoa com deficiência física e severa dificuldade de locomoção que deseja administrar uma propriedade rural de difícil acesso. Mas a hipótese de curatela prevista no revogado art. 1.780 do CC/02 não pode ser confundida com um contrato de mandato, pois envolve obrigações diversas daquelas contraídas pelo mandatário. Nas palavras da autora⁸⁸:

Em que pese a pessoa com deficiência poder realizar este ato por meio do contrato de mandato, a figura da curatela traz muito mais responsabilidades para o curador que a figura do mandatário, portanto, trazendo maiores garantias à PCD ou ao enfermo. Assim, não se adota, aqui, a posição de alguns civilistas de que o art. 1.780 do CCB/02 se confundiria com a figura do contrato de mandato, não só porque as responsabilidades de ambos sejam diversas, mas também porque a lei não criaria duas figuras distintas para funções idênticas; isto contrariaria a lógica do princípio de que a lei não contém palavras inúteis e sobretudo porque a extensão das figuras é distinta: no mandato, alguém confere poderes a outrem para praticar atos e administrar interesses em seu nome (art. 653 do CCB/02), já na interdição voluntária do art. 1.780, em comento, o curador junto com o curatelado irá cuidar de todos ou de alguns de seus bens ou negócios, enquanto durar a interdição voluntária, independente de procuração, mas dependente de inscrição em registro público (art. 9º, III, do CCB/02).

Feitas essas considerações, passa-se à análise da Lei nº 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

⁸⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Vade Mecum Compacto Saraiva. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

⁸⁸ LORENTZ, *op. cit.*, p. 188.

2.4.2 As alterações trazidas pelo Estatuto

A Lei nº 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), nos termos do parágrafo único do seu art. 1º, tem como base a já citada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno⁸⁹.

Com a intenção precípua de efetivar os princípios e regras trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o novo Estatuto consolidou, em detrimento do conceito médico, o conceito biopsicossocial de deficiência, segundo o qual os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só. Em verdade, as barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente, sendo fundamental, portanto, definir estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e permitam à pessoa com deficiência demonstrar suas capacidades e usufruir de autonomia e independência para uma real inclusão social⁹⁰.

Além de inovar em relação à concepção de deficiência e trazer novos institutos jurídicos relacionados a capacidade legal, avaliação psicossocial e acessibilidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu alterações em diversos diplomas legais, tais como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Licitações. Assim, “pela amplitude do alcance de suas normas, o Estatuto traduziu uma verdadeira conquista social, ao inaugurar um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis”⁹¹.

Para o presente trabalho, importam as alterações relacionadas, diretamente, à capacidade civil da pessoa com deficiência. Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades*. In: Revista dos Tribunais, 2015, 65-80, p. 04. Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/upload/noticia/O%20ESTATUTO%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIENCIA%20-%20EPCD.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁹¹ GAGLIANO, *op. cit.*, p. 01.

uma profunda mudança no sistema jurídico das incapacidades, a começar pelas hipóteses legais de incapacidade absoluta e relativa.

O art. 3º do Código Civil de 2002, que trata das hipóteses de incapacidade absoluta, teve todos os seus incisos revogados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, restando, no *caput*, os menores de 16 (dezesesseis) anos de idade como os únicos sujeitos absolutamente incapazes no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao art. 4º, que relaciona as hipóteses de incapacidade relativa, o Estatuto manteve, no inciso I, “os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos de idade”, mas suprimiu, do inciso II, “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, mantendo apenas “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”. Suprimiu também, do inciso III, “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, substituindo-os por aqueles que, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Os pródigos, por sua vez, permaneceram no inciso IV como relativamente incapazes.

Assim, os arts. 3º e 4º do CC/02 passaram a ter a seguinte redação⁹²:

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

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.

Em consonância com a finalidade da própria lei, consubstanciada em seu art. 1º, qual seja assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício, pela pessoa com deficiência, dos direitos e das liberdades fundamentais, visando à sua inclusão e cidadania⁹³, pretendeu o Estatuto, com as alterações supracitadas, impedir que a pessoa com deficiência mental fosse tratada como incapaz.

Os arts. 6º e 84 do mesmo diploma legal, a seguir transcritos, deixam clara tal pretensão, ao equiparar a pessoa com deficiência mental à pessoa plenamente capaz⁹⁴:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

⁹² BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁹³ BRASIL. *Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁹⁴ *Ibidem*.

- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

De fato, a pessoa com deficiência possui uma qualidade que a difere das demais, mas não uma doença que justifique a limitação da sua autonomia. A pessoa com deficiência não é, por este simples fato, incapaz de praticar os atos da vida civil, como outrora se considerava, mas apenas quando enquadrada em uma das hipóteses legais de incapacidade, especificamente no inciso III do art. 4º do Código Civil, isto é, quando estiver, em razão da deficiência, temporária ou permanentemente impossibilitada de manifestar sua vontade. Ainda neste caso, frise-se, a incapacidade da pessoa com deficiência será relativa, e não mais absoluta.

Em suma, o que o Estatuto da Pessoa com Deficiência pretendeu, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, foi fazer com que a pessoa com deficiência mental passasse a ser considerada dotada de plena capacidade legal, ainda que, para a prática de determinados atos da vida civil, faça-se necessário recorrer a institutos assistenciais, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela⁹⁵.

A mudança apontada não implica, portanto, que a pessoa com deficiência mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos, pois continua a existir a possibilidade de submissão ao regime de curatela. O que se afasta, repita-se, é a incapacidade pela simples condição de deficiência⁹⁶.

Com efeito, dispõe o §1º do art. 84 do Estatuto que, “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. Acresce-se a este o §3º do mesmo artigo, segundo o qual “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”⁹⁷. As referidas necessidades e circunstâncias do caso concreto serão auferidas por equipe multiprofissional e interdisciplinar, em atividade pericial que extrapola a perspectiva

⁹⁵ GAGLIANO, *op. cit.*, p. 04.

⁹⁶ REQUIÃO, 2015, *op. cit.*, p. 02-03.

⁹⁷ BRASIL. *Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

da medicina e incorpora uma perspectiva social da deficiência, para certificar os limites e parâmetros daquela intervenção, temporária ou duradoura⁹⁸.

Além do caráter excepcional da curatela, a restrição à capacidade por ela perpetuada só pode ser aplicada às relações patrimoniais, preservados os interesses existenciais do incapaz, aqui exemplificados os direitos da personalidade. Nesse sentido, o art. 85, *caput*, proclama que “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, esclarecendo, em seu §1º, que “A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”⁹⁹.

Como o objetivo do presente trabalho é analisar as repercussões do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mais especificamente, do instituto da tomada de decisão apoiada no âmbito do Direito do Trabalho, faz-se necessário tecer algumas noções sobre o contrato de trabalho, elemento fundamental deste ramo do direito.

⁹⁸ ARAUJO; COSTA FILHO, *op. cit.*, p. 04.

⁹⁹ BRASIL. *Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

3 O CONTRATO DE TRABALHO

A relação jurídica, consistente no vínculo entre dois ou mais sujeitos relativamente a um objeto, é o elemento básico do fenômeno do direito, em torno do qual se constroem todos os princípios e regras que compõem o universo jurídico. São as particularidades das diversas relações jurídicas existentes que justificam a construção de princípios e regras próprias para cada um dos ramos do direito, tais como o Direito Tributário, o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito do Trabalho¹⁰⁰.

A relação jurídica fundante do ramo do Direito do Trabalho é a relação de emprego, que, segundo a doutrina anticontratalista, existe independentemente do contrato, pois surge não da manifestação da vontade dos sujeitos, mas do mero fato-trabalho, como forma de proteção do trabalhador. A doutrina contratualista, por sua vez, defende que o consentimento é um elemento essencial para a formação da relação de emprego, que se trata, portanto, de um negócio jurídico contratual, não se podendo cogitar a sua existência independentemente do contrato que a contém. Adepto desta teoria, José Augusto Rodrigues Pinto afirma que seria até irônico dissociar a relação jurídica do contrato de emprego, uma vez que é a este que a Consolidação das Leis do Trabalho disciplina¹⁰¹.

Assim sendo, passa-se a expor os elementos necessários à compreensão do contrato de trabalho, dentre eles a denominação, o conceito, as características, a classificação e os requisitos de validade.

3.1 DENOMINAÇÃO

Como leciona José Augusto Pinto Rodrigues, todo contrato, na medida do possível, deve ter na denominação a síntese do seu conteúdo. Assim é, por exemplo, com o contrato de locação, com o contrato de compra e venda e com o contrato de prestação de serviços, cujos objetos e relações jurídicas reguladas estão explícitos nos respectivos *nomen juris*¹⁰².

Quanto ao contrato de trabalho, embora seja esta a denominação hoje preponderante na doutrina e na legislação ocidentais, mais acertado seria chama-lo de contrato de emprego, consoante sugere José Martins Catharino¹⁰³.

¹⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

¹⁰¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. 967 p.

¹⁰² *Ibidem*, p. 191.

¹⁰³ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 215-218.

Apesar de ter prevalecido sobre outras denominações, tais como contrato de salário, que abrange apenas parte do seu conteúdo, e contrato de atividade, que, ao contrário, denota um conteúdo além do pretendido, pois genérica, a denominação contrato de trabalho também é defeituosa, na medida em que permite a confusão deste tipo de contrato com tantos outros que lhe são afins¹⁰⁴.

Com efeito, a expressão “trabalho”, em relação de trabalho, remete a toda e qualquer relação jurídica que tenha por objeto uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Nas palavras de Renato Saraiva e Rafael Tonassi Souto, “relação de trabalho corresponde a qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obras ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação”¹⁰⁵.

Portanto, o contrato de trabalho, assim denominado, é o gênero que engloba diversas espécies: o contrato de emprego, o contrato de trabalho autônomo, o contrato de trabalho eventual, o contrato de trabalho avulso e o contrato de estágio, dentre tantas outras formas de prestação de labor. Em outras palavras, embora toda relação de emprego corresponda a uma relação de trabalho, nem toda relação de trabalho corresponde a uma relação de emprego, daí o equívoco na utilização da expressão “contrato de trabalho” para designar o contrato de emprego.

Convergindo para este entendimento e visando a sanar tal confusão denominativa, José Augusto Rodrigues Pinto sugere, como alternativa ao uso da expressão “contrato de trabalho”, a denominação contrato de trabalho subordinado, alegando ter a mesma aptidão para individuar esta espécie e, ademais, a aptidão de distingui-la de outras com similar conteúdo¹⁰⁶. De fato, não está a se tratar no Direito do Trabalho da relação jurídica de qualquer trabalhador, mas daquela existente entre empregador e empregado, de trabalho subordinado¹⁰⁷, que é a relação jurídica criada pelo contrato de trabalho e regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, a denominação contrato de trabalho subordinado também pode ser aplicada ao trabalhador avulso, que, por sua vez, não é empregado, daí a insuficiência da expressão sugerida pelo autor.

Ademais, diante da crescente relevância e projeção da relação de emprego no contexto socioeconômico ocidental, firmou-se a tradição jurídica de identificar a espécie mais importante (contrato de emprego) através da denominação cabível ao gênero (contrato de trabalho), de modo que se utiliza, hoje, conservadoramente, a expressão “trabalho”, em relação de trabalho

¹⁰⁴ PINTO, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁵ SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. *Direito do Trabalho*. 19. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 34.

¹⁰⁶ PINTO, *op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1295 p., p. 159.

e contrato de trabalho, para identificar institutos e normas concernentes à relação e ao contrato de emprego¹⁰⁸.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 16, prevê que a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), conterá, além do número, série, data de emissão e dados do empregado, folhas destinadas às anotações de interesse da Previdência Social e às anotações pertinentes ao contrato de trabalho, pretendendo referir-se, por óbvio, ao contrato de emprego. Também no art. 58-A, §4º, da CLT fala-se em contrato de trabalho em regime de tempo parcial, sendo este uma modalidade de contrato de emprego¹⁰⁹.

Assim, embora técnica e juridicamente criticável, a denominação contrato de trabalho está consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e também será empregada ao longo do presente trabalho.

3.2 CONCEITO

A figura jurídica do contrato tornou-se, na contemporaneidade, um dos pilares da cultura sociojurídica ocidental, dadas as noções de liberdade e autonomia da vontade que passaram a reger as relações interpessoais e sociais. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, foi nesse contexto que “o contrato emergiu como instrumento hábil a incorporar esse padrão específico de relacionamento entre os indivíduos, à medida que essencialmente o contrato é que se destacava como veículo jurídico de potenciamento ao exercício da liberdade e da vontade”¹¹⁰.

De acordo com a doutrina clássica, o contrato é um negócio jurídico bilateral, baseado na autonomia da vontade das partes envolvidas, vontades estas que convergem para que uma das partes se obrigue a dar, fazer, ou não fazer alguma coisa em troca de uma contraprestação, pecuniária ou não, a qual se obriga a outra parte.

Na definição dos civilistas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o contrato “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”¹¹¹. Maurício Godinho Delgado, por

¹⁰⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 310.

¹⁰⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹¹⁰ DELGADO, *op. cit.*, p. 573.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

sua vez, entende que contrato é “o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas”¹¹².

A finalidade do contrato pode ser adquirir, resguardar, modificar e/ou extinguir direitos e obrigações. Trata-se, portanto, da mais corriqueira e mais importante fonte de obrigações, em função de suas múltiplas formas e incontáveis repercussões no mundo jurídico¹¹³.

Uma destas múltiplas formas é o contrato de trabalho ou contrato de emprego. Assim como os demais tipos de contrato, o contrato de trabalho também é pautado na autonomia da vontade, uma vez que pressupõe a liberdade de trabalho, consagrada no art. 5º, inciso XIII, da CF/88. A liberdade negocial, por outro lado, não é plenamente exercida na relação de trabalho, uma vez que existe uma parte hipossuficiente: o empregado.

Na relação de trabalho, o empregado, na maioria absoluta das vezes dependente da contraprestação oferecida pelo empregador, teme negociar, pelo menos individualmente, os seus direitos, ficando à mercê da vontade do empregador. Por isso, fala-se até do contrato de trabalho como um contrato de adesão. Nesse sentido, Maurício Godinho defende a existência de uma faceta enigmática do contrato de trabalho. Isto porque, ao mesmo tempo em que a presença das noções de liberdade e autonomia da vontade demonstram o potencial de ampliação do cumprimento do contrato de trabalho, está-se diante de um dos mais expressivos exemplos de contratos de adesão, no qual o exercício da liberdade e da autonomia da vontade de uma das partes, notadamente o empregado, encontra-se contingenciado em face da necessidade de ser admitido ou de permanecer no emprego¹¹⁴.

O Direito do Trabalho, regulando o contrato de emprego, pretende contrabalancear a hipossuficiência do empregado e evitar, dessa forma, que os seus direitos trabalhistas sejam desrespeitados. Trata-se, pois, o contrato de trabalho de um instrumento de proteção da relação empregatícia.

A CLT, em seu art. 442, *caput*, conceitua o contrato individual de trabalho como “o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego”¹¹⁵. Esta definição, além de incompleta, na medida em que não revela as características do contrato, estabelece uma relação incorreta entre a relação jurídica de emprego e o contrato de emprego. Como já foi visto no início deste capítulo, segundo a doutrina contratualista, atualmente majoritária, a relação de

¹¹² DELGADO, *op. cit.*, p. 573.

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

¹¹⁴ DELGADO, *op. cit.*, p. 574.

¹¹⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

emprego e o contrato de emprego não se confundem: em verdade, a relação nasce do contrato, sendo, portanto, uma relação jurídica contratual.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a redação do referido artigo celetista resultou de um acordo teórico entre os doutrinadores contratualistas e anticontratualistas, já que destacou, ao mesmo tempo e sem maiores diferenciações, tanto a noção de relação de emprego quanto a noção de contrato de emprego, em claro prejuízo à melhor técnica jurídica¹¹⁶.

Por essas razões, prevalece, no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito doutrinário de contrato de trabalho, extraído, por sua vez, dos arts. 2º e 3º da CLT, que, ao definirem as noções de empregador e empregado, traçam os elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam prestação por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Assim, para Mauricio Godinho Delgado, o contrato de trabalho é 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 serviços” ou, ainda, “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”¹¹⁷.

Para José Augusto Rodrigues Pinto, por sua vez, o contrato individual de emprego é “o ajuste tácito ou expresso que faculta ao empregador utilizar a energia pessoal e permanente de empregado, mediante subordinação e retribuição, para a realização dos fins de sua empresa”.¹¹⁸

Já José Cairo Júnior define o contrato de trabalho como “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”¹¹⁹.

Alice Monteiro de Barros propõe um conceito que vai além dos mencionados. Para a autora, o contrato de trabalho é “o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica”¹²⁰.

¹¹⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 575.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ PINTO, *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁹ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. 1176 p.

¹²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. 904 p., p. 157.

O contrato de trabalho é, portanto, o acordo expresso ou tácito do qual deriva a relação de emprego e que tem por características a subordinação do empregado, sendo este pessoa física, a não-eventualidade, a onerosidade e a pessoalidade. Observe-se que a existência de uma pessoa com deficiência em um dos polos da relação contratual trabalhista não interfere em nenhuma destas características, portanto, o conceito de contrato de trabalho não se modifica quando se trata de empregado com deficiência.

3.3 CARACTERÍSTICAS

Como dito no tópico anterior, o conceito doutrinário de contrato de trabalho, que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro em detrimento do conceito legal, é extraído dos arts. 2º e 3º da CLT, que, ao definirem as noções de empregador e empregado, traçam também os elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam prestação por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, permanência ou não eventualidade e subordinação. Ausente um destes elementos, afasta-se a condição de empregador ou empregado e, conseqüentemente, a relação de emprego, razão pela qual são também chamados de elementos essenciais do contrato de emprego.

Com efeito, o art. 2º, *caput*, da CLT considera empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”¹²¹. Da redação deste artigo, depreende-se como características da relação de emprego a onerosidade e a subordinação, uma vez que o empregador assalaria e dirige a prestação de serviços pelo empregado, e, ainda, a pessoalidade, visto que essa prestação de serviços é pessoal.

