



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima

**DA INSERÇÃO COMPULSÓRIA DE TRABALHADORES NO
MERCADO DE TRABALHO: UMA PERSPECTIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA

2011

ANA KARMEN FONTENELE GUIMARÃES LIMA

**DA INSERÇÃO COMPULSÓRIA DE TRABALHADORES NO
MERCADO DE TRABALHO: UMA PERSPECTIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima.

FORTALEZA

2011
ANA KARMEN FONTENELE GUIMARÃES LIMA

**DA INSERÇÃO COMPULSÓRIA DE TRABALHADORES NO
MERCADO DE TRABALHO: UMA PERSPECTIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito.

Dissertação aprovada em ____/____/____

Apresentada à Banca Examinadora, integrada pelos professores:

Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima – Universidade Federal do Ceará
(orientador)

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti – Universidade Federal do Pernambuco

Prof. Dr. Emmanuel Téofilo Furtado - Universidade Federal do Ceará
(examinador)

À minha querida mãe, mais uma vez e sempre.

AGRADECIMENTOS

Pela conclusão deste trabalho tenho muitas pessoas a quem destino minha gratidão e carinho. São tantas que participaram deste momento tão importante em minha vida, que não posso deixar de mencioná-las. Embora citar todas seja tarefa impossível, permito-me destacar aquelas que tiveram uma presença significativa.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, criador de todas as coisas, que com seu infinito amor, encheu a minha vida de bênçãos maravilhosas. Ainda quando tudo parecia difícil, quando um obstáculo se mostrava intransponível, senti sua presença ao meu redor, conduzindo-me ao melhor caminho e à superação. A Ele, agradeço também as pessoas que me cercam, especialmente aquelas que influíram em minha formação, e trouxeram para meu viver a alegria e a determinação.

Agradeço também a minha família. À minha amada mãe e aos meus irmãos, Kariny e Júnior, pelo apoio prestado nos momentos mais difíceis de minha jornada e por compartilharem um amor tão belo comigo; ao pequeno Daniel, que, embora ainda não tenha chegado, mas desde sua concepção já enche meus dias de uma felicidade imensurável.

Ao meu pai, *in memoriam*. Embora tenha partido tão cedo para perto do Santíssimo, sinto sua energia e seu afeto perto de mim, instrumentos que me auxiliam a viver na saudade da precoce separação e que me dão a força necessária para contornar as dificuldades que surgem no dia a dia.

À Faculdade de Direito do Ceará, que há mais de um século forma não somente operadores do Direito, mas talentos jurídicos de expressão nacional e internacional. Muito do que sou e tenho hoje devo a esta Faculdade: a carreira que decidi abraçar com fervor, meus melhores amigos, meus mestres. Espero um dia retornar a seus quadros como professora efetiva.

Aos alunos da minha turma de mestrado, pela companhia inestimável. Sentirei falta dos encontros, das risadas. Espero que tenha sido apenas o começo de uma longa amizade, principalmente com Raimundo Frutuoso Júnior, Andrea, Carla Sofia, Priscila, Bruno, Miguel, Vinícius, Marcus, Newton, Luciana e Davi.

Ao professor João Luis Nogueira Matias, pela dedicação ao curso de mestrado em Direito. Certamente, o aperfeiçoamento institucional pela qual passa o curso deve muito ao seu trabalho sério e competente.

À Secretaria do curso de mestrado em Direito, na pessoa de Marilene, pela imensa disponibilidade e atenção com que sempre nos atende.

Aos meus valiosos amigos que a vida me presenteou, Rebeca Teixeira, Bhárbara Luiza, Brenno Menezes. Como é bom tê-los comigo, em todos os momentos. Terei sempre um débito de gratidão pelo carinho com que sempre me tratam. O bem que lhes devoto é impossível de ser descrito em algumas palavras.

À Comarca de Chorozinho, nas pessoas de Dr. Giancarlo Antoniazzi, Othon, Davi, Gisele, Caroline, Lekinha, Wagno, D. Luizinha; e à Promotoria, nas pessoas de Dra. Maurícia Mamede, Gisele e Roberta. Todos participaram deste momento em minha vida. Só tenho a agradecer pela força e pelo incentivo.

Ao professor Dr. Gérson Marques, pela orientação, pela paciência e pelos inúmeros incentivos ao longo da realização desta dissertação. Sua dedicação na área jurídica, não somente vislumbrada na Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região, mas a frente do GRUPE, grupo de extensão da UFC, constituído em prol da defesa das instituições trabalhistas, em que ingressei ainda em 2009, fascina a todos que tem a sensibilidade pelo justo, pelo social, pela defesa dos direitos do trabalhador. E, inspirada em sua luta e determinação, vou tentando seguir os mesmos passos, aproveitando-me de seus ensinamentos e conquistas para traçar um caminho também dedicado ao trabalhismo.

Ao professor Dr. Emmanuel Teófilo Furtado, por aceitar prontamente o convite de integrar a Banca Avaliadora desta dissertação.

Ao professor Dr. Ivo Dantas, pela imensa e gratificante honra em contar com sua presença neste momento tão especial em minha vida acadêmica.

A todos aqueles que, de alguma forma, auxiliaram-me na realização desta dissertação.

“Sonho que se sonha só pode ser pura ilusão. Sonho que se sonha juntos é sinal de solução. Então, vamos sonhar ligeiro, sonhar em mutirão”. (Leonardo Boff)

RESUMO

Apesar da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador ser contratual, o que, a princípio, confere autonomia às partes para celebrar negócios jurídicos, pode-se constatar situações em que o Estado, além de regular o conteúdo do contrato de trabalho, faz-se presente no momento da sua própria formação, impondo que as empresas admitam compulsoriamente determinados trabalhadores. Tais contratações ora são determinadas como reserva de mercado para aqueles que, de outra forma, dificilmente conseguiriam emprego, ora como interesse da sociedade, que requer o exercício de certas atividades por quem, além da competência legal que lhe é conferida, possua formação científica para praticá-las. Pretende-se constatar que os fundamentos que norteiam as admissões compulsórias estão relacionados à efetividade dos direitos fundamentais, particularmente os sociais, traduzindo um novo enfoque sob o qual devem se orientar as relações jurídicas privadas contemporâneas: a promoção daqueles direitos. Tais contratações encontram-se inseridas num contexto em que a solidariedade deve presidir as relações da sociedade. O individualismo não é mais aceito no âmbito dos direitos fundamentais. Embora o Estado pretenda promover o bem-estar social e de trabalhadores, verifica-se que as contratações compulsórias trabalhistas não mitigam a iniciativa privada. Há uma parcela de autonomia e liberdade que se harmoniza com os interesses pretendidos pelo legislador. Nesse sentido, encontra-se definida a ordem econômica brasileira, que tem suas bases em dois fundamentos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Palavras-chave: Contratação trabalhista compulsória. Reserva de mercado. Dignidade do trabalhador. Interesse da sociedade. Direitos fundamentais sociais.

RÉSUMÉ

Malgré la nature juridique de la relation entre l'employeur et l'employé est de nature contractuelle, qui, en principe, donne l'autonomie aux parties de conclure des transactions juridiques, peut voir des situations où l'État, plus que réglementer le contenu du contrat de travail, il est présent au moment de leur formation, exigeant que les entreprises obligatoirement admettre certains employés. Ces contrats sont, soit le marché de certains comme une réserve pour les personnes qui, autrement, il est difficile à utiliser, ainsi que les intérêts de la société, qui exige l'exercice de certaines activités, par qui, outre le pouvoir légal d'elle, d'avoir une formation scientifique les pour suivre. Il est à noter que les principes fondamentaux régissant l'obligation d'admissions sont liées à l'efficacité des droits fondamentaux, notamment sociaux, en traduisant une nouvelle approche sous laquelle doivent se guider les relations juridiques privées contemporains : la promotion de ces droits. Ces contrats sont entrés dans un contexte que la solidarité doit régir les relations de la société. L'individualisme n'est plus acceptée comme faisant partie des droits fondamentaux. Bien que l'Etat entend promouvoir le bien-être et les travailleurs, il apparaît que l'embauche d'un travail obligatoire ne pas atténuer le secteur privé. Il ya une partie de l'autonomie et de liberté qui est en harmonie avec les intérêts poursuivis par le législateur. En ce sens, est défini l'ordre de l'économie brésilienne, qui est basée sur deux fondements: la valorisation du travail et de la libre entreprise.

Mot principales: Contractes du travail obligatoires. Système de quotas. Dignité des travailleurs. Intérêt de la société. Les droits sociaux fondamentaux.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac	Acórdão
AC	Ação Cautelar
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
CAT	Comunicação de Acidente de Trabalho
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CF	Constituição Federal
CFE	Conselho Federal de Farmácia
CFQ	Conselho Federal de Química
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CREA	Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CRF	Conselho Regional de Farmácia
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DJ	Diário da Justiça
DJPR	Diário da Justiça do Paraná
DOE	Diário Oficial do Estado
DOERS	Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul
DSST	Divisão de Saúde e Segurança do Trabalho
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FENAJ	Federação Nacional dos Jornalistas
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
HC	Habeas Corpus
LDB	Lei das Diretrizes e Bases da Educação
MC	Medida Cautelar
MPT	Ministério Público do Trabalho
MS	Mandado de Segurança
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PAT	Programa de Amparo ao Trabalhador
PCMSO	Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
PPRA	Programa de Prevenção de Riscos Ambientais
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista

SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SERTESP	Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo
SESI	Serviço Social da Indústria
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 O CONTRATO DE TRABALHO NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	18
1.1 Considerações iniciais	18
1.2 Natureza jurídica da relação de emprego	19
1.2.1 Teorias contratualistas	20
1.2.2 Teorias anticontratualistas	22
1.2.3 Teoria acontratualista	24
1.2.4 Vínculo contratual entre empregado e empregador	24
1.3 A liberdade contratual: a relevância da autonomia da vontade na formação do contrato e suas limitações	26
1.4 A autonomia contratual no contrato de trabalho	31
1.5 Novos paradigmas para o direito privado: a constitucionalização do direito civil	34
2 A CONTRATAÇÃO TRABALHISTA COMPULSÓRIA: CONTEXTO, FUNDAMENTOS E FINALIDADE	48
2.1 Problematização	48
2.2 O Estado no contexto liberal, social e social-democrático: a mudança na postura intervencionista estatal e sua ingerência nas relações privadas	49
2.3 A contratação compulsória determinada pela condição do trabalhador: garantia de uma existência digna através da reserva de mercado de trabalho	57
2.4 A contratação compulsória voltada para a qualificação do trabalhador	65
2.5 A contratação compulsória determinada pela preservação do bem-estar da sociedade	67
2.6 A realização de direitos fundamentais (sociais) nas contratações trabalhistas compulsórias	75
2.7 Contratações trabalhistas compulsórias e a ordem econômica na CF/88: entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho	81
3 CASOS DE CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS COMPULSÓRIAS	88
3.1 Propedêutica	88
3.2 O portador de deficiência	89
3.2.1 Conceito	89
3.2.2 Considerações acerca da história dos portadores de deficiência na sociedade:	93

estudo sobre o contexto para instituição dos regimes de reserva de mercado de trabalho	
3.2.3 O sistema de reserva de mercado de trabalho do portador de deficiência no Brasil: caso de contratação compulsória	97
3.3 O aprendiz	106
3.3.1 Breves considerações acerca da história do trabalho do menor	107
3.3.2 O menor aprendiz empregado: caso de contratação compulsória	116
3.4 O farmacêutico	120
3.4.1 A importância do profissional farmacêutico: garantia do direito à saúde	120
3.4.2 A contratação compulsória do farmacêutico	123
3.5 O químico	130
3.5.1 A importância do químico: uso da ciência e da tecnologia em favor da sociedade	131
3.5.2 A contratação compulsória do químico	132
3.6 O professor	136
3.6.1 O professor com titulação de mestre ou doutor: A necessidade de se impor sua contratação compulsória no ensino superior	137
3.6.2 Ensino superior: contratação compulsória de professor	144
3.7 O jornalista	147
3.7.1 A liberdade de imprensa x a liberdade de ofício: discussões acerca da exigência do profissional jornalista na divulgação de informações	147
3.7.2 A contratação de jornalistas pelas empresas: uma exigência que interessa à sociedade	155
3.7.3 A exigência do diploma de jornalismo: comentários acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 511961.	159
3.8 Outros casos	168
4 CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS COMPULSÓRIAS E OS (DES)CAMINHOS DA REALIDADE: PROBLEMÁTICAS, PROPOSTAS E MEIOS DE CONTROLE	182
4.1 Delimitação do problema	182
4.2 As contratações trabalhistas compulsórias e a problemática da efetividade dos direitos fundamentais sociais	183
4.3 Contratações trabalhistas compulsórias e terceirizações ilícitas: a precarização do trabalho na Administração Pública e o (des)compromisso do Estado na efetividade das normas.	193
4.4 O Consórcio de empregadores nas contratações trabalhistas compulsórias: compatibilidade?	198
4.5 Instrumentos de controle e fiscalização das contratações trabalhistas compulsórias	203
4.5.1 Ministério Público	203
4.5.2 O papel do Poder Judiciário	209

4.5.3	Outros instrumentos de proteção do trabalhador e de controle das contratações compulsórias	214
--------------	--	-----

	CONSIDERAÇÕES FINAIS	218
--	-----------------------------	-----

	REFERÊNCIAS	226
--	--------------------	-----

	ANEXO	239
--	--------------	-----

INTRODUÇÃO

A despeito de não ser nova a discussão acerca do tratamento especial com que a Lei estabelece para determinados trabalhadores, bem como a intervenção do Estado nas relações privadas, não há, no Direito do Trabalho e, certamente, em outros ramos do Direito, a abordagem específica com que será realizado o presente estudo.

Isto porque, a novidade suscitada advém da identificação de um elemento comum na contratação de certos trabalhadores, qual seja a compulsoriedade, aspecto que foi pouco ou mesmo não debatido com a ênfase com que se pretende realizar.

Embora se conceba que a relação trabalhista possua a natureza contratual, o que, *a priori*, indica a liberdade do empregador para admitir livremente seus funcionários, pode-se constatar situações em que a contratação de alguns trabalhadores é compulsória. São previstas hipóteses em que não se confere margem de liberdade para o empregador escolher quem devesse contratar ou não. Simplesmente a lei, com suporte em fundamentos específicos, impõe que determinados sujeitos sejam admitidos nas empresas.

Sob tal perspectiva, pode-se indagar se seria possível (e legítima) a imposição de tal forma de admissão trabalhista, tendo em vista que o vínculo jurídico estabelecido entre empregado e empregador decorre da manifestação de suas vontades. Por conseguinte, torna-se indispensável verificar com base em quais justificativas o Estado a estabelece.

Além das inúmeras discussões que o tema envolve, especialmente quanto aos limites da liberdade contratual, aos da propriedade privada e às dimensões do princípio da igualdade, sua análise torna-se mais interessante quando se questiona sua admissibilidade no contexto do atual pensamento neoliberalista globalizado, que impõe ao direito do trabalho novos rumos: flexibilização, desregulamentação, terceirização, reformas legislativas.

Pretende-se constatar que a situação encontra amparo, ainda, no processo de constitucionalização do direito privatístico, que catalisou mudanças significativas na ordem jurídica privada, passando esta a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais. Será analisado se os interesses particulares não podem se sobrepor aos públicos e sobre a dignidade humana.

A pesquisa tomará por base uma linha de análise doutrinária e jurisprudencial. No que diz respeito ao estudo da doutrina acerca do tema proposto, passam-se por várias searas do Direito, partindo do Direito Civil, passando pelo Direito Constitucional, analisando os dispositivos que cercam o assunto em discussão e, por derradeiro, aprofundando o estudo no

Direito do Trabalho, no que se refere ao contrato obreiro e às legislações que estejam relacionadas ao assunto.

Iniciou-se com leituras sobre os casos de contratações trabalhistas compulsórias, para, em seguida, analisar o contexto em que estavam inseridos e os fundamentos que o Estado utiliza para justificá-los. Verificou-se que o tema estava intrinsecamente relacionado aos direitos fundamentais, especialmente os sociais, e sua tutela jurisdicional, passando-se, posteriormente, para leituras específicas.

No que atine à jurisprudência, será examinado como o Poder Judiciário se coloca perante as questões que envolvem os casos de contratações trabalhistas compulsórias. Em vários momentos, são selecionados julgados e, mais ainda, são discutidas decisões.

As hipóteses do trabalho serão investigadas através de pesquisa do tipo bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolvam o assunto em tela, bem como documental, através da Constituição Federal de 1988, do Novo Código Civil, da Consolidação das Leis Trabalhistas, além do recurso a pesquisas *on-line*.

Utilizou-se bastante de artigos científicos, publicados em eventos de amplitude nacional, bem como de trabalhos desenvolvidos por alunos da Universidade Federal do Ceará, com o objetivo não somente de valorizar a produção acadêmica local, que desponta pela qualidade e pelo primor científico, mas, principalmente, com o intuito de manter um enfoque atual dos temas ora discutidos.

Embora o estudo tenha centrado-se no direito brasileiro, algumas menções a ordens jurídicas estrangeiras foram feitas, servindo-se apenas para a compreensão do momento histórico e das influências que produziram efeitos na ordem jurídica brasileira. Após experiências alienígenas bem sucedidas, o legislador pátrio acolheu mudanças dentro do contexto local. Para acompanhar e compreender melhor tal processo, buscou-se tal reforço.

Quanto aos objetivos, a pesquisa será predominantemente descritiva, buscando descrever fenômenos e suas características. Explicar e interpretar fatos, além de primar pela busca de diferentes abordagens sobre o tema. Em virtude de tal aspecto, não serão utilizados dados de pesquisa de campo. Embora seja interessante apresentar dados estatísticos, nem todos os casos de contratos compulsórios de trabalhadores contam com pesquisas específicas, atuais e, não raras vezes, confiáveis.

Destaque-se ainda que, diante da necessidade de se firmar, com coerência e precisão, o argumento levantado acerca da existência da compulsoriedade na contratação de

alguns trabalhadores, a pesquisa assimilou, em alguns aspectos, uma função crítica, exploratória na análise dos casos em que se constata aludida admissão forçada.

A dissertação, desenvolvida através de um método indutivo, examinando em torno de 8 (oito) casos específicos que conduziram à conclusão de que há, no Direito do Trabalho, contratações compulsórias, também adotou uma abordagem dedutiva no desenvolvimento de alguns tópicos.

Longe de se exaurir as discussões que cercam o assunto em ênfase, o trabalho foi desenvolvido através de quatro capítulos. No primeiro, busca-se analisar as mudanças ocorridas no âmbito do contratualismo, possibilitando identificar se o Estado pode impor limites à autonomia da vontade dos contratantes. Será objeto de estudo a natureza jurídica do vínculo que envolve empregado e empregador e como se manifesta a liberdade de contratar nos contratos de trabalho. Ao final, será aberta discussão sobre o fenômeno da constitucionalização do direito privado, com a submissão de suas normas aos interesses e valores exaltados pela Constituição de 1988.

O segundo capítulo trará o contexto em que se inserem as contratações trabalhistas compulsórias, os fundamentos que a justificam, bem como sua finalidade. Será visto o papel do Estado na sociedade, desde o liberalismo até os dias atuais, e como sua intervenção nas relações privadas tornou-se necessária para se estabelecer a proteção de certos trabalhadores, bem como na defesa de interesses da sociedade, justificativas que cercam as admissões forçadas. Estudam-se, ainda, como os contratos obrigatórios servem à realização de direitos fundamentais sociais, além de sua compatibilidade com demais princípios e interesses, especialmente o da livre iniciativa.

