SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

THE REFRAMING OF THE INDIVIDUAL WORKING CONTRACT OF THE PERSON WITH DISABILITY IN THE LIGHT OF THE OBJECTIVE GOOD FAITH PRINCIPLE

Veronica Calado [1]
Flávio Augusto de Oliveira Santos [2]

Resumo

A inclusão do trabalhador com deficiência no mercado formal de trabalho brasileiro é a temática na qual se insere a discussão sobre a ressignificação do cumprimento de cotas à luz do principio da boa-fé objetiva. A investigação tem como objetivo analisar em que medida este princípio impõe às empresas deveres jurídicos anexos (laterais) capazes de promover melhor atendimento das necessidades especiais decorrentes da contratação de trabalhadores com deficiência. Adotou-se o método dedutivo analítico-crítico de pesquisa, a partir de investigação bibliográfica.

Palavras-chave: Inclusão do trabalhador com deficiência, Ações afirmativas, Cotas no mercado de trabalho, Princípio da boa-fé objetiva

Abstract/Resumen/Résumé

The inclusion of the working person with disability into the Brazilian formal working Market is the theme in which the discussion about the resignification of the enforcement of quotas in light of the objective good faith principle is inserted. This investigation pretends to analyze in what measure this principle imposes to business lateral juridical obligations that are capable to promote a better fulfillment of the special needs that are due to the employment of people with disability. The deductive analytic-critic methodology was adopted in this research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inclusion of the working person with disability, Affirmative actions, Quotas in the working market, Goof faith principle

[1] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Integrante do grupo de pesquisa "A tutela jurídica do trabalhador com deficiência".

[2] Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania, pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho da pessoa com deficiência foi especialmente tutelado no artigo 7º inc. XXXI da CF/88, que assegura aos trabalhadores, urbanos e rurais, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência. No setor privado a reserva de empregos para pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social decorre da previsão contida no art. 93 da Lei 8.213/1991.

A importância da adoção de ações afirmativas voltadas para a garantia de acesso de pessoas com deficiência ao mercado formal de trabalho é inestimável, especialmente se considerarmos que o desemprego não gera consequências apenas no que diz respeito à (falta) de renda. A exclusão de pessoas com deficiência do mercado formal de trabalho parece estar intimamente relacionada com a diminuição do espectro de liberdade e de autonomia individual das pessoas. Vale dizer, a exclusão social não se coaduna com os fundamentos (art. 1º CF/88) e objetivos (art. 3º CF/88) da República Federativa do Brasil. Ocorre que a realidade vem demonstrando que a garantia de acesso ao mercado de trabalho, por si só, não vem sendo suficiente para que se verifique a verdadeira integração dos trabalhadores com deficiência ao meio ambiente laboral. O preconceito e a discriminação ainda se apresentam como grandes entraves à sua inclusão. Mas não só isso: a ausência de acessibilidade, a baixa escolaridade e a ausência de qualificação profissional também interferem negativamente nesse processo.

Assim sendo, partindo-se de uma nova concepção de sistemática jurídica, a qual em decorrência do papel exercido pelas cláusulas de abertura do sistema exige para além do cumprimento literal da lei, a realização do Direito, e a partir da adoção do método dedutivo analítico-crítico de pesquisa, questiona-se no presente trabalho *em que medida a interpretação do princípio da boa-fé objetiva impõe às empresas obrigadas ao cumprimento do art. 93 da Lei 8.213/1991 deveres jurídicos no sentido de atender as necessidades especiais decorrentes da contratação de trabalhadores com deficiência?*

2 A OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Antes de iniciar a discussão sobre o significado da abertura do sistema faz-se necessário reconhecer a distinção entre os conceitos de ordenamento jurídico e de sistema. Quando nos deparamos com a expressão “ordenamento jurídico” isso quer significar o conjunto de normas vigentes elaboradas de acordo com regras de produção legislativa. Trata-

se, portanto, de conceito relacionado ao plano de validade das normas. A conceituação de sistema, por sua vez, dependerá do reconhecimento da existência de uma unidade material entre as normas válidas, o que, se constatado, permitirá (ou não) o seu agrupamento. Nesse sentido, é possível que o ordenamento possa ser caracterizado como assistemático, mono ou polissistemático (BARACAT, 2003, p. 55-57).

E o sistema que, por sua vez, pode se configurar em modelos aberto ou fechado.