Já o art. 3º, *caput*, da CLT define como empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”¹²². Além das características da subordinação e da onerosidade, presentes na segunda parte do art. 3º, *caput*, da CLT, este dispositivo faz referência à natureza de pessoa física do empregado e à não eventualidade do vínculo empregatício.

Cumprе ressaltar que, além destes elementos, considerados essenciais, existem outros que, embora prescindíveis para a caracterização da relação de emprego, induzem à constatação da sua existência. São os chamados elementos acidentais ou facultativos.

¹²¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹²² *Ibidem*.

A permanência ou não eventualidade, um dos elementos essenciais para a caracterização do vínculo empregatício, não implica, como será visto adiante, a prestação de atividade diária, bastando que seja regular, habitual, constante e reiterada. Assim, existem inúmeras atividades empresariais em que a necessidade de utilização da energia do empregado é intermitente ou descontínua, a despeito de ser permanente. Todavia, uma vez constatada a continuidade, isto é, a prestação da atividade laboral sem interrupções (salvo o repouso semanal remunerado), está também constatada, por consequência lógica, a permanência. A continuidade é a permanência absoluta¹²³.

O mesmo acontece com o elemento da subordinação, que não implica a existência de um único vínculo de emprego. O Direito do Trabalho não exige que o empregado fique à disposição de um único patrão. Ao contrário, tolera, sem nenhuma restrição de ordem jurídica, sua pluralidade, desde que o empregado disponha de tempo suficiente para atender a todos. Todavia, a exclusividade, isto é, a prestação de serviços a um único empregador, é elemento accidental ou facultativo que induz à subordinação, pois se trata de característica afeita à relação de emprego, mas não às relações de trabalho *lato sensu*¹²⁴.

Feitas estas considerações gerais, parte-se à análise pormenorizada dos elementos caracterizadores da relação de emprego.

3.3.1 Trabalho por pessoa física

Empregado é, nos termos do art. 3º, *caput*, da CLT, a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a um empregador, sob a dependência deste e mediante salário. A prestação de serviços tutelada pelo Direito do Trabalho é, portanto, aquela pactuada por uma pessoa física ou natural.

Isto decorre do fato de que somente a pessoa física é capaz de realizar trabalho humano. Com efeito, a palavra “trabalho” já denota, necessariamente, uma atividade realizada por pessoa natural, ao passo que “serviços” abrange toda obrigação de fazer, seja ela realizada por pessoa física ou jurídica¹²⁵. Além disso, os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, tais como vida, saúde, dignidade humana, meio ambiente equilibrado e lazer, são bens inerentes à pessoa física, não podendo ser usufruídos por uma pessoa jurídica¹²⁶.

¹²³ PINTO, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 123.

¹²⁵ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BELTRAN, Ari Possidonio; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 73. 349 p.

¹²⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 314.

Por essas razões, a pactuação de prestação de serviços por uma pessoa jurídica, sem que se determine uma pessoa física específica como realizadora de tais serviços, não se coaduna à relação jurídica que se forma no âmbito trabalhista, restando afastada, conseqüentemente, a competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114 da CF/88, segundo o qual compete a ela julgar as ações oriundas da relação de trabalho¹²⁷.

O empregador, por sua vez, pode ser pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado.

Aqui, cumpre ressaltar a hipótese do empregador que, com a intenção de fraudar a relação trabalhista e, assim, deixar de arcar com o ônus dela decorrente, exige dos candidatos, como requisito para a admissão, ou dos empregados, caso desejem continuar prestando serviços à empresa, a instituição de uma pessoa jurídica, que será parte no novo contrato de prestação de serviços a ser firmado com aquele empregador. Neste caso, embora o contrato de trabalho seja encoberto por um contrato de prestação de serviços, no qual, muitas vezes, é indeterminada a pessoa física prestadora dos serviços, esta continua a trabalhar no mesmo ambiente, com as mesmas obrigações e subordinada à mesma chefia. Trata-se do fenômeno da “pejotização” (de PJ, sigla utilizada para pessoa jurídica). Por força do art. 9º da CLT e do princípio da primazia da realidade, o suposto contrato de prestação de serviços será declarado nulo e prevalecerá a verdadeira relação de emprego havida entre a pessoa física e o empregador¹²⁸.

Assim, demonstrado, pelo exame do caso concreto, que o serviço é prestado, na verdade, por uma pessoa física específica, estará configurado o primeiro elemento caracterizador da relação de emprego, qual seja a prestação de serviços por pessoa física.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, também conhecida por “Reforma Trabalhista”, que entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo ano, inseriu na CLT o art. 442-B, segundo o qual “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”¹²⁹.

O referido dispositivo, ao criar a figura do trabalhador autônomo exclusivo e contínuo, parece permitir, no ordenamento jurídico brasileiro, o fenômeno da “pejotização”. Todavia, tais elementos – exclusividade e continuidade – nunca foram essenciais à configuração da relação de emprego, mas apenas indicativos dela, conforme foi visto no tópico 3.3. O que é fundamental para a configuração da relação de emprego é a presença dos elementos caracterizadores,

¹²⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹²⁸ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

mencionados em seguida, quais sejam prestação por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, permanência ou não eventualidade e subordinação. Assim, presentes tais elementos, estará configurada a relação de emprego, a despeito do art. 442-B da CLT, como bem defende Homero Batista Mateus da Silva¹³⁰. Trata-se o dispositivo, nas palavras do autor, de mais uma “perda de tempo” da “Reforma Trabalhista”.

3.3.2 Pessoalidade

A pessoalidade consiste em elemento vinculado ao anterior, mas que em relação a ele guarda algumas importantes distinções. O fato de serem os serviços prestados por pessoa física não implica, necessariamente, serem prestados de forma pessoal, elemento que também deverá ser aferido a partir do caso concreto¹³¹.

A pessoalidade significa que o contrato de trabalho é *intuitu personae* ou personalíssimo em relação ao empregado, isto é, que é pactuado em função de suas características pessoais. Segundo Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, “quando o empregador contrata um empregado, conta com aquela certa e determinada pessoa, e não outra, razão pela qual a pessoalidade se mostra como requisito para configuração de uma relação de emprego”¹³². Assim, além de não se admitir que o empregado seja uma pessoa jurídica ou ente despersonalizado, a pessoalidade implica que a prestação de serviços deva ser executada pessoalmente por aquela pessoa física contratada¹³³.

De fato, todas as técnicas de seleção pessoal utilizadas visam a identificar o candidato cujas características pessoais melhor se adequem ao cargo a ser preenchido. A escolha é feita, pois, levando em consideração, por exemplo, a força física, a apresentação, a capacidade de comunicação, a aptidão técnica, as qualificações acadêmicas, a experiência profissional e a juventude ou a maturidade do candidato, de acordo com as necessidades inerentes ao cargo¹³⁴.

O elemento da pessoalidade manifesta-se, ainda, na dificuldade em separar a prestação laboral da pessoa do trabalhador. E é exatamente essa dificuldade, segundo Alice Monteiro de Barros, que provoca a intervenção do Estado no intuito de proteger a liberdade e a personalidade do empregado, através da edição de normas imperativas¹³⁵.

¹³⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: Análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68.

¹³¹ DELGADO, *op. cit.*, p. 315.

¹³² CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 75.

¹³³ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 269.

¹³⁴ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁵ BARROS, *op. cit.*, p. 174.

Duas consequências são diretamente extraíveis do elemento da pessoalidade. A primeira delas é a infungibilidade do vínculo empregatício, isto é, a impossibilidade de substituição do empregado, salvo com o consentimento do empregador, por iniciativa própria ou circunstância alheia a sua vontade, como na hipótese de doença¹³⁶. Também pode haver substituição do empregado nos casos expressamente previstos em lei, tais como férias (arts. 129 e 130 da CLT), licença-maternidade (art. 392 da CLT) e afastamento para cumprimento de mandato sindical (art. 543, §2º, da CLT). Em qualquer caso, o contrato do trabalhador afastado fica suspenso ou interrompido, mas não resta descaracterizado o elemento da pessoalidade, tampouco o vínculo empregatício¹³⁷.

Contrario sensu, a ementa abaixo transcrita revela a impossibilidade de substituição do empregado como condição para a configuração da relação de emprego¹³⁸:

ESTIVA – AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE E NÃO-EVENTUALIDADE – VÍNCULO DE EMPREGO – INEXISTENTE – Constatando-se que o serviço prestado permitia a substituição do trabalhador, a qualquer tempo, por outro e ocorria de modo eventual, resta prejudicado o reconhecimento do vínculo empregatício, por não figurarem presentes na relação os requisitos da pessoalidade e não eventualidade, elencados nos arts. 2º e 3º da CLT. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

A segunda consequência do elemento da pessoalidade é que, na hipótese de substituição, formar-se-á com o substituto uma nova relação jurídica. Sendo este um empregado da empresa e tratando-se de substituição não eventual, fará ele jus às vantagens inerentes ao cargo ocupado, enquanto durar a substituição, conforme redação do art. 450 da CLT¹³⁹ e da Súmula 159, I, do TST¹⁴⁰, *in verbis*:

Art. 450 - Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior.

Súmula nº 159 do TST
SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

¹³⁶ PINTO, *op. cit.*, p. 121.

¹³⁷ DELGADO, *op. cit.*, p. 315-316.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. *Acórdão no Recurso Ordinário 00494-2007-011-16-00-3. Rel. Juiz José Evandro de Souza. Publicado no DEJT. 12.12.2008.* Disponível em: <https://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19534086/199200701916008-ma-00199-2007-019-16-00-8/inteiro-teor-19534087?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 dez. 2017.

¹³⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.* Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 159.* Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-159. Acesso em: 02 dez. 2017.

I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. (ex-Súmula nº 159 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor. (ex-OJ nº 112 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

Por outro lado, tratando-se de trabalhador recrutado externamente para a substituição, formar-se-á com este uma relação de trabalho *lato sensu*, de acordo com o tipo e a duração da substituição, que poderá ser, caso presentes os demais requisitos, uma relação de emprego, constituída por contrato a prazo (art. 443 da CLT) ou por contrato de trabalho temporário (art. 2º da Lei nº 6.019/74).

O elemento da personalidade produz efeitos no momento da configuração do vínculo empregatício, durante o cumprimento do contrato de trabalho e, ainda, quando da sua extinção. Com efeito, sendo personalíssimas as obrigações contraídas pelo empregado através do contrato de trabalho, não se transmite aos herdeiros e sucessores, mas se dissolvem, automaticamente, com a morte do empregado. Ainda, durante o cumprimento do contrato de trabalho, tornando-se temporariamente inviável a prestação pessoal dos serviços pelo empregado, incidem as normas de suspensão e interrupção do contrato, independentemente de substituição¹⁴¹.

Por fim, cumpre ressaltar que a personalidade é elemento que incide apenas em relação à figura do empregado, pois, quanto ao empregador, prevalece no Direito do Trabalho a diretriz da despersonalização da figura do empregador. Consequentemente, na hipótese de sucessão trabalhista, isto é, de alteração subjetiva do contrato no polo empresarial, continuam em vigor as regras contratuais anteriormente convencionadas, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT¹⁴².

Assim, tem-se que o contrato de emprego é *intuitu personae* ou personalíssimo em relação ao empregado, o que implica a prestação pessoal de serviços e a impossibilidade de sua substituição, salvo nas hipóteses legalmente autorizadas.

3.3.3 Onerosidade

Da parte final do conceito legal de empregado, constante do art. 3º da CLT, depreende-se que empregado é aquele que presta serviços ao empregador mediante salário. Ou seja, o empregado presta serviços mediante o pagamento, pelo empregador, de uma contraprestação denominada de salário. O contrato de trabalho é, portanto, um contrato bilateral, sinalagmático

¹⁴¹ DELGADO, *op. cit.*, p. 316.

¹⁴² *Ibidem*.

e oneroso, na medida em que engloba um conjunto de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis, como será visto mais adiante¹⁴³.

Com efeito, a relação empregatícia é uma relação essencialmente econômica, pois é através dela que o sistema econômico moderno garante, com o labor do empregado, importante parcela do processo produtivo e, mediante a sua remuneração, importante parcela do mercado consumidor. Ainda, seria socialmente insustentável admitir-se a gratuidade do contrato de emprego, uma vez que a contraprestação paga pelo empregador é um fator de subsistência do empregado¹⁴⁴. Logo, à força de trabalho por este colocada à disposição do empregador deve corresponder uma retribuição econômica em seu benefício, consubstanciada no salário¹⁴⁵.

Salário, nos termos do art. 457, §1º, da CLT, é a importância fixa estipulada pelas partes, as gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador em função do serviço prestado pelo empregado. Na importância fixa estipulada, compreende-se, além do pagamento em dinheiro, a alimentação, habitação, vestuário e outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, habitualmente fornecer ao empregado, conforme redação do art. 458, primeira parte, da CLT¹⁴⁶.

O salário pode ser estipulado em quantia fixa, considerado um determinado período de tempo (salário por unidade de tempo), ou variável, proporcionalmente a fatores como a venda (salário por unidade de obra), sendo comum o pagamento de salário com parcelas fixas e outras variáveis (forma mista)¹⁴⁷. Em qualquer caso, o salário não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações. Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido (art. 459, *caput* e §1º, da CLT)¹⁴⁸.

Na incomum hipótese de não estipulação quanto ao valor ou à forma de pagamento do salário, dispõe o art. 460 da CLT que “o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”¹⁴⁹.

Cumprе ressaltar, todavia, que o elemento da onerosidade não deve ser aferido somente pelo efetivo pagamento do salário (critério objetivo), mas também pelo *animus* do trabalhador

¹⁴³ DELGADO, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁴ PINTO, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁵ DELGADO, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹⁴⁷ PINTO, *op. cit.*, p. 343-344.

¹⁴⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

em percebê-lo (critério subjetivo)¹⁵⁰. Com efeito, existem algumas situações em que se mostra ausente o critério objetivo da onerosidade, sendo através do critério subjetivo a única forma de aferir-se a existência ou não deste elemento na relação de trabalho. É o caso, por exemplo, das situações de servidão disfarçada e de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso, em que há efetiva prestação de serviços sem contraprestação onerosa pelo tomador¹⁵¹.

Nas palavras de Paulo Eduardo Vieira de Oliveira¹⁵²:

Importante ressaltar que a onerosidade implica o direito de receber remuneração pelo serviço prestado e não no recebimento da remuneração, caso contrário chegaríamos ao absurdo de não entender como sendo empregado aquele trabalhador que durante trinta dias executou as funções da forma que lhe foi determinada pelo patrão, inclusive mediante subordinação, mas não recebeu qualquer pagamento ao final do mês.

Por outro lado, um longo período sem receber salário pode gerar uma presunção *iuris tantum* de não configuração da relação de emprego, tendo em vista que o salário costuma ser a única fonte de subsistência do empregado e, por vezes, de sua família¹⁵³.

Assim, o elemento da onerosidade consiste na legítima pretensão do empregado de receber do empregador uma contraprestação econômica em função dos serviços prestados. Inexistindo essa intenção, não resta configurado o vínculo empregatício.

3.3.4 Permanência ou não eventualidade

Afirma Maurício Godinho Delgado que a noção de permanência ou não eventualidade incide no Direito do Trabalho sob dois vieses. Com efeito, de um lado, tem-se o princípio da continuidade da relação de emprego, segundo o qual o contrato de emprego deve ter a maior duração possível, sendo incentivada a sua duração indefinida, salvo as parcas hipóteses legais de contrato de emprego por prazo determinado. Por outro lado, tem-se a permanência ou não eventualidade como elemento caracterizador da própria relação de emprego¹⁵⁴.

Em qualquer caso, a permanência ou não eventualidade interessa a ambas as partes do contrato de emprego. O empregador, em regra empresário, desenvolve uma atividade marcada pela sucessividade, razão pela qual possui interesse na utilização permanente da energia pessoal do empregado, sendo impossível imaginar, em tais circunstâncias, um contrato de emprego instantâneo, tampouco conciliar a perenidade de fins característica da empresa e a eventualidade

¹⁵⁰ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 270.

¹⁵¹ DELGADO, *op. cit.*, p. 322.

¹⁵² CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵³ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 270.

¹⁵⁴ DELGADO, *op. cit.*, p. 316.

da prestação de serviços¹⁵⁵. Também o empregado possui interesse na permanência ou não eventualidade do contrato de emprego, uma vez que a maior parte dos direitos trabalhistas estão baseados na continuidade dos serviços, bem como na remuneração devida pelo empregador¹⁵⁶.

O elemento da permanência ou não eventualidade, constante do art. 3º, *caput*, da CLT, exige que o empregado preste serviços de forma continuada, frequente, habitual. A lei não exige, contudo, que a prestação de serviços seja diária ou semanal¹⁵⁷. É necessário apenas que os serviços prestados tenham caráter de permanência, ainda que por período determinado ou com intermitência, não se qualificando como fortuito. Dessa forma, a legislação trabalhista não incide sobre o trabalhador eventual, embora possa este ser classificado como subordinado, por se tratar de um “subordinado de curta duração”, apenas ocasionalmente vinculado a tomadores de serviços distintos e ao qual falta o elemento da permanência ou não eventualidade¹⁵⁸.

A partir da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada “Reforma Trabalhista”, que entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo ano, acentuou-se a flexibilidade do conceito de permanência ou não eventualidade, com a inserção da modalidade de contrato de trabalho intermitente, prevista no art. 443, *caput* e §3º, e regulada pelo art. 452-A, ambos da CLT. Trata-se, nos termos da lei, de contrato de trabalho no qual a prestação de serviços não é contínua, mas ocorre com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade realizada pelo empregado e pelo empregador¹⁵⁹.

Com isso, o Direito do Trabalho passa a albergar também aquelas prestações de serviços que, em sistema de escalação suficientemente descontínuo, fogiam ao elemento da permanência ou não eventualidade¹⁶⁰. Em contrapartida, o trabalhador intermitente é submetido a fatores aleatórios e imprevisíveis, quais sejam a quantidade e a periodicidade da prestação de serviços, o que lhe dificulta o comprometimento com outras oportunidades de trabalho que poderiam ser mais vantajosas (embora ele não possa prever a vantagem que auferirá do trabalho intermitente). E mais: por ser o contrato de trabalho intermitente ajustado à base no salário-hora, o trabalhador fica sujeito ao recebimento de salário abaixo do mínimo e precisa recolher ao Regime Geral de

¹⁵⁵ PINTO, *op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁶ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 75.