O terceiro capítulo, mais longo, destina-se ao estudo de oito casos de contratação trabalhista compulsória, quais sejam: a pessoa portadora de deficiência (Lei nº. 8.213/91, art. 93), o aprendiz (art. 429, CLT), o farmacêutico (Lei nº. 3820/60, art. 24; Lei nº. 5.991/73), o químico (art. 335, CLT), o professor com titulação de mestre ou doutor (Lei nº. 9.394/96, art. 52; Decretos nº. 5.786/2006 e nº 5.773/2006), os jornalistas (Decreto nº 972/69, art. 4º), o engenheiro (lei nº. 5.194/66, art. 59 a 61) e o nutricionista no Programa de Alimentação do Trabalhador (Portaria do Ministério do Trabalho nº. 03/2002, § 11 e 12). Serão analisados os principais aspectos que envolvem a admissão forçada em cada situação.

Na hipótese da contratação dos jornalistas, dedicar-se-á um tópico específico para discussão do Recurso Extraordinário nº. 511.961, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não obrigatoriedade do diploma para exercício da profissão jornalística. Ainda após tal

entendimento (equivocado, em nossa opinião), sustenta-se a necessidade de contratação de profissionais com formação superior em jornalismo para exercício do trabalho informativo.

Ao final, considerando que o Estado, através somente da lei, dificilmente atingiria os fins buscados com a imposição de tais admissões, será destacada, no último capítulo, a importância do Ministério Público, dos órgãos de fiscalização de profissões, dos sindicatos, do Ministério do Trabalho e Emprego, e ainda, do Poder Judiciário, como importantes instituições de controle e efetividade dos dispositivos que disciplinam a obrigatória contratação dos trabalhadores acima indicados.

Traça-se, ainda, uma perspectiva prática das leis que determinam as admissões forçadas, verificando seu plano de efetividade. Serão indicados os principais problemas que cercam a observância da legislação sobre a matéria, bem como sugeridas propostas para enfrentamento das dificuldades que se lhe impõem.

A pesquisa que se pretendeu desenvolver visa a, partindo de um estudo doutrinário a respeito da constitucionalização do direito, é dizer, do reflexo de valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, demonstrar os efeitos dessa nova ordem axiológica sobre o direito privado, mais especificamente sobre o direito civil e o direito do trabalho.

A dissertação se afigura necessária em função de, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, haver inúmeras referências a sistemas de cotas, sem se aferir se seria possível a existência de outras formas de contratações obreiras obrigatórias, por razões iguais ou distintas.

Pretende-se no decorrer das reflexões identificar a importância das contratações compulsórias não somente para os trabalhadores que elas diretamente atingem, mas para a sociedade. Ademais, buscam-se as razões que norteiam a inserção forçada de trabalhadores no mercado de trabalho e estabelecer que elas estão relacionadas com a promoção de direitos fundamentais, particularmente os sociais. Não se pretende exaurir o tema e as discussões que o cercam, pois, certamente, cada temática a ser abordada neste momento renderia um longo, exaustivo e contínuo trabalho.

1 O CONTRATO DE TRABALHO NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

1.1 Considerações iniciais

Antes de analisar os fundamentos e demais nuances que envolvem a inserção compulsória de trabalhadores no mercado de trabalho, bem como os casos em que se manifesta esta forma específica de admissão, é necessário, primeiramente, tecer algumas considerações acerca do instituto contratual dando maior ênfase, nesse âmbito, à doutrina da autonomia da vontade e como esta foi limitada pela atuação estatal.

Objetiva-se, neste momento inicial, analisar as mudanças ocorridas no âmbito do contratualismo, possibilitando identificar se o instituto contratual permite que o Estado imponha limites à autonomia da vontade dos contratantes. Para tanto, indispensável será uma incursão histórica, verificando a maior ou menor intensidade da liberdade de celebrar negócios jurídicos desde o movimento codicista do século XVIII à época atual.

Ademais, será objeto de estudo como os reflexos da vontade contratual se projetam na relação de emprego, tendo em vista que, nos primórdios, o direito do trabalho não se tratava de ramo autônomo e, emergindo do campo civilista, muitas das suas concepções foram absorvidas. Sem olvidar, ainda, que prevalece a doutrina contratualista no que tange a natureza jurídica da relação de emprego.

Tal análise será de extrema importância para verificar como a liberdade do empregador dirige o contrato de emprego. Em virtude de forte intervencionismo estatal, já se limita a fixação do conteúdo do contrato empregatício, que deve garantir direitos mínimos ao obreiro que, do contrário, amargaria com a exploração e as condições a que estaria submetido sem a ingerência do Estado.

Identificar os limites impostos à liberdade do empregador no contrato de emprego apenas através da influência do elemento vontade (e suas modificações) não é suficiente para justificar os casos em que se deve admitir, compulsoriamente, empregados. Assim, dever-se-ia permitir que, mais que restringir a liberdade sobre o conteúdo, pode ser imposto com quem o empregador devesse contratar.

Para admitir essas situações, é necessário que o próprio direito oriente outros valores e conceda novo formato aos seus institutos. Se a ótica do direito privado centra-se

somente no aspecto patrimonial das relações, não seria possível falar-se em contratações trabalhistas compulsórias.

É por isso que, ao final, abre-se a discussão acerca do fenômeno da constitucionalização do direito privado, com a conformação de suas normas aos interesses prestigiados pela Constituição.

1.2 Natureza jurídica da relação de emprego

A natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador foi tema de inúmeros debates na doutrina, em que parte se filiava à ideia da afirmação de uma natureza contratual (teorias contratualistas) e outra que a negava (teorias anticontratualistas).

Como bem anota Maurício Godinho Delgado:

Inicialmente, preponderou a tendência civilista de subordinar a nova e emergente figura do Direito às figuras clássicas e tradicionais do contratualismo do Direito Civil (*“teorias contratualistas tradicionais”*). A operação classificatória assim efetuada não conseguiria, contudo, disfarçar a descoberto, na classificação procedida, elementos essenciais e distintivos da nova figura surgida no campo sociojurídico. Em seguida, já no século XX, surge a tendência de se procurar romper com qualquer traço teórico de origem civilista – e, portanto, qualquer traço teórico de origem contratual. Para este fim construiu-se caminho próprio e distintivo de elaboração teórica, com nítido caráter de resposta e antítese às proposições civilistas anteriores (*“teorias da relação de trabalho e institucionalistas”*). Finalmente, chega-se a uma síntese teórica mais equilibrada e complexa, hábil a apreender não só os elementos aproximativos, mas também os diferenciadores da relação de emprego perante o conjunto de relações e institutos próximos e perante o universo jurídico conceitual existente (*“teoria contratualista moderna”*).¹

Com se denota, a ideia de contrato foi o ponto central no estudo acerca relação empregatícia pelos juristas.

Tal discussão, atualmente, não suscita muitos questionamentos, pois a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no Título IV, referente ao “contrato individual de trabalho”, firma posição no sentido de que a relação de emprego é contratual. Em virtude disso, analisaremos a matéria de forma breve.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 308-309.

1.2.1 Teorias contratualistas

As teorias contratualistas foram as primeiras na busca da explicação sobre a natureza jurídica da relação de emprego. Inicialmente, tais correntes tiveram como traço marcante a tentativa de aproximar o fenômeno empregatício das figuras clássicas dos contratos.

A mais antiga delas é a do **arrendamento**, que inclui o contrato de emprego entre as espécies de contratos de locação ou de arrendamento. Segundo essa corrente,

o contrato de trabalho nada mais seria do que uma simples manifestação do arrendamento, com as mesmas notas características deste. Alugava-se um homem ou sua força de trabalho como quem aluga uma casa ou qualquer outra coisa.²

Nesse contrato, consoante a teoria do arrendamento, a força de trabalho é a coisa arrendada, que está presente em cada indivíduo e pode ser explorada por outro. O salário seria proporcional ao tempo de serviço, da mesma forma como ocorre no arrendamento de coisa.

Tal teoria, contudo, está superada, já que no contrato de trabalho o labor permanece ligado ao indivíduo, apenas se separando o resultado de sua força produtiva. Não há, assim, uma separação entre o trabalhador e o objeto do contrato (a prestação de trabalho). Outrossim, a essência do arrendamento consiste na idéia de concessão de uso ou gozo de uma coisa, que não é destruída, mas devolvida ao final do contrato.

Outra teoria também antiga, apregoada durante o liberalismo econômico do século XVIII, é a da **compra e venda**, em que o trabalho é tido como mercadoria e, portanto, sujeito à lei da oferta e da procura, e o salário é o preço pago por tal produto.

As ideias defendidas por referida teoria também não se sustentam, tendo em vista que o trabalho não é mercadoria, porque esta é o produto daquele, não podendo ser tidos como idênticos.

Na relação de emprego não há ruptura entre o elemento alienado (trabalho) e seu prestador (obreiro), ao contrário da separação provocada normalmente pelo contrato de compra e venda (e também de arrendamento, é claro). Mais que isso, a relação fático-jurídica estabelecida a partir de um contrato empregatício é contínua, ao contrário daquela inerente à compra e venda, nitidamente concentrada no tempo.

² FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 16.

Ademias, a prestação de trabalho configura obrigação de fazer, ao passo que a prestação de compra e venda configura obrigação de dar.³

Há, ainda, os que defendem que o contrato de trabalho seria uma forma de **associação**,⁴ em que empregado e empregador seriam vinculados através de uma unidade de interesses e de esforços.

O contrato obreiro teria por objeto a produção de riqueza. Haveria uma comunhão de forças para consecução do melhor rendimento. O salário, segundo essa concepção, seria parte do produto e da produção e não mero preço pago ao trabalhador.

A existência de um suposto interesse comum traduz o artificialismo da teoria indicada. Isto porque, na sociedade, todos os sujeitos devem auferir lucros, diferentemente do que ocorre no contrato de trabalho, em que o trabalhador apenas recebe salário. Ademais, naquela, os sócios participam da formação da vontade social. Todos os que integram a sociedade suportam os riscos da atividade que exercem, estando em posição de igualdade, e são credores e devedores conjuntos, situação distinta da observada no contrato de trabalho. Como bem ressalta Vólia Bonfim Cassar, “o empregador não quer dividir os lucros nem o trabalhador assumir os prejuízos”.⁵

Para outros, vislumbrou-se que a relação jurídica trabalhista revestia-se de características de contrato de **mandato**. O caráter fiduciário existente entre empregado e empregador assimilava o contrato empregatício à espécie de tal contrato.⁶

A concepção de que o empregado atuaria como mandatário de seu empregador também não resistiu, não servindo como fundamento do contrato de trabalho. As críticas, nesse caso, também são inúmeras: o mandato, ao contrário do contrato de trabalho, é gratuito; ele objetiva resultado distinto – a criação direta de um direito em favor do mandante por meio do mandatário; a idéia de representação é essencial, o que não se tem no contrato de trabalho; a relação jurídica entre os sujeitos é tríplice: mandante, mandatário e terceira pessoa, quanto no contrato de emprego se restringe apenas ao empregado e ao empregador.⁷

³ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit, p. 311.

⁴ Para alguns doutrinadores, a teoria contratualista em análise recebe nomenclatura diversa: seria teoria da sociedade. O conteúdo, contudo, defendido por elas não se distingue.

⁵ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 259.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit, p. 311.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 597.

A análise das teorias expostas evidencia a incapacidade de sua construção teórica, por não conseguirem desprender-se dos quadros do Direito Civil. Suas contribuições, no entanto, não se perderam inteiramente no tempo, porquanto

a afirmação básica subjacente a tais teorias – afirmação do caráter contratual da nova relação jurídica – preserva sua validade teórica até os dias atuais. O que se tem como inaceitáveis são suas conclusões sobre o tipo de contrato configurado pela relação empregatícia: arrendamento, compra e venda, etc.⁸

Como bem salienta Arnaldo Sussekind, a própria evolução das relações de trabalho dificulta o enquadramento do vínculo empregatício entre as clássicas fórmulas construídas pelos romanos ou consagrados no Código de Napoleão.⁹

Nesse sentido, conforme será adiante melhor analisado, é que hoje é assente que a relação de emprego tem natureza contratual, tendo em vista que o elemento **vontade** é essencial a sua formação. A presença da liberdade, a propósito, é elemento nuclear a separar o trabalho empregatício do servil e escravo.¹⁰

Perfilhando o mesmo entendimento, leciona Meton Marques de Lima:

O elemento nuclear determinante da relação de emprego e da relação de trabalho é a vontade dos contratantes, manifesta expressa ou tacitamente, por escrito ou apenas verbalmente. É pela análise da vontade manifestada por meio de atos objetivos que se identifica se a relação fática trabalhista existente constitui relação de emprego.¹¹

1.2.2 Teorias anticontratalistas

Outra vertente seguem as teorias anticontratalistas, que, como o próprio nome já indica, insurgem-se contra a ideia de que a relação existente entre empregado e empregador seja contratual. Tinham como principal preocupação negar qualquer relevância da liberdade e da vontade na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica¹². As duas principais teorias

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit, p. 314.

⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 227.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit, p. 314.

¹¹ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005, p. 88.

¹² Ou, ainda, segundo Meton Marques, o fundamento das teorias anticontratalistas suportava-se “na ausência de liberdade dos contratantes, posto que o conteúdo contratual encontra-se nas leis, nada restando à livre deliberação do empregado e do empregador”. LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005. p. 89.

que representam esse pensamento são a teoria da relação de emprego e a teoria institucionalista.

A primeira teoria anticontratalista (da **relação de trabalho**) defende que a prestação de serviços no mundo físico é que seria a fonte das relações jurídicas de trabalho. A vontade e a liberdade não possuem significância na constituição e no desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado.¹³

Não haveria ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas um fato objetivo e independente de qualquer conduta subjetiva na constituição da relação jurídica trabalhista.¹⁴ Nem mesmo o ato inicial de adesão do empregado às tarefas laborais e a continuidade dos serviços prestados representaria um ato de vontade.

Segundo Vólia Bonfim Cassar, “a relação de emprego se resumiria em simples relação de ocupação (mesmo que esteja apenas aguardando ordens), duradoura e permanente ou ao início efetivo da execução do trabalho”.¹⁵ Em virtude disso, há autores que denominam tal teoria como fática ou factual, tendo em vista que o importante era a ocupação do trabalhador em algum posto de trabalho da empresa, condição que, uma vez satisfeita, devia o obreiro empregado fidelidade e respeito ao seu chefe.¹⁶

Outra teoria anticontratalista é a **institucionalista**. Da mesma maneira que a anterior, o institucionalista defende que a vontade e a liberdade não cumprem um papel relevante na relação empregatícia.

A teoria institucionalista pura sustenta o interesse exclusivo da instituição em prejuízo dos interesses individuais dos que nela se inserirem. Enquanto nos contratos prevalece o critério de igualdade entre os celebrantes, na relação institucionalista há superioridade jurídica da instituição que exerce seu poder com autoridade perante seus empregados.¹⁷

A partir do conceito de instituição – uma realidade estrutural e dinâmica que teria prevalência e autonomia em face de seus próprios integrantes [...]-, os institucionalistas do Direito do Trabalho constroem em sua teorização. Nessa linha, compreendem a empresa como uma instituição, um corpo que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes. Em face do contexto institucional em que se encontra inserido, no quadro da relação de emprego, o empregado queda-se a uma situação

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 316.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p.599.

¹⁵ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p.255.

¹⁶ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983, p. 226.

¹⁷ CASSAR, Vólia Bonfim. Op., cit., p. 254.

fundamentalmente estatutária, objetiva, consumada, nada criando de iniciativa individualmente considerada.¹⁸

As teorias anticontratalistas, a despeito de suas construções doutrinária surgirem de um dado efetivo da realidade empregatícia, restringem dois importantes elementos que formam a essência do trabalho livre, qual seja a liberdade e a vontade do trabalhador, fatores que distinguem a atual relação jurídica empregatícia dos anteriores modos de produção (servidão e escravidão).

Suas conclusões são, portanto, equivocadas, não se prestando a melhor análise do estudo do vínculo entre empregado e empregador.

1.2.3 Teoria acontratualista

Alguns autores trazem, ainda, sobre a matéria a teoria acontratualista (ou paracontratualista), que não se preocupa com a questão contratual, não negando nem afirmando a existência de contrato.

Para a relação de emprego existir seria necessário apenas a simples aceitação pelo empregado de ingresso na empresa. Assim, a entrada do trabalhador na empresa é uma condição que, uma vez satisfeita, resulta no enquadramento do estatuto legal, normativo ou convencional, que será aplicado automaticamente ao empregado.¹⁹

1.2.4 Vínculo contratual entre empregado e empregador

Das teorias expostas acerca da natureza do vínculo empregatício, constata-se que o contrato e o elemento vontade não se dissociam.

A grande maioria dos jurislaboristas nacionais e estrangeiros afirma que o vínculo entre empregado e empregador é uma relação jurídica do tipo negocial, na medida em que decorre da vontade das partes. Embora a liberdade do trabalhador seja limitada na definição das condições em que prestará serviços ao empregador, ela existe, ao menos, no tocante ao momento de adesão do contrato de trabalho.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 319.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. Op., cit., p. 256.

Embora o conteúdo da relação empregatícia seja, em parte, imposto por normas legais, imperativas e por acordos e convenções coletivas de trabalho de incidência obrigatória, como bem destaca Arnaldo Sussekind,

o vínculo jurídico do emprego nasce do encontro de duas vontades: a do trabalhador, que se emprega, e a do empregador, que o admite como empregado. Ainda que essa convergência volitiva manifeste-se tacitamente, haverá o consenso das duas partes para a criação das obrigações recíprocas pertinentes à relação de emprego. Portanto, contrato. O fato de normas legais ou convenções coletivas constituírem, obrigatoriamente, o conteúdo da relação de emprego, não desfigura sua natureza contratual, posto que o contrato de adesão é, também, contrato.²⁰

Por outro lado, o empregador tem a autonomia para pactuar as condições que devem reger os contratos de trabalho, além de ser livre para escolher quem contratar, selecionando aquele que melhor se enquadre no perfil da sua empresa e que possua capacidade e competência para atuar na atividade que o empreendimento desenvolva.

Outrossim, mesmo diante da circunstância de o Direito do Trabalho ser construído na concepção de que a relação entre as partes deva ser equilibrada, de modo a evitar abusos por parte do empregador em detrimento da parte mais frágil (porém credora!), ainda assim o elemento **vontade** se manifesta.

O fato de existir farta legislação, com vistas à proteção do trabalhador, editada pelo Estado ou conquistada pelos sindicatos, é que no dizer de Riva Sanseverino, torna o contrato de trabalho “mais contratual, porquanto impede que a vontade do economicamente poderoso imponha as condições de emprego. As normas imperativas preexistentes é que estabelecem, na realidade, o equilíbrio entre as partes, essencial à contratualidade do vínculo jurídico ajustado”.²¹

Nesse sentido, também anota Emmanuel Teófilo Furtado:

²⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.228. E, ainda complementa o autor, indicando que: “É certo que o trabalhador, na maioria das vezes, manifesta simplesmente sua adesão às condições previamente estipuladas por lei, convenção coletiva ou regulamento da empresa, que correspondem ao negócio jurídico ajustado. Mas isso não desnatura a contratualidade da relação de emprego. Embora nem todo o contrato de trabalho seja de adesão, pois em muitos casos suas cláusulas são discutidas e estipuladas livremente pelos contratantes, observados sempre os preceitos básicos e imperativos de proteção ao trabalhador, certo é que a livre discussão das condições contratuais não constitui pressuposto essencial à contratualidade de qualquer negócio jurídico”. (In **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 230).

²¹ Apud SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 231.