O modelo fechado apresenta operações hermenêuticas de natureza lógica e, portanto, "imunes a condicionantes conjunturais" (NEGREIROS, 1998, p. 162). É considerado autorreferencial na medida em que só reconhece o seu próprio conteúdo como fonte de produção do Direito.

O sistema aberto, ao contrário, admite a interferência de valores externos, que podem ser extra ou intersistêmico. Também denominado de sistema de autorreferência relativa, este modelo privilegia a aproximação do Direito com a realidade ao permitir que o julgador acesse os mais variados sistemas dentro de uma mesma ordem jurídica, integrando-os, para assim, encontrar a solução mais adequada ao caso concreto. Segundo Teresa NEGREIROS (1998, p. 163-166) a necessidade da adoção da sistemática aberta pode ser observada em decorrência de alguns fatores, a saber: mudanças sociais, quebra da centralidade da legislação e de sua unidade, mudanças na formatação social, as quais repercutem na metodologia, a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e, ainda, mas não menos importante, o novo papel assumido pela Constituição.

Como se pode ver, as demandas sociais contemporâneas não nos deixam acreditar na falácia de que um documento jurídico, seja ele qual for (*p. ex.* o contrato, a lei ou o código) contenha o Direito. Assim é que a ideologia da subsunção lógico-formal vem perdendo cada vez mais espaço, permitindo que o princípio da boa-fé, cânone hermenêutico-integrativo do sistema, produza o Direito a partir de uma lógica indutivo-axiológica (BARACAT, 2003, p. 57-63).

2.1 BOA-FÉ OBJETIVA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES

O lineamento do princípio da boa-fé objetiva, no Brasil, se dá a partir da previsão contida nos artigos 133, 187 e 422 todos do Código Civil (CC/02), bem como em decorrência da previsão contida nos artigos 4º inciso III e 51 inciso IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Vale dizer, muito embora não traga a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) qualquer menção a este princípio, não há dúvidas acerca de sua aplicabilidade no

âmbito negocial trabalhista (BARACAT, 2003. p. 241), na medida em que se reconhece o afluxo principiológico de outros sistemas como decorrência lógica da abertura do sistema.

O conceito de boa-fé objetiva vincula-se à ideia de relativização da autonomia privada, que passa a ser mitigada pela criação de deveres anexos (ou obrigações laterais) que devem nortear o comportamento de todos os contratantes. E, de uma maneira geral, pode-se dizer que seria uma das "condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam" (REALE, 2003, p. 77).

Importante destacar que a boa-fé possui duas acepções. A primeira nos informa o seu caráter subjetivo, e significa um estado de consciência ou o convencimento individual que, por sua vez. Normalmente é relacionada com o estudo dos direitos reais. Sob este viés caberá ao intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica analisada, para assim verificar a existência ou não da boa-fé no caso concreto. Trata-se, portanto, de uma condição psicológica, um estado de ignorância ou desconhecimento que passa a merecer especial proteção do Direito.

Completamente diferente da primeira é a acepção de boa-fé objetiva. Esta se relaciona com o reconhecimento de um modelo de conduta, arquétipo ou *standard* jurídico a partir do qual passa a ser exigível dos contratantes, durante todas as fases do negócio jurídico, um verdadeiro ajustamento ao que venha a ser considerado o arquétipo social de probidade, honestidade e retidão (MARTINS-COSTA, 1999. p. 409-412). Trata-se de um princípio cuja análise não se vincula ao estado psicológico da parte, porque avalia apenas e tão somente o seu comportamento em relação aos padrões éticos vigentes. A boa-fé, enquanto princípio, "se impõe aos contratantes, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte" de onde se vincula à análise dos elementos externos (não subjetivos) da relação "para aferir-se a retidão da conduta, do comportamento, perpetrado pelas partes, diante das circunstâncias do caso concreto" (SILVA; MATOS, p. 8). Assim sendo, o descumprimento da boa-fé *objetiva* não caracteriza má-fé, mas sim, a ausência da boa-fé. Esta é a razão pela qual se diz que a mesma "não é susceptível de gradação quantitativa: ou se atua de boa-fé, observando-se os correspondentes deveres de conduta, ou não" (BARACAT, 2003. p. 219).

Pode-se dizer que o princípio da boa-fé seja de fundamental importância para a compreensão do profundo processo de modificação que o direito privado vem sofrendo na contemporaneidade. Isso porque apresenta o direcionamento ético necessário para que o contrato deixe de ser observado como um processo estático, para passar a ser observado como um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas, as quais decorrem do reconhecimento da

criação de deveres anexos ou laterais decorrentes do reconhecimento da necessidade de se promover a limitação da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 1999. p. 454). Vale lembrar, a tutela da justa expectativa, além de estabilidade gera maior segurança aos negócios jurídicos ao evitar condutas que caracterizem o abuso de direito.