¹⁵⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 317.

¹⁵⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹⁶⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 73.

Previdência Social a diferença entre o que recebe mensalmente e o valor do salário mínimo para perceber os benefícios previdenciários, nos termos do art. 911-A, §§ 1º e 2º, da CLT¹⁶¹.

Cumprе ressaltar, no entanto, que a permanência ou não eventualidade não é medida apenas pelo tempo em que o empregado presta serviços ou fica à disposição do empregador, mas pela relação que mantém com o processo produtivo da empresa. Segundo a teoria dos fins do empreendimento, atualmente majoritária na doutrina e também na jurisprudência brasileira, é eventual o trabalhador contratado para prestar serviços que não se enquadram entre aqueles permanentemente desenvolvidos pela empresa¹⁶².

Nas palavras de José Cairo Júnior¹⁶³:

O empresário desenvolve uma atividade que tem como finalidade a obtenção de lucro. Tais atividades, além de essenciais ou necessárias, são de natureza permanente. Em determinadas ocasiões, contudo, a empresa precisa desenvolver uma atividade temporária, que não é considerada como atividade-fim ou atividade-meio. Quando o trabalhador é contratado para prestar serviços que não se enquadram entre aqueles permanentemente desenvolvidos pela empresa, ele será denominado de trabalhador eventual.

A teoria dos fins do empreendimento, também chamada de teoria dos fins da empresa, foi, inclusive, adotada pela legislação previdenciária, conforme se depreende da redação do art. 9º, §4º do Decreto nº 3.048/1999, *in verbis*: “Entende-se por serviço prestado em caráter não eventual aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa”¹⁶⁴.

Portanto, é empregado o trabalhador que prestar serviços de forma habitual, ainda que intermitentemente, desde que vinculados às atividades e necessidades fins do empreendimento empresarial. Assim, por exemplo, o garçom que trabalha apenas um ou dois dias por semana também preenche o requisito da permanência ou não eventualidade, na medida em que, embora intermitentemente, os serviços são prestados de forma habitual e possuem relação com a atividade-fim da empresa.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região¹⁶⁵:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – NÃO-EVENTUALIDADE – GARÇOM E BARMAN QUE TRABALHAM EM FINAIS DE SEMANA – O requisito da não-eventualidade, caracterizador da relação de emprego, deve ser aferido a

¹⁶¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Trabalhador intermitente, desempregado permanente*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/trabalhador-intermitente-desempregado-permanente>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁶² CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 270.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 04 dez. 2017.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Acórdão no Recurso Ordinário 01252-2008-007-05-00-9. Rel. Cláudio Brandão. Publicado no DEJT. 09.12.2009*. Disponível em: <https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7450196/recurso-ordinario-record-1252005520085050007-ba-0125200-5520085050007-trt-5/inteiro-teor-13095356>. Acesso em: 04 dez. 2017.

partir da necessidade permanente do trabalho executado em função da atividade econômica do empreendimento. Portanto, não importa se o trabalho ocorre apenas nos finais de semana e feriados, pois não se trata de continuidade.

A Lei nº 13.467/17 (“Reforma Trabalhista”), ao alterar a redação do art. 4º-A da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, pôs em xeque a teoria dos fins do empreendimento, uma vez que igualou, para fins de terceirização, as atividades-fim e as atividades-meio.

Tradicionalmente, o fenômeno da terceirização sempre foi visto como o instituto através do qual se permitia a transferência a terceiro, pelo empresário, de atividades reconhecidamente secundárias, acessórias ou de suporte ao empreendimento, de forma a permitir que a empresa concentrasse todos os seus esforços e a sua atenção naquelas atividades centrais ou principais constantes do seu objeto social¹⁶⁶. Com o advento do referido diploma legal, permitiu-se a terceirização de quaisquer atividades, inclusive daquelas consideradas centrais ou principais, de modo que a natureza da atividade desempenhada pelo trabalhador – atividade-meio ou fim – não se mostra mais apta a diferenciar o trabalhador eventual do empregado.

Uma saída seria prestigiar, em detrimento da teoria dos fins do empreendimento, a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços, segundo a qual “eventual é o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa a uma fonte de trabalho”¹⁶⁷. Com isso, o fato de um determinado trabalhador prestar serviços para um único tomador implicaria ser ele um empregado, todavia, como foi visto no início deste capítulo, a lei não exige a exclusividade para a configuração da relação de emprego, tratando-se de mero indicativo. Dada a recenticidade da alteração, ainda não se sabe qual será a reação doutrinária, tampouco jurisprudencial, sobre o tema.

Também no início deste capítulo foi visto que a continuidade da prestação de serviços faz presumir a existência do elemento da permanência ou não eventualidade. Trata-se de presunção relativa, cabendo à empresa demonstrar que os serviços prestados pelo trabalhador eram de caráter eventual, se for o caso.

Por fim, registre-se que, em algumas situações, a própria lei afasta, expressamente, a existência da relação de emprego, apesar da presença do elemento da permanência ou não eventualidade. É o caso da pessoa contratada para trabalhar em campanha eleitoral, conforme art. 100 da Lei nº 9.504/1997, *in verbis*: “A contratação de pessoal para prestação de serviços

¹⁶⁶ MARTINEZ, Luciano. *A terceirização na Reforma Trabalhista de 2017 (The Outsourcing in the Brazilian Labor Reform of 2017)*. In: D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. (Org.). *Direito do Trabalho, Direito Penal do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e a Reforma Trabalhista: Edição comemorativa dos 10 anos do IPEATRA*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

¹⁶⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1031.

nas campanhas eleitorais não gera vínculo empregatício com o candidato ou partido contratantes, aplicando-se à pessoa física contratada o disposto na alínea h do inciso V do art. 12 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991¹⁶⁸.

3.3.5 Subordinação

Não obstante a caracterização da relação de emprego resulte da junção dos cinco elementos ora referenciados, quais sejam trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, permanência ou não eventualidade e subordinação, é este último elemento o de maior destaque. Isto porque, assim como foi fundamental ao distinguir a ascendente relação de emprego das tradicionais formas de trabalho até então hegemônicas na história socioeconômica ocidental, quais sejam servidão e escravidão, a subordinação é também o principal fator de distinção entre a relação de emprego e a segunda mais importante forma de trabalho contemporânea: o trabalho autônomo¹⁶⁹.

Com efeito, a prestação de serviços pelo trabalhador autônomo, assim como o trabalho subordinado, pode se apresentar, no plano fático, como realizada por pessoa física, de forma onerosa, não-eventual e pessoal, mas, uma vez ausente o elemento da subordinação, não será considerada uma relação de emprego¹⁷⁰.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a subordinação consiste “na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”¹⁷¹. Para Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, por sua vez, consiste “na integração do trabalhador na organização da empresa, mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o trabalhador submete sua atividade ao poder diretivo do empregado”¹⁷².

Observe-se, da análise dos conceitos apresentados, que a subordinação não diz respeito ao estado de sujeição do empregado em relação ao empregador, mas sim à forma pela qual o trabalho deve ser realizado¹⁷³. Assim, se o empregado exerce suas funções sob o comando do empregador, isto é, se a execução da sua atividade é constantemente dirigida pelo empregador, e não apenas quanto ao resultado obtido, tem-se presente o elemento da subordinação, que se

¹⁶⁸ BRASIL. *Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 04 dez. 2017.

¹⁶⁹ DELGADO, *op. cit.*, p. 324.

¹⁷⁰ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 273.

¹⁷¹ DELGADO, *op. cit.*, p. 325.

¹⁷² CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷³ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 273.

depreende, objetivamente, do cumprimento de ordens gerais ou específicas, diretas ou indiretas, bem como pela aplicação de punições (advertência verbal ou escrita, suspensão e despedida por justa causa) ao empregado pelas faltas cometidas¹⁷⁴.

Alice Monteiro de Barros defende, ainda, que esse poder de direção do empregador não precisa ser exercido constantemente, especialmente em relação às atividades intelectuais, de difícil fiscalização, mas basta que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado¹⁷⁵.

A subordinação divide-se, pois, em pessoal, quando o empregado está sujeito a controle de horário e às ordens do empregador; técnica, quando o empregador dirige especificamente a execução dos serviços; e econômica, quando o orçamento familiar e o patrimônio do empregado são constituídos basicamente do salário que recebe do empregador¹⁷⁶.

No entanto, como qualquer fenômeno jurídico, a subordinação tem passado por ajustes e adequações, em decorrência das transformações na realidade fática e também na ciência do direito. Atualmente, não se pode mais compreender a subordinação como mera consequência do exercício efetivo e direto do poder de comando do empregador sobre a relação de emprego – a chamada subordinação clássica –, sob pena de faltarem destinatários ao Direito do Trabalho, pois as alterações promovidas no sistema produtivo tendem a eliminar a tradicional hierarquia de cargos e funções¹⁷⁷.

Diante disso, emergiram as chamadas dimensões da subordinação: clássica, objetiva e estrutural. A dimensão clássica, como já foi visto, é “a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pelo qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa”¹⁷⁸. Objetiva, por sua vez, “é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços”¹⁷⁹. Já a subordinação estrutural é aquela que se manifesta através da inserção do empregado na organização da empresa, o que, por si só, lhe revelaria as suas funções e respectivas tarefas, sem necessidade de ordens diretas dos superiores hierárquicos¹⁸⁰.

A conjugação dessas três dimensões – clássica, objetiva e estrutural – da subordinação, que não se excluem, permite a superação das dificuldades de enquadramento dos novos tipos

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ BARROS, *op. cit.*, p. 176.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 177.

¹⁷⁷ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 274.

¹⁷⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 327.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 328.

¹⁸⁰ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 275.

de relação de trabalho ao tipo da relação de emprego, assim como demonstra a capacidade de adaptação do Direito do Trabalho à realidade da sociedade capitalista.

Quanto à natureza do elemento da subordinação, exclui-se de logo a natureza técnica e a natureza econômica, tendo em vista a possibilidade, em tese, de o empregado possuir melhor qualificação técnica ou maior capacidade financeira em relação ao empregador. Trata-se, pois, a subordinação de fenômeno jurídico, derivado do contrato de trabalho, por meio do qual o empregado despe-se da liberdade na execução dos serviços e transfere para o empregador a propriedade do resultado¹⁸¹.

O próprio art. 6º, parágrafo único, da CLT corrobora para a tese da natureza jurídica da subordinação, na medida em que dispõe: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”¹⁸².

Portanto, a subordinação jurídica, seja na sua dimensão clássica, objetiva ou estrutural, é o principal elemento caracterizador do contrato de emprego e consiste no acolhimento, pelo empregado, do poder de direção do empregador, expresso ou implícito nos fins ou na estrutura da empresa, no que toca ao modo de realização da prestação de serviços.

Todo o entendimento a respeito da subordinação jurídica foi confrontado pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada “Reforma Trabalhista”, que entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo ano, ao regular o trabalho intermitente¹⁸³, como foi visto no tópico anterior. Nos termos do art. 452-A, §2º, da CLT, recebida a convocação para prestar serviços, o trabalhador intermitente terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a sua recusa (alteração prazal feita pela Medida Provisória nº 808, de 2017)¹⁸⁴. É possível, portanto, que o empregado decida acerca de quantas e quais atividades desempenhará, de acordo com as convocações feitas pelo empregador, sem que isso afete o elemento da subordinação jurídica, conforme previsão expressa do §3º do mesmo dispositivo.

Com isso, permite-se, pelo menos em tese, que o trabalhador intermitente disponha de flexibilidade temporal para prestar outros serviços e complementar a sua renda, sem prejuízo do vínculo empregatício intermitente. Por óbvio, o trabalhador teme reiteradamente recusar o

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 274.

¹⁸² BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹⁸³ SILVA, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

chamado em função de outros serviços em que é prestigiado mais frequentemente, pois pode deixar de ser chamado ou, ainda, ser tratado com mais rigor que os demais¹⁸⁵.

Trata-se, portanto, o contrato de trabalho intermitente de mais uma demonstração dos ajustes e adequações pelos quais tem passado o conceito de subordinação jurídica, dadas as transformações na realidade fática e também na ciência do direito, ora em benefício, ora em prejuízo do trabalhador, como também demonstrado no tópico anterior.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

O contrato de emprego submete-se à mesma classificação dos contratos em geral, com as suas especificidades. Assim, tem-se como primeiro traço do contrato de emprego o fato de se tratar de um contrato típico. Um contrato é assim classificado quando as normas atinentes à sua constituição e validade são previstas em lei. Com efeito, a própria Consolidação das Leis do Trabalho disciplina o contrato de emprego, além de outras leis esparsas, tais como a Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, que dispõe especificamente sobre o contrato de trabalho doméstico¹⁸⁶. O contrato de emprego é também, portanto, um contrato nominado, conforme possui denominação legal específica¹⁸⁷.

A segunda classificação diz respeito ao âmbito jurídico do contrato de emprego. Este é um contrato de direito privado, dada a natureza essencialmente privada dos sujeitos pactuantes (mesmo o Estado, no contrato de emprego, atua como particular), dos interesses envolvidos e de sua relação jurídica central, que é a relação de emprego¹⁸⁸.

Trata-se, ainda, de um contrato consensual, uma vez que depende apenas, via de regra, da manifestação das partes interessadas para que seja considerado válido. Esta manifestação, segundo o art. 442, *caput*, da CLT, não precisa ser expressa, daí porque o contrato de emprego é um contrato não-solene, ou seja, que não exige forma específica para a validade da celebração. Apenas excepcionalmente, a lei exige a pactuação formal do contrato de emprego, por exemplo, nos contratos de aprendizagem, de atleta profissional e de artista profissional¹⁸⁹.

¹⁸⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸⁶ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 220.

¹⁸⁷ PINTO, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 577.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

Quanto às obrigações assumidas pelas partes contratantes, o contrato de emprego é um contrato bilateral, sinalagmático, oneroso e comutativo, pois gera para as duas partes obrigações recíprocas, de fazer, de não fazer e de pagar, consubstanciadas em prestações equitativas¹⁹⁰.

As referidas obrigações não se extinguem em um único ato, tal qual acontece com um contrato de compra e venda à vista, de execução instantânea, mas se repetem ao longo do tempo, daí porque o contrato de trabalho é classificado como um contrato de execução continuada ou de trato sucessivo. Assim, por exemplo, a obrigação de pagar salário do empregador e a obrigação de prestar serviços do empregado são renovadas periódica e continuamente, até que sobrevenha a extinção do pacto¹⁹¹.

É, ainda, um contrato de atividade, pois tem como uma de suas prestações principais uma obrigação de fazer, consubstanciada no labor humano. Sob a ótica do empregado, esta obrigação de fazer é a sua principal prestação e, do ponto de vista do empregador, é a própria causa da contratação¹⁹². Além disso, tem-se que o poder de direção do empregador é exercido sobre a prestação de serviços do empregado e não sobre o resultado¹⁹³.

Como já foi visto quando da análise das características do contrato de emprego, este é também um contrato *intuitu personae* ou personalíssimo em relação ao empregado, uma vez que pressupõe uma prestação pessoal de serviços, fundada na relação de confiança entre as partes. Na contratação, o empregador leva em consideração as características pessoais do empregado, razão pela qual este não pode se fazer substituir por um terceiro, salvo nas hipóteses em que a própria lei autoriza a substituição¹⁹⁴.

Excepcionalmente, a doutrina admite o caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho também em relação ao empregador. É o caso do empregado que exerce a função de jornalista e trabalha em uma empresa cuja orientação ideológica sofreu uma mudança radical¹⁹⁵. Observe-se que o caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho não se confunde com a característica de personalidade. O contrato de trabalho pode ser classificado como *intuitu personae* também em relação ao empregador, porém a característica de personalidade diz respeito apenas ao empregado. Assim, no exemplo citado, a simples alteração empresarial não descaracteriza, de plano, o contrato de trabalho, a não ser que o empregado opte por não continuar trabalhando.

¹⁹⁰ PINTO, *op. cit.*, p. 196.

¹⁹¹ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 220.

¹⁹² DELGADO, *op. cit.*, p. 578.

¹⁹³ MARTINS, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹⁴ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁵ BARROS, *op. cit.*, p. 159.

Trata-se, ainda, de um contrato dotado de alteridade, ou seja, que corre por conta alheia ao prestador. Segundo Maurício Godinho Delgado, “O risco inerente à prestação de serviços e a seu resultado, além dos riscos do próprio empreendimento empresarial, todos são estranhos à figura do prestador (o obreiro, portanto), recaindo sobre o adquirente de tais serviços”¹⁹⁶.

Por fim, tem-se o contrato de emprego como um contrato principal, visto que existe por si mesmo, e não em dependência de outro, e complexo, pois pode vir acompanhado de contratos acessórios, tais como o depósito, o mandato, o comodato e a locação¹⁹⁷.

Portanto, o contrato de emprego é um contrato típico, nominado, de direito privado, não-solene, bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, de execução continuada, de atividade, *intuitu personae* ou personalíssimo, dotado de alteridade, principal e complexo.

3.5 REQUISITOS DE VALIDADE

Também os requisitos de validade do contrato de emprego são aqueles enunciados pelo Direito Civil, dada a sua natureza de negócio jurídico. Obviamente, tais requisitos sofrem as adequações necessárias ao ramo jurídico do Direito do Trabalho. São eles a capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC), além da higidez na manifestação da vontade¹⁹⁸.

3.5.1 Agente capaz

Para que um contrato de trabalho seja válido, é necessário que os pretensos contratantes manifestem validamente as suas vontades, o que só é possível se possuírem capacidade¹⁹⁹.

Como visto no capítulo anterior, a capacidade é dividida em capacidade de direito (ou de gozo ou de aquisição) e capacidade de fato (ou de exercício ou de ação). A capacidade de direito, isto é, a capacidade para ser titular de direitos, confunde-se com a própria personalidade jurídica, que é reconhecida a todo ser humano nascido com vida, conforme se depreende dos arts. 1º e 2º do Código Civil²⁰⁰:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

¹⁹⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 580.