De fato, quer expressa ou tacitamente, o contrato é que vai propiciar a efetivação da relação de emprego. O trabalhador só prestará seu serviço para o empregador se ambos assim o desejarem. Mister a concomitância de ambos os contratantes.²²

Desta feita, considerando que a vontade representa um elemento significativo no vínculo jurídico estabelecido entre o empregador e o empregado, poder-se-ia ter como descabida, *a priori*, a hipótese de existirem casos em que a contratação de empregados fosse compulsória. Limitar-se-ia mais que a liberdade de alterar o conteúdo do contrato de emprego.

Seria possível, nessa conformação, também limitar a vontade do empregador, determinando os trabalhadores que este deveria admitir?

As respostas a tal indagação somente poderão ser fornecidas a partir do estudo acerca do princípio da liberdade contratual, numa ótica civilista e, empós, numa trabalhista, permitindo-se que se compreenda se e como a autonomia contratual sofre limitações.

Sobre tal assunto, destina-se o tópico seguinte.

1.3 A liberdade contratual: a relevância da autonomia da vontade na formação do contrato e suas limitações

Segundo definição de Caio Mário Pereira, o contrato

é um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. [...] Com a pacifidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos²³.

A definição do instituto contratual, sob as variadas perspectivas lançadas pela doutrina jurídica, informará a presença de um elemento essencial no ato de contratar: a comunhão de vontades para atingir um fim específico. A liberdade das partes é reconhecida como essencial à formação dos ajustes.

Nas palavras de Maria Helena Diniz,

²² FURTADO, Emmanuel Teófilo. **O norteamento da alteração do contrato de trabalho pelas razões de ordem pública**. 129f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1994, p.16.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2.

é imprescindível o consentimento das partes contratantes, visto que o contrato é originário do acordo de duas ou mais vontades isentas de vícios de consentimento ou sociais (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo). Para que o consentimento validamente exista, é indispensável a presença da vontade e que esta haja funcionando validamente. Só então o negócio produzirá os efeitos colimados pelas partes.²⁴

O princípio da autonomia da vontade se baseia na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades. As partes têm, assim, a faculdade de celebrar contratos livremente, sem, a princípio, qualquer interferência do Estado.

Tal faculdade se exerce e se concretiza,²⁵ consoante a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, através dos seguintes fundamentos:²⁶ **a) a liberdade de contratar.** Ninguém está obrigado a contratar contra a sua vontade. Vigora a faculdade de contratar e de não contratar, de acordo com a conveniência e o interesse de cada um no momento de se estabelecer um negócio jurídico-contratual; **b) a liberdade de escolha com quem contratar.** Sob a égide da autonomia da vontade não se pode obrigar ninguém a contratar com quem não se deseja, não se pode forçar alguém a manter vínculo com outrem; **c) a liberdade de estipular as cláusulas do contrato.** Sendo os sujeitos livres para celebrar acordos e para escolher com quem se deseja formar um vínculo contratual, concebe-se que, também, haja ampla liberdade de as partes definirem, de comum acordo, as condições que regem referido negócio jurídico. Assim, as partes atribuem ao contrato redação própria. Neste ponto, convém ressaltar que, apesar de a lei fixar, nos chamados contratos nominados dispositivos acerca da liberdade contratual, o princípio em estudo não se afasta por completo, eis que se ostenta na faculdade de não adotar aquelas normas-padrão ou aquele modelo pré-moldado.²⁷

A estes fundamentos, pode-se acrescentar mais um, que afirma que o contrato, quando concluído, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho estatal para torná-lo respeitado e assegurar sua execução²⁸.

Observa-se que o ato de celebrar contratos exsurge da manifestação de vontade, expressa em vários momentos do negócio jurídico. Essa vontade apresenta-se de forma autônoma, definida esta como a esfera da liberdade da pessoa que lhe é reservada para o

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p.17

²⁵ Na lição de Sílvio Venosa, a liberdade de contratar pode ser analisada em dois aspectos: escolha do conteúdo do contrato; e escolha da modalidade do contrato. In **Direito Civil**. 2003, p. 375.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8 e ss.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p.10.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p.10.

exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência. Através dela, a ordem jurídica confere aos contratantes a possibilidade de fixarem livremente o conteúdo dos contratos.

A doutrina voluntarista, segundo Antônio Jeová dos Santos, fez brotar a ideia de que os homens possuíam o direito de fazer o que desejarem com o que lhe pertence.

O querer individual foi erigido a princípio fundamental da vida social e econômica, transcendendo o plano político não só para reduzir a função do estado à proteção das vontades, como também por postergá-las ante a concepção de uma vontade superior e anterior a ele.²⁹

A vontade livre e autônoma de celebrar contratos, no entanto, não passou incólume ao longo da história, pelo menos sob a perspectiva liberal em que foi concebida. A teoria contratual passou por inúmeras mutações, tendo em vista a necessidade de se adequar aos modelos sociais, políticos e econômicos de cada época.

As bases da teoria clássica dos contratos estão assentadas no liberalismo econômico propagado pela burguesia. Esse movimento surgia em oposição aos entraves postos pelo Estado Absolutista em relação aos interesses dessa classe, que emergia da intensificação das práticas comerciais no final do período feudal.

Os desejos da burguesia resumiam-se, ao longo dos séculos XVIII e XIX, na proclamação da liberdade individual em todos os setores da sociedade, forma que melhor se ajustaria aos anseios de por fim às amarras que o parasitário Estado Moderno impunha à expansão dos empreendimentos burgueses na incessante busca de obter lucros.

Preconizava-se, por isso, a liberdade acima de tudo, tanto como fórmula contra a ingerência do Estado na economia, como necessidade burguesa de atuar livremente no comércio.

Sendo o principal negócio jurídico que regulava as atividades comerciais da época, o contrato deveria assimilar as idéias liberais, com o escopo de melhor atender à expansão do domínio econômico pela burguesia.

A autonomia da vontade foi, desta feita, levada à máxima expressão, transformando-se na base de todo o sistema estabelecido para os contratos. A autonomia de vontade era, nas palavras de Cláudia Lima Marques, “a pedra angular do Direito”.³⁰A

²⁹ SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 31.

³⁰ Salienta, ainda a autora, que “[...] a concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e

liberdade do homem foi considerada tão ilimitada, que o acordo de vontades foi equiparado à lei.³¹

O contrato é uma das bases da liberdade natural. Esse o contexto em que o pensamento liberal marcou a contratação. Como manifestação da vontade humana, o contrato prende, liga, ata e tem valor absoluto. As mudanças econômicas exigem que o contrato mantenha a sua força obrigatória, sem abrir mão da autoridade que o contrato exerce entre os homens.³²

Nessa época, as leis relativas aos contratos funcionariam somente para proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes. As regras contratuais deveriam compor um corpo de normas supletivas, meramente interpretativas, a fim de assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, bem como a liberdade contratual.³³

A concepção clássica do contrato a que ora se discorre, materializando-se exclusivamente na vontade dos contratantes, como a manifestação sagrada e intocável da liberdade das partes, não perdurou por muito tempo.

Constatou-se que, na prática, a igualdade formal, preconizada para a livre deliberação dos sujeitos, que se encontravam em condições iguais, não assegurava aos contratantes equilíbrio em suas relações contratuais. Surgiram inúmeras situações injustas, que reclamavam a interferência do Estado, com o fim de reequilibrar as negociações, protegendo a parte mais fraca da relação jurídica.

Percebeu-se que a igualdade econômica estava sendo comprometida com a prática sem controle da liberdade política, obstando a efetivação da almejada justiça social, sendo ilusória a concepção de igualdade de condições entre contratantes.

Diante da constatação de que a igualdade entre pessoas é meramente jurídica, porque do ponto de vista naturalístico é impossível que as pessoas sejam iguais e que a liberdade plena submete quem não tem poder à sanha dos poderosos, têm surgido opiniões voltadas a impor limites à sacrossanta autonomia da vontade, propondo outro fundamento para o ato de contratar.³⁴

obrigações oriundas da relação jurídica contratual". MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

³¹ Na concepção tradicional da teoria do contrato todas as convenções eram obrigatórias, já que os pactos deveriam ser cumpridos ("pacta sunt servanda").

³² SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit., p. 33.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

³⁴ SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit., p. 38.

Incidindo sobre a autonomia da vontade, Caio Mário Pereira ressalta dois importantes aspectos: as restrições trazidas pela prevalência da ordem pública e a intervenção do Estado na economia do contrato.³⁵ Nesses casos, a liberdade de contratar sofre limitações, principalmente pela ingerência do Poder Público.

O contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser, por conseguinte, a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas as freqüências. Como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, assim como os conteúdos das respectivas normas por via de conseqüência, certo será que então enunciar que em todo tempo o contrato é momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-se o campo da liberdade de contratar, na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública, e vice-versa.³⁶

O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício da ordem pública - que na atualidade ganha acentuado reforço.

A intervenção estatal nos contratos faz com que seja modificado o que as partes contratam, para encontrar o justo equilíbrio em dada situação. Não significa que a autonomia da vontade deixe de ser o elemento que impulse a circulação de riquezas, mas que, no mundo hodierno, ela tem papel reduzido.³⁷

Não se recusa o direito de contratar e não se nega a liberdade de fazê-lo. A lei não intervirá de modo a inibir, de modo absoluto, a liberdade de contratar, apenas a regulamenta, impõe-lhe certas restrições, determina o conteúdo dos contratos, de forma a melhor atender aos interesses sociais. O contrato deixa de ser um instrumento jurídico, de interesses puramente individuais, de fins econômicos, para ter que abarcar também uma função social.

O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e, sobretudo, a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p.10.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 11 e ss.

³⁷ SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit., p.40.

acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.³⁸

1.4 A autonomia contratual no Contrato de Trabalho

Visto como se desenvolveu a ideia de liberdade contratual sob a ótica civilista, cumpre, nesse momento, analisar como ela se manifesta nos contratos de trabalho. Através de tal exame, será possível verificar se a autonomia da vontade de celebrar contratos trabalhistas permite ao empregador dispor sobre todo o seu conteúdo, e, ainda, se, nesse prisma, podem ser concebidos casos em que se constata a contratação compulsória de trabalhadores.

Salienta Maurício Godinho Delgado que “a matriz de origem do Direito do Trabalho é o Direito Civil, em especial seu segmento regulatório das obrigações”.³⁹ Nesse contexto é que, enquanto não reconhecida a autonomia e a especialidade do Direito Trabalhista, o contrato obreiro era concebido sob a ótica civilista.

Em princípio, não se punham dúvidas de que a relação de emprego fosse um contrato semelhante aos encontrados no Direito Civil. É por isso que a doutrina concebia inicialmente o contrato de trabalho como espécie de arrendamento, de compra e venda, de sociedade, de mandato, conforme visto no começo deste capítulo. Essa concepção trouxe, em consequência, a extensão ao contrato de trabalho das idéias que norteavam os negócios jurídicos civis.

A Revolução Francesa, ao afirmar a igualdade jurídico-política dos cidadãos, adotou o princípio do respeito absoluto à autonomia da vontade - liberdade contratual, cuja consequência foi a não-intervenção do Estado nas relações contratuais (“laisse faire”). Assim, consagrou o liberalismo-econômico, com o que facilitou a exploração dos trabalhadores.

Durante o Estado Liberal não existiam normas que regulassem, especificamente, as relações de trabalho. O Estado esforçava-se, na verdade, apenas para criar as condições necessárias para que a indústria prosperasse. Os empregados se enfraqueciam na razão inversa do poderio empresarial, sobretudo quando o Estado não impõe aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho.

³⁸SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit., p. 13-14.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 78.

Como ressalta Maurício Godinho Delgado, vigorava o direito civil, advindo do Direito Romano *ius civilis*. As questões eram tratadas sob a ótica individual dos sujeitos isolados da relação empregado/empregador, e o contrato trabalhista era alçado no rol dos contratos bilaterais tradicionais civilistas, os quais se relacionavam partes equânimes.⁴⁰

Contudo, o contrato de trabalho não se dava entre partes iguais, pois o trabalhador era faticamente hipossuficiente em relação ao empregador. O princípio da autonomia da vontade das partes contratantes, vigente à época, pautava-se em um negócio bilateral entre as partes supostamente iguais, o que não era o caso do contrato de trabalho.

A liberdade de contratar e a igualdade formal como princípios do liberalismo orientadores dos contratos clássicos, não conseguiram, entretanto, perdurar por muito tempo nas relações de trabalho. A igualdade entre as partes e a liberdade de empregador e empregado fixarem livremente as condições a que estava condicionada a prestação de serviços resultava numa intensa exploração da parte mais frágil da relação, no caso o trabalhador.

Diante de tal situação, a reformulação da liberdade nos contratos de trabalho tornou-se necessária,⁴¹ na mesma proporção em que se almejava um Estado mais atuante, que interviesse nas relações jurídicas privadas, com o objetivo de garantir seu justo equilíbrio, e não um que se mostrasse alheio às condições (desumanas) de trabalho.

Foi com base nesse contexto que surgiu o Direito Trabalhista, como expressão de um estado que não se apresentava alheio às questões sociais, que passava a controlar a relação de trabalho, propiciando condições mais dignas ao trabalhador e sua proteção contra a exploração capitalista desenfreada de sua força produtiva.

A legislação social-trabalhista nasceu intervencionista, seja para limitar a autonomia da vontade nas relações de trabalho, seja para instituir sistemas obrigatórios de previdência.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Op., cit., p. 90

⁴¹ “O extraordinário grau de exploração do proletariado, então verificado nos países em que o sistema capitalista se encontrava mais desenvolvido, desperta um ainda tímido questionamento do princípio da autonomia da vontade. O operário, quando buscava emprego, não era livre para contratar. Vender a força de trabalho ao industrial era, na verdade, condição de sobrevivência, uma vez que a vida não lhe dava nenhuma outra alternativa. Sua liberdade de escolher o patrão era também muito relativa, porque limitada às vagas em oferta e a fatores como localização da indústria, especialidade das funções disponíveis e outros que o operário não pode manipular ou controlar. Finalmente, não havia nenhuma margem para negociações dos direitos e deveres das partes. Premido pela impostergável necessidade de sobreviver, o operário tinha de aceitar as condições impostas pelo patrão, por mais aviltantes que fossem. Em suma, no contrato de trabalho, o princípio da autonomia da vontade é inoperante: o empregado não contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer; isso simplesmente não existe”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

Desta feita, o contrato de trabalho recebe caudalosa influência do Estado, que, motivado por razões de ordem pública, passa a regular o seu conteúdo. De fato, tais razões fazem com que o Poder Público intervenha iterativamente na relação de emprego, tendo por fim a preservação dos direitos do hipossuficiente, o empregado. Detectada a situação de inferioridade em que se encontra o empregado no contrato de trabalho, parte-se em busca da minimização de tal diferenciação.

Elencam-se, por isso, direitos mínimos para o obreiro, que não podem ser suprimidos pelo empregador no momento da contratação de seus funcionários. A fixação dos limites da jornada de trabalho, da imposição ao direito de férias, do salário mínimo que atenda as necessidades mínimas do trabalhador são alguns exemplos dos direitos que devem estar presentes nas cláusulas do pacto trabalhista.

O contrato de trabalho era, e ainda é, um típico contrato de adesão. O empregador estabelecia as cláusulas constantes no contrato, e o empregado era livre para aderir se assim o desejasse. O trabalhador oferecia mão-de-obra livre no mercado de trabalho, entretanto deveria se submeter às cláusulas contratuais propostas pelo detentor dos meios de produção. “A liberdade auferida ao trabalhador era um tanto relativa, pois infelizmente, a sua realidade não se permuta fazer a melhor escolha ou quiçá recusar um contrato injusto”.⁴²

Aliás, ainda hoje se pode falar que a liberdade do trabalhador é limitada pela necessidade de sobrevivência. É difícil para um trabalhador, em meio a um contexto onde o desemprego alcança índices alarmantes, não aderir a contratos de trabalho injustos, que o submetem a situações precárias e salários reduzidos, combinados a uma jornada extenuante.

Embora com a fixação de cláusulas mínimas de garantia à dignidade humana do trabalhador, tenha se mitigado a liberdade do empregador, o elemento volitivo ainda resta presente no contrato de trabalho. Ao empregador é conferida a prerrogativa de escolher quem contratar e de fixar as condições em que os serviços serão prestados.

Observa-se, contudo, que até mesmo tal liberdade vem sendo limitada, através de um interessante fenômeno que prima pela intensificação da proteção do trabalhador e, em outros casos, pela regulação de atividades econômicas e trabalhistas que estão relacionadas à garantia de bem-estar da sociedade. A essa nova incursão do poder público no contrato obreiro, a determinar a admissão forçada de certos sujeitos, dá-se o nome de “contratação compulsória”.

⁴² MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 34.

Tal fenômeno, ainda recente na seara trabalhista, não foi completamente absorvido pelo grupo empresarial. A crescente interferência, aliás, do Estado nas relações privadas, desde o período moderno, não é vista como algo positivo. Somente com forte pressão social, a ameaçar ruir os pilares do capitalismo, que foi aceita a presença estatal.

Embora o Estado envide esforços para ser forte e atuante, deliberando sobre políticas públicas necessárias para garantir o bem-estar da sociedade, há que se reconhecer que ele se mostra, em diversas situações, subordinado aos interesses dos donos do capital, sujeitos que mantêm certo controle sobre variadas ações governamentais, o que mitigaria, inclusive, a independência e a autonomia estatal, como expressões de uma democracia voltada para atender aos reclamos sociais.

Em virtude disso, não seria estranha a inquietação em torno de contratos de trabalho em que o Estado obrigasse o empregador a admitir determinados trabalhadores, sem se questionar sua legalidade e, principalmente, sua legitimidade.

Constar que o elemento volitivo nos contratos trabalhistas foi, ao longo do tempo, perdendo força e preponderância, criando circunstâncias em que o empregador não pode modificar garantias mínimas concedidas ao obreiro por meio de normas imperativas, não bastaria para que as contratações trabalhistas compulsórias fossem assimiladas pelo empresariado. Tal fator, embora de valiosa importância, visto isoladamente não seria suficiente e não possibilitaria a eficácia da legislação que disciplina a matéria.

Diversos outros fatores somam-se e implicam-se mutuamente, possibilitando os casos de contratos compulsórios no âmbito laboral. Dentre eles, destaca-se no item seguinte a assunção de valores e princípios na ordem jurídica, delimitando novo perfil ao direito privado.

1.5 Novos paradigmas para o direito privado: a constitucionalização do direito civil

Como visto, as ideias que norteiam o contrato passaram, nos últimos tempos, por uma sensível mudança diante da evolução do pensamento jurídico acerca da autonomia da vontade. O contrato, de instrumento protegido pelo Direito para a manifestação da absoluta liberdade das partes, torna-se mais social, submetido a uma série de normas, que buscam uma efetiva equidade entre seus celebrantes.

Se antes o proveito contratual cingia-se a sua repercussão sinalagmática – agora possui também vertente de compromisso público ou geral.⁴³

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. [...] O princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual.⁴⁴

O direito dos contratos, com a decadência do liberalismo, passa por um processo de sociabilidade, cujo efeito pauta-se na revisão da concepção demasiadamente individualista, manifestada na concepção contratual clássica. Nesse momento, os interesses gerais são superpostos aos interesses puramente particulares.