Este princípio atua como verdadeira fonte de integração do Direito, permitindo que o contrato deixe de ser observado como um instrumento negocial economicamente neutro (NEGREIROS, 1998, p. 191). Sendo assim, "implica uma atividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face, o sistema global e o caso a resolver" (CORDEIRO, 2007, p. 43), ou seja, trata-se de domínio jurisprudencial a correta definição de sua extensão. Mesmo em face do reconhecimento de seu alto grau de generalidade a interpretação sempre exigirá que o julgador encontre, diante do caso concreto, a solução que vincule a declaração de vontade expressada por intermédio do contrato com as noções de proteção, lealdade e a confiança. Tais valores, não podem ser afastados nem mesmo pela vontade das partes.

A criação de deveres anexos à relação negocial também pode ser apontada como uma importante função desempenhada por este princípio. É a boa-fé objetiva que permite o reconhecimento de dois deveres prestacionais em um contrato: deveres principais e acessórios. Os deveres principais constituem-se como núcleo das relações obrigacionais. Os deveres secundários (anexos ou laterais) podem apresentar-se como i) meramente acessórios (asseguram o cumprimento do dever principal) ou ii) deveres secundários com prestação autônoma, que podem ser autônomos ou coexistentes em relação à prestação principal como, por exemplo, o dever de garantir a coisa. Em linhas gerais, reconhece-se em tais deveres a instrumentalização necessária para o cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos em todas as fases contratuais. São exemplos deveres instrumentais o dever de cuidado, previdência e segurança; o dever de aviso e esclarecimento; o dever de informação; o dever de colaboração e cooperação; os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte e ainda, deveres de omissão e segredo (MARTINS-COSTA, 1999. p.437-440). Nota-se que em todos os casos mencionados, meramente exemplificativos, é possível verificar a existência de função auxiliar a qual se volta para a realização positiva das finalidades contratuais ou de proteção dos bens envolvidos.

O descumprimento de tais deveres configura violação positiva do contrato, também denominado de adimplemento ruim (CORDEIRO, 2007, p. 594-602).

3 RESSIGNIFICAÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

No Brasil, o princípio da igualdade é expressamente assegurado por força de previsão nos artigos 3º inciso IV, 5º *caput* e 7º inciso XXX todos da CF/88; bem como nos artigos 5º, 373-A e 461 da CLT. Como corolário deste princípio a inclusão da pessoa com deficiência ganhou destaque em nosso ordenamento jurídico à luz do regramento contido nos artigos 7º inciso XXXI, e 37 inciso VIII ambos da CF/88; artigo 93 da Lei 8.213/1991 e, mais recentemente, com a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que reforça este ideário de justiça e inclusão social. Essas garantias são plenamente justificáveis diante do reconhecimento de que a mera proibição da discriminação não venha sendo suficiente para consolidar o processo de inclusão desta que é considerada uma das maiores minorias do mundo (ONU). E, dentro da constatação de que o direito do trabalho constitua eficiente política de distribuição de renda, e, consequentemente autonomia e liberdade dentro do sistema capitalista (GODINHO, 2008, p. 505), é possível dizer que o mesmo seja, em alguma medida, responsável pela realização da própria dignidade humana.

Diante da constatação de que apenas a proibição da discriminação venha se mostrando suficientemente capaz de promover e consolidar o processo de inclusão dos trabalhadores com deficiência, o acesso de tal grupo ao mercado de trabalho passou a ser garantido por intermédio de ações afirmativas, tanto no setor público, quanto no privado

No setor privado, a reserva de vagas para pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social decorre da previsão contida no artigo 93 da Lei 8.213/1991. Essa regra impõe a compulsoriedade da contratação e manutenção de trabalhadores nas condições acima mencionadas para as empresas com 100 (cem) ou mais empregados, em percentual variável entre 2% a 5% - a depender do número total de funcionários. Segundo Maurício Godinho DELGADO e Gabriela Neves DELGADO (2014, p. 686) o sistema de cotas "integra-se com plenitude à diretriz constitucional antidiscriminatória" isso porque espelhando política pública de afirmação acaba por efetivar, ainda que indiretamente, outros tantos direitos.