¹⁹⁷ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 582.

¹⁹⁹ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 226.

²⁰⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Já a capacidade de fato consiste na aptidão para exercer, pessoalmente, os direitos e as obrigações decorrentes da capacidade de direito. Diferentemente desta, a capacidade de fato pode sofrer uma série de limitações legais ou judiciais em função de fatores como a idade, a saúde e o desenvolvimento mental e intelectual do ser humano²⁰¹ (lembre-se que, embora não seja mais considerada incapaz, remanesce hipótese extraordinária de curatela da pessoa com deficiência, conforme exposto no tópico 2.4.2).

Com efeito, segundo o art. 3º do Código Civil, os menores de 16 (dezesesseis) anos são absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil e devem ser representados por um tutor ou curador, sob pena de nulidade do ato (art. 166, I, do CC). Por sua vez, são considerados relativamente incapazes, segundo o art. 4º do mesmo diploma legal, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, além dos pródigos, devendo ser assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade do ato (art. 171, I, do CC), salvo algumas situações em que se lhes permite atuar sozinhos²⁰².

No Direito do Trabalho, as regras do Código Civil são aplicadas apenas supletivamente, pois existe a chamada capacidade trabalhista, que diz respeito especificamente à aptidão para o exercício de atos da vida laborativa e encontra limites na idade do empregado²⁰³. O art. 7º, XXXIII, da CF²⁰⁴ c/c art. 402 da CLT²⁰⁵ considera menor o trabalhador que possui entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos de idade, sendo proibido o trabalho ao menor de 16 (dezesesseis), salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (catorze) anos (art. 403 da CLT). Entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade, o trabalhador é considerado relativamente incapaz e pode celebrar um contrato de trabalho válido, desde que assistido por seus representantes legais, sendo presumida a assistência quando estes autorizam a expedição da CTPS do menor²⁰⁶.

Esclareça-se que a hipótese de emancipação do menor de 18 (dezoito) anos que tenha economia própria em razão de estabelecimento civil ou comercial ou contrato de emprego,

²⁰¹ LORENTZ, *op. cit.*, p. 176.

²⁰² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁰³ DELGADO, *op. cit.*, p. 582.

²⁰⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁰⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁰⁶ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 226.

prevista no art. 5º, parágrafo único, V, do Código Civil, não se aplica ao Direito do Trabalho, diante da existência de normas próprias para a tutela do menor empregado²⁰⁷.

Sendo relativa a incapacidade trabalhista, ainda assim poderá o trabalhador menor praticar, sem a assistência de seu representante legal, alguns atos da vida laborativa, tais como assinar recibos de pagamentos contratuais, conforme autoriza o art. 439 da CLT²⁰⁸. Embora o referido dispositivo fale em “recibo pelo pagamento dos salários”, não se trata de referência taxativa, pois, sendo o salário a verba mais importante no contrato de trabalho, a autorização para o seu recebimento deve estender-se às demais verbas trabalhistas²⁰⁹.

Por outro lado, existem alguns atos da vida laborativa vedados ao trabalhador menor, ainda que devidamente assistido, em razão da proteção a ele dispensada. É o caso, por exemplo, da prestação de serviços em período noturno ou em circunstâncias perigosas ou insalubres, conforme preleciona o art. 7º, XXXIII, da CF²¹⁰.

Observe-se que a capacidade trabalhista, pautada na idade do trabalhador, não possui relações com o seu desenvolvimento mental e intelectual, de modo que a pessoa com deficiência se encontra apta ao trabalho, desde que haja compatibilidade ou possibilidade de adaptação entre a deficiência e a função a ser exercida.

Quanto à capacidade do empregador, diante da omissão legislativa, deve-se observar as regras gerais do Direito Civil, aqui incluído o art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, que trata da cessação da menoridade.

Por fim, frise-se que a capacidade das partes não se confunde com a legitimação, que vem a ser uma qualificação daquela, consistente na necessidade de autorização legal para a prática de certos atos²¹¹. Trata-se, pois, a legitimação da habilitação legal para o exercício de certas profissões.

3.5.2 Objeto lícito

Dispõem os arts. 104, II, e 166, I, ambos do Código Civil, que a validade do negócio jurídico pressupõe, dentre outros requisitos, a licitude do objeto²¹².

²⁰⁷ MARTINS, *op. cit.*, p. 182.

²⁰⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁰⁹ DELGADO, *op. cit.*, p. 583.

²¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

²¹¹ PINTO, *op. cit.*, p. 201.

²¹² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

Segundo os civilistas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o objeto será válido quando estiver “dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo *direito* e pela *moral*”²¹³.

Como negócio jurídico, o contrato de trabalho também pressupõe a licitude do objeto para que seja válido. Neste caso, a licitude do objeto diz respeito especificamente à natureza dos serviços prestados, que deve ser permitida pelo ordenamento jurídico, além de afeita à moral e aos bons costumes sociais. Em outras palavras, “o objeto do contrato de trabalho, ou mais precisamente, das obrigações dele decorrentes, não pode contrariar a lei, a moral e os bons costumes”²¹⁴.

Neste passo, é ilícito o trabalho prestado, por exemplo, em benefício do jogo do bicho, dada a proibição constante do art. 58 da Lei de Contravenções Penais, *in verbis*: “Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis”²¹⁵. O Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, já se manifestou a respeito²¹⁶:

OJ-SDI1-199 JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) – DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

Observe-se que a licitude do objeto do contrato de trabalho deve ser aferida a partir da qualidade dos serviços prestados, ou seja, a partir do modo de execução dos serviços, e não a partir do meio ambiente laboral²¹⁷. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros, para a validade do contrato de trabalho, “é necessário que o objeto do contrato seja lícito (art. 104 do Código Civil de 2002), pouco importando a licitude ou ilicitude do empreendimento”²¹⁸. Assim, o empregado que trabalha em uma casa de prostituição, nesta condição, não pode ter reconhecido o vínculo de emprego, uma vez que tal atividade é considerada contrária à moral e aos bons costumes sociais, mas o empregado que trabalha, por exemplo, na cozinha do estabelecimento

²¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 388.

²¹⁴ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 230.

²¹⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm. Acesso em: 11 dez. 2017.

²¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação jurisprudencial n° 199 da Sessão de Dissídios Individuais I*. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=1&idarea=1&idmodelo=23488>. Acesso em: 11 dez. 2017.

²¹⁷ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 49.

²¹⁸ BARROS, *op. cit.*, p. 164.

deve ser assim reconhecido, pois as suas atividades, por si sós, não contrariam a lei, a moral ou os bons costumes²¹⁹.

Também deve ser reconhecido o vínculo de emprego do empregado que desconhece, comprovadamente, o fim ilícito a que prestava serviços²²⁰.

A ilicitude do objeto do contrato de trabalho não se confunde com a sua irregularidade. Com efeito, ilícito é o trabalho que se enquadra em um tipo penal ou que para ele concorre diretamente, enquanto irregular é o trabalho realizado em desrespeito a uma norma imperativa proibitiva. Exemplo de trabalho irregular ou proibido é aquele executado por trabalhador menor em período noturno ou em ambiente perigoso ou insalubre. Em alguns casos, todavia, o trabalho irregular pode configurar também um ilícito penal, como é o caso do exercício irregular da medicina, previsto no art. 282 do Código Penal²²¹.

Ao contrário da disciplina voltada ao contrato de trabalho ilícito, considerado nulo, o ordenamento jurídico brasileiro tende a conferir efeitos plenos ao contrato de trabalho irregular ou proibido, em benefício do empregado, desde que o seu objeto não configure, ao mesmo tempo, um ilícito penal, sem prejuízo das medidas destinadas à repressão dessa modalidade de trabalho, bem como à correção do vício constatado²²².

Cumprе ressaltar que a possibilidade física do objeto do contrato de trabalho não tem importância em relação à sua validade, pois se trata de contrato que somente se considera perfeitamente formado no momento em que começa a prestação de serviços (teoria do contrato-realidade), o que não acontece se o objeto for fisicamente impossível²²³.

Assim, conclui-se que o objeto do contrato de trabalho, isto é, os serviços prestados ao empregador pelo empregado, deve ser permitido pelo ordenamento jurídico, além de afeito à moral e aos bons costumes sociais.

3.5.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

Forma, segundo Maurício Godinho Delgado, é “a instrumentalização mediante a qual um ato jurídico transparece”²²⁴.

²¹⁹ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 230.

²²⁰ DELGADO, *op. cit.*, p. 586.

²²¹ *Ibidem*.

²²² CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 49.

²²³ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 230.

²²⁴ DELGADO, *op. cit.*, p. 587.

No Direito Civil, a regra é que não se exige forma específica para a validade dos atos jurídicos, conforme se depreende do art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”²²⁵.

A mesma regra vige no Direito do Trabalho, pois, segundo o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato individual de trabalho pode ser celebrado tacitamente²²⁶. Com efeito, quando o empregador não se opõe à prestação de serviços pelo empregado e, ainda, remunera-lhe, revela-se, tacitamente, a concordância de ambas as partes com a pactuação do contrato de trabalho²²⁷. Trata-se, portanto, como foi visto anteriormente, de contrato consensual ou não-solene, ou seja, cuja validade independe de qualquer formalidade, mas apenas do ajuste de vontades²²⁸.

Do caráter informal do contrato de trabalho decorre o fato de que a sua existência pode ser comprovada por qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive os indícios e as presunções²²⁹. Todavia, em algumas hipóteses, a lei exige forma escrita ou outras formalidades para a comprovação da existência do contrato de trabalho ou até para a sua validade. O contrato de artistas (art. 9º da Lei nº 6.533/1978), o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT) e o contrato de trabalho temporário (art. 11 da Lei nº 6.019/1974) são exemplos que reclamam a forma escrita²³⁰, além do contrato de trabalho intermitente (art. 452-A da CLT).

Ainda, mesmo nas modalidades de contrato de trabalho consensual ou não-solene, há cláusulas restritivas que somente prevalecem se pactuadas com certa solenidade. É o caso, por exemplo, da compensação de jornada de trabalho, que, segundo a Súmula 85, I, do TST, deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva²³¹.

Nas hipóteses em que em que a lei exige forma específica para a celebração do contrato de trabalho, para a pactuação de uma certa cláusula ou qualquer outro ato jurídico trabalhista, a validade estará condicionada à obediência da forma²³², sem prejuízo da produção de alguns efeitos em benefício do trabalhador, de acordo com as peculiaridades da teoria trabalhista de nulidades, que será abordada no tópico 3.5.5.

²²⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

²²⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

²²⁷ MARTINS, *op. cit.*, p. 190.

²²⁸ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 231.

²²⁹ DELGADO, *op. cit.*, p. 587.

²³⁰ MARTINS, *op. cit.*, p. 190.

²³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 85*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acesso em: 12 dez. 2017.

²³² PINTO, *op. cit.*, p. 207.

Não é o caso da pessoa com deficiência, para cujo contrato de emprego não se exige forma específica. Todavia, em alguns casos, como na constância de um termo de apoio e compromisso, a forma escrita será recomendável, como será visto em momento oportuno.

3.5.4 Vontade livre e desembaraçada

Além dos requisitos de validade listados no art. 104 do Código Civil, quais sejam a capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei, parte da doutrina defende como requisito de validade do contrato de trabalho a higidez da manifestação de vontade, isto é, a livre e regular manifestação de vontade, sem vícios de consentimento, pelas partes contratuais²³³.

Os vícios de consentimento consistem em erro, dolo, coação, simulação e fraude, não sendo assim consideradas, no Direito do Trabalho, as pressões decorrentes das necessidades econômicas do empregado²³⁴. De tais vícios podem ser vítimas quaisquer empregados, com ou sem deficiência, mas o empregado com deficiência que se vale da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho ostenta menor risco de ser prejudicado.

A aferição da vontade livre e desembaraçada no Direito do Trabalho é menos relevante, em decorrência de três fatores. Em primeiro lugar, tem-se o fato de que o contrato de trabalho se aproxima de um contrato de adesão, para o qual a vontade do empregado pouco contribui, senão no momento da própria adesão, cabendo, na maioria das vezes, apenas ao empregador a definição das cláusulas do contrato. Em segundo lugar, tem-se que o próprio Direito do Trabalho, já levando em consideração o contingenciamento da vontade do empregado, prevê, em contrapartida, regras voltadas a reequilibrar a relação entre as partes do contrato de trabalho. Em terceiro lugar, aponta-se o fato de que existe, no Direito do Trabalho, solução mais simples do que a anulação do contrato de trabalho por vício de consentimento: a rescisão contratual, que pode se dar por iniciativa de qualquer das partes e independentemente de prova da irregularidade em sua formação²³⁵.

Ainda assim, defende José Augusto Rodrigues Pinto que pouco importa seja a higidez da manifestação de vontade restringida quanto à maioria das condições do contrato. Segundo o autor, o consentimento “se revela na substância do ajuste que, à sua falta, não se aperfeiçoa, e o acompanha até a extinção. Por ser da *substância* da relação, é ele *requisito* e, por seu caráter

²³³ DELGADO, *op. cit.*, p. 588.

²³⁴ BARROS, *op. cit.*, p. 166-167.

²³⁵ DELGADO, *op. cit.*, p. 589.

de indispensabilidade para que ela exista, é *essencial*²³⁶. No mesmo sentido, afirma Cláudio Armando Couce de Menezes que “As limitações encontradas no contrato de emprego e em outros de trabalho *lato sensu*, assim como nos contratos de adesão que com eles se assemelham, não retiram a essencialidade desse elemento”²³⁷.

Outrossim, a despeito da menor importância atribuída à higidez da manifestação de vontade no contrato de trabalho, há situações em que ela pode ganhar relevo. Por exemplo, no contrato de trabalho a termo com prazo longo, cuja ruptura é onerosa à parte denunciante, pode interessar-lhe a anulação do contrato por vício de consentimento, devidamente comprovado²³⁸.

Também cresce a relevância da livre e regular manifestação de vontade a partir da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho o art. 611-A, segundo o qual, nas situações listadas nos respectivos incisos, o conteúdo negociado entre as partes da relação de trabalho deve prevalecer sobre a lei²³⁹.

A livre e regular manifestação de vontade, isto é, a manifestação de vontade sem vícios de consentimento, pelas partes contratuais, é, portanto, um elemento do contrato de trabalho que pode ganhar força como instrumento para a sua própria proteção.

3.5.5. Teoria das nulidades trabalhistas

A invalidade é a consequência de supressão da existência ou dos efeitos jurídicos que se destinava a produzir o ato praticado em desconformidade com uma norma jurídica cogente ou através de manifestação de vontade defeituosa²⁴⁰. Tal consequência pode derivar, portanto, como já se sabe, de vícios originados na capacidade das partes, na licitude do objeto, na forma através do qual o ato é praticado ou na higidez da manifestação de vontade.

Para coibir e sancionar a prática de atos jurídicos viciados, corrigi-los ou extirpá-los, o Direito Civil adotou a chamada teoria das invalidades, que as divide em absolutas e relativas, conforme a gravidade do vício e a importância do interesse a ser resguardado.

Assim, quando a invalidade decorre de vício que viola bens de interesse público, cuja proteção interessa a toda a sociedade, trata-se de invalidade absoluta, hipótese de nulidade do ato jurídico. Conforme dispõem os arts. 166 e seguintes do Código Civil, a sentença declaratória

²³⁶ PINTO, *op. cit.*, p. 208.

²³⁷ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 41.

²³⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 590.

²³⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁴⁰ DELGADO, *op. cit.*, p. 591.

de nulidade opera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage para atingir todos os efeitos do ato jurídico viciado até que as partes da relação jurídica retornem à situação anterior. Por outro lado, quando a invalidade decorre de vício menos grave, que atinge apenas interesses particulares, trata-se de invalidade relativa, hipótese de anulabilidade do ato jurídico, na forma dos arts. 171 e seguintes do Código Civil. Neste caso, não sendo possível ou desejável a convalidação do ato, a sentença que decreta a anulabilidade produz efeitos *ex nunc*, isto é, não retroage, subsistindo todos os desdobramentos decorrentes do ato viciado ocorridos até a data da sentença²⁴¹.

A distinção entre invalidade absoluta e relativa, nos termos acima referidos, importa menos ao Direito do Trabalho, que possui uma teoria própria de invalidades. Segundo a teoria de invalidades trabalhistas, ainda que o ato seja passível de anulação, nos ditames da legislação cível, se ele houver sido praticado com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, será considerado nulo, nos termos do art. 9º²⁴².

Além disso, vigora, no Direito do Trabalho, a máxima do efeito *ex nunc* ou da irretroação da nulidade, segundo a qual apenas a partir da decretação judicial da nulidade é que deverá o ato jurídico ser extirpado do universo jurídico. Assim, o contrato de trabalho nulo produzirá todos os efeitos jurídicos aos quais se destina, até que sobrevenha a decretação de nulidade para inviabilizar a produção de novos efeitos²⁴³.

A particularidade da teoria das invalidades trabalhistas em relação à teoria vigente no Direito Civil resulta da distinção entre os interesses tutelados por cada um dos ramos do direito. No Direito do Trabalho, é impossível a retroação da nulidade decretada, uma vez que a energia despendida pelo empregado em função do contrato de trabalho não pode ser devolvida. Além disso, a retroação da nulidade decretada sem a devolução da energia despendida implicaria a apropriação gratuita dessa energia pelo empregador, que poderia reter ou até exigir os salários já pagos, numa clara situação de desequilíbrio econômico²⁴⁴.

A máxima da irretroação da nulidade decretada guarda relação, ainda, com a relevância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pela Constituição Federal, ao valor-trabalho e aos direitos trabalhistas, na medida em que confere validade ao labor realizado anteriormente à decretação de nulidade e salvaguarda os direitos trabalhistas dele decorrentes, embora negando a continuidade da relação de trabalho nos termos do contrato viciado²⁴⁵.

²⁴¹ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 610.

²⁴² BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁴³ DELGADO, *op. cit.*, p. 592.

²⁴⁴ DELGADO, *op. cit.*, p. 592.

²⁴⁵ *Ibidem*.