O egoísmo e os interesses individuais têm de ser colocados a serviço da coletividade, pois o egoísmo que conhece somente a si mesmo, que só busca seu próprio bem, não construirá o mundo, porque toda realização pessoal, como é o contrato, tem uma missão a cumprir que é a concretização segundo o espírito da instituição que governa a sociedade. Em uma sociedade organizada, o exercício de direitos subjetivos não deve sair da função a que correspondem; do contrário, seu titular os desvia de seu destino, cometendo um abuso de direito.⁴⁵

Ao contrato, assim, dá-se sua atual feição: condicionar a liberdade de contratar à função social. Após a edição da Constituição de 1988, o contrato passa por um inegável processo de humanização, abandonando a ideia do mais forte subjugando o mais fraco, impondo-se cláusulas leoninas, condições injustas.⁴⁶

Essa função social tem o precípuo efeito de tornar o contrato socialmente benéfico, de limitar a liberdade de contratar, em prol do bem comum. O contrato deixou de ser um instrumento de manifestação privada de vontade, para tornar-se elemento socialmente agregador. Como bem descreve Pablo Stolze Gagliano, “o contrato é considerado não só um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.”⁴⁷

⁴³ SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. **Perspectiva e aplicação de novos princípios do Direito Civil:** da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br/revista>>. Acesso em: 20 ago 2010.

⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208.

⁴⁵ SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit., p. 102.

⁴⁶ Mentalidade traduzida no Código de Defesa do Consumidor (lei nº. 8.078/1990).

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Vol IV. São Paulo: Saraiva 2009, p. 49.

Corroborando com tal pensamento, Eduardo Sens Santos indica:

[...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja [...] socialmente justo.⁴⁸

Deve-se ressaltar que a sociabilidade presente nos atuais contratos surge em decorrência da identidade dialética que referido instituto jurídico guarda com a propriedade.⁴⁹ Se não fosse esta admitida, ela não poderia circular, e o contrato careceria de função prática. Assim, sendo a propriedade revestida de função social,⁵⁰ também deve tê-la o contrato.⁵¹

Acerca da função social da propriedade, impende destacar a lição de Fábio Konder Comparato, que indica:

A propriedade privada foi concebida, desde a fundação do constitucionalismo moderno, como um direito, cuja função consiste em garantir a subsistência e a liberdade individual contra as intrusões do Poder Público. Sob esse aspecto, reconheceu-se que ao lado do direito de propriedade havia também um direito à propriedade. [...] Por outro lado, o direito contemporâneo passou a reconhecer que todo proprietário tem o dever fundamental de atender à destinação social dos bens

⁴⁸ SANTOS, Eduardo Sens. **O novo código civil e as cláusulas gerais**: exame da função social do contrato. In: Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun. 2002, p. 29.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁵⁰ Afirmando a função social da propriedade, a jurisprudência pátria indica que: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04).

“O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade (...)” (RE 178.836, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-6-99, DJ de 20-8-99) “A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (...)” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95).

⁵¹ A função social da propriedade está inserida no art. 5º, inciso XXIII, CF/88, que dispõe, *in verbis*: “a propriedade atenderá a sua função social”. A sociabilidade do contrato está prevista no art. 421, do Código Civil, que indica: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

que pertencem. Deixando de cumprir esse dever, o Poder Público pode expropriá-lo sem as garantias constitucionais que protegem a propriedade como direito humano. Ademais, perde o proprietário, em tal hipótese, as garantias possessórias que cercam, normalmente, o domínio.⁵²

Desta feita, a atual noção de propriedade e o contrato estão vinculados ao caráter social, da qual não podem ser afastados.⁵³ E, assim, toda situação que envolva discussão sobre os limites e as possibilidades do exercício do direito de propriedade e de contratar deve estar associada ao papel socializante que tais institutos jurídicos possuem.

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o aumento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância.⁵⁴

O exarcebado individualismo, a submissão da vontade humana ao interesse particular do indivíduo, desvinculado das repercussões que provocam na sociedade, não encontram mais amparo na atual concepção de tais institutos jurídicos.

O reino jurídico dos particulares é marcado por estes referenciais incindíveis, que são a propriedade e a autonomia privada. [...] Numa perspectiva mais ampla, poderá entender-se que a noção de autonomia privada se desdobra nestes mesmos dois aspectos essenciais: direito subjetivo e liberdade negocial.⁵⁵

A autonomia privada deixou de ser um valor em si. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano I, dezembro de 1997, p. 92-97.

⁵³ Sobre os novos contornos da propriedade, interessante a anotação de Fábio Nusdeo que, com salutar clareza aponta: “Daí a atribuição à propriedade de uma função social, dentro de uma visão não mais negativa, mas eminentemente positiva, segundo a qual não basta a ela deixar de gerar efeitos negativos (nocivos), mas deve promover benefícios ainda quando indiretos ao todo social. Trata-se do conceito jurídico de poder-dever, isto é, o poder dado ao titular de um direito como um instrumento para que ele cumpra o dever decorrente daquela titularidade. E, portanto, passa-se a exigir dele, titular do direito, não apenas uma abstenção, mas uma ação, da qual, supostamente, advirão benefícios gerais”. (NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175. Ainda salienta a autora que “à procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé dos contratantes”.

⁵⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 14-15.

necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis.⁵⁶ No dizer de Paulo Emílio Vilhena, “a autonomia privada, como suposto de formação de relações jurídicas, descompôs-se integralmente, em virtude das padronizações legais do tráfico jurídico-social”.⁵⁷

O individualismo é rechaçado, na medida em que não pode ser elevado à condição de direito absoluto e ilimitado. Não é tal forma a que melhor se ajusta aos novos interesses da sociedade, sedenta por justiça social e pelo bem-estar coletivo. O contrato e a propriedade não são mais vistos como um fim em si mesmo, mas como meio para a realização da finalidade do homem.

Importante é firmar a idéia de que é assegurado aos particulares o direito de fixar o conteúdo contratual, decorrência do reconhecimento da impossibilidade de regulamentação jurídica para toda e qualquer conduta humana, bem como da necessidade de aceitação da modificação dos valores sociais, sendo o contrato instrumento de assimilação dos novos padrões.⁵⁸

Essas, assim como muitas outras mudanças, estão presentes na moderna fisionomia do direito civil, indicando que antigos enunciados foram superados pelo tempo. O novo perfil do direito civilista afasta-se das feições conferidas à época do período codicista.

O permanente risco de incerteza e o arbítrio gerado por normas fragmentárias propiciaram o surgimento do movimento de codificação no final do século XVIII, cujo propósito visava sistematizar um corpo de normas. A burguesia, recém-liberta das amarras feudais, impôs uma legislação garantidora da livre circulação de riquezas.

O sistema de direito privado construído pelo racionalismo teve seu conteúdo idealizado pelos juristas e representantes da burguesia emergente, cujos valores ficaram

⁵⁶ Destaca Luigi Ferri que o fenômeno da autonomia privada, visto [...] em seu aspecto de limitação da ordenação estatal, deixava espaços em que pode inserir-se a autonomia normativa dos particulares. (FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editora Comares, 2001, p. 09). No entanto, a autonomia privada, como expressão dessa liberdade burguesa ampla e irrestrita não se concebe mais. O Estado insere-se no âmbito privado e assume o papel de gestor da vida comunitária, cabendo-lhe editar leis que permitam aos cidadãos uma convivência digna, sem abusos e extremadas desigualdades geradas por pactos entre particulares.

⁵⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de Trabalho com o Estado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 113.

⁵⁸ MATIAS, João Luis Nogueira. **Regime jurídico privado e publicização** – Novos paradigmas para a velha dicotomia. DIMCE: Fortaleza, 2007.

inscritos na codificação.⁵⁹ A construção de um sistema fechado, neutro, estruturado sob uma razão generalista seria incorporada num corpo único.

O Código Civil correspondeu às aspirações de uma classe burguesa, cuja expectativa era ver completamente protegidos seus interesses no tocante à situação patrimonial. Da ciência jurídica eram solicitados os instrumentos que podiam oferecer a mais rigorosa garantia aos valores dominantes e, assim, os meios que facilitavam a plena atuação do indivíduo.

O Código Napoleão e o BGB Alemão foram os primeiros corpos de normas sistematicamente organizadas e que marcaram a importância dos códigos para a vida privada. Passou-se a regular a totalidade das relações privadas.

Os pioneiros códigos civis foram elaborados numa época em que se primava pela segurança, pela estabilidade, necessárias para a atuação livre da burguesia. O mundo da segurança era, portanto, o mundo dos códigos,⁶⁰ os valores do liberalismo do século XIX.

Eram baseados na liberdade individual (o que implica na necessidade de reconhecimento da autonomia da vontade, que representaria a base de todo o sistema), da inviolabilidade do direito à propriedade, como o direito de usar, gozar e dispor de algo, do contrato, fonte criadora de relações jurídicas e da responsabilidade individual por culpa, responsabilidade subjetiva pela prática de ato que ofenda a direito de outrem.

Nesse momento, o Código Civil era o centro do sistema de direito civil, ou seja, o centro da regulamentação das relações jurídicas intersubjetivas entre as pessoas privadas.⁶¹ O código, assim, representava o estatuto completo dos cidadãos e existia para impedir as interferências estatais. Ao Estado atribuía-se o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.

A função do código civil, neste ambiente, é a de assegurar a estabilidade mais absoluta nas relações econômicas, protegendo o indivíduo contra ingerências alheias e, especialmente, contra o arbítrio estatal. “Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo,

⁵⁹ “A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas”. TEPEDINO, Gustavo. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 220.

⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 34.

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 25.

isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica”.⁶² Neste contexto, eram definidas as fronteiras entre o direito público e o direito privado.

Foram no século XX que importantes transformações na esfera jurídica ocorreram, especialmente no que se refere aos valores resguardados pela legislação e à defesa da pessoa humana.

A hegemonia do positivismo jurídico, com seus sistemas “neutros”, formalistas, veio a corroer diante das atrocidades perpetradas na Alemanha, em meados do século passado. Imprescindível, pois, tornou-se a inserção de um elemento valorativo no sistema jurídico e que não fosse fundado apenas no indivíduo.

Se o Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-se para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana.⁶³

A unidade do sistema foi deslocado para a Constituição. Ultrapassa-se a perspectiva positivista e passa-se ao que se denomina de “pós-positivismo”, onde se cria um sistema aberto, centrado na Lei Maior, cujos princípios consubstanciam valores que não são passíveis de uma interpretação lógico-formal.⁶⁴

O respeito à Constituição, fonte normativa suprema, passa a ocupar posição central no ordenamento jurídico. Diferentemente da codificação, em que as leis foram redigidas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais são elaborados por um legislador democrático, atento ao conjunto de valores em que se constrói a convivência coletiva.

É inegável a importância da codificação, processo histórico e cultural de grande significado político e jurídico, para a definição da conformação do direito privado, nos moldes do ideário dos séculos XVIII e XIX, baseado no sujeito e nos seus atos, que se postergou por períodos do século XX.

⁶²MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 24.

⁶³MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 40.

⁶⁴ Sobre o assunto, conferir: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Ocorre que o âmbito do direito privado tem se modificado, impondo-se a redefinição de suas fronteiras. O momento atual é de transformação, os campos do direito público e do direito privado estão sendo redefinidos, em processo de interferência recíproca.

Com a supremacia dos valores propugnados pela Constituição, seus princípios se irradiam por todo o ordenamento jurídico, resultando, em consequência, inaceitável a clássica dicotomia direito público x direito privado. Os princípios fundamentais do direito privado deslocam-se para os textos constitucionais.⁶⁵

Fundem-se os interesses públicos e os privados. Como lembra Maria Celina Bodin de Moraes, “o fenômeno do intervencionismo tornou-se um dos principais mecanismos através dos quais se realiza a justiça distributiva conforme exige o ditado constitucional”.⁶⁶ E, hoje, predomina a convicção de que o Estado não pode deixar de intervir, promocionalmente, no desenvolvimento da economia.

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e de uma forma geral, na vida civil, podem então, ser encarados como elemento interagente – ao invés de razão patrimonial- das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno significa a rejeição da ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para a admissão, ao revés, da estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para que se possa abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.⁶⁷

No que se passou a chamar de Estado Social, a Constituição passa a regular e limitar o poder econômico e refletir, de forma inevitável, no âmbito do direito civil. Passa o direito privado, ainda que mantida a sua autonomia dogmática e conceitual, a estar inserido em contexto mais amplo que o conforma, redefinindo seu alcance.

Perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas em substituição à Constituição. Na verdade, tal papel somente pode ser exercido ante a ausência de constituições nos moldes modernos.

As primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, preocupando-se apenas em delimitar o Estado mínimo e sua não interferência na fluidez do mercado. A codificação civil era o núcleo do direito privado, com consequências severas para os mais carentes economicamente.

⁶⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil Brasileiro: Introdução**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 150.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 10.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 07.

A par da perda de importância do Código Civil, sobreveio o fenômeno da emigração dos princípios do direito civilista para o direito constitucional. Os direitos de personalidade, a propriedade, a família ingressaram na Constituição, nela se encontrando definidos os preceitos diretores dos mais importantes institutos do direito civil.⁶⁸

Os princípios e valores constitucionais estendem-se a todas as normas do ordenamento, sob pena de se fragmentá-lo, incompatível com a ideia de sistema unitário. Nesta esteira, no âmbito do direito civil (e demais ramos jurídicos) são prioritários os valores existenciais, deixando em plano inferior a lógica produtivista e empresarial (patrimonial).

Com a ampliação da importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, a legislação infraconstitucional deve ser orientada sob os valores constitucionais, sob pena de romper com a unidade do sistema e mitigar a superioridade da Constituição. Não pode mais ser negada a força normativa do Direito Constitucional no direito privado,⁶⁹ nem recusar o evidente efeito horizontal dos direitos fundamentais entre sujeitos privados.⁷⁰

O direito civil contemporâneo, como expressão da sociedade em que é moldado e molda, torna relativo o aspecto patrimonial das relações, fenômeno nominado de repersonalização (ou, ainda, como defendem alguns, despatrimonialização ou constitucionalização do direito civil).

Paulo Luiz Netto Lobo defende que

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos Códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotada pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.⁷¹

A alteração do eixo central do sistema de direito civil – do Código para a Constituição – trouxe como principal consequência jurídica a passagem da tutela (que era oferecida pelo código) ao indivíduo para a proteção (garantida pela Constituição) da

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p. 28.

⁶⁹ Sobre o assunto conferir: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

⁷⁰ No mesmo sentido, MARQUES, Cláudia Lima. Op., cit., p. 211.

⁷¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito privado**. In jus navigandi, n. 33. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=507>>. Acesso em: 20 ago 2010.

dignidade da pessoa humana. A tutela codicista voltada para o patrimônio foi ultrapassada pela garantia constitucional de proteção.⁷²

Do campo do direito civil (propriamente dito) afastou-se sua nota peculiar – a proteção do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançável graças à predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.⁷³

O esforço da moderna hermenêutica deve voltar-se para a aplicação dos valores e princípios constitucionais, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual. Imprescindível, ainda, que o Estado-juiz também deva estar atento às mudanças que norteiam a ordem jurídica atual. É necessário que o Judiciário atue de acordo com a nova ordem de valores, relegando a antiga dogmática, puramente legalista e egoísta, ao passado.

A Constituição Federal de 1988 é expressão dessa nova realidade, prevendo inúmeras normas basiladoras das relações particulares de indivíduos, tradicionalmente situados como de direito privado, o que impõe a releitura dos institutos clássicos, sob os valores eleitos pelo constituinte.

O Constituinte de 1988 rompe com velhos paradigmas, trazendo para o ordenamento jurídico ares de personalização, dignificação e solidariedade. Os princípios constitucionais – a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a liberdade - e os direitos fundamentais fecundaram novos conceitos (como da boa fé objetiva, da função social do contrato e da propriedade, da democratização da família).

O reclame da incidência de valores constitucionais na normativa civilística abre a possibilidade de reestruturação de conceitos privados sob a ótica da pessoa humana, sua personalidade, seu livre desenvolvimento.⁷⁴

Neste sentido, surge uma nova teoria dos contratos, alicerçada, como já se destacou, na socialização dos ajustes, na imposição do princípio da boa-fé objetiva, no intervencionismo do Estado. Valores como a boa-fé, a equidade e a segurança ganham espaço ao lado da autonomia da vontade.⁷⁵

Como salienta Cláudia Lima Marques:

⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p.29.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op., cit., p.35.

⁷⁴ Sobre o assunto, interessante consultar: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010. Na segunda parte da obra, o autor trata das mudanças de paradigmas no Direito Constitucional Brasileiro.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.

[...] o contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas.⁷⁶

Hoje, os contratos são instrumentos de circulação de riquezas da sociedade, pautados nos conceitos de qualidade, segurança, informação, adequação dos serviços e produtos ao mercado. São, também, instrumentos de proteção a direitos fundamentais. Esses novos paradigmas concretizam-se não só na nova ordem econômica constitucional (art. 170, inciso V), mas nos mandamentos de igualdade material (art. 5º), da liberdade material (art. 5º c/c art. 170, inciso V), e, em especial, da dignidade do homem (art. 1º, inciso III c/c art. 5º, XXXII).

A primeira legislação a receber o influxo das mudanças no plano constitucional foi o Código de Defesa do Consumidor. Após a crise da ditadura militar, viria a revolução democrática a forçar o Estado a mudar seu ordenamento jurídico. Da lista dos direitos fundamentais nasceria a nova legislação infraconstitucional, uma codificação diferente.

O art. 5º da Constituição Federal estabeleceu a defesa dos direitos dos consumidores, reconhecendo a importância desse sujeito na sociedade de consumo. Mais a frente, o art. 170 reforça tal entendimento, quando estabelece que a ordem econômica seja baseada na livre iniciativa, mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). O art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) vem, ainda, a trazer a ordem ao legislador ordinário de elaborar um código sistematizado, tomando a ideia de proteção desse sujeito especial.

Atendendo aos dispositivos constitucionais, edita-se a Lei nº. 8.078/98, onde é regulada a defesa do consumidor. Com cláusulas voltadas à observância do princípio da boa-fé objetiva, aos deveres de informação, da proteção, do justo equilíbrio entre as partes, o Código de Defesa do Consumidor desponta pelo seu pioneirismo, refletindo a nova teoria contratual.

Na sociedade do consumo crescente e frenético, o direito teve de se adaptar à massificação do consumo, às condições gerais dos contratos (ou cláusulas gerais dos contratos), aos contratos de adesão, ao comércio à distância e impor limites e condições para a série de contratos que surgiam no mercado. Em plena época de valorização da pessoa humana e de sua dignidade, inaceitável o sujeito consumidor ser lançado num cenário livre de regulação, que descuidasse de sua condição hipossuficiente.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Op., cit., p. 39.

Nesse rumo, embora de modo mais ou menos tardio, seguiram-se os demais ramos jurídicos, cada um exaltando os valores trazidos pela Constituição cidadã dentro de suas possibilidades. No âmbito do direito civil não foi diferente.

O direito privado brasileiro foi intensamente influenciado pelas ideias que levaram à elaboração do Código Civil Francês. O Código de 1916 recebeu ainda influência do código civil alemão, incorporando preceitos individualistas e patrimonialistas, situação que viria a mudar apenas com o advento do novo código, em 2002. A concepção clássica de contrato, liberal e centrada na ideia de valor da vontade foi assimilada inteiramente pelo antigo Código Civil Brasileiro.

O Novo Código busca minimizar a disparidade entre um diploma individualista e patrimonialista e uma Constituição solidária e personalista. É redefinido conforme o texto constitucional, tentando deixar para o passado um direito que tinha como valor axiológico o indivíduo.

Propõe-se uma nova releitura do Código Civil. A Constituição passa ao lugar de centro do direito privado, assim como o fez nos demais ramos do direito.

É nesse cenário que se deve persistir na leitura do Código à luz da Constituição, ampliando, cada vez mais, o respeito à pessoa humana e o esforço atribuído ao princípio da dignidade do homem.