Importante destacar que o trabalhador com deficiência, uma vez contrato, submete-se ao mesmo regime jurídico aplicável aos demais trabalhadores. Afastando-se do viés assistencialista que durante muito tempo prevaleceu nas políticas públicas a eles destinadas, a partir da nova compreensão acerca das limitações tornou-se corrente o entendimento de que as restrições individuais devem ser superadas por intermédio da remoção de obstáculos e barreiras. Promovida a superação, aí sim, torna-se exigível o tratamento isonômico.

Muito embora em teoria seja este o entendimento predominante nas discussões sobre o tema, a verdade é que o mercado de trabalho vem se mostrando cada vez mais restritivo para trabalhadores com deficiência, o que compromete significativamente o seu acesso e permanência nas empresas e demais instituições. Esse fato pode ser justificado por vários motivos, dentre os quais se destacam a falta de qualificação profissional adequada, preconceito e, principalmente a falta de esclarecimento por parte dos empregadores. Dentro deste contexto, ingressaremos na parte final da pesquisa para discutir a necessidade de ressignificação do cumprimento do contrato individual de trabalho da pessoa com deficiência à luz do reconhecimento dos deveres anexos decorrentes da adoção da boa-fé objetiva.

Assim, o princípio da boa-fé - compreendido como um modelo de comportamento, um *standard* ou um arquétipo social (MARTINS-COSTA, 1999. p. 274) – desempenha importante função no contexto da contratação de trabalhadores, porque para além dos deveres principais inerentes ao contrato individual de trabalho, submeterá as partes ao cumprimento de deveres secundários (anexos, laterais ou instrumentais) – os quais não precisam ser expressos, na medida em que decorrem diretamente do reconhecimento da boa-fé objetiva. Ao aplicar-se o conceito de boa-fé objetiva ao contrato individual de trabalho é possível observar que este tenha por escopo assegurar aos contratantes (ambos os polos do negócio jurídico) uma proteção contra a frustração de expectativas, quebra da confiança ou, ainda, abuso de direito, permitindo uma verdadeira ressignificação do cumprimento da reserva de cotas – que deixa de ser visto apenas sob seu viés gramatical ou literal, passando a ser exigível em termos finalísticos. A ressignificação decorrente do reconhecimento e adoção boa-fé objetiva ganha destaque no cenário *juslaboral* porque só considera o adimplemento contratual quando este se der em "caráter ótimo", ou seja, com a observância dos deveres principais e dos acessórios.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações contratuais, na pós-modernidade, vêm sendo marcadas por notas de alta complexidade e dinamismo. Assim, a hermenêutica tradicional, voltada para a aplicação de metodologias literalistas vem sendo substituída pela adoção de visão holística do contrato, o qual dá menor ênfase à autonomia privada para reconhecer a necessidade que este venha a cumprir função social.

A boa-fé objetiva autoriza o reconhecimento de um complexo de direitos e deveres, principais e secundários, que vão para muito além da sujeição, ônus e expectativas previamente entabuladas pela via contratual. No campo negocial trabalhista o reconhecimento

deste princípio permite ao intérprete verificar adimplemento contratual sob um novo viés, na medida em que para além das obrigações principais, exigirá o cumprimento dos deveres secundários, vinculados à ideia de proteção, informação e lealdade. Caso inobservados tais deveres, diz-se que configurada a violação positiva do contrato ou o adimplemento ruim. Vale dizer, somente por intermédio do cumprimento substancial do contrato (que incluirá tanto deveres principais, quanto os acessórios) é que se pode ver alcançada a finalidade econômico-social dos contratos (NEGREIROS, 1998, p. 136).

Partindo-se da constatação de que a boa-fé objetiva atue no âmbito negocial trabalho para ampliar os deveres das partes, constata-se a necessidade de que seja promovida verdadeira ressignificação do cumprimento das normas que impõem reserva de cotas para trabalhadores com deficiência nas empresas. Assim, não bastará o ingresso de tais trabalhadores no mercado de trabalho, porque o seu adimplemento dependerá da observância dos deveres anexos (portanto, de proteção, esclarecimento e lealdade), os quais não precisam constar de forma expressa do contrato de trabalho individual de trabalho porque decorrem diretamente do operatividade da boa-fé objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Boa-fé no direito civil**. Almedina, Porto, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: RT, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. 2. ed.. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Michael César; DE MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. **Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo:** uma releitura na perspectiva civil-constitucional. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11197230> Acesso em: 25 ago. 2016.