A teoria das invalidades trabalhistas, quando aplicável, pode ser de aplicação plena ou restrita. A primeira hipótese ocorre quando o vício se origina na capacidade das partes ou na forma através da qual o contato de trabalho é celebrado. Nestes casos, o contrato viciado será considerado nulo e deverá ser suprimido do universo jurídico, sem prejuízo do reconhecimento dos efeitos trabalhistas verificados até a decretação de nulidade. Por outro lado, a teoria das invalidades trabalhistas é aplicada restritamente quando os bens jurídicos violados não são apenas particulares, mas se aproximam também do interesse público. É o caso, por exemplo, da contratação irregular por ente estatal, em afronta ao art. 37, II, da CF/88, que exige a prévia realização de concurso público. Entende o Tribunal Superior do Trabalho que, neste caso, o contrato de emprego será nulo e que o trabalhador irregularmente contratado terá direito apenas aos salários e depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)²⁴⁶. Nesse sentido, vide a Súmula n° 363 do TST²⁴⁷:

Súmula n° 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Portanto, na hipótese de aplicação restrita da teoria das invalidades trabalhistas, haverá uma ponderação com a teoria clássica do Direito Civil. Em resultado, não serão suprimidos todos os efeitos do contrato viciado nem serão estes reconhecidos *ex nunc*.

Por fim, há hipóteses em que a teoria das invalidades trabalhistas não será aplicada, pois a nulidade verificada afronta um bem jurídico tão relevante que, para a sua própria proteção, não podem ser reconhecidos quaisquer efeitos ao contrato de trabalho viciado, sob pena de incentivar a sua celebração. Na verdade, nestas hipóteses, segundo Maurício Godinho Delgado, "sequer se configura o *valor-trabalho* tutelado pela Constituição – por ser este um valor sempre aferido sob a ótica social"²⁴⁸. É o caso, pois, do trabalho ilícito (aquele que se enquadra em um tipo penal ou que para ele concorre diretamente). Verificada a ilicitude do contrato de trabalho, este será considerado nulo e, nos ditames da teoria clássica do Direito Civil, a decretação da nulidade produzirá efeitos *ex tunc*, salvo quando, comprovadamente, o empregado realizava

²⁴⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 593-594.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 363*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363. Acesso em: 14 dez. 2017.

²⁴⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 595-596.

tarefas desconexas ao trabalho ilícito ou desconhecia o fim ilícito a que prestava serviços, conforme explanado no tópico 3.5.2.

Traçadas as diretrizes básicas para a compreensão do contrato de trabalho, passa-se ao objetivo da presente pesquisa, que é a análise dos reflexos da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho.

4 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE TRABALHO

Tecidos breves comentários a respeito da capacidade civil da pessoa com deficiência e do contrato de trabalho e suas particularidades, resta analisar, finalmente, os reflexos neste produzidos pelo advento da tomada de decisão apoiada, ao que se propõe o presente trabalho, mas não sem antes apresentar, pormenorizadamente, o novo instituto jurídico.

4.1 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Com o objetivo de implementar medidas para dar efetividade aos direitos genericamente previstos pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional em 2008, foi publicada, em 07 de julho de 2015, a Lei nº 13.146 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, com *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias.

Fez o referido Estatuto diversas alterações no sistema jurídico de proteção à pessoa com deficiência, com reflexos em todas as áreas do direito, sendo a principal alteração referente ao sistema jurídico das incapacidades. Nesse sentido, o art. 114 do EPD alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil, excluindo das hipóteses legais de incapacidade absoluta e relativa as pessoas com deficiência mental²⁴⁹, o que representou uma verdadeira mudança de paradigma, conforme já fora visto no tópico 2.4.2.

Com isso, o simples fato de uma pessoa ter algum tipo de deficiência, seja física, mental ou sensorial, já não é suficiente, por si só, para configurar uma situação de incapacidade civil. A pessoa com deficiência é, em regra, plenamente capaz, salvo quando a deficiência a impedir de manifestar a sua vontade, hipótese que será de incapacidade relativa, e não mais absoluta, conforme previsão do art. 4º, III, do Código Civil²⁵⁰. Por outro lado, a incapacidade pode ser verificada independentemente da existência de uma deficiência. Portanto, um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o desligamento entre os conceitos de deficiência e incapacidade, conforme fora abordado no tópico 2.4.2 deste trabalho.

²⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

Todavia, mesmo as pessoas com deficiência que podem exprimir sua vontade e são, portanto, plenamente capazes podem demandar, eventualmente, algum cuidado e proteção²⁵¹. Pensando nisso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, através do seu art. 115, também alterou o Título IV do Código Civil, que passou a vigorar com a seguinte nomenclatura: Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada. E, logo em seguida, o art. 116 do referido Estatuto acrescentou ao Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil o Capítulo III, denominado “Da Tomada de Decisão Apoiada”, para regular este novo instituto jurídico²⁵².

A tomada de decisão apoiada é, nos termos da lei que a inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, o procedimento através do 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 decisões sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para tanto²⁵³. Trata-se, pois, de instituto que visa a concretizar o artigo 12.3 do Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009, que, ao promulgar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, determinou que “os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”²⁵⁴.

A tomada de decisão apoiada tem inspiração na legislação italiana, que, através da Lei n° 6, de 09 de janeiro de 2004, introduziu nos arts. 404 e 413 do seu Código Civil a figura da *amministrazione di sostegno* (administrador de apoio), e na legislação argentina, cujo art. 43 do Código Civil dispõe sobre os *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad* (sistemas de apoio ao exercício da capacidade)²⁵⁵.

A *amministrazione di sostegno* é um instituto do ordenamento jurídico italiano, regido pelo seu Código Civil, que se destina a apoiar, com a menor limitação possível à capacidade de atuação, aquelas pessoas consideradas vulneráveis, isto é, aquelas que, em razão de uma doença, de uma seqüela, de um vício, encontram-se privadas, total ou parcialmente, de sua autonomia. Assim, nos termos do art. 404 do Código Civil italiano, a pessoa que, devido a uma doença ou a uma deficiência física ou mental, seja incapaz, ainda que apenas parcial ou temporariamente,

²⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado (BFD): artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 84.

²⁵² BRASIL. *Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ BRASIL. *Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

²⁵⁵ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 339.

de prover seus próprios interesses, pode ser assistida por um administrador de apoio, nomeado pelo juiz tutelar do lugar onde tem residência ou domicílio²⁵⁶.

Já os *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad* argentinos abrangem quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais que facilitem ao apoiado a tomada das decisões necessárias para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e praticar atos jurídicos em geral. Tais medidas objetivam promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação da vontade do indivíduo no exercício de seus direitos²⁵⁷.

Resta clara, portanto, a semelhança entre o instituto da tomada de decisão apoiada, o *amministrazione di sostegno* italiano e os *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad* argentinos, na medida em que objetivam a autonomia e a inclusão da pessoa com deficiência, através da menor restrição possível à sua capacidade de agir, ao contrário do que ocorre no regime de curatela, no qual a manifestação de vontade do curatelado é suprida pelo curador. Nesse sentido, salienta Nelson Rosenvald que a tomada de decisão apoiada é “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”²⁵⁸.

Afirma Maurício Requião que a adoção de medidas alternativas como a tomada de decisão apoiada pode ter como escopo a exclusão da curatela do sistema jurídico ou o seu desuso²⁵⁹. No ordenamento jurídico italiano, segundo Nelson Rosenvald, a introdução da figura do administrador de apoio no sistema jurídico causou uma verdadeira revolução institucional, culminando no confinamento da curatela em segundo plano²⁶⁰. No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não revogou a curatela, de modo que esta passou a conviver com a tomada de decisão apoiada. Nas palavras de Cristiano Chaves, “a tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente jamais cumulativo”²⁶¹.

²⁵⁶ ITÁLIA. Tribunal de Milão. *Amministrazione di sostegno*. Disponível em: https://www.tribunale.milano.giustizia.it/index.phtml?Id_VMenu=447&daabstract=341. Acesso em: 23 dez. 2017.

²⁵⁷ ARGENTINA. *Código Civil*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>. Acesso em: 23 dez. 2017.

²⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <https://www.facebook.com/1407260712924951/photos/a.1409630052688017.1073741828.1407260712924951/1462502307400791/?type=3>. Acesso em: 22 dez. 2017.

²⁵⁹ REQUIÃO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol 6. ano 3. p. 37-54. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2016. p. 50.

²⁶⁰ ROSENVALD, *op. cit.*

²⁶¹ FARIAS, *op. cit.*, p. 336.

Todavia, por se tratar a curatela de medida protetiva extraordinária e mais grave, diante do princípio da dignidade humana, a tendência é que a tomada de decisão apoiada ocupe seus espaços, sempre que possível. Passa-se, portanto, ao conceito deste novo instituto.

4.1.1 Conceito

A pessoa plenamente capaz de praticar os atos da vida civil, aqui incluída, a partir do advento da Lei nº 13.146/2015, a pessoa com deficiência, pode tomar decisões sobre a sua vida e o seu patrimônio independentemente, ou seja, sem a obrigatoriedade do apoio de terceiros²⁶².

Este apoio pode ser, todavia, uma faculdade da pessoa que deseja um aconselhamento ou um parecer técnico de quem possui mais conhecimento sobre determinado assunto. É o caso de uma pessoa plenamente capaz que pretende exercer uma certa atividade empresarial e, antes de decidir a respeito, contrata um especialista para fazer um estudo acerca da viabilidade do negócio. Neste caso, o especialista tem a função de suprir a falta de conhecimento da pessoa plenamente capaz sobre aquele mercado específico. O especialista não decide em detrimento da pessoa com deficiência, mas fornece as informações necessárias para que esta, no exercício de sua plena capacidade, decida sozinha.

O mesmo ocorre com o instituto da tomada de decisão apoiada, previsto nos arts. 84, §2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e 1.783-A do Código Civil de 2002. Trata-se de instituto que pressupõe a iniciativa e a compreensão, pela pessoa com deficiência a ser apoiada, de que a sua deficiência não lhe permite reunir e avaliar, sozinha, os elementos e informações indispensáveis para a tomada de determinadas decisões relevantes na sua vida civil²⁶³, como, no exemplo, as decisões financeiras.

A tomada de decisão apoiada é, nos termos da lei que a inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, o procedimento judicial através do qual a pessoa com deficiência elege 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisões sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para tanto²⁶⁴.

²⁶² ALVIM, J. E. Carreira. *Tomada de decisão apoiada*. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 92 (out/dez 2015). p. 83-96. p. 83.

²⁶³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9. ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 1578.

²⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

José Eduardo Carreira Alvim define o apoiador como aquele “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”²⁶⁵.

Trata-se, ainda, nos termos da lei, de pessoa idônea e que mantém vínculo de confiança com o apoiado. Idônea, no sentido jurídico da palavra, é a pessoa “que possui as características necessárias para desempenhar determinadas tarefas e/ou para tomar posse de certos cargos; sobre quem se pode confiar”²⁶⁶. Quanto ao vínculo de confiança com a pessoa com deficiência, como o dispositivo legal não especifica a sua natureza, pouco importa se origine de uma relação familiar, de amizade, de emprego ou qualquer outra²⁶⁷.

Dessa forma, o apoiador, sendo pessoa idônea que mantenha vínculos de confiança com o apoiado, poderá ser qualquer pessoa plenamente capaz e, até mesmo, uma outra pessoa com deficiência, desde que a deficiência não seja exatamente a mesma do apoiado ou, ainda que diversa, não seja incompatível com as tarefas demandadas pelo apoio²⁶⁸.

O apoiador, da mesma forma que o especialista no exemplo supramencionado, fornece à pessoa com deficiência apoiada os elementos e informações necessários para que, por si só, decida com mais segurança sobre a prática dos atos da vida civil, sem prejuízo, portanto, da sua capacidade. Não se trata, afinal, de suprimento da manifestação de vontade ou da capacidade da pessoa com deficiência, mas de mero apoio, o que, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, em artigo sobre a tomada de decisão apoiada, significa “ajuda, proteção, auxílio”.

Ainda segunda a autora²⁶⁹:

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 área ou interesse específico. Pode se expressar na vida quotidiana, 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.

Através da tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência, especialmente a pessoa com deficiência mental, que, até então, estava sujeita à curatela, poderá se valer de um instituto

²⁶⁵ ALVIM, *op. cit.*, p. 90.

²⁶⁶ “Idôneo”, in Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/idoneo/>. Acesso em: 24 dez. 2017.

²⁶⁷ ALVIM, *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ 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: 22 dez. 2017.

jurídico menos invasivo de sua autonomia e capacidade para tomar certas decisões, relativas a negócios jurídicos patrimoniais ou não patrimoniais, sem que eventual vulnerabilidade venha a lhe prejudicar nestes ajustes²⁷⁰.

Privilegia-se, assim, o espaço de escolha da pessoa com deficiência, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos, baseada na confiança, para lhe auxiliar nos atos da vida civil, sem que isso lhe retire a capacidade, ao contrário do que acontecia antes, em situações de curatela determinadas à revelia e contra os interesses da pessoa com deficiência²⁷¹.

Frise-se que, embora o conceito de tomada de decisão apoiada traga um número mínimo de 2 (dois) apoiadores, José Eduardo Carreira Alvim defende posição, com a qual se concorda, no sentido de que o juiz pode aceitar a indicação de apenas um apoiador quando não houver outra pessoa apta a exercer o encargo, desde que a indicação seja devidamente justificada e a decisão de seu aceite, fundamentada²⁷². Caso contrário, aquela pessoa com deficiência que não mantém vínculo de confiança com mais de uma pessoa idônea – o que é perfeitamente normal – ficará privada da possibilidade de firmar um termo de tomada de decisão apoiada e, portanto, da proteção a ele inerente.

Por óbvio, como o legislador não estipulou um número máximo de apoiadores, o juiz decidirá a respeito, também de forma fundamentada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ou seja, a quantidade e o valor dos bens envolvidos, o grau de necessidade de auxílio etc, com vistas à proteção da pessoa com deficiência e à maior eficácia possível do termo.

Uma vez apresentado o conceito legal do instituto da tomada de decisão apoiada e seus contornos, far-se-á, em seguida, para sua melhor caracterização, a análise dos parágrafos do art. 1.783-A do Código Civil de 2002, que o regulamenta.

4.1.2 Características

Não obstante o art. 1.783-A, *caput*, do Código Civil conceitue a tomada de decisão apoiada como um processo, não se trata de um processo judicial propriamente dito, mas de um procedimento especial de jurisdição voluntária²⁷³.

Este procedimento inicia-se com a apresentação, pelo apoiado e seus apoiadores, de um termo de apoio e compromisso, no qual deve constar “os limites do apoio a ser oferecido e os

²⁷⁰ ARAUJO; COSTA FILHO, *op. cit.*, p. 05.

²⁷¹ REQUIÃO, 2016, *op. cit.*, p. 09.

²⁷² ALVIM, *op. cit.*, p. 86.

²⁷³ FARIAS, *op. cit.*, p. 241.

compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar" (art. 1.783-A, §1º)²⁷⁴. Neste ponto, a principal diferença entre a curatela e a tomada de decisão apoiada é que esta será intentada por iniciativa da própria pessoa com deficiência, já que plenamente capaz (art. 1.783-A, §2º).

Não obstante Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendam, através de uma interpretação ampliativa, por se tratar de norma protecionista da pessoa humana, a legitimidade dos familiares e do Ministério Público para realizar o pedido de tomada de decisão apoiada²⁷⁵, acredita-se que isto iria de encontro à natureza do instituto, que se baseia na autonomia e na capacidade da pessoa com deficiência.

Como visto há pouco, o procedimento de tomada de decisão apoiada inicia-se com a apresentação, pela pessoa com deficiência a ser apoiada, de um termo de apoio e compromisso firmado entre ela e seus pretensos apoiadores, isto é, através de um acordo de vontades. A tomada de decisão apoiada não pode ser, portanto, uma medida protetiva imposta à pessoa com deficiência, uma vez que depende de sua vontade. Caso os familiares e o Ministério Público pudessem dar início ao procedimento de tomada de decisão apoiada, seria necessário que a pessoa com deficiência e seus apoiadores, chamados ao procedimento, chegassem a um acordo a respeito da existência mesma e dos termos do apoio.

Além de não haver previsão legal para tais atos – como se daria a participação do apoiado e seus apoiadores no procedimento? O termo de apoio e compromisso seria firmado em audiência? –, não faz sentido que o pedido de tomada de decisão apoiada seja realizado por outra pessoa que não a própria apoiada, pois o deferimento depende do seu consentimento e da sua manifestação de vontade em relação aos apoiadores e aos limites do apoio. O pedido formulado por terceiro seria apenas uma forma de incentivar a materialização da tomada de decisão apoiada, fundamento que se considera insuficiente para acionar o Poder Judiciário, mesmo porque esse tipo de influência poderia ser exercido de forma extrajudicial.

Ademais, caso os familiares e o Ministério Público pudessem dar início ao procedimento de tomada de decisão apoiada, estar-se-ia diante de uma medida protetiva muito próxima à assistência na hipótese de incapacidade relativa, já que seria uma medida requerida por terceiros e imposta pelo juiz para restringir a prática de determinados atos da vida civil pelo apoiado, sendo necessária, para tanto, a intervenção de terceiros (no caso da tomada de decisão apoiada, os apoiadores). Não foi esse o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao excluir das

²⁷⁴ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁷⁵ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 341.

hipóteses legais de incapacidade absoluta e relativa as pessoas com deficiência mental, pois restou como única hipótese possível de curatela da pessoa com deficiência a impossibilidade de manifestação de vontade, o que é incompatível com o instituto da tomada de decisão apoiada, que depende do consentimento e da manifestação de vontade da pessoa com deficiência em relação aos apoiadores e aos limites do apoio.

Por essas razões, conclui-se que não pode ser interpretado de forma ampliativa o §2º do art. 1.783-A do Código Civil, segundo o qual o pedido de tomada de decisão apoiada será feito pela própria pessoa com deficiência.