Importante ressaltar, no entanto, que, apenas após vários anos da promulgação da nova Constituição Brasileira, com a inauguração de novos preceitos e valores, é que o mundo privado sai de sua sonolência e desperta para o novo mundo jurídico que há anos se inaugurava. Isso reflete a imensa dificuldade de enfrentar as barreiras de um direito hermético, formal, fundado em preceitos individualistas.

Há, ainda, um grande esforço da doutrina para lidar com um direito civil patrimonialista, imerso em um cenário de redemocratização. O momento atual impõe novos desafios.

Com a despatrimonialização do direito civil, em que as situações existenciais prevalecem sobre as patrimoniais, e com a difusão da técnica de aplicação imediata dos princípios constitucionais às relações jurídicas, ampliou-se, decerto, a tutela da pessoa, entretanto se conduziu a novas questões.

Ainda não restam superados os conflitos entre a autonomia privada e os interesses coletivos. Busca-se concretizar a função social do contrato, da propriedade, manter a boa-fé e o equilíbrio entre os contratantes.

A autonomia privada não tem previsão específica na Constituição Federal, mas é possível extrair a ideia de sua previsão dos artigos, 1º, inciso IV, art. 5º, incisos XVII a XX, art. 170, incisos II, III e IV. No Código Civil de 1916, estava presente nos artigos 85, 86 e 1079 e, atualmente, no Código Civil de 2002, possui reflexo nos artigos 421 e 425. Ela não foi, assim, extirpada do ordenamento jurídico, guardando sua devida importância.

A chamada pós-modernidade é um desafio para o Direito. Fenômeno contemporâneo ao capitalismo globalizado e ao pluralismo cultural, o Direito deve dar respostas aos diversos problemas que inquietam a sociedade atual. Deve, sobretudo, assegurar a diferença, destacar e proteger os direitos humanos.

E, em tempos de mudanças rápidas, desponta a insuficiência do modelo contratual tradicional, do direito civil, que, “acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência de valores, uma nova visão dos princípios de direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos”.⁷⁷

Com a renovação teórica do contrato, a mudança de paradigmas, à procura da segurança equidade e boa-fé nas relações contratuais, permite-se o intervencionismo estatal na vida privada, impondo aos particulares novas obrigações. A autonomia privada é tolhida, cada vez mais, a convite das aspirações por uma justiça social.

Destaca Cláudia Lima Marques que

É importante notar que esta socialização (da teoria contratual), na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança de paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.⁷⁸

É, portanto, nesse contexto de mudanças e de renovação da teoria contratual, que se abre a possibilidade de existirem contratos obrigatórios, com vistas a atender interesses que o Estado prioriza e considera indispensáveis para assegurar o equilíbrio e a harmonia na sociedade hodierna.

Sob a perspectiva da doutrina contratual moderna, parece, então que as contratações trabalhistas compulsórias guardam consonância com o momento atual. Em fase

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Op., cit., p. 155.

⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Op., cit., p. 155.

de novos conceitos e valores que se espalham pelo direito privado, na seara trabalhista também esses efeitos são sentidos. A proteção a trabalhadores e à sociedade nos contratos de trabalho ganham especial reforço.

2 CONTRATAÇÃO TRABALHISTA COMPULSÓRIA: CONTEXTO, FUNDAMENTOS E FINALIDADE

2.1 Problematização

Ainda que se tenha na relação trabalhista a natureza contratual,⁷⁹ o que, a princípio, apontaria a liberdade do empregador para admitir seus funcionários, podem-se constatar algumas situações em que a contratação de trabalhadores é compulsória.

Seriam previstas hipóteses em que não se conferiria margem de liberdade para o empregador escolher quem devesse contratar ou não. Nesses casos, a lei, com suporte em fundamentos específicos, imporá que determinados trabalhadores fossem admitidos nas empresas.

No capítulo anterior, verificou-se que o instituto contratual modificou-se, passando por importantes transformações. Hodiernamente, o contrato deixa de ser instrumento para a manifestação da absoluta liberdade das partes e torna-se mais social, submetido a uma série de normas que buscam uma efetiva equidade entre seus celebrantes.

A concepção puramente individualista, manifestada em sua forma clássica liberal, é revista, passando os interesses gerais a sobressair sobre os particulares. O contrato alberga novo perfil, priorizando situações existenciais sobre as puramente patrimoniais, e, ainda, com a difusão direta e imediata de princípios constitucionais às relações jurídicas.

A autonomia da vontade perde o perfil absoluto com que foi concebido. A liberdade, antes ilimitada, declina para atender interesses mais gerais. O acordo de vontade não mais é equiparado à lei e pode ser rechaçado diante de valores sociais.

O Estado que antes deveria se manter inerte e assegurar a estabilidade mais absoluta das relações econômicas, passa a intervir nas relações contratuais em busca de minorar o desequilíbrio entre seus celebrantes. Nessa nova expressão intervencionista, o Estado, por vezes, regula o conteúdo dos contratos, fixa condições e regras para minimizar a diferenciação entre os contratantes que resulte em situações injustas.

⁷⁹ A natureza contratual da relação empregatícia é afirmada em vários momentos pela CLT. Senão vejamos: “Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, às convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Assim, sob uma primeira perspectiva, verifica-se que os contratos, na forma como são atualmente regulados, permitem que sejam possíveis casos em que a liberdade de pactuar seja mitigada para atender valores e interesses que o Estado entende como mais coletivos. Partindo-se da premissa de que o vínculo jurídico estabelecido entre empregado e empregador decorre da manifestação de suas vontades, eventuais questionamentos acerca da possibilidade da imposição de contratações obrigatórias já poderiam ser respondidos.

Não basta, no entanto, apenas analisar a admissão de contratações compulsórias de trabalhadores apenas sob o plano contratual. A questão é mais complexa, já que não se pode olvidar que a obrigatoriedade em ênfase conflita com o princípio da propriedade, da liberdade, da livre iniciativa, reduzindo sensivelmente o poder diretivo do empregador.

Envolvendo, pois, o choque com princípios constitucionais, muitos dos quais inseridos no bojo do art. 5º. da Constituição Federal, deve-se esmiuçar o contexto sócio-jurídico em que estão inseridas essas admissões, bem como investigar a legitimidade de tal imposição e qual justificativa a lei utiliza para estabelecê-la.

Para tanto, utiliza-se o presente capítulo para compreender o papel do Estado e sua ingerência nas relações privadas, traçando um apunhado histórico que remonta desde o liberalismo aos dias atuais, os principais fundamentos que conduziram o legislador a limitar a liberdade dos empregadores, analisar a realização de direitos fundamentais sociais nas contratações trabalhistas compulsórias e sua compatibilidade com demais princípios, especialmente o da livre iniciativa.

2.2 O Estado no contexto liberal, social e social-democrático: a mudança na postura intervencionista estatal e sua ingerência nas relações privadas.

Estudar as razões que fundamentam a imposição da contratação de certos trabalhadores passa, decerto, pela postura com que o Estado se apresenta diante dos problemas da sociedade.

Por inúmeras vezes o papel do Estado foi e continua sendo questionado, alternado-se com maior ou menor amplitude suas formas de atuação e organização. O reconhecimento, entretanto, de sua influência na vida das pessoas permanece e, cada vez mais, é objeto de sua preocupação a preservação dos direitos da pessoa humana e do bem-estar da sociedade.

O Estado, no entanto, nem sempre se mostrou presente nas questões sociais.

A primeira noção de Estado de Direito nasceu da oposição histórica, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca. Ele vinca-se, nas palavras de Napoleão Nunes Maia Filho, “na abolição do centralismo e na separação do poder administrativo encravado na vontade subjetiva do governante”.⁸⁰

O Estado Moderno surge com o papel fundamental de defender e proteger a liberdade, como interesses burgueses.

Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social. Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia.⁸¹

No liberalismo, o valor da liberdade cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Nesse contexto, o Estado era um acanhado servo do indivíduo.

O ente estatal que surgia, no fim do século XVIII, após a Revolução Francesa de 1789, tinha como características básicas a não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, a adoção da teoria de tripartição de poderes de Montesquieu, a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais.

Por muito tempo, estes direitos não eram nada mais que deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-los. O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Sob este prisma, foi de enorme utilidade a técnica de separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. Esta era a engenharia institucional do Estado Liberal, que tinha como *telos* a liberdade individual.⁸²

A classe burguesa detinha o poder econômico, enquanto o político era controlado pela nobreza e pela realeza. Assim, o princípio liberal da não intervenção do Estado na economia ajustava-se aos interesses burgueses em evitar a interferência dos antigos monarcas

⁸⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Herança liberal e tentação tecnocrática**. Fortaleza: Imprensa oficial do Ceará, 1982, p. 27.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004b, p. 41.

⁸² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 8.

e senhores medievais nas suas atividades, garantindo-se, assim, a liberdade necessária para a expansão capitalista.

Não cabia, nesse âmbito, ao Estado intervir na economia, apenas lhe competia zelar pela propriedade e pela ordem, já que a harmonização de interesses individuais ocorreria pela “mão invisível” que regularia as atividades comerciais. No contexto liberal, quanto mais ausente o Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade ao indivíduo.⁸³ O Estado Liberal é, no dizer de Norberto Bobbio, “aquele no qual a ingerência do poder público é o mais restrita possível”.⁸⁴

A presença de um Estado mínimo, alheio às questões sociais, contudo, apenas servia para expandir o capitalismo impulsionado pela burguesia. A propagada liberdade tão somente formal agravava a classe operária, completamente suscetível a graves e irreprimíveis situações de arbítrio dos empregadores. Expunham-se os fracos à sanha dos poderosos.

Como ilustra Paulo Bonavides:

O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi o palco do Oriente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.⁸⁵

O alheamento do Estado no aspecto social, agravado pela Revolução Industrial não poderia resistir. Com as ideias socialistas marxistas, o operário era conclamado a resistir à intensa exploração a que era submetido. O capitalismo era questionado. A união dos trabalhadores conferia temor à burguesia, que antevia a possibilidade de ruptura violenta do Estado Liberal.⁸⁶

A neutralidade forjada do Estado, aliada às novas contingências sociais e econômicas ditadas pela Revolução Industrial, determinara um vácuo na proteção dos interesses e ideais de liberdade e igualdade da parcela hipossuficiente da

⁸³ Segundo Paulo Bonavides, a teoria liberal toma o indivíduo “como valor primário e referencial da sociedade humana: o indivíduo oponível ao Estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais. Toda a doutrina clássica da liberdade se condensa nesse paradigma”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009a.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia e as lições dos clássicos**. BOVERO, Michelangelo (org.). Rio de Janeiro: Campus, 2000a, p. 101.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004b, p. 41.

⁸⁶ Importante destacar, sobre o assunto, que “as críticas ao pensamento liberalista partiram das mais variadas fontes. Não por ter sido liberal, porém por ser liberalista, quer dizer, por haver assumido as tinturas de insensibilidade que assumiu em face da coletividade, para entronizar, inatacável, o indivíduo. Todas as correntes que se lhe seguiram envolveram-se nesses ataques, inclusive a Igreja, às vezes excessivamente cautelosa em assuntos dessa natureza”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 107.

população, ensejando tensões sociais impossíveis de serem reguladas pelo modelo de Estado burguês até então adotado.⁸⁷

Diante de tal situação, surgiu a necessidade de rever o papel do Estado, torná-lo mais atuante, que realizasse uma justiça social, acalmando os ânimos dos operários. A burguesia hesitava a expansão dos ideais pregados pelo socialismo, postos no plano fático através da Revolução Russa de 1917.⁸⁸ Para conter o avanço revolucionário, dever-se-ia garantir uma melhor qualidade de vida aos trabalhadores.

Os direitos fundamentais de cunho liberal eram insuficientes para assegurar a dignidade humana. A exploração do homem, acentuada com o advento da industrialização, não poderia ser resolvida por um Estado absentéista.

A legislação social, no entanto,

[...] não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outros rumos e perspectivas. O seu aparecimento subsequente não se deve, aliás, de modo, algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso. É forçoso reconhecer que essas armas lhe foram mais de uma vez úteis e imprescindíveis. Haja vista que as empregou com êxito na Revolução Russa e em outras ocasiões sanguinolentas da rebelião socialista do Século XX. Pôde, com elas, impor reivindicações, amedrontar a burguesia, obrigá-la a recuos inopinados.⁸⁹

Surgia, assim, o Estado Social, positivamente atuante, para ensejar o desenvolvimento e a realização da almejada justiça social, consubstanciada na proclamação de direitos sociais, compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia.

Entendeu-se tal Estado de Direito como vocacionado a minimizar as contradições do individualismo, de forma a construir uma sociedade mais justa e igualitária.

O estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, institui ele ao mesmo passo um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder vinculada primacialmente com a função e

⁸⁷ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186.

⁸⁸ “Não fora a Revolução Socialista do século XX, o mundo estaria ainda atado à cruel liberdade individualista do capitalismo selvagem do século XIX, da mesma forma que, sem a Revolução Francesa, continuaria o gênero humano vivendo debaixo do cetro daqueles reis e rainhas, diante de cujo despotismo o povo se prostava, coisificado e genuflexo, sem direitos, sem liberdade, sem participação”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 211.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 177.

fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade.⁹⁰

O Estado, no começo do século XX, apresenta-se engajado na melhoria das condições de vida e de trabalho da população, que não poderia ser lançada livremente às diretrizes econômicas sem qualquer proteção que lhe garantisse direitos mínimos de existência.

Reclama-se, assim, uma atitude positiva do ente estatal, a implementar políticas governamentais que, efetivamente, garantissem o bem-estar dos indivíduos. O Estado, através dessa nova perspectiva, torna-se intervencionista, regulando as relações sociais com o escopo de que elas se conformem à justiça social. Aos direitos fundamentais, são incorporados os direitos sociais (ou de segunda dimensão).⁹¹

Enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição, os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública dos bens materiais e imateriais.⁹²

Ao Estado não bastava proclamar a igualdade de todos perante a lei, mas assumir como tarefa a efetiva promoção fática desta igualdade. E este encargo passou a caber não somente ao Estado, mas, ainda, aos agentes privados.

O crescente intervencionismo estatal em prol dos mais fracos nas relações sociais propiciou que inúmeras normas de ordem pública inserissem-se no Direito Privado. A progressiva publicização deste ramo, com a fragilização das fronteiras entre o público e o privado, permitiu que os direitos fundamentais nortegassem também as relações particulares.⁹³

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 12.

⁹¹ Acerca da teoria dos direitos fundamentais, consultar: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 560-572.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 282.

⁹³ Como salienta Wilson Steinmetz, “no marco da ordem constitucional da República Federativa do Brasil, os melhores argumentos corroboram a tese de que direitos fundamentais, exceto, evidentemente, aqueles direitos fundamentais cujos sujeitos passivos destinatários são exclusivamente os poderes públicos – vinculam imediata

O volume de tarefas assumidas pelo Poder Público, aliado ao avanço da globalização econômica, no entanto, permitiu que o Estado Social entrasse em crise. Como bem salienta Daniel Sarmento, “deterioriza-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o poder de garantir a eficácia dos direitos sociais”.⁹⁴

O Estado vivenciou uma expansão desenfreada, encontrando dificuldades para se desincumbir das tarefas que assumira. O capitalismo avançava fronteiras e a máquina pública administrativa, desorganizada e burocrática, não conseguia acompanhar seu ritmo de crescimento. A vida da comunidade política passou a ser gerenciada por poderosos grupos econômicos, sobre os quais o Poder Público não exerce quase ou nenhum poder.

Com a concorrência comercial, buscam-se, a qualquer preço, custos reduzidos. Amplia-se a automação e, em consequência, o trabalhador torna-se descartável. No chamado neoliberalismo, os direitos trabalhistas encontram-se ameaçados,⁹⁵ diante das pressões por flexibilização e desregulamentação das relações laborais.

De outro turno, a extensão do direito de sufrágio a parcelas cada vez mais amplas da população permitiu que novas demandas surgissem no cenário social, abrindo-se caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos segmentos mais desfavorecidos da sociedade.

Em virtude deste contexto, coube ao Estado adotar uma nova postura, pois, do contrário, assistiria a sua completa ruptura. E o ônus de promover o bem-estar coletivo passou

ou diretamente os particulares”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271. Segundo o mesmo autor, a eficácia de direitos fundamentais, no entanto, frente a terceiros, ainda não é uma construção dogmática clara, precisa sobre sua forma e a medida. A questão ainda está em aberto tanto na Alemanha, país no qual se suscitou pioneiramente na década de 1950 do século XX e, sobretudo, no Brasil, país no qual havia, até bem pouco tempo, um inexplicável silêncio sobre direitos fundamentais. Em igual sentido: Ingo Wolfgang Sarlet: “o tratamento dado pela dogmática jurídica está, ainda, muito aquém da relevância teórica e prática do tema”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p 111-112). Ainda sobre o assunto, consultar: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 27.

⁹⁵ DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 440.

a ser compartilhado com os agentes privados. Buscaram-se na iniciativa privada parcerias para a prestação de serviços públicos, ao tempo em que se ampliaram as privatizações.

A concretização dos direitos fundamentais, especialmente, os sociais, considerando seu caráter positivo, a exigir atuação por parte do Estado, assim como as restrições orçamentárias que se lhes impõe, ⁹⁶ reclamou novos impulsos, já que as reais condições para seu exercício precisam ser criadas. ⁹⁷

Nesta nova ordem, reafirmam-se e se ampliam os direitos fundamentais, indispensáveis para alcançar uma existência digna. No conceito de Estado Democrático de Direito, compreende-se a promoção de direitos de várias ordens, como o direito à moradia, à saúde, à educação, ao pluralismo político. Os valores da justiça e da dignidade da pessoa humana são seus principais valores.

O Estado, como nunca, está empenhado em assegurar os bens e direitos que garantam a dignidade de todos os cidadãos. ⁹⁸ Aliás, é nesse fundamento que se constitui o Estado Democrático Brasileiro (art. 1º, inciso III, CF/88).

Impende destacar que, nesse novo modelo de Estado, os direitos sociais ganham elevada importância e, diferentemente dos “direitos de defesa” (liberdade, legalidade, v.g), que objetivavam limitar o poder estatal, reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. ⁹⁹

Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. [...] Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, [...] encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria,

⁹⁶ Acerca da “reserva do possível” em matéria de direitos fundamentais, confira-se: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

⁹⁸ Sobre o assunto, como bem salienta Andréas Krell, “o Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo. Esse tipo de Estado Social já ultrapassa nas suas finalidades e pretensões o modelo do clássico Welfare State e procura a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas”. KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **A Constituição Concretizada**: Construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 37.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 301

distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para os que deles necessitem.¹⁰⁰

Desta feita, o papel que é conferido ao Estado¹⁰¹ permite que este se insira também no âmbito das relações entre particulares, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista.¹⁰²

Ao seu lado, caminharia, nos mesmos passos, a iniciativa privada, a quem também cumpriria a preservação de direitos fundamentais, já que inaceitável desproteger o cidadão diante do poder social, muitas vezes protagonistas de violações e abusos àqueles direitos.¹⁰³

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op., cit., p. 299-301.

¹⁰¹ A despeito de o Estado ser invocado para a promoção do desenvolvimento e do bem-estar social, reside, ainda, segundo Gilberto Bercovi, nos estudos jurídicos e constitucionais do Brasil, uma reflexão mais aprofundada sobre o Estado. Segundo o autor, “é necessário que os juristas retomem a pesquisa sobre o assunto, voltem a se preocupar com uma Teoria do Estado. Isto se reveste de maior importância no caso do Estado Brasileiro, que, além de tudo, é subdesenvolvido. Conhecer, assim, os obstáculos à atuação do Estado brasileiro e buscar alternativas para superá-los é fundamental [...] na sua (re)estruturação para a promoção do desenvolvimento”. (BERCOVI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42-43).