Por outro lado, diante da omissão legislativa, entende-se que o apoio, embora, em regra, gratuito, também pode ser prestado de forma onerosa, isto é, mediante compensação pecuniária, mesmo porque, possivelmente, demandará do apoiador tempo e energia. Segundo José Eduardo Carreira Alvim, aplica-se, neste caso, por analogia, o disposto no art. 1.752, *caput*, parte final, do Código Civil, que trata do recebimento de remuneração proporcional à importância dos bens administrados pelo tutor, da mesma forma que ocorre no regime de curatela, *in verbis*: “O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despende no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados”²⁷⁶.

O pedido de tomada de decisão apoiada, feito pela própria pessoa com deficiência, deve ser formalizado por meio de uma petição inicial subscrita por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com os requisitos de praxe constantes dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil, além da demonstração médica da condição de deficiência²⁷⁷, devendo ser dirigida à Vara de Família²⁷⁸. A petição inicial será acompanhada pelo termo de apoio e compromisso em que será pautada a tomada de decisão apoiada, através da indicação dos apoiadores, dos limites do apoio a ser oferecido e do prazo de vigência do acordo.

Recebida a petição inicial, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, deverá ouvir não apenas o requerente, mas também os apoiadores e o Ministério Público, como *custus legis* (art. 1.783-A, §3º). Embora não seja esta a ordem prevista pelo legislador, não faz sentido a oitiva do Ministério Público antes da oitiva do requerente e das pessoas que o apoiarão, pois, caso contrário, não estaria completo o escopo para manifestação do órgão ministerial²⁷⁹.

²⁷⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁷⁷ ALVIM, *op. cit.*, p. 87-88.

²⁷⁸ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 340.

²⁷⁹ ALVIM, *op. cit.*, p. 88.

Em seguida, ao decidir acerca do pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz deverá indicar, expressamente, “os limites do apoio a ser prestado àquela pessoa, consideradas as suas particularidades, as suas vontades e as suas preferências”²⁸⁰.

Também decidirá o juiz, após ouvido o Ministério Público, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, quando houver divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores (art. 1.783-A, §6º). Note-se que, se somente há previsão para a atuação do juiz nos casos em que o negócio possa trazer risco ou prejuízo relevante para o apoiado, é porque, nos demais casos, prevalecerá a escolha do apoiado em detrimento da manifestação dos apoiadores²⁸¹. Ainda assim, recomenda Maurício Requião que o apoiador registre a sua opinião contrária à realização do negócio jurídico, para evitar que venha a ser acusado de negligência na sua atuação²⁸².

A opção do legislador brasileiro pela via judicial, e não pela via cartorária, confere maior proteção à pessoa com deficiência apoiada, pois, somente dessa forma, poderá um terceiro, no caso, o juiz, certificar-se da voluntariedade do procedimento, bem como da aptidão e idoneidade dos apoiadores.

Com efeito, os apoiadores deverão assumir um compromisso formal perante a Justiça e prestar contas na mesma forma preconizada para a tutela e a curatela, sob pena de serem destituídos e condenados por eventuais perdas e danos (art. 1.783-A, §11º). Aqui faz-se necessário lembrar os princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão dos quais, antes de qualquer providência, deve o juiz proceder à regular instrução do feito, conferindo aos apoiadores a oportunidade de se defender e de produzir provas de suas alegações²⁸³.

Também poderá ser destituído o apoiador em razão de negligência (aqui compreendida a culpa em sentido amplo, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia²⁸⁴), pressão indevida ou inadimplemento das obrigações assumidas, apurado a partir de denúncia feita pelo próprio apoiado ou por qualquer pessoa (art. 1.783-A, §§ 7º e 8º). Neste ponto, José Eduardo Carreira Alvim faz uma crítica, afirmando ser temerosa a legitimação de qualquer pessoa para denunciar o apoiador, o que poderia gerar denúncias infundadas em prejuízo do próprio apoiado²⁸⁵. De

²⁸⁰ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 342.

²⁸¹ REQUIÃO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol 6. ano 3. p. 37-54. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2016.

²⁸² *Ibidem*, p. 52.

²⁸³ MACHADO, *op. cit.*, p. 1581.

²⁸⁴ ALVIM, *op. cit.*, p. 92.

²⁸⁵ *Ibidem*.

fato, a legitimação para tanto deveria estar restrita ao apoiado, às pessoas com fundamentado interesse e ao Ministério Público.

Ainda poderá chegar ao fim o acordo firmado em procedimento de tomada de decisão apoiado por solicitação, a qualquer tempo, de uma das partes, isto é, do apoiado ou do apoiador (art. 1.783-A, §§ 9º e 10). Trata-se, para o apoiado, de verdadeiro direito potestativo, contra o qual nada podem fazer os seus apoiadores, o Ministério Público ou o juiz, o que, aliás, reforça a argumentação contrária à legitimidade dos familiares e do órgão ministerial para intentar o pedido de tomada de decisão apoiada, pois não só a iniciativa e os termos do apoio, mas também o seu fim, dependem da vontade do apoiado.

Quanto ao apoiador, fica a solicitação de desligamento condicionada, segundo a lei, à manifestação do juiz. Como o termo de apoio e compromisso é firmado perante a Justiça, é plausível que a retirada do apoio seja feita também de maneira formal, judicial, entretanto, a exigência de concordância do juiz para o desligamento de um apoiador é questionável, mesmo porque o apoio prestado contra a vontade do apoiador poderia ser descuidado, trazendo mais prejuízos que benefícios ao apoiado²⁸⁶.

Sendo o término do acordo solicitado pelo apoiador ou sendo este por qualquer motivo destituído, será o apoiado instado a indicar outra pessoa, caso deseje prosseguir com o apoio. No entanto, se não houver pessoa apta a assumir o cargo, entende-se, como defendido no tópico anterior, que a tomada de decisão apoiada pode remanescer com apenas um apoiador.

4.1.3 Efeitos

Mencionadas as características gerais da tomada de decisão apoiada, merecem destaque os seus efeitos, isto é, as suas consequências no mundo jurídico.

Como quaisquer outros atos e negócios jurídicos praticados entre pessoas plenamente capazes, os atos e negócios jurídicos praticados com apoio poderão repercutir na esfera jurídica de terceiros, conforme preleciona o art. 1.783-A, §4º, do Código Civil, *in verbis*: “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”²⁸⁷.

Para José Eduardo Carreira Alvim, ainda que determinado negócio jurídico tenha sido realizado fora dos limites do termo de apoio e compromisso, será considerado válido se não

²⁸⁶ ALVIM, *op. cit.*, p. 95.

²⁸⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

houver resultado prejuízo para a pessoa com deficiência apoiada ou para terceiros. Terceiro, ainda segundo o autor, “é aquele que não participou do ato ou negócio jurídico entre a pessoa apoiada e a outra parte, mas, mesmo não tendo participado, vem a sofrer reflexos jurídicos em decorrência dele”²⁸⁸.

Assim, por exemplo, se um termo de apoio e compromisso limita a atuação do apoiador ao auxílio na compra de dez semoventes e o apoiado acaba por comprar vinte deles, auxiliado pelo apoiador, o contrato de compra e venda só será válido em relação ao vendedor e terceiros, produzindo efeitos sem restrições, quanto aos dez semoventes estipulados no termo de apoio e compromisso, a não ser que a compra e venda daqueles a mais não represente qualquer prejuízo para o apoiado ou para um terceiro. Aqui, terceiro poderia ser, por exemplo, um empregado do apoiado, que, devido à compra não planejada ou extravagante, tem seu salário atrasado.

Ainda que reconhecida, no §4º do art. 1.783-A do Código Civil, a validade do ato ou negócio jurídico praticado com apoio, para não haver dúvidas quanto à plena capacidade da pessoa com deficiência, o §5º do mesmo dispositivo legal traz um mecanismo que possibilita maior segurança jurídica para a outra parte. Permite o referido dispositivo que os apoiadores contra-assinem o negócio jurídico, juntamente às suas partes, discriminando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. José Eduardo Carreira Alvim esclarece que o vocábulo “contra-assinar” significa “assinar um documento após a assinatura de outrem, ou seja, assinar para atestar a sua autenticidade”²⁸⁹.

Assim, a existência de apoiadores não retira ou limita a capacidade do apoiado, mas reforça a validade de seus atos, na medida em que não haverá cabimento para a invalidação por questões relativas à capacidade.

No exemplo supramencionado de compra e venda, a relação negocial é transitória, pois termina com o pagamento do valor avençado e a entrega da coisa. Porém, existem casos em que a relação negocial perdurará. No que diz respeito aos efeitos temporais da tomada de decisão apoiada, o §1º do art. 1.783-A dispõe que o prazo do termo de apoio e compromisso será estipulado pelas partes, ou seja, pelo apoiado e pelo apoiador, de acordo com o objeto da pactuação. Assim, a tomada de decisão apoiada poderá valer para atos isolados (por prazo determinado) ou contínuos (por prazo indeterminado), caso em que somente será resolvido por vontade de qualquer das partes ou destituição do apoiador.

A título de exemplo, tem-se um termo de apoio e compromisso firmado exclusivamente para a compra de um imóvel. Este pacto perdurará somente até a conclusão do negócio jurídico

²⁸⁸ ALVIM, *op. cit.*, p. 89.

²⁸⁹ *Ibidem*.

de compra e venda. Diferente é a situação em que o termo de apoio e compromisso é firmado para todo negócio jurídico de compra e venda realizado pelo apoiado. Neste caso, o acordo prolongar-se-á no tempo. O mesmo ocorre em relação ao termo de apoio e compromisso firmado pelo apoiado para auxiliá-lo nas questões relacionadas à sua vida laboral. A validade temporal deste pacto, quando firmado especificamente para um contrato de emprego, findará com este, caso contrário, apenas se extinguirá por vontade das partes ou destituição do apoiador.

4.2 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE TRABALHO

Desvendadas as principais nuances do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, percebe-se que não há, dentre as normas que o regulam, norma permissiva ou proibitiva da sua aplicação ao Direito do Trabalho. Consequentemente, diversos questionamentos surgem acerca da sua compatibilidade com o contrato de emprego, especialmente a partir do último tópico, que diz respeito à possibilidade de produção de efeitos em relação a terceiros, conforme determina o art. 1.783-A, §5º, do Código Civil, tendo em vista que o empregador é um perfeito exemplo de terceiro cuja esfera jurídica sofre repercussões da tomada de decisão apoiada.

Além disso, como visto alhures, o contrato de emprego dá origem a uma relação jurídica dotada de peculiaridades, o que exige uma análise mais atenta e direcionada das características e possíveis repercussões do termo de apoio e compromisso na área trabalhista.

Dessa forma, parte-se à análise da compatibilidade entre a tomada de decisão apoiada e o contrato de emprego e de como isso deverá ocorrer.

4.2.1 Análise a partir das características do contrato de trabalho

Os elementos caracterizadores do contrato de emprego, devidamente conceituados no tópico 3.3 da presente pesquisa, são a prestação por pessoa física, a pessoalidade, a onerosidade, a permanência ou não eventualidade e a subordinação.

A prestação por pessoa física, a onerosidade, a permanência ou não eventualidade e a subordinação independem, para a sua configuração, da existência de um termo de compromisso, pois não se relacionam diretamente à tomada de decisões pelo empregado. A possibilidade de o empregado ser apoiado por terceiros em suas decisões não lhe retira a característica de pessoa física nem altera o caráter oneroso, permanente e subordinativo do contrato de trabalho. Por outro lado, quanto à característica da pessoalidade, algumas considerações precisam ser feitas.

Relembrando, a pessoalidade significa que o contrato de trabalho é *intuitu personae* ou personalíssimo em relação ao empregado, ou seja, que o contrato de trabalho é pactuado com base em suas características pessoais, por exemplo, força física, apresentação, capacidade de comunicação, aptidão técnica, qualificações acadêmicas, experiência profissional e juventude ou maturidade do candidato, de acordo com as necessidades inerentes ao cargo²⁹⁰. Assim, além de não se admitir, pelo requisito da prestação por pessoa física, que o empregado seja uma pessoa jurídica ou ente despersonalizado, a pessoalidade implica que a prestação de serviços deva ser executada pessoalmente por aquela pessoa física contratada²⁹¹.

A existência de um termo de apoio e compromisso levanta dúvidas quanto à presença do elemento da pessoalidade, na medida em que a contratação de um empregado apoiado seria feita levando em consideração não apenas as suas características pessoais, mas também dos seus apoiadores, em razão da influência destes nas decisões tomadas pelo empregado.

Observe-se, todavia, que, tratando-se a relação de emprego de uma relação de confiança mútua²⁹², o empregador, ao realizar uma contratação com base nas características pessoais do empregado, deposita nele um voto de confiança quanto às suas escolhas e opções pessoais, podendo estender-se, inclusive, à indicação de apoiadores, até mesmo porque são também os apoiadores pessoas que mantêm vínculos de confiança com o empregado.

Assim, embora nada obste que o empregador analise as características pessoais também dos apoiadores no momento da contratação, de modo a certificar-se de sua aptidão e idoneidade, e até exija a sua contra-assinatura no contrato de trabalho, como será visto em momento oportuno, não se trata de procedimento necessário, pois compreende-se na confiança depositada no empregado, tampouco se altera o fato de que este é contratado em função de suas próprias características pessoais, aqui incluída a sua capacidade de indicar apoiadores e tomar decisões.

Ademais, o fato de ser o empregado apoiado por terceiros em suas decisões não implica a existência destes terceiros na relação de emprego, que se constitui apenas entre empregado e empregador. O empregado, ainda que apoiado, é quem toma as decisões relativas ao contrato de trabalho e executa, pessoalmente, a prestação de serviços, de forma que não se afasta o elemento da pessoalidade.

²⁹⁰ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 75.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 269.

²⁹² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2010, p. 242.

4.2.2 Análise a partir da classificação do contrato de trabalho

Consoante abordado no capítulo anterior deste trabalho, mais especificamente no tópico 3.4, o contrato de emprego é um contrato típico, nominado, de direito privado, não-solene, bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, de execução continuada, de atividade, *intuitu personae* ou personalíssimo, dotado de alteridade, principal e complexo. Faz-se necessário, para verificar a aplicação do instituto da tomada de decisão apoiada ao Direito do Trabalho, analisar a compatibilidade entre o termo de apoio e compromisso e cada uma destas classificações.

O fato de ser o contrato de trabalho um contrato típico e nominado decorre diretamente de lei. É típico e nominado o contrato que possui regulamentação legal, inclusive quanto ao seu *nomen juris*. Portanto, as peculiaridades da relação jurídica criada, aqui incluída a existência de um termo de apoio e compromisso, não interferem na referida classificação.

Sendo o contrato de emprego um contrato de direito privado, as suas partes – empregado e empregador – atuam no exercício de suas respectivas autonomias, o que não se altera com a existência de um termo de apoio e compromisso, pois, como visto exaustivamente, a pessoa com deficiência, ainda que apoiada, decide sozinha relativamente ao contrato de trabalho.

Em regra, o contrato de trabalho é não-solene ou consensual, isto é, depende apenas da manifestação, expressa ou tácita, das partes interessadas para que seja considerado válido, não se exigindo forma específica para tanto. Porém, na hipótese de o empregado ter firmado um termo de apoio e compromisso voltado às relações de trabalho, acredita-se ser interessante para ambas as partes a pactuação formal, escrita, do contrato, contando, inclusive, com as contra-assinaturas dos apoiadores, visando a maior segurança jurídica e efetividade do termo.

Também independe da existência de um termo de apoio e compromisso a classificação bilateral e sinalagmática do contrato de trabalho, que continuará gerando direitos e obrigações para as duas partes, empregado e empregador, uma vez que, como visto, os apoiadores não integram de forma direta a relação de emprego. Eventuais direitos e obrigações dos apoiadores decorrem do termo de apoio e compromisso, e não do contrato de trabalho.

Independentemente da existência de um termo de apoio e compromisso, o contrato de trabalho continuará sendo oneroso e comutativo, uma vez que as prestações e contraprestações nele previstas não deixam de ser economicamente mensuráveis e recíprocas entre as partes. A possibilidade, exposta no tópico 4.1.2, de o termo de apoio e compromisso ser gratuito ou oneroso não interfere na onerosidade do contrato de trabalho, pois se trata de relação jurídica diversa, com partes diferentes.

O termo de apoio e compromisso prevê os tipos de decisão em que o empregado com deficiência será apoiado, e não as decisões que o empregado tomará ou deixará de tomar. Não altera, portanto, de nenhuma forma, o objeto do contrato de trabalho, que é um contrato de atividade, isto é, cuja prestação principal consiste em obrigações de fazer. Se tais obrigações permanecem intactas e sendo elas obrigações que não se extinguem em um único ato, mas se prolongam ao longo do tempo, a tomada de decisão apoiada também não impede a prolongação do contrato de trabalho, de execução continuada ou trato sucessivo.

Como visto no tópico anterior a respeito do elemento da pessoalidade, também quanto à classificação continua sendo o contrato de trabalho *intuitu personae* ou personalíssimo em relação ao empregado. Isto porque, se os apoiadores não integram, diretamente, a relação de trabalho, sendo o respectivo contrato pactuado entre empregador e empregado, este é quem irá decidir e laborar, e não seus apoiadores, razão pela qual são também as suas características pessoais que definem a contratação.

Também não haverá mudança no tocante à alteridade do contrato de trabalho, pois o empregador continuará assumindo os riscos inerentes ao exercício da sua atividade empresarial, aqui incluídos os riscos oriundos da prestação de serviço e do seu resultado.

Por fim, o contrato de emprego continuará a ser classificado como um contrato principal, visto que existe por si mesmo, e não em dependência de outro, e complexo, na medida em que pode vir acompanhado de contratos acessórios, tais como o depósito, o mandato, o comodato e a locação²⁹³.

Assim sendo, a existência de um termo de apoio e compromisso mostra-se compatível com todas as classificações do contrato de trabalho.

4.2.3 Análise a partir dos requisitos de validade do contrato de trabalho

Os requisitos de validade do contrato de trabalho são os mesmos enunciados pelo Direito Civil, quais sejam a capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC), bem como a higidez na manifestação da vontade, conforme exposto no tópico 3.5 do presente trabalho.

Quanto à capacidade das partes, cumpre relembrar as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O referido diploma legal alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil, excluindo do rol de absolutamente incapazes aqueles que, “por enfermidade ou deficiência

²⁹³ CORREIA; BELTRAN; SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 37.

mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” e, das hipóteses de incapacidade relativa, os que, “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”²⁹⁴. Com isso, a pessoa com deficiência mental passou a ser considerada, em regra, plenamente capaz, podendo vir a ser submetida ao regime de curatela apenas quando a deficiência a impossibilitar de manifestar a sua vontade, hipótese que será de incapacidade relativa, e não mais absoluta, conforme previsão do art. 4º, III, do Código Civil²⁹⁵.

A tomada de decisão apoiada não retira a capacidade civil da pessoa com deficiência, que, com os elementos e informações fornecidas pelos apoiadores, decidirá sozinha acerca dos atos da vida civil, delimitados no termo de apoio e compromisso. Pelo contrário, a existência de um termo de apoio e compromisso reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência, na medida em que não haverá cabimento para a invalidação dos atos e negócios jurídicos por ela firmados com base em alegações relativas à sua capacidade.

No Direito do Trabalho, as regras do Código Civil quanto à capacidade dos agentes são aplicadas supletivamente à chamada capacidade trabalhista, que diz respeito especificamente à aptidão para o exercício de atos da vida laborativa e encontra limites na idade do empregado²⁹⁶. Nesse sentido, o art. 7º, XXXIII, da CF²⁹⁷ c/c art. 402 da CLT²⁹⁸ considera menor o trabalhador que possui entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos de idade, sendo proibido o trabalho ao menor de 16 (dezesseis), salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (catorze) anos (art. 403 da CLT). Entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos de idade, o trabalhador é considerado relativamente incapaz e pode celebrar um contrato de trabalho, desde que assistido por seus representantes legais, sendo presumida a assistência quando estes autorizam a expedição da CTPS do menor²⁹⁹.

Assim, o contrato de trabalho firmado com uma pessoa com deficiência enquadrada no critério etário acima exposto será válido, pois a pessoa com deficiência é em regra, plenamente capaz, ainda que apoiada.

Da mesma forma, a tomada de decisão apoiada reforça a higidez da manifestação de vontade, isto é, a livre e regular manifestação de vontade, sem vícios de consentimento, pelo

²⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁹⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 582.

²⁹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁹⁹ CAIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 226.

empregado quando da pactuação do contrato de trabalho, uma vez que lastreada nos elementos e informações fornecidos por pessoas de sua confiança, que podem, inclusive, contra-assinar o contrato de trabalho.

Quanto ao requisito de validade de licitude do objeto, lembre-se que o termo de apoio e compromisso não altera o objeto do contrato de trabalho nem possui, portanto, a princípio, relação com a sua licitude. Cumpre ressaltar, todavia, que a pessoa com deficiência que, apoiada, firmar um contrato de trabalho com objeto ilícito não poderá alegar o desconhecimento do fim ilícito a que prestava serviços, visando ao reconhecimento do vínculo de emprego.

Por fim, quanto ao requisito de validade de forma prescrita ou não defesa em lei, viu-se no tópico anterior que, na hipótese de o empregado ter firmado um termo de apoio e compromisso voltado às relações de trabalho, seria interessante para ambas as partes do contrato de emprego a sua pactuação formal, escrita, do contrato, contando, inclusive, com as contra-assinaturas dos apoiadores, visando a maior segurança jurídica e efetividade do termo. Não se trata, entretanto, de imposição legal, de forma que a tomada de decisão apoiada também não interfere no requisito de validade de forma prescrita ou não defesa em lei.

Por tudo isso, conclui-se que a existência de um termo de apoio e compromisso não macula os requisitos de validade do contrato de trabalho, nem mesmo quanto à capacidade das partes.

4.3 A EFICÁCIA DO TERMO DE APOIO NO CONTRATO DE TRABALHO

Do tópico anterior, depreende-se que a tomada de decisão apoiada é compatível com o contrato de trabalho, pois não altera as suas características ou a sua classificação, tampouco macula seus requisitos de validade. Resta, agora, investigar a eficácia da tomada de decisão apoiada no contrato de trabalho, o que pode ser feito a partir de três fases: fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual.

4.3.1 Fase pré-contratual

A fase pré-contratual, lecionam os civilistas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “consiste no período de negociações preliminares, anterior à formação do contrato”³⁰⁰. Trata-se, pois, da fase das tratativas iniciais, em que os negociantes, futuras partes do eventual

³⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

negócio jurídico, exprimem suas expectativas para a formação do contrato. Apesar de não ter sido expressamente disciplinada pelo Código Civil, a fase pré-contratual também é tutelada pelo direito, em virtude do princípio da boa-fé, que produz efeitos ao longo de toda a relação contratual, ou seja, antes, durante e após a formação do contrato.

É nesta fase de tratativas iniciais que o candidato analisa a proposta de emprego e decide a respeito da assinatura do contrato de trabalho. Para tomar tal decisão, a pessoa com deficiência pode se valer do auxílio de seus apoiadores, tendo estes o dever, por exemplo, de acordo com o estabelecido em cada termo de apoio e compromisso em particular, de analisar as cláusulas contratuais, de conferir a sua legalidade e de auferir se o objeto do contrato de trabalho é seguro e se pode ser desenvolvido por aquela pessoa com deficiência. Em suma, deverão os apoiadores esclarecer eventuais pontos controvertidos do contrato de emprego proposto, evitando, assim, que a pessoa com deficiência, em razão das barreiras que enfrenta, especialmente relacionadas à interação social, venha a ser ludibriada na pactuação.

Ainda assim, repita-se, a decisão será tomada pela própria pessoa com deficiência, que, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano, “é dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil”³⁰¹.

Quanto aos reflexos da tomada de decisão apoiada na esfera jurídica do empregador, na fase pré-contratual, a existência de um termo de apoio e compromisso poderá importar em que ele leve em consideração, para a contratação, não apenas as características pessoais da pessoa com deficiência candidata à vaga de emprego, mas também dos seus apoiadores, tendo em vista a possível influência destes nas decisões que serão tomadas pelo futuro empregado, se assim estabelecido no termo de apoio e compromisso.

Nada obsta que o empregador analise as características pessoais dos apoiadores da pessoa com deficiência que pretende contratar, certificando-se da sua aptidão e idoneidade, até mesmo porque tal análise não causa maiores ônus ao candidato nem aos apoiadores. Situação diversa ocorre, entretanto, quando o empregador se recusa a contratar uma determinada pessoa com deficiência em razão da existência de termo de apoio e compromisso ou das características pessoais dos seus apoiadores.

Observe-se que, conforme analisado no tópico 4.2.1, sendo a relação de emprego uma relação de confiança, o empregador, ao realizar uma contratação com base nas características pessoais do empregado, cria com ele uma relação de confiança quanto às suas escolhas e opções

³⁰¹ GAGLIANO, *op. cit.*, p. 04.

personais, que pode se estender, inclusive, à indicação dos apoiadores, até mesmo porque são também os apoiadores pessoas que mantêm vínculos de confiança com o empregado. Assim, a análise das características pessoais dos apoiadores não se trata de um procedimento obrigatório, pois compreende-se na confiança depositada no empregado.

Além disso, uma vez firmado o termo de apoio e compromisso, significa que já foram verificadas e atestadas por um juiz a aptidão e a idoneidade dos apoiadores, que, portanto, não podem ser contestadas levemente pelo empregador.

Destarte, presume-se discriminatória a recusa por parte do empregador em contratar uma determinada pessoa com deficiência em razão da mera existência de um termo de apoio e compromisso ou das características pessoais dos seus apoiadores. E, caso não seja afastada a presunção, isto é, não reste comprovada pelo empregador qualquer incompatibilidade entre tais fatores e a vaga de emprego em questão, pode a pessoa com deficiência prejudicada pleitear junto ao Poder Judiciário uma indenização pela perda de uma chance³⁰².

Registre-se, ainda, a situação do empregador que sugere a assinatura de termo de apoio e compromisso ou as pessoas dos apoiadores a serem indicados pela pessoa com deficiência. A mera sugestão, por quem quer que seja feita, não traz qualquer malefício, pois não implica a aceitação por parte daquele que a recebe. Entretanto, tratando-se de sugestão feita pelo empregador, diante do desequilíbrio que pauta a relação de emprego, faz-se necessário afastar a hipótese de coação, ou seja, é preciso verificar que o empregador não impôs, como requisito para a contratação da pessoa com deficiência, a assinatura de um termo de apoio e compromisso ou a indicação de determinado(s) apoiador(es).

Finalmente, convergindo ambas as partes para a pactuação de um contrato de trabalho, poderá exigir o empregador que os apoiadores o contra-assinem, nos termos do art. 1.783-A, §5º, do Código Civil, já analisado, de modo a reafirmar a capacidade civil da pessoa com deficiência e a higidez da sua manifestação de vontade, não restando espaço, assim, para se questionar a validade do contrato de trabalho quanto a estes aspectos. Para tanto, é preciso, naturalmente, que a forma do contrato de trabalho seja escrita.

Pode-se concluir, dessa forma, que o termo de apoio e compromisso produz diversos efeitos na fase pré-contratual, quando os negociantes analisam as vantagens, as desvantagens e os termos da contratação, e também no momento da assinatura do contrato de trabalho.

³⁰² Sobre a teoria da perda de uma chance, ver MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. 598 p.

4.3.2 Fase contratual

A fase contratual, que se inicia com a simples manifestação das partes interessadas ou a partir da assinatura do contrato de trabalho, caso seja este solene (vide tópico 3.4), consiste no desenrolar da relação empregatícia, ou seja, é a fase em que a atividade pactuada é efetivamente desenvolvida pelo empregado. É principalmente nessa fase que a tomada de decisão apoiada repercute no contrato de trabalho, em função da eficácia plena do termo de apoio e compromisso em relação a terceiros, no caso, o empregador.

A título de exemplo, cita-se o art. 507-B da CLT, incluído pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, segundo o qual “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”³⁰³. Trata-se de um termo, firmado perante o sindicato do trabalhador, no qual o empregador declara que adimpliu corretamente com determinadas obrigações trabalhistas e o empregado ratifica (ou não) a declaração, liberando a exigibilidade das parcelas nele especificadas, se for o caso. Assim, se o empregado assinar um termo de quitação anual de obrigações trabalhistas com seu empregador, em que se afirma que foram pagas de forma correta todas as parcelas referentes ao auxílio-transporte, esse termo impedirá que ele, futuramente, ingresse com uma ação judicial para reclamar tais verbas, referentes ao ano do termo de quitação. Nesta hipótese, a pessoa com deficiência empregada, contando com um termo de apoio e compromisso, poderia requisitar o auxílio dos apoiadores na aferição dos cálculos para, somente então, decidir a respeito da assinatura.

Os apoiadores também podem ser chamados a opinar nas decisões relativas às condições contratuais de trabalho da pessoa com deficiência apoiada, cujas alterações dependem, segundo o art. 468, *caput*, da CLT, de mútuo consentimento entre empregado e empregador, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos àquele³⁰⁴. São exemplos de alterações contratuais a transferência (art. 469, *caput*, da CLT), a mudança de setor, a promoção e a assunção de cargo ou função de confiança.

Em qualquer destes casos, o empregado vê-se diante de uma alteração significativa no seu contrato, que pode atingir todas as condições de trabalho anteriormente pactuadas, sendo necessário, antes de decidir a favor da mudança ou até pela extinção do vínculo empregatício, analisar diversos fatores, como a remuneração e a jornada de trabalho propostas.

³⁰³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

³⁰⁴ *Ibidem*.

Percebe-se, dos exemplos dados, que os apoiadores podem exercer, de acordo com o limite de cada termo de apoio e compromisso em particular, relevante influência nas decisões tomadas pelo empregado e, conseqüentemente, na esfera jurídica do empregador. Não significa, todavia, que, para o empregador, a contratação de uma pessoa apoiada seja desvantajosa, pois pode o empregador verificar a aptidão e a idoneidade dos apoiadores antes da contratação e exigir deles a aposição de contra-assinatura no contrato de trabalho e outros documentos no decorrer da relação empregatícia, tais como o termo de quitação anual, esclarecendo as suas funções em relação ao apoiado. A contra-assinatura serve ainda, como já foi visto, para reforçar a validade dos atos do apoiado, na medida em que não haverá cabimento para a sua invalidação por questões relativas à capacidade e, em alguns casos, à higidez da manifestação de vontade.

A partir do momento em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência possibilita a contra-assinatura do contrato de trabalho e de outros documentos pelos apoiadores, indaga-se acerca da sua responsabilidade perante o empregador. Se, por exemplo, para a prestação de auxílio, os apoiadores obtêm acesso a informações internas do empreendimento, que não devem ser compartilhadas com terceiros, o empregador poderá fazer com que os apoiadores também assinem um termo de confidencialidade, resguardando-se, dessa forma, de eventual vazamento de informações sigilosas. Caso os apoiadores venham a revelar tais informações, a despeito da assinatura do termo de confidencialidade, poderão ser responsabilizados civilmente.

Também responderão os apoiadores em razão de negligência (assim compreendida como a culpa em sentido amplo, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia³⁰⁵), pressão indevida ou inadimplemento das obrigações assumidas, aqui incluída a prestação de contas, como já foi visto no tópico 4.1.2.

4.3.3 Fase pós-contratual

A fase pós-contratual inicia-se com a extinção do contrato, cuja forma varia de acordo com a sua duração e as circunstâncias do caso concreto. Se o contrato de trabalho for pactuado por prazo determinado, o também chamado contrato a termo, será extinto, em regra, com o advento de um acontecimento futuro e certo. Caso contrário, isto é, se o contrato de trabalho for pactuado por prazo indeterminado, com duração indefinida, poderá ser extinto por diversos fatores, dentre os quais dispensa por justa causa, dispensa arbitrária, pedido de demissão, distrato, resolução contratual por infração empresarial, culpa recíproca ou implemento de

³⁰⁵ ALVIM, *op. cit.*, p. 92.

condições resolutive, nulidade, força maior, extinção da empresa ou do estabelecimento e falência. Em qualquer caso, haverá a produção de diversos efeitos jurídicos, como a incidência de verbas rescisórias³⁰⁶.

Quando da extinção do contrato de trabalho, seja ele por prazo determinado ou por prazo indeterminado, acredita-se não haver óbice à pessoa com deficiência de se valer do auxílio dos apoiadores, mesmo porque também não se obstaculiza o apoio no momento da assinatura do contrato de trabalho. Não faria sentido permitir a tomada de decisão apoiada na assinatura e não a permitir na extinção do contrato, quando tantas outras decisões precisam ser tomadas. Nesta hipótese, os apoiadores deverão, por exemplo, atestar a justiça do motivo da extinção contratual, apurar as verbas trabalhistas devidas na forma da lei, bem como eventuais compensações e descontos, e verificar se estas foram pagas de forma correta.

Agora, imagine-se a situação do empregado com deficiência que, baseado em orientação dada por seus apoiadores, pratica ato consistente em falta grave, nos termos da lei. Entende-se, neste caso, que a dispensa por justa causa é lícita, uma vez que o ato foi deliberadamente praticado pelo empregado com deficiência, que, embora apoiado, decide sozinho acerca dos atos da vida civil, como foi visto exaustivamente ao longo do presente trabalho. O empregado com deficiência, todavia, pode pleitear a responsabilização civil dos apoiadores pela atuação negligente (aqui compreendida a culpa em sentido amplo, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia), com fulcro nos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil³⁰⁷.

Feitas as devidas considerações acerca da compatibilidade e da eficácia do termo de apoio e compromisso em relação ao contrato de emprego, parte-se à conclusão do presente trabalho.

³⁰⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 1.274 a 1.276.

³⁰⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

5 CONCLUSÕES

A partir das considerações feitas ao longo do presente trabalho, é possível concluir, em síntese, que:

I. As fases históricas do tratamento destinado à pessoa com deficiência são divididas em fase da eliminação, fase do assistencialismo, fase da integração e fase da inclusão. Não se trata de fases rigidamente situadas em períodos da história, mas marcadas pela preponderância de determinado tratamento sobre os demais, com avanços e retrocessos em cada uma delas.

II. Até pouco tempo atrás, a pessoa com deficiência sempre foi tratada como incapaz (com algumas variações, ao longo do tempo, em relação à terminologia e ao grau de incapacidade), sob o argumento da sua proteção, porém com claros prejuízos à sua autonomia e, até mesmo, à sua dignidade.

III. A Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em 2007, foram ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, com *status* de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início da sua vigência.

IV. A referida Convenção, cujo texto foi fruto de reivindicações das próprias pessoas com deficiência, representou grande avanço nas questões terminológica e conceitual, consagrando a expressão “pessoa com deficiência” e definindo-a como aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

V. Com isso, superou-se os critérios médico e assistencialista dos conceitos anteriores e o centro do conceito de pessoa com deficiência passaram a ser os impedimentos decorrentes da interação 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.

VI. As categorias de deficiência – física, auditiva, visual, mental e múltipla – estão previstas nos arts. 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e 5º, §1º, do Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, cuja redação deve ser interpretada de acordo com o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que considera as dificuldades de interação com o meio físico e social.

VII. A nova conceituação e classificação da pessoa com deficiência, mais ampla e inclusiva, produz reflexos, ao que tudo indica, positivos, no âmbito do Direito do Trabalho, uma vez que possibilita uma maior inclusão do trabalhador com deficiência, que se mostra plenamente apto para o trabalho, se superadas as barreiras sociais.

VIII. O princípio da igualdade está consubstanciado no art. 5º, *caput*, da CF/88, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

IX. Atualmente, a norma da igualdade deve ser traduzida como “igualdade por meio da lei”, tendo em vista a necessidade, para alcançar a sua eficácia plena, de criar regras e princípios que prevejam tratamentos diferenciados para pessoas e grupos que apresentem desigualdades em relação ao resto da sociedade, buscando a chamada igualdade material.