¹⁰² Nesse sentido, escreve BONAVIDES: “O Estado Social, por sua natureza, é um estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 211.

¹⁰³ Sobre a matéria, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 201819-RJ, manifestou-se, aparentemente, pela adoção da teoria da eficácia externa imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas: EMENTA. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do

Nesse contexto, admite-se a contratação compulsória de trabalhadores, permitindo-se que o Estado, legitimamente (e legalmente, como será adiante visto), imponha-se sobre as relações jurídicas trabalhistas. Sendo alguns direitos sociais e demais garantias individuais somente alcançados através de tal imposição, não restam dúvidas de que o Estado não deverá se manter inerte. Seu atual caráter fomentador e garantista não permitem seu silêncio. Ao contrário, exigem sua forte atuação.¹⁰⁴

Aliás, como aponta Sandra Lia Simon,

O Direito social é cada vez mais um direito de interesses de grupos, num direito de desigualdades, um direito de privilégios de grupos, tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio material entre as partes, na busca de uma justiça distributiva em oposição a um princípio de justiça corretiva predominante na lógica jurídica liberal. Por isso o sistema brasileiro admite normas de proteção a determinados grupos, tais como trabalhadores, crianças e adolescentes, idosos, mulheres, consumidores, sem-terra, pessoas portadoras de deficiência.¹⁰⁵

Poderá, assim, o Estado, sob a função que exerce na concretização dos direitos constitucionalmente declarados, especialmente os direitos sociais, determinar, com base em fundamentos específicos, não somente normas que orientem o conteúdo dos contratos de trabalho, mas, além disso, intervir na liberdade do empregador em escolher seus funcionários.

2.3 A contratação compulsória determinada pela condição do trabalhador: garantia de uma existência digna através da reserva de mercado de trabalho.

Embora o papel do Estado revista-se de elevada importância na concretização de direitos fundamentais, especialmente os sociais, por requererem estas prestações materiais,

devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF - RE 201819 - RJ - 2ª T. - Relª Minª Ellen Gracie - DJ. 27.10.2006).

¹⁰⁴ Destacando o novo papel do Estado, como ente que incentiva práticas socialmente desejáveis, descreve Noberto Bobbio que “o fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático. Trata-se de um fenômeno de modo algum acabado e que começa, apenas agora, a ser explorado”. BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaria Verisiani. São Paulo: Manole, 2007b, p. 71.

¹⁰⁵ SÍMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e a tutela da pessoa portadora de deficiência. In: **Defesa dos Direitos das pessoas portadoras de deficiência**. ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 283.

deve-se buscar as razões que impulsionam o aparelho estatal a impor contratações obrigatórias de empregados às empresas. Mais que identificá-los, deve-se descrevê-los e identificar se os meios utilizados pelo legislador foram os mais adequados e necessários para satisfazer os interesses propugnados em tais admissões.

Isto porque é inquestionável que há na presente hipótese uma tensão entre direitos fundamentais (direito à liberdade, direito à propriedade, direito à igualdade, direito ao mínimo existencial, direito à segurança, como será visto) a ser superada por um juízo de ponderação, entre a máxima otimização dos princípios ¹⁰⁶ envolvidos e o alcance dos objetivos perseguidos pelo Estado.

O primeiro fundamento suscitado para justificar os casos de contratação trabalhista compulsória está consubstanciado na necessidade de garantir reserva de mercado para aqueles que, em outra situação, dificilmente conseguiriam emprego. É o contexto em que se inserem as pessoas portadoras de deficiência (Lei n.º. 8213/91, art. 93) e os aprendizes (art. 429, CLT). Se o mandamento legal não lhes reservasse vagas nas empresas, poucas chances teriam para obter emprego no competitivo mercado. ¹⁰⁷

A imposição da admissão, nesses casos, objetiva a proteção do próprio trabalhador, dirige-se ao próprio indivíduo, reservando-lhe a Lei, através de tal mandamento, oportunidade para seu ingresso no competitivo mercado de trabalho.

Aqui, o legislador confere especial importância ao elemento trabalho e atua em busca do pleno emprego, em conformidade com o preconizado ao longo dos arts. 1.º, 3.º e 170 da Constituição de 1988. Sem esquecer, é óbvio, da garantia de um mínimo de dignidade para os indivíduos, alcançada através do labor.

O trabalho, tomado como principal fonte de riquezas de uma nação, é prestigiado nesse momento, na medida em que se reconhece como principal meio de sobrevivência. É, nas palavras de Gérson Marques de Lima, “a seiva da vida, que pulsa do coração, corre pelas

¹⁰⁶ Cf ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁰⁷ Importante destacar que “o trabalho do deficiente físico não importa unicamente ao próprio indivíduo minúsculo. O interesse é da sociedade. Deveras, da labuta de todos advém a produção nacional, importando ao mercado o maior contingente possível de mão-de-obra ativa. Outrossim, as mentes desocupadas, estratificadas em corpos estagnados, não pensam nada de bom e há tendência natural de maquiavelarem atitudes diabólicas e perniciosas em geral (não é à toa que o milenar provérbio salienta: O trabalho dignifica o homem). E, psicologicamente, a sensação de utilidade impõe ao indivíduo maior gosto pela vida, afetando toda a funcionalidade orgânica de seu corpo e as relações intersubjetivas, na melhor convivência com os semelhantes e a família”. LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**. Anotações à lei n.º. 9.029/95, em confronto com as leis n.º. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 203.

veias da sociedade e dignifica o ser humano. Se sem o trabalho o homem não tem honra, sem ele a humanidade se degenera”.¹⁰⁸

O trabalho é quem verdadeiramente enriquece a sociedade, propiciando-lhes bens e serviços úteis ao seu conforto e comodidade. Não é voltado a satisfazer tão somente ao capital, à produção de bens. “É muito mais amplo, servindo para humanizar mentes vazias, enriquecendo e levando ao desenvolvimento da sociedade”.¹⁰⁹

É através do trabalho, com a percepção de salário, que o trabalhador põe comida em sua mesa, cria as condições de possuir sua moradia, de gozar de um instante de lazer. É, com ele, que atinge um patamar mínimo de existência, preserva sua dignidade.¹¹⁰

Se os sujeitos, por condições peculiares, não conseguem acesso ao mercado de trabalho, não alcançam um mínimo existencial, oferecido em grande parte pelos produtos do trabalho, o Estado pode intervir, positivamente, determinando que as empresas, sob determinadas condições, contratem esses sujeitos.

A questão, porém, não se encerra nesse resultado, pois inúmeras discussões podem se apresentar, questionando, inclusive, a inconstitucionalidade da lei, consistente no tratamento diferenciado (e privilegiado) de certos trabalhadores, o que levaria a uma verdadeira ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, CF/ 88).

A estudada compulsoriedade não revela, no entanto, situações de discriminação diante do texto legal, na medida em que privilegiaria determinados trabalhadores em detrimento dos demais. O que ocorre é justamente o contrário.

O princípio da igualdade possui dois enfoques distintos. Primeiro, considera-se que a Lei Maior, através de referido princípio, visa tratar as pessoas de forma igualitária, sem qualquer discriminação, não admitindo exceções. É o que se chama de igualdade formal.

¹⁰⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os valores sociais do trabalho: entre o interesse empresarial e os direitos fundamentais do trabalhador. A contribuição da hermenêutica constitucional. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de, et al. **Repensando a doutrina trabalhista: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo**. São Paulo: LTr, 2009, p. 82.

¹⁰⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. Cit., p. 87.

¹¹⁰ Não se propõe uma detalhada discussão a respeito do significado da dignidade humana, pois a matéria, por sua riqueza, conduz a um trabalho específico. Há diversas referências sobre o assunto, tanto na doutrina nacional quanto internacional. Para melhor compreensão do assunto, podemos indicar, conforme lição de Emmanuel Furtado: “Há que se dizer que a dignidade da pessoa humana, como insculpia em nossa Carta Política, é uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, devendo, por tal razão, seu conteúdo ser compreendido com caudalosa valoração que encare seu sentido normativo-constitucional, afastando-se, tanto quanto possível, uma noção superficial da essência do próprio homem, de tal sorte que se arrede qualquer ideia apriorística do homem, sendo inaceitável que se estabeleça um reducionismo do verdadeiro sentido da dignidade humana à restrita defesa dos direitos tradicionais, deixando-se de lado os direitos sociais, ou simplesmente fazer menção a tal princípio tão-somente para edificar a teoria do núcleo da personalidade individual, olvidando quando a questão for a garantia das bases do existir do homem. (FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. In **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 32 jan-março de 2006. P. 29 a 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.)

Por outro lado, pode-se conceber que determinadas pessoas têm alguns valores tutelados de maneira especial pela Lei, não importando o tratamento desigual em ato de flagrante ilegalidade, mas, ao contrário, em medida para adequar determinadas situações à realidade em que estão inseridas. É o que se chama de igualdade material.¹¹¹

É nesse âmbito que se interpreta o princípio da igualdade, através da clássica fórmula “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”. O preceito da isonomia não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas em que o indivíduo se encontre.

Portanto, o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção.¹¹²

Percebe-se que a igualdade inserta no art. 5º, inciso I, da CF/88, que o constituinte brasileiro deu ao Estado um contorno nitidamente social e, para pleno alcance dos objetivos colimados no art. 3º, adotou a igualdade material e não a meramente formal como interpretação do princípio da isonomia.

Destaque-se que, por vezes, para alcançar a igualdade material acima indicada, e não a meramente formal, o Estado vê-se obrigado a editar normas protetoras, cuja finalidade se insere na concretização da verdadeira igualdade de oportunidades. São as chamadas “ações afirmativas”.

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência, física, de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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.¹¹³

Foi exatamente o que ocorreu no Brasil com as pessoas portadora de deficiência. É incontestável a dificuldade que esses cidadãos encontram para obter uma autêntica adequação nos diversos segmentos da sociedade - em especial no mercado de trabalho -, em virtude da peculiaridade (seja física, mental ou sensorial) que portam.

¹¹¹ Nesse sentido conferir: ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297.

¹¹³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, jun., 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 23 out 2010.

O próprio constituinte preocupou-se diretamente com a questão, estipulando no art. 7, XXXI, que é proibida qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão o trabalhador portador de deficiência.¹¹⁴

Tais leis visam justamente compensar juridicamente uma desigualdade fática ou real.¹¹⁵ Do contrário, se assim não dispusessem, não garantiriam a dignidade de tais sujeitos, fundamento a que se encontra vinculado o Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, III, CF/88). Por outro lado, também se constataria injustiça o tratamento igual a pessoas que estão em situações desiguais.

Como indica Celso Antônio Bandeira de Melo:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em uma sou em outras vêm a ser colhidas por regimes¹¹⁶ diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.¹¹⁷

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.¹¹⁸

Para se aferir a quebra da isonomia, devem ser analisadas três questões: o que é adotado como critério de discriminação, a correlação ou fundamento racional abstratamente

¹¹⁴ SÍMON, Sandra Lia. Op. cit., p. 285.

¹¹⁵ A propósito da fundamentação das políticas de ação afirmativa, destaque o pensamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha: “[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma de promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualdade positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política e econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. Rocha, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático de princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 131, jul./set. 1996.

¹¹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord) **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.347.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 12-13.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op., cit., p.39.

existente entre o fator da discriminação e a disparidade estabelecida no sistema e, por fim, se essa correlação afina-se com os valores escolhidos no sistema normativo constitucional.¹¹⁹

O motivo por que o caso não é ofensivo à igualdade apresenta-se, de logo, conviventes com o preceito isonômico. Repugnam-se os que se relevam, de plano, viciados, percebendo-se, até de modo intuitivo, sua mácula jurídica.

Ainda aqui as pessoas terão sido discriminadas em razão de sua condição física, sem, contudo, ocorrer por tal circunstância qualquer hostilidade ao princípio da igualdade que a legislação desejou prestigiar.¹²⁰ Não é no traço de diferenciação escolhido que deve se buscar algum desacato ao princípio isonômico. Deve-se receber a desigualdade de tratamento em função dela conferida quando ela não for incompatível com os demais interesses prestigiados na Constituição.¹²¹

É de ressaltar que a discriminação na Lei de Cotas não possui feição negativa e é apenas temporária. Ela apenas durará enquanto for necessária, ou seja, enquanto na sociedade existir a barreira de acesso às pessoas com deficiência.

É indubitável que as ações afirmativas sejam os instrumentos mais eficazes encontrados para possibilitar a concretização de diversos direitos das pessoas com deficiência por meio da inclusão no mercado de trabalho.¹²²

A realidade mostra que fora de um contexto de imposição, não haveria a contratação de tais profissionais. Segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil, há 24,6 milhões de pessoas com deficiência, o que representa o expressivo percentual de 14,5% da população.¹²³

Confrontando com demais indicativos oficiais, constata-se a baixa empregabilidade dos trabalhadores deficientes. Dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2008 demonstraram a existência de 39,44 milhões de empregos formais no

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op., cit., p. 21.

¹²⁰ Ressalta MELO que, “sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, sem em tal, caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op., cit., p. 25)

¹²¹ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op., cit., p. 17.

¹²² Nesse sentido, indica Marianna Montebello: “Apesar das resistências eventualmente opostas aos programas de ação afirmativa, é fato que o Brasil vem testemunhando, nos últimos anos, o fortalecimento do debate a respeito de opções de tal natureza. Diversos dispositivos da Constituição da República de 1988 parecem legitimar os movimentos de discriminação positiva, sinalizando claramente a opção pela busca da igualdade material e pelo repúdio à mera igualdade jurídico-formal”. MONTEBELLO, Marianna. As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: **Revista de Interesse Público**, Ano VII, n. 29, Porto Alegre: Editora Notadez, jan/fev, 2005, p. 124.

¹²³ Pesquisa disponível em: <<http://www.ibge.com.br/censo200>>. Acesso em 23 out 2010.

Brasil, no entanto apenas 323,32 mil foram declarados como ocupados por pessoas com deficiência, o que corresponde a 1% dos empregos formais.¹²⁴

Ademais, merece atenção o fato de que nas contratações compulsórias os trabalhadores portadores de deficiência não são os únicos beneficiados, mas toda a sociedade. Segundo Walter Claudius Rothenburg:

A menção aos beneficiários da igualdade – inclusive daquela que impõem tratamentos diferenciados – não estaria completa se não abarcasse, além dos particulares beneficiados, todos nós, que temos direito de conviver com nossos semelhantes/diferentes e partilhar das experiências da diversidade em espírito democrático (participativo) e solidário.

Assim, verifica-se que é com base no princípio constitucional da igualdade material que merece ser concebida toda e qualquer lei que possua previsão de reserva de mercado a indivíduos que, fora do amparo legal, não alcançariam trabalho.

A inclusão da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho não é simples medida demagógica ou “caridosa”. Existem importantes motivos de ordem econômica e política que fundamentam esse tratamento diferenciado. Ora, se essa pessoa não tem fonte própria de renda, será improdutiva. Por consequência, ou o Estado ou a sociedade (por meio de entidades beneficentes ou filantrópicas) deverão arcar com o seu sustento. A partir do momento que se assegura a vaga reservada por meio de cotas, possibilita-se que a pessoa portadora de deficiência obtenha, por ela própria, fonte de renda, eximindo o Estado e a sociedade deste encargo, além, é óbvio, de dar-lhe condições de se integrar à comunidade, efetivando-se os princípios a cidadania e da dignidade da pessoa humana. A existência das cotas, portanto, é de absoluto interesse do Estado e da sociedade como um todo.¹²⁵

No caso da contratação de aprendizes, encerram-se as mesmas discussões das admissões de portadores de deficiência quanto ao tratamento desigual em relação aos demais trabalhadores, já que o amparo legal dirige-se ao indivíduo e suas condições peculiares. Oportuno, destacar, entretanto, que outras razões também norteiam o Estado na admissão desses sujeitos.

A contratação de aprendizes advém de um contexto que confere atenção especial ao trabalho do menor. Busca-se melhorar as condições do trabalho dos jovens e impedir a exploração de mão-de-obra infantil.

¹²⁴ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Anuário Características do Emprego Formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – 2008. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>. Acesso em 23 out 2010.

¹²⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. cit., p. 287.

Em uma sociedade excludente e carente como a brasileira, não são raros os episódios de crianças e adolescentes que prestam serviços em troca de pequenos trocados que irão auxiliar no sustento familiar. O trabalho de menores, inclusive, era culturalmente instigado, por tornar a criança trabalhadora futuramente um adulto responsável e digno.

A compreensão em torno do trabalho do menor mudou, especialmente em razão da edição de leis protetivas (em destaque, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº. 8.069/90). O trabalho é restringido, priorizando-se a educação como instrumento de formação da criança e do adolescente. Atualmente, a Constituição Federal proíbe o trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

A tutela conferida ao trabalho do menor justifica-se por razões de ordem higiênica e fisiológica. É sabido que jornadas excessivas e prestado em determinadas circunstâncias poderá comprometer o desenvolvimento normal dos jovens. Em virtude disso, proíbe-se o trabalho noturno, em locais perigosos ou insalubres (frentista de posto e combustível, na mineração, etc).

A par deste aspecto, arrolam-se também fundamentos de ordem moral, de segurança e de cultura. Proíbem-se trabalhos em locais prejudiciais ao seu desenvolvimento moral (teatros de revista, cinema, boate, cassino, cabarés, empresas circenses, na produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas que possam prejudicar sua formação moral, conforme o art. 405, §3º, da CLT).

O aprendizado não pode superar os limites previstos para cada ocupação, e, sobretudo, o ensino deve corresponder a um processo educacional, com o desdobramento do ofício ou ocupação, em operações ordenadas em consonância com um programa, cuja execução se faça sob direção de um responsável, em ambiente adequado à aprendizagem.¹²⁶

Por fim, saliente-se que as leis que impõem a reserva de mercado para pessoas portadoras de deficiência e aprendizes não ofendem o direito à propriedade privada dos empresários nem sua liberdade de contratarem empregados, como muitos sustentam.

Como indicado em linhas pretéritas, esses direitos não são absolutos, mas revestidos, atualmente, de função social. E a imposição da contratação compulsória nos termos indicados é, propositadamente, uma opção do legislador de chamar a atenção da sociedade (dos empregadores, em particular) para esse novel papel da empresa.

¹²⁶ CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275.

2.4 A contratação compulsória voltada para a qualificação do trabalhador

Por vezes, indaga-se que fundamentos justificariam o Estado a impor que as empresas contratem compulsoriamente determinados trabalhadores, na forma e nos quantitativos discriminados em preceito legal.

Em primeiro plano, vislumbrou-se que as admissões forçadas seriam relacionadas a dois fundamentos: um, já visto no tópico anterior, ligado diretamente ao indivíduo, que merece, por se enquadrar em situação especial, a proteção do Estado para garantir-lhe reserva de mercado, pois, de outro modo, teria dificuldades para obter emprego. O outro, a ser adiante analisado, está vinculado à garantia do bem-estar da coletividade, na medida em que certas atividades, por exigirem conhecimento específico e estarem atreladas a valores essenciais, como a vida, a segurança, educação, liberdade de informação, devem ser desempenhadas por profissionais habilitados técnica e legalmente.

Ao examinar cada caso de contratação compulsória, questionou-se se não haveria mais um, relacionado também à proteção do trabalhador, mas, agora, não para reservar-lhe vaga no mercado de trabalho, e sim para qualificá-lo, proporcionando a formação necessária para alcançar adiante um emprego. Seria, nesse contexto, o caso do aprendiz.

Considerando o arcabouço jurídico reunido nesta pesquisa, investigando as mudanças nos paradigmas dos contratos e da propriedade, o papel do Estado na sociedade atual e os limites de sua interferência na dinâmica privada e na economia, o arsenal de princípios e valores albergados na Constituição de 1988, optou-se por manter apenas dois fundamentos para as admissões compulsórias de trabalhadores.

Acredita-se, outrossim, que o legislador tenha estabelecido a contratação forçada do aprendiz por vislumbrar a necessidade de protegê-lo do trabalho irregular, da exploração, do trabalho precoce, das tarefas degradantes, exaustivas, que resultem em má formação física e comprometem seu desenvolvimento biológico e mental.

Como será visto no capítulo seguinte, verifica-se, prioristicamente, que as principais causas do trabalho entre crianças e adolescentes estão atreladas à satisfação das necessidades básicas, à procura de serviço que auxilie no sustento da família, e não apenas às dificuldades de o jovem obter o primeiro emprego por falta de experiência, circunstância que veio a surgir em momento posterior, em face da acirrada competitividade fomentada pelo neoliberalismo.

Assim, a tutela especial conferida pelo Estado vem dirigida ao indivíduo, a sua proteção, e não para somente lhe proporcionar melhor formação, haja vista as dificuldades no início da carreira profissional. Ter apenas este fundamento inviabilizaria a almejada efetividade da lei, seja por carecer de certa legitimidade, seja por lhe faltar coerência com os ditames constitucionais.

Isto se daria, especialmente, porque o Estado estaria a impor à iniciativa privada papel que lhe pertence. Embora a Constituição permita que o Estado, em caráter de exceção, intervenha na esfera privada, regule o exercício de suas atividades em prol do bem-estar social, imponha a observância do papel social da propriedade (art. 170 e seguintes), não poderia pretender que a empresa privada assumisse obrigações que são suas.

Como salienta Wilson Steinmetz:

Não é dever jurídico-constitucional dos particulares, por força dos direitos fundamentais a prestações, propor, planejar e executar políticas sociais e econômicas – embora delas até possam participar como colaboradores ou em parcerias. Ademais, como os direitos fundamentais sociais são financeiramente onerosos e exigem opções e ações positivas, a imposição aos particulares de deveres de prestações colide com o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, caput) – e, portanto, com a economia de mercado-, com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade (CF, art. 5º, caput e XXII) e com o princípio da autonomia privada.¹²⁷

Não é papel da empresa responsabilizar-se pela educação do país, pela adoção de políticas de pelo emprego. Embora possua responsabilidade social e possa arcar com o ônus de determinados projetos, sua função é secundária.

Nesse sentido, defende Luis Roberto Barroso:

[...] O que o Estado não pode pretender, sob pena, de subverter os papéis é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. [...] Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento.¹²⁸

Desta forma, mantém-se o caso dos aprendizes no fundamento já apresentado.

¹²⁷ STEINMETZ, Wilson. Op. Cit., p. 279.

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em 12 de nov 2010.

2.5 A contratação compulsória determinada em prol do bem-estar da sociedade

O outro fundamento suscitado para justificar os casos de contratação trabalhista compulsória está consubstanciado na necessidade de se garantir e preservar o bem-estar da sociedade e de sua segurança.

A imposição da admissão de certos trabalhadores, assim, objetiva não a proteção do obreiro, como na hipótese vista anteriormente, mas, em especial, ao interesse público. A lei impõe a contratação compulsória daqueles que exercem em suas atividades laborais determinadas necessidades coletivas essenciais à proteção da sociedade e da segurança da comunidade.

O Estado, assim, intervém na liberdade contratual do empregador em escolher seus funcionários, impondo que ele admita em sua empresa profissionais, cujas atividades estejam intimamente ligadas à vida, à saúde, à educação, à liberdade ou à segurança do cidadão.

É, nesse âmbito, que se inserem, por exemplo, as contratações do farmacêutico (Lei nº. 3.820/60, art. 24; Lei nº. 5.991/73), do químico (art. 335, CLT), do professor de ensino superior com titulação de mestre ou doutor (Lei nº. 9.394/96, art. 52; Decretos nº. 5.786/2006 e 5.773/2006) e, ainda, dos jornalistas (Decreto nº 972/69, art. 4º), do engenheiro (Lei nº. 5.194/66, art. 59 a 61) e do nutricionista no Programa de Alimentação do Trabalhador (Portaria do Ministério do Trabalho nº. 03/2002, § 11 e 12).

O legislador verificou a importância das atividades que tais profissionais exercem no meio social, ligando-se a aspectos básicos da vida humana ou da vida em sociedade, ao ponto de estabelecer que as empresas devam funcionar necessariamente com sua presença.

A lei impõe sua contratação, pois somente esses profissionais possuem formação científica especial, sem a qual as atividades da empresa poderão pôr em perigo a vida, o bem-estar, dentre outros interesses coletivos.

O mercado não pode funcionar livremente, sem um mínimo de intervenção do Estado, a limitar abusos e excessos por parte do capital. A história evidencia as experiências negativas quando se concedeu extrema liberdade no processo econômico.

O Estado deve manter o equilíbrio entre os interesses econômicos e a defesa de direitos fundamentais a serem tutelados em prol de uma condição mínima para os indivíduos.

Como bem expressa Gérson Marques de Lima, “a exploração no capitalismo deverá ser socialmente responsável”. Há, pois, um dever não apenas político, mas também

jurídico, de o Estado Social manter e assegurar que o capital reverta em benefício de toda a sociedade.¹²⁹

De seu turno, o capital precisa de controle. Um mínimo que seja. Não com a finalidade de impedir sua atuação, de tolher a livre iniciativa, de prejudicar seu ramo negocial nem de direcionar suas atividades empresariais. Mas, sim, de podar os excessos que sua atuação possa acarretar à sociedade. A necessidade vem do interesse coletivo, e não do interesse individual; não raramente, o próprio capital se beneficia disto, como ocorre quando o Estado interfere na economia para assegurar a livre concorrência e punir os cartéis, impedindo que as empresas maiores inviabilizem a existência das menores.¹³⁰

Não há um espírito de elevada bondade e generosidade que envolva o empresário quando lida com seus empregados e com as negociatas, já que é apenas movido pelo interesse econômico e pela especulação. Mesmo quando investe no trabalhador, é inspirado no retorno financeiro que isto possa lhe proporcionar. Não o faz por altruísmo nem por solidariedade.¹³¹

Há uma imensa dificuldade em concretizar direitos e interesses, especialmente os propagados pela Constituição Federal, sem que se imponha uma sanção. É ilusório crer que os indivíduos – particularmente o empresariado brasileiro – tenham a sensibilidade, o senso cooperativo, para colaborarem na formação de uma sociedade mais justa e com iguais oportunidades a todos, ainda mais se para isso, seja necessário um atuar positivo que implique em custos. Resiste, ainda, um juízo arcaico e individualista, que inibe e não estimula ações criativas.

Por outro lado, propaga-se a ideia de que ao Estado cabe a incumbência isolada de certas tarefas. Não se tem a compreensão de que muitas ações não cabem mais – tão somente, pelo menos – ao Poder Público. Os indivíduos são convocados a participarem, mesmo que tenham que ser pressionados, sujeitos a sanções no caso de omissões.

A necessária participação dos indivíduos na construção de uma sociedade em que todos gozem de uma vida digna advém de um compromisso de agir em prol do bem estar do semelhante. A colaboração para que o outro obtenha o mínimo necessário para seu desenvolvimento está consubstanciada no princípio da solidariedade.

¹²⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os valores sociais do trabalho: entre o interesse empresarial e os direitos fundamentais do trabalhador. A contribuição da hermenêutica constitucional. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de, et al. **Repensando a doutrina trabalhista**: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo. São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

¹³⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. cit., p. 92.

¹³¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. cit., p. 89.

Tal princípio que, desde a Antiguidade Clássica, suscitou debate acerca da relevância do agir do homem como meio de alcançar a vida em coletividade e de concretizar a felicidade por meio de ações aos mais desfavorecidos, invoca-se no presente caso, pois se apresenta como sentimento que deve nortear as contratações trabalhistas compulsórias.

A solidariedade deve presidir as relações na sociedade. A vida coletiva exige ajuda e cooperação mútua entre os indivíduos em prol da justiça social. Não se aceita mais o individualismo no contexto dos direitos fundamentais.

Como Émile Durkheim demonstrou, “o indivíduo há de se sacrificar, em certa parcela de sua liberalidade, em nome do todo. Há de agir em prol do Estado, da sociedade, do todo, pois é a sociedade que ele, homem, provém, e não contrário”.¹³²

No direito brasileiro, o valor solidariedade foi expresso no Título I da Constituição Federal de 1988, especificamente no art. 3º, inciso I, a saber:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

O dispositivo constitucional demonstra que a solidariedade deixou de ser apenas um valor sociológico para ingressar no direito pátrio como norma, expressando uma ordem que orienta de que modo devem ser pautadas as ações de entes públicos e privados, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Trata-se de um princípio fundamental ao crescimento do país, pois procura dirimir as desigualdades e as injustiças sociais, em busca de um bem estar que alcance a todos.

Em diversos dispositivos, encontra-se inserido o princípio da solidariedade na ordem jurídica brasileira, especialmente no âmbito tributário, previdenciário, administrativo e trabalhista.

Através do art. 145, § 1º, da CF/88, ao instituir o pagamento de tributos de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte, tem-se expresso referido princípio, quando atribui que a cada indivíduo compete, de acordo com sua capacidade econômica, a sua participação em prol do bem comum.

¹³² DURKHEIM, Émile apud SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **O princípio da solidariedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

No *caput* do art. 194, da CF/88, tem-se presente a solidariedade ao se determinar que a seguridade social compreenderá um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social em prol do menos favorecidos.

Verifica-se, ainda, mencionado princípio no âmbito do direito administrativo, quando da criação de consórcios públicos para a implantação das mais diversas políticas públicas.¹³³

No direito do trabalho, verifica-se a presença implícita da solidariedade nos contratos compulsórios de trabalhadores. Nos dois fundamentos apontados para justificar tais contratos expressa-se tal valor, pois não se afasta a ideia de uma convivência social justa e harmoniosa, através do elemento trabalho, advenha de um senso de solidariedade entre os indivíduos.

A solidariedade, portanto, representa um sentimento de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, o legislador determina a ajuda mútua, em busca de um estado ideal de sociedade a ser alcançado, nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal. Afaste-se da solidariedade a ideia reduzida à perspectiva da caridade, da filantropia, de um sentimento meramente genérico de fraternidade.¹³⁴

Como consignou Thomas More, em sua obra *Utopia* (1513), “[a natureza] quer que o bem-estar seja igualmente dividido entre todos os membros do gênero humano e, desse modo, adverte-nos que não devemos perseguir os nossos interesses à custa da infelicidade alheia”.¹³⁵

Vivenciam-se novos tempos, em que todos devem manter o compromisso de cooperação, responsabilidade com o bem-estar de todos. O indivíduo deve estar comprometido com os vínculos de solidariedade social, de cooperação.

Nos contratos obrigatórios, o legislador fomenta também o papel social das empresas. As atividades empresariais devem se conformar aos interesses coletivos e não apenas como meio exclusivo de captação de lucros e de proveito egoístico. Trata-se de

¹³³ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **O princípio da solidariedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

¹³⁴ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9925>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

¹³⁵ MORE, Thomas apud SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **O princípio da solidariedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

situações que transcendem o mero interesse individual, uma vez que tem reflexos no âmago da estrutura e dinâmicas sociais, como será melhor examinado adiante.

O estabelecimento empresarial não deve se restringir a atividades de troca, de apropriação de bens, voltado apenas à intensificação da produtividade e ao acúmulo crescente de lucros, sem se preocupar com a coletividade na qual está inserido.

As empresas devem manter uma função social, o que lhes exigem um papel ímpar na sociedade. O exercício do direito da propriedade deve ser realizado por meio da utilidade para todos e não apenas para si. Nenhum direito, aliás, está afastado da consecução da justiça e do bem-estar social.

Seguindo a orientação de Daniel Miranda:

A revisão do direito de propriedade está ligada a três ideias centrais: (i) o bem-comum, na medida em que a sociedade se guia por um objetivo de progresso, identificado num bem coletivo, dispondo-se a realizá-lo. A esse bem se subordinam os bens particulares; (ii) a participação, que transforma o indivíduo em ser humano, promovendo e consolidando a dignidade da pessoa humana, e (iii) a solidariedade, que, decorrente do reconhecimento da dignidade do outro, motiva condutas no sentido de um crescimento não meramente individual, mas de um determinado grupo.¹³⁶

O empresário, portanto, a partir do reconhecimento da função social que reveste a propriedade, deve utilizá-la a benefício da sociedade e não somente para fins individuais.

A atuação estatal também deve ser vista como manifestação de seu fim maior: garantir o bem comum. O Estado contemporâneo se obriga a garantir ao homem a preservação de sua dignidade humana, possibilitando o acesso aos bens necessários, com o fito de alcançar sua existência digna. Ele deve atuar para que as condições de existência digna da pessoa humana não sejam suplantadas por interesses econômicos.

Apresentados os fundamentos sócio-jurídicos por meio dos quais o Estado motiva a obrigação criada para que as empresas contratem determinados trabalhadores, suscitam-se, decerto, indagações acerca de eventual restrição a direitos fundamentais e se esta é inadequada. Os direitos à liberdade, à propriedade, à livre iniciativa estariam ameaçados diante das contratações trabalhistas compulsórias.

Primeiramente, seguindo a posição de Robert Alexy, “se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito

¹³⁶ MIRANDA, Daniel Gomes de. **Constitucionalização do direito e a função social do contrato e da propriedade na empresa**. 2010. 128f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza – CE, 2010.

fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma".¹³⁷ Deve-se admitir, assim, que, no modelo de princípios, o discurso das restrições de direitos fundamentais é correto.¹³⁸

Sobre o assunto, interessante registrar o pensamento de Konrad Hesse:

[...] a limitação dos direitos fundamentais, que desempenha um papel fundamental em relação, sobretudo aos direitos de liberdade. Uma liberdade ilimitada ou um uso indiscriminado da propriedade podem afetar outros interesses, sejam direitos de terceiros, sejam interesses essenciais da Sociedade. Por isso, resulta necessária uma ordenação das garantias jurídico-fundamentais e de outros bens jurídicos, mediante a qual se fixe um regime de relações em que uns e outros tenham eficácia. A Constituição prevê, para efetivar o cumprimento dessa tarefa, limitações aos direitos fundamentais. Somente após considerá-las, revela-se, em concreto, o alcance de um direito fundamental.¹³⁹

A possibilidade de conflitos de direitos não é eliminada pelo fato de o constituinte, em alguns, estabelecer restrições diretas e, em outros, ter autorizado restrições, mediante reserva de lei. Nos direitos fundamentais, não se tutelam pretensões absolutas ou ilimitadas nem a Constituição expressa todas as possibilidades normativas dos direitos, os quais exigem certas condutas que, completando ou precisando o seu conteúdo, asseguram-lhe o pleno exercício.¹⁴⁰

Os direitos fundamentais não são imunes a limitações, já que, uma vez inseridos no ordenamento jurídico, hão de se conciliar com outros direitos e bens que o sistema igualmente protege. Não são, portanto, absolutos.¹⁴¹

No que diz respeito à limitação de direitos fundamentais, devem ser consideradas algumas premissas: a) a princípio, tentam-se conciliar os direitos em conflito, sem afastar um em detrimento do outro. Diminui-se o âmbito de incidência conforme a situação; b) apenas quando não é possível a ponderação de interesses, aplica-se o princípio do balanceamento; c)

¹³⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit., P. 280.

¹³⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit., P. 280.

¹³⁹ HESSE, Konrad, p. 109 apud BIAGI, Claudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 61.

¹⁴⁰ BIAGI, Claudia Perotto. Op. cit., P. 15.

¹⁴¹ Veja o que o STF diz a respeito: "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição." (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/00); "O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito. Considerações doutrinárias. Liminar indeferida." (MS 24.369, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/10/02).

quando houver colisão nos casos concretos, as restrições a direitos fundamentais se darão conforme os critérios de proporcionalidade, expressa através de três princípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Revela-se, assim, através dos registros feitos no presente estudo, demonstrada a possibilidade que, em algumas situações, resta uma exigência, conferida ao legislador, bem como, nos demais poderes, de restringir ou conformar normas constitucionais. No presente caso, está-se diante de princípios colidentes – o direito de liberdade, de propriedade, da livre iniciativa com o direito à saúde, ao trabalho, à vida com dignidade, os quais, caso tomados de modo absoluto, conduzem a juízos de dever ser reciprocamente contraditórios.

Constata-se que a divergência entre direitos fundamentais são harmonizados nas contratações trabalhistas compulsórias. Se, de um lado, deseja-se garantir trabalho a indivíduos em condições desfavorecidas, além de segurança e proteção à sociedade, por outro, as empresas não deixam de manter parcela de liberdade no âmbito laboral e nas atividades que desempenha, pois continuam a admitir funcionários que melhor se enquadrem em sua dinâmica e exigência, bem como a exigência legal refere-se a pequenas cotas, que podem ser absorvidas sem grandes prejuízos.

Impende esclarecer, no entanto, que, do mesmo modo que não se concebem direitos fundamentais ilimitados, não se reconhece também um poder estatal onipotente, em que aqueles direitos sejam usados como instrumentos da arbitrariedade do legislador.¹⁴²

Admite-se, portanto, a necessidade de se impor limites ao legislativo, quanto à restrição de direitos fundamentais, para que estes não se tornem fórmulas vazias e sem o significado que possuem.

Desse modo, concebeu-se a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como uma garantia frente à intervenção normativa do legislador limitadora dos mesmos. É, ainda, uma garantia que visa o fortalecimento dos direitos fundamentais, assegurando-lhes uma maior proteção contra restrições abusivas.

Não é uniforme na doutrina o significado da cláusula de proteção do conteúdo essencial. Sem pormenorizar o assunto, coloca-se em destaque duas teorias que tentam elucidar o tema. Uma, que defende que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso e será afetado quando há uma restrição inadequada, desproporcional em sentido estrito (teoria relativa). E outra, que sustenta existir uma determinada esfera permanente do direito

¹⁴² LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos fundamentais como limites do poder de legislar**. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 190.

fundamental que constitui o seu núcleo intangível. Assim, cada direito possuía duas partes, um núcleo e uma parte acessória (teoria absoluta).

A par das críticas a ambas teorias, não se há um consenso sobre qual delas adotar. Acredita-se, seguindo o entendimento de Ingo Sarlet, que não se pode estabelecer em abstrato e por antecipação a exata determinação do conteúdo essencial. O mais acertado é crer que este derive da relação de diversas variáveis.¹⁴³

Por outro lado, destaca-se o princípio da proporcionalidade como importante instrumento de controle dos atos do poder público. Segundo tal princípio, o controle da legitimidade das medidas restritivas de direitos fundamentais é realizado através de três elementos: a) a adequação (a limitação era a melhor opção existente para alcançar o fim desejado); b) a necessidade (averiguar se não existe outro meio menos gravoso ao direito); e c) a proporcionalidade em sentido estrito (manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados).

Ao Estado caberá optar, de modo discricionário, que meios devam ser mais adequados em tais momentos, não podendo exigir um dever específico de agir, mas um mínimo de eficácia para que se adotem medidas que não sejam completamente inadequadas ou insuficientes para resguardar direitos fundamentais.¹⁴⁴

Diante de tais considerações, revela-se compatível a imposição de contratações trabalhistas compulsórias com demais direitos fundamentais (liberdade, propriedade, livre iniciativa). Preserva-se o conteúdo essencial de cada direito, posto que não se afasta sua nota peculiar, a parcela que mantém sua eficácia mínima. Não se restringem integralmente direitos. As admissões forçadas têm um *quantum*, uma condição, um contexto a indicar que não são desarrazoadas.