X. A doutrina reconhece a existência de dois tipos de discriminação: positiva e negativa. A discriminação negativa acontece quando uma pessoa (ou um grupo de pessoas) é submetida a tratamento desigual ou injusto, culminando, muitas vezes, em uma segregação social. Já a discriminação positiva ocorre quando essa mesma pessoa (ou grupo de pessoas) é tratada de forma desigual pelo direito, porém com o objetivo de recompensá-la e reinseri-la socialmente.

XI. Exemplos de discriminação positiva são as chamadas ações afirmativas, definidas como mecanismos legais temporários que têm como objetivo o fomento da igualdade material entre os indivíduos de uma sociedade, para tanto tratando de forma desigual os desiguais, isto é, discriminando de forma positiva e legítima aqueles que foram socialmente segregados, para que possam reverter a situação injusta.

XII. Por óbvio, as ações afirmativas, como quaisquer outras formas de discriminação positiva, não podem ser aleatórias, arbitrárias, caprichosas, sob pena de incorrer, de forma direta ou indireta, em uma discriminação negativa.

XIII. Devido a diversos fatores econômicos, políticos, sociais, morais e jurídicos, para que as pessoas com deficiência sejam tratadas com igualdade, faz-se necessário criar para elas um regime jurídico especial – proibição de discriminação no emprego, salários e qualquer outra atividade, direito a educação especial, gratuita e, de preferência, integrada com não-deficientes, direito a tratamento adequado, direito a acesso a serviços e edifícios públicos, bem como a viver entre a comunidade – e, para a aplicação deste, novos instrumentos de atuação, tais como auxílio financeiro direto e indireto e aprovação de leis.

XIV. Nessa linha de raciocínio, o art. 93, *caput* e incisos, da Lei nº 8.213/91 prevê o sistema de cotas, mecanismo legal que impõe às empresas a reserva de determinado número de

vagas de emprego às pessoas com deficiência, visando à sua gradual inserção no mercado de trabalho e, conseqüentemente, a concretização do princípio da igualdade em seu aspecto material.

XV. O referido sistema de cotas não deve ser considerado uma violação ao princípio da igualdade, uma vez que decorre de uma discriminação positiva legítima. Além disso, a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho dispõe expressamente 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”.

XVI. Além desses dispositivos, muitos outros garantem o tratamento isonômico às pessoas com deficiência por meio de uma política de ações afirmativas. É o caso do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo, expresso em seu art. 1º, consiste em assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício, pela pessoa com deficiência, dos direitos e das liberdades fundamentais, visando à sua inclusão e cidadania

XVII. O Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu das hipóteses legais de incapacidade absoluta e relativa as pessoas com deficiência mental, de modo que a pessoa com deficiência passou a ser considerada dotada de plena capacidade legal, ainda que, para a prática de determinados atos da vida civil, recorra a institutos assistenciais, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela.

XVIII. Com isso, dissociaram-se os conceitos de incapacidade e deficiência. A pessoa com deficiência não é, por este simples fato, incapaz de praticar os atos da vida civil, como outrora se considerava, mas apenas quando enquadrada em uma das hipóteses legais de incapacidade, mais especificamente no inciso III do art. 4º do Código Civil, isto é, quando estiver, por qualquer motivo, temporária ou permanentemente impossibilitada de manifestar sua vontade. Ainda neste caso, frise-se, a incapacidade da pessoa com deficiência será relativa, e não mais absoluta.

XIX. Quanto ao contrato de trabalho, embora seja esta a denominação preponderante na doutrina e na legislação, mais acertado seria chama-lo de contrato de emprego, pois a expressão “trabalho”, em relação de trabalho, remete a toda e qualquer relação jurídica que tenha por objeto uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano, tais como o contrato de trabalho autônomo, o contrato de trabalho eventual, o contrato de trabalho avulso e o contrato de estágio, e não apenas à relação de emprego. Ainda assim, as expressões contrato de trabalho e contrato de emprego são utilizadas de forma sinônima.

XX. Assim como os demais tipos de contrato, o contrato de trabalho também é pautado na autonomia da vontade, uma vez que pressupõe a liberdade de trabalho, consagrada no art. 5º, inciso XIII, da CF/88. A liberdade negocial, por outro lado, não é plenamente exercida na relação de trabalho, uma vez que existe uma parte hipossuficiente: o empregado.

XXI. Na relação de trabalho, o empregado, na maioria absoluta das vezes dependente da contraprestação oferecida pelo empregador, teme negociar, pelo menos individualmente, os seus direitos, ficando à mercê da vontade do empregador. Por isso, fala-se até do contrato de trabalho como um contrato de adesão.

XXII. A CLT, em seu art. 442, *caput*, conceitua o contrato individual de trabalho como “o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego”. Esta definição, além de incompleta, na medida em que não revela as características do contrato, estabelece uma relação incorreta entre a relação jurídica de emprego e o contrato de emprego.

XXIII. Por isso, prevalece, no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito doutrinário de contrato de trabalho, extraído, por sua vez, dos arts. 2º e 3º da CLT, que, ao definirem as noções de empregador e empregado, respectivamente, traçam os elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam prestação por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

XXIV. A pessoalidade significa que o contrato de trabalho é *intuitu personae* ou personalíssimo em relação ao empregado, ou seja, pactuado em função de suas características pessoais, e que, conseqüentemente, o empregado não pode ser substituído, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

XXV. A onerosidade, por sua vez, significa que o empregado presta serviços mediante o pagamento, pelo empregador, de uma contraprestação denominada de salário. Cumpre ressaltar que o elemento da onerosidade não deve ser aferido somente pelo efetivo pagamento do salário (critério objetivo), mas também pelo *animus* do trabalhador em percebê-lo (critério subjetivo).

XXVI. A permanência ou não eventualidade significa que o empregado presta serviços de forma habitual, ainda que intermitentemente, e vinculada às atividades e necessidades fins do empreendimento empresarial.

XXVII. Por fim, a subordinação consiste no acolhimento, pelo empregado, do poder de direção do empregador, expresso ou implícito nos fins ou na estrutura da empresa, no que toca ao modo de realização da prestação de serviços.

XXVIII. A continuidade e a exclusividade são elementos acidentais ou facultativos, que induzem a constatação da permanência e da subordinação, respectivamente.

XXIX. O contrato de emprego é um contrato típico, nominado, de direito privado, não-solene, bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, de execução continuada, de atividade, *intuitu personae* ou personalíssimo, dotado de alteridade, principal e complexo.

XXX. Os requisitos de validade do contrato de emprego são aqueles enunciados pelo Direito Civil, dada a sua natureza de negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC), além da higidez na manifestação da vontade.

XXXI. Para coibir e sancionar a prática de atos jurídicos viciados, corrigi-los ou extirpá-los, o Direito Civil adotou a chamada teoria das invalidades, que as divide em absolutas e relativas, conforme a gravidade do vício e a importância do interesse a ser resguardado.

XXXII. O Direito do Trabalho possui uma teoria própria de invalidades, segundo a qual, ainda que o ato seja passível de anulação, nos ditames da legislação cível, se ele houver sido praticado com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, será considerado nulo, nos termos do seu art. 9º.

XXXIII. A teoria das nulidades trabalhista pode ser aplicada de forma plena, quando o vício se origina na capacidade das partes ou na forma através da qual o contato de trabalho é celebrado; restrita, hipótese em que haverá uma ponderação com a teoria clássica do Direito Civil, não sendo suprimidos todos os efeitos do contrato viciado nem reconhecidos *ex nunc*; ou não ser aplicada, quando a nulidade verificada afronta um bem jurídico tão relevante que, para a sua própria proteção, não podem ser reconhecidos quaisquer efeitos ao contrato de trabalho viciado, sob pena de incentivar a sua celebração.

XXXIV. A tomada de decisão apoiada tem inspiração na legislação italiana, que, através da Lei nº 6, de 09 de janeiro de 2004, introduziu nos arts. 404 e 413 do seu Código Civil a figura da *amministrazione di sostegno* (administrador de apoio), e na legislação argentina, cujo art. 43 do Código Civil dispõe sobre os *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad* (sistemas de apoio ao exercício da capacidade).

XXXV. A adoção de medidas alternativas como a tomada de decisão apoiada pode ter como escopo a exclusão da curatela do sistema jurídico ou o seu desuso. Todavia, por se tratar a curatela de medida protetiva extraordinária e mais grave, diante do princípio da dignidade humana, a tendência é que a tomada de decisão apoiada ocupe seus espaços, sempre que possível.

XXXVI. A tomada de decisão apoiada é o procedimento através do qual uma 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 decisões sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para tanto.

XXXVII. Os apoiadores fornecem à pessoa com deficiência apoiada os elementos e informações necessários para que ela, por si só, decida com mais segurança sobre a prática de determinados atos da vida civil, sem prejuízo, portanto, da sua capacidade. O termo de apoio e compromisso não retira a capacidade civil da pessoa com deficiência.

XXXVIII. Embora o conceito de tomada de decisão apoiada traga um número mínimo de 2 (dois) apoiadores, entende-se que o juiz pode aceitar a indicação de apenas um apoiador quando não houver outra pessoa apta a exercer o encargo, desde que a indicação seja devidamente justificada e a decisão de seu aceite, fundamentada. Caso contrário, aquela pessoa com deficiência que não mantém vínculo de confiança com mais de uma pessoa idônea – o que é perfeitamente normal – ficará privada da possibilidade de firmar um termo de tomada de decisão apoiada e, portanto, da proteção a ele inerente.

XXXIX. Por óbvio, como o legislador não estipulou um número máximo de apoiadores, o juiz decidirá a respeito, também de forma fundamentada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ou seja, a quantidade e o valor dos bens envolvidos, o grau de necessidade de auxílio etc, com vistas à proteção da pessoa com deficiência e à maior eficácia possível do termo.

XL. Diante da omissão legislativa, entende-se que o apoio, embora, em regra, gratuito, também pode ser prestado de forma onerosa, isto é, mediante compensação pecuniária, mesmo porque, possivelmente, demandará do apoiador tempo e energia.

XLI. Não obstante o art. 1.783-A, *caput*, do Código Civil conceitue a tomada de decisão apoiada como um processo, não se trata de um processo judicial propriamente dito, mas de um procedimento especial de jurisdição voluntária, que se inicia com a apresentação, pela própria pessoa com deficiência, de um termo de apoio e compromisso, no qual devem constar os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

XLII. Não obstante parte da doutrina defenda, através de interpretação ampliada, por se tratar de norma protetora da pessoa humana, a legitimidade dos familiares e do Ministério Público para realizar o pedido de tomada de decisão apoiada, acredita-se que isto iria de encontro à natureza do instituto, que se baseia na autonomia e na capacidade da pessoa com deficiência.

XLIII. O pedido de tomada de decisão apoiada deve ser formalizado por meio de uma petição inicial subscrita por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil

(OAB), com os requisitos de praxe constantes dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil, além da demonstração médica da condição de deficiência, devendo ser dirigida à Vara de Família.

XLIV. Recebida a petição inicial, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, deverá ouvir o requerente, os apoiadores e o Ministério Público, como *custus legis*, e, em seguida, decidir acerca do pedido de tomada de decisão apoiada, indicando, expressamente, os limites do apoio a ser prestado àquela pessoa, consideradas as suas particularidades, as suas vontades e as suas preferências.

XLV. Também decidirá o juiz, após ouvido o Ministério Público, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, quando houver divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores.

XLVI. Poderá chegar ao fim o acordo firmado em procedimento de tomada de decisão apoiado por solicitação, a qualquer tempo, de uma das partes, isto é, do apoiado ou do apoiador, ou por destituição deste, em razão de negligência (aqui compreendida a culpa em sentido amplo, isto é, negligência, imprudência ou imperícia), pressão indevida ou inadimplemento das obrigações assumidas, apurado a partir de denúncia feita pelo próprio apoiado ou por pessoa interessada.

XLVII. Sendo o término do acordo solicitado pelo apoiador ou sendo este destituído, será o apoiado instado a indicar outra pessoa, caso deseje prosseguir com o apoio.

XLVIII. O art. 1.783-A, §4º, do Código Civil, reconhece a validade do ato ou negócio jurídico praticado com apoio, enquanto o §5º do mesmo dispositivo legal traz um mecanismo que possibilita maior segurança jurídica para a outra parte, qual seja a contra-assinatura pelos apoiadores.

XLIX. O termo de apoio e compromisso é compatível com o contrato de trabalho, pois não altera as suas características ou a sua classificação, tampouco macula seus requisitos de validade.

L. Por fim, o uso do termo de apoio e compromisso na área trabalhista, seja na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, é possível e até vantajoso para o empregado e para o empregador.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Tomada de decisão apoiada*. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, n° 92 (out/dez 2015). p. 83-96.
- AMIRALIAN, Maria LT, et al. *Conceituando deficiência*. In: Revista de Saúde Pública, 2000, 34.1: 97-103. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/rsp/v34n1/1388>. Acesso em: 30 out. 2017.
- ARANHA, Maria Salete Fábio. *Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência*. Revista do Ministério Público do Trabalho, 2001, 11.21: 160-173. Disponível em: http://devotuporanga.edunet.sp.gov.br/OFICINA/Educa%C3%A7%C3%A3oEspecial_PARADIGMAS_DA_RELAC%C3%87%C3%83O_DA%20SOCIEDADE_COM%20_AS_PESSOAS_COM_DEFICI%C3%8ANCIA_19abril_2012.pdf. Acesso em: 30 out. 2017.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011. 148 p. Disponível em http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Acesso em: 01 nov. 2017.
- _____. COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência–EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades*. Revista dos Tribunais, 2015, 65-80. Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/upload/noticia/O%20ESTATUTO%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIENCIA%20-%20EPCD.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.
- ARGENTINA. *Código Civil*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>. Acesso em: 23 dez. 2017.
- ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. 904 p.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público*. In: Advocacia Pública & Sociedade, v. 1, n. 1, p. 13-38, 1997.
- Biografia de Louis Braille. Disponível em: <http://www.projetoacesso.org.br/site/index.php/deficiencia-visual-conceituacao/braille/biografia-louis-braille>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.
- _____. *Convenção n° 159 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. *Decreto n° 914, de 06 de setembro de 1993*. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. *Decreto n° 3.048, de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. *Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Regulamenta a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. *Decreto n° 5.296, de 02 de dezembro de 2004*. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. *Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. *Decreto n° 24.559, de 03 de julho de 1934*. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24559impressao.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. *Decreto-Lei n° 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. *Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. *Decreto Legislativo n° 186, de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. *Emenda Constitucional n° 01, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. *Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. *Lei n° 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. *Lei n° 6.019, de 03 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em: 16 fev. 2018.

_____. *Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. *Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. *Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. *Lei n° 10.098, de 19 de dezembro de 2000*. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. *Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Vade Mecum Compacto Saraiva. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei n° 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 377*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27377%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27377%27).sub). Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Acórdão no Recurso Ordinário 01252-2008-007-05-00-9. Rel. Cláudio Brandão. Publicado no DEJT. 09.12.2009.* Disponível em: <https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7450196/recurso-ordinario-record-1252005520085050007-ba-0125200-5520085050007-trt-5/inteiro-teor-13095356>. Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. *Acórdão no Recurso Ordinário 00494-2007-011-16-00-3. Rel. Juiz José Evandro de Souza. Publicado no DEJT. 12.12.2008.* Disponível em: <https://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19534086/199200701916008-ma-00199-2007-019-16-00-8/inteiro-teor-19534087?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação jurisprudencial nº 199 da Sessão de Dissídios Individuais 1.* Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=1&idarea=1&idmodelo=23488>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 85.* Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 159.* Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-159. Acesso em: 02 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 363.* Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363. Acesso em: 14 dez. 2017.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CISZEWSKI, Ana Claudia Vieira de Oliveira. *O trabalho da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: LTr, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BELTRAN, Ari Possidonio; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DISTRITO FEDERAL. 16ª Vara Federal. *Ação Civil Pública nº 0064350-31.2011.4.01.3400*. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 15 jan. 2018.

“Eugenia”, in Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eugenia-2/>. Acesso em: 06 nov. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado (BFD): artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. *Direitos humanos e proteção jurídica da pessoa portadora de deficiência: normas constitucionais de acesso e efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2002.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 out. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano, 2016, 21. Disponível em: http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:V_uCL-NZEoQJ:scholar.google.com/+%C3%89+o+fim+da+interdi%C3%A7%C3%A3o&hl=pt-PT&as_sdt=0,5. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

“Idôneo”, in Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/idoneo/>. Acesso em: 24 dez. 2017.

ITÁLIA. Tribunal de Milão. *Amministrazione di sostegno*. Disponível em: https://www.tribunale.milano.giustizia.it/index.phtml?Id_VMMenu=447&daabstract=341. Acesso em: 23 dez. 2017.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência: (à luz da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e do Estatuto das Pessoas com Deficiência - Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9. ed. São Paulo: Manole, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Trabalhador intermitente, desempregado permanente*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/trabalhador-intermitente-desempregado-permanente>. Acesso em: 15 dez. 2017.

MARTINEZ, Luciano. *A terceirização na Reforma Trabalhista de 2017 (The Outsourcing in the Brazilian Labor Reform of 2017)*. In: D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. (Org.). *Direito do Trabalho, Direito Penal do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e a Reforma Trabalhista: Edição comemorativa dos 10 anos do IPEATRA*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2004.

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: 22 dez. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. Resolução nº 2.542/75. *Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em:

http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao_pessoa_scomdeficiencia.pdf. Acesso em: 02 nov. 2017.

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

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

_____. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol 6. ano 3. p. 37-54. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2016.

_____. *Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades*.

Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87543/2015_requiao_mauricio_estatuto_pesoa.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 out. 2017.

ROSENVOLD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. Disponível em:

<https://www.facebook.com/1407260712924951/photos/a.1409630052688017.1073741828.1407260712924951/1462502307400791/?type=3>. Acesso em: 22 dez. 2017.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. *Direito do Trabalho*. 19. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

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-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp/politicas-de-acao-afirmativa-etnico-raciais-nos-concursos-do-ministerio-publico-o-papel-do-cnmp-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. SASSAKI, RK. Vida independente; História, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003, 12-16. Disponível em:

<http://www.saberes.com.br/congressoSalto/oficinas/of-3-e-9-/Terminologia-de-deficienciaII-Romeu-sasaki.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: Análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2010.