São, outrossim, contratações que guardam fundamentos que legitimam as restrições a demais direitos fundamentais em conflito. E, pela *práxis*, referidas admissões demonstram que são as medidas mais proporcionais encontradas pelo legislador, que encontrou na fórmula uma harmonia e um equilíbrio entre o resguardo dos direitos do indivíduo e a preservação dos da sociedade.

¹⁴³ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 404.

¹⁴⁴ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. Cit., p. 49.

2.6 A realização de direitos fundamentais (sociais) nas contratações trabalhistas compulsórias

Nos tópicos anteriores, preocupou-se em situar o leitor no ambiente fático-jurídico que possibilita a existência de formas de contratação trabalhista que são determinadas não pela vontade do empregador, mas pela imposição do Estado legislador.

Verificou-se que as mudanças na teoria contratualista, com a inserção de uma função social dos institutos privados, bem como a postura com que o Estado hodierno está revestido para buscar a efetividade das normas que declaram direitos fundamentais, tendo por finalidade precípua sua plena satisfação,¹⁴⁵ permite-se afirmar que a obrigação aqui imposta, em prol do próprio indivíduo e, em outras vezes, da sociedade, não seja ilegítima, desarrazoada.

Em atenta análise, constata-se que as contratações trabalhistas compulsórias possuem o importante papel de concretizar direitos fundamentais, especialmente os sociais. A realização desses direitos vai desde a promoção do trabalho, do pleno emprego e do próprio direito ao trabalho, do acesso às condições mínimas para viver com dignidade, do direito à saúde, a uma educação de qualidade, da livre e boa informação, até a proteção e a segurança da sociedade como um todo.

O esforço do legislador em prol da efetividade de direitos fundamentais sociais é bem visto, especialmente considerando a realidade de milhões de brasileiros que vivem à margem do acesso de serviços sociais básicos. Alheia a um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, educação, saneamento básico, habitação, a maior parte da população brasileira vive em condições de extrema precariedade, em um estado de penúria e miséria em flagrante descompasso com a fervorosa economia.¹⁴⁶

Nesse ambiente de contradições, discute-se a inoperância do Estado brasileiro em prover serviços essenciais para a grande maioria de sua população e que medidas possam ser adotadas para que os preceitos constitucionais, particularmente os que tangem os direitos fundamentais sociais (art. 6º. CF/88), alcancem seus destinatários.

Exige-se, cada vez mais, um empenho crescente do poder público em implementar esses direitos, assim como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa

¹⁴⁵ CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

humana e da erradicação da pobreza, a teor dos art. 1º, inciso III e art. 3º, inciso III, da Constituição Federal.

O que se observa é que há um hiato entre a previsão legal e a realidade social de seus destinatários, o que leva, muitas vezes, a (má) compreensão de que os direitos sociais não são realmente direitos e que, por isso, carecem de força social bastante para serem respeitados como as demais leis.

No entanto, leciona Andreas Krell que

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público.¹⁴⁷ A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.¹⁴⁸

A Constituição Federal de 1988 dotou os direitos fundamentais de um tratamento especial, conferindo-lhes eficácia vinculante e imediata, consoante o art. 5º, §1º, e ainda cláusula imutável (art. 60, §4º). Todavia, embora passados mais de vinte anos de sua existência,¹⁴⁹ não se há um consenso, principalmente em nossos Tribunais, sobre o significado e a estrutura desses direitos na ordem constitucional.¹⁵⁰

O problema se agrava quando se vem a tratar dos direitos fundamentais sociais. Diferentemente dos direitos individuais e políticos,¹⁵¹ mencionados direitos dependem de prestações positivas do poder público para sua implementação, enfrentando o problema da escassez dos recursos do Estado, limitados perante as necessidades. Em conseqüência, afirma-

¹⁴⁷ Em igual sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1117 e ss.

¹⁴⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 31-32. Há quem defenda que “os direitos humanos prescindem de reconhecimento legislativo, e sua eficácia plena deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, inclusive com a adjudicação de direitos sociais integrantes do mínimo existencial”. Nesse sentido: BINENBOJM, Gustavo. **Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de liberdade e igualdade no século XX.** In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 316.

¹⁴⁹ Sobre a reação negativa de boa parte da elite econômica e social brasileira às conquistas da Constituição de 1988, vide: BONAVIDES, Paulo. **Do país Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional.** São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁵⁰ Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana.** Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 31

¹⁵¹ É de ressaltar que tal afirmação é incompleta. Isto porque já se percebeu que direitos individuais e políticos também demandam prestações do Estado e não apenas omissões.

se que as normas que prevêem tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do poder público. Não haveria um dever do Estado em prestá-los.¹⁵²

Por outro lado, a imprecisão dos próprios enunciados desses direitos tem sido uma dificuldade para os juristas. Considerando que tanto os princípios como as regras dispõem sobre direitos sociais, as limitações da atual dogmática quanto à normatividade de cada uma dessas normas, principalmente quanto aos princípios, apresentam-se no caso.

A problemática maior aparece não quando os direitos sociais venham veiculados por uma regra definidora de direitos, onde se pode identificar com precisão o dever exigível da outra parte (seja particular, seja o Estado), mas quando surgem sob a forma de princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana ou o da valorização do trabalho. A tradição fortemente positivista que permeia a cultura jurídica do país acaba por reconhecer em termos de eficácia jurídica apenas sua eficácia interpretativa (onde os princípios e normas programáticas orientarão a interpretação das normas em geral) e sua eficácia negativa (excluem-se do ordenamento todos os atos e normas que sejam incompatíveis com o princípio ou norma programática).¹⁵³

Em relação às dificuldades teóricas, questiona-se sobre qual dever impõe o provimento de condições básicas para todos, qual o fundamento desse dever e sua extensão.

Como já indicado, os direitos sociais se realizam ou se efetivam através de prestações por parte do poder público. O Estado, através de leis e pela instalação de serviços públicos, deve definir os programas que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. Para isso, há, porém, a necessidade de orçamento e dotações específicas, que, pela disponibilidade e inevitável escassez, impõem-se como verdadeiros limites fáticos a plena concretização dos direitos sociais.

Embora a Constituição tenha erigido os direitos fundamentais sociais à categoria de direitos fundamentais, portanto normas com aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF/88), não significa que o Estado esteja obrigado a prestar e garantir direitos de modo absoluto. Nesse caso, passou-se a sustentar que estes direitos estariam condicionados ao que se chama de “reserva do possível”.

Segundo o conceito de construção alemã, baseado em decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento do famoso caso *numerus clausus* (BverfGE n. 933, S. 333), na qual havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, mesmo diante da

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 103.

¹⁵³ Nesse sentido, conferir: BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 104 e ss.

insuficiência de vagas, com fundamento na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. No julgamento do caso, o tribunal alemão firmou entendimento de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável.

Os direitos sociais prestacionais, assim, de acordo com a Corte Constitucional da Alemanha, estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Aludidos direitos, no entanto, quanto a sua efetivação reclamam um mínimo de concretização, um valor que o Estado esteja obrigado a pagar aos cidadãos, pois, do contrário, levariam a promessas constitucionais exageradas, incapazes de atender necessidades sociais mínimas.

A ideia do mínimo existencial surge como proposta por parte da doutrina para solucionar estes problemas jurídicos, na medida em que, segundo Ana Paula de Barcellos, “procura representar um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – *e mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios”.¹⁵⁴ Sem olvidar que poderá ser exigível do Estado.

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.¹⁵⁵

Sem o cumprimento de uma parcela mínima de cada direito fundamental social, estaria configurada a lesão de seu núcleo essencial, da efetivação mínima do direito. No dizer de Ricardo Lobo Torres,

[...] sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.¹⁵⁶

Nesse âmbito, diante da impossibilidade de realização de sua realização plena, torna-se necessário investigar qual o conteúdo mínimo que reveste os direitos sociais que pode ser exigido do ente estatal. Das obras sobre o tema, há os que defendem que o princípio

¹⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 109.

¹⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 236.

¹⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267.

da dignidade da pessoa humana da Carta Brasileira deve ser utilizado como parâmetro para garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.¹⁵⁷

Sobre o assunto, Emmanuel Téofilo Furtado salienta

É de se concluir que dar fundamento ao Estado na dignidade da pessoa humana patenteia o reconhecimento do valor do homem enquanto ser livre, ao mesmo tempo que o próprio Estado reconhece ter suas pilastras na observância do princípio em baila em favor do ser humano, abrangendo tal princípio não somente os direitos individuais, mas os direitos outros, de natureza econômica, social e cultural. [...] o fato de a Constituição Federal haver assegurado que um dos fincos do Estado Democrático é a dignidade da pessoa humana não só implica no reconhecimento da liberdade, mas também na garantia, a ser propiciada pelo próprio estado, de condições mínimas de existência à pessoa humana, o que deve ser observado pela ordem econômica, de tal sorte que sejam espancadas extremas desigualdades que venham a ocorrer no seio da sociedade, cujo Texto Maior anatematiza o desrespeito à dignidade do homem.¹⁵⁸

Verifica-se, pois, que inúmeras dificuldades se colocam diante da satisfação de direitos fundamentais sociais.¹⁵⁹ Envoltos em conceitos ainda sem definição e lançados à revelia quando o orçamento estatal indica a impossibilidade de garantir uma parcela desses direitos a todos, compreende-se a importância da legislação que impõe a contratação trabalhista compulsória.

Nos casos em que a admissão de trabalhadores é forçada, como será visto no próximo capítulo, o Poder Público assume relevante papel frente aos interesses econômicos, fornecendo aos indivíduos e à sociedade como um todo uma prestação de direito social básico que permite uma mínimo de existência digna ou, em graus menores, apenas a proteção da coletividade – o que não deixa a medida de assegurar algum quantum de vivência mais digna em sociedade.

O poder de impor obrigações, como a de contratar trabalhadores, é exercido dentro dos limites que o torne compatível com o direito de liberdade, de propriedade, do livre comércio. São harmonizados interesses econômicos e sociais.

¹⁵⁷ Conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 47, 59s ; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais** – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, passim.

¹⁵⁸ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. In: **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 32, jan-março de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

¹⁵⁹ Principalmente, como já indicado, “o grande dilema dos direitos sociais diz respeito à consecução ou eficácia dos mesmos” (FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: SAFE, 1996, p. 91).

Ao se valorizar com tais leis, especialmente, o elemento trabalho (direito social por excelência), demonstra-se a importância que ele detém na sociedade, realça a ideia de que o indivíduo, por meio dele, pode concretizar um projeto de vida, anseio mais profundo do homem moderno.

O cenário atual está a mostrar a força e o poder que o mercado possui para controlar e dirigir todas as esferas da vida do homem. Os princípios do mercado são tomados como os únicos existentes, os mais coerentes, os mais eficientes e os necessários para uma vida livre.

Diante dessa conjuntura, urge que o Estado assuma seu papel de promover a harmonia social e propiciar a todos uma existência digna, através de políticas que reduzam as desigualdades sociais, de programas que permitam o acesso básico e eficiente de saúde, de uma alimentação de qualidade, vestimenta, de uma educação primária (e, mais ainda, da educação superior, da profissionalizante), de uma moradia, saneamentos, sem olvidar a regulação das relações econômicas.

Ao mercado não se pode estender a plena liberdade para atuar somente com a lógica da lucratividade e de eficiência. Sem a intervenção do Estado, o tilintar das moedas será sempre impiedoso diante das mazelas humanas e mais forte que o suor do trabalhador. A ele, deve-se acrescentar o espírito da solidariedade, do compromisso ético e social, de ganhos efetivos quando atuam trazendo benefícios à sociedade.

É indispensável, pois, [...] que a ordem econômica tenha por escopo a propiciação a todos de uma vida digna, bem como possa a ordem social corroborar para implementação de uma justiça social. A educação, por sua vez, vir a dar lugar ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, bem como o necessário embasamento para que venha a exercer a cidadania, tudo não com vagos enunciados, mas, isto sim, como delimitadores e norteadores do conteúdo da norma eficaz da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁰

O Estado pós-social tem como característica básica a intervenção nas relações entre particulares, de maneira a atenuar as desigualdades existentes e as distorções provocadas pelo livre comércio, disponibilizando o necessário para que as pessoas possam viver dignamente. A sociedade, como um todo, sai vitoriosa.

¹⁶⁰ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. In: **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 32, jan-março de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

2.7 Contratações trabalhistas compulsórias e a ordem econômica na CF/88: entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho.

Há de se questionar, por derradeiro, se o Estado, através da imposição das contratações trabalhistas compulsórias, não estaria, sob o pretexto de concretizar direitos sociais e defender interesses coletivos, a invadir demasiadamente o âmbito privado, de modo a mitigar o princípio da livre iniciativa.

Considerando que a liberdade, a propriedade, a livre iniciativa são valores defendidos na Constituição Federal e alçados no plano de direitos fundamentais, de igual modo como os direitos sociais, haveria, nas contratações trabalhistas compulsórias um necessário sopesamento entre o grau de restrição ao direito fundamental com a importância de realização da iniciativa privada?

Já se demonstrou, ao longo deste trabalho, as inúmeras mudanças ocorridas no plano civil, a crescente importância dos direitos fundamentais na ordem privada, a reorientar seus matizes, bem como a necessidade de concretizar direitos sociais, sob pena de seu esvaziamento. Quando a medida encontrada busca reforço no âmbito privado, considera-se legítima a intervenção do Estado para alcançar a dignidade plena do indivíduo.

Não se está a impor, como descrito antes, que a iniciativa privada tome, unicamente, as rédeas dos rumos do país e a responsabilidade isolada pela concretização de projetos que visem à melhoria das condições dos sujeitos. O papel é acessório e pode até mesmo se tornar indispensável diante de situações onde a lei não consegue plenitude por falta de consciência e solidariedade do empresariado. Perspectivas em sentido diverso estão relacionadas mais à incompreensão de inexistência de conflito insuperável entre os interesses privados e a concretização de direitos fundamentais sociais nas relações privadas, bem como, possivelmente, no presente caso, do elemento trabalho na ordem econômica jurídica brasileira.

Quanto a este último argumento, é necessária uma incursão histórica a respeito da importância do trabalho na ordem econômica nas Constituições brasileiras até alcançar o significado atual concedido pela Carta de 1988, assim como avaliar a relação trabalho humano/ livre iniciativa como valores que caminham junto e não em desarmonia com o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social.

Apenas captando o real sentido do elemento trabalho no processo econômico brasileiro, a importância da sua valorização para o desenvolvimento do país e da redução das desigualdades, é que se pode atingir uma sociedade verdadeiramente mais justa, solidária e digna para todos. É interpretando corretamente seu significado no contexto sócio-econômico que as legislações sobre as contratações compulsórias ganham especial reforço (e legitimidade).

A primeira Constituição Brasileira (1824) possuía teor eminentemente liberal. Consagrava amplamente as liberdades. Não possuía nenhuma norma relacionada ao trabalho e à ordem econômica, apenas dois dispositivos de direito econômico, que tinham o propósito de garantir a livre concorrência (art. 194, inciso XXIV, e o inciso XXV).¹⁶¹

A Constituição de 1891, do mesmo modo, não trouxe previsão relevante acerca do trabalho e da ordem econômica. Há, mais uma vez, o fomento à livre iniciativa através do art. 72, § 24, em que “é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”. Ressalte-se que a norma, no contexto em que foi introduzida no ordenamento jurídico, não garante a liberdade de trabalho, mas apenas a livre iniciativa.

A primeira Constituição a incorporar direitos sociais e a estabelecer um rol de direitos mínimos aos trabalhadores foi a de 1934, influenciada pelo constitucionalismo social alemão. Esse Texto demonstrou, com a ruptura da concepção liberal de Estado, grande preocupação e compromisso com a questão social, traduzida pelas disparidades existenciais entre os setores produtivos.¹⁶² Foi a primeira Constituição a instituir expressamente uma ordem econômica, em seu Título IV (“Da ordem econômica e social”), arts. 115 a 143.¹⁶³

A Constituição de 1937 (também denominada “Constituição Polaca”), marcada pelo corporativismo, tratava da ordem econômica e dos direitos sociais em um único capítulo (“Da ordem econômica”). No art. 136, destaca-se a importância do trabalho, classificado como um dever social. A todos era garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho, e

¹⁶¹ Art. 179, caput: A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. Art. 179, XXIV - Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. Art. 179, XXV - XXV: Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. (Grafia original). Extraído de AFONSO, Túlio Augusto Tayano. **Evolução Constitucional do trabalho na ordem econômica jurídica brasileira**. 2010 In CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Fortaleza. **Anais eletrônicos**. Manaus: CONPEDI, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

¹⁶² BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2006, p. 197. Dispunha o art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País”.

que ao Estado cabia o dever de protegê-lo, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.¹⁶⁴

Como decorrência desta Constituição, advieram importantes leis para o mundo do trabalho, dispondo sobre a organização sindical (Decreto-Lei nº. 1402, de 5 de julho de 1939), e sobre a organização do trabalho (Decreto-Lei nº. 1237, em 1º de maio de 1939), bem como foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº. 5452, de 1º de maio de 1943).

A Constituição de 1946, através do art. 145, compatibilizava a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano. Uma não se justificaria sem a outra. Consagrava-se o pleno emprego e o trabalho, como fortes instrumentos de desenvolvimento do país. O trabalho seria, ainda, seria uma obrigação social.¹⁶⁵

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 01, de 1969 inseriram a ordem social ao lado da ordem econômica. A harmonia e a solidariedade estavam entre as categorias sociais de produção (art. 160, IV). A ordem econômica tinha por fim realizar a justiça social e o desenvolvimento nacional (art. 160, *caput*, com redação dada pela Emenda de 1969).

A despeito de as Cartas outorgadas de 1967 e 1969 terem previsto o desenvolvimento como objetivo da ordem econômica, segundo Gilberto Bercovi,

[...] a preocupação principal dos novos ‘donos do poder’, ancorados pelos poderes de exceção propiciados pela ‘Doutrina da Segurança Nacional, era aperfeiçoar as condições de funcionamento e expansão da empresa privada nacional e internacional. Os grandes beneficiários foram as empresas, transnacionais e os grandes grupos empresariais brasileiros a ele ligados.¹⁶⁶

A Constituição de 1988 separa em títulos diversos os direitos sociais (Título II – Dos direitos e garantias individuais) e a ordem econômica (Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira). Tem-se, expressamente, uma Constituição Econômica, voltada para a transformação das estruturas sociais.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Art. 136. O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

¹⁶⁵ Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

¹⁶⁶ BERCOVI, Gilberto. Op. cit., p. 28.

¹⁶⁷ BERCOVI, Gilberto. Op. cit., p. 30.

Com a redemocratização político-social brasileira, inaugurada pelo novo diploma constitucional, a Ordem Econômica recebeu tratamento mais consentâneo com a realidade imposta pelo rol de direitos fundamentais por ele trazido. As normas inseridas ao longo do Título VII, consoante José Afonso da Silva, ganharam especial relevância, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Com essa característica teleológica, conferiu-lhes importância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica.¹⁶⁸

Através dos arts. 170 a 192, tenta-se sistematizar os preceitos relativos à estrutura econômica e à atuação do Estado no domínio econômico. No art. 170, a Carta Magna traz um conjunto de princípios que disciplinam a ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

A ordem econômica brasileira tem suas bases em dois fundamentos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. E a forma disposta no *caput* do art. 170 da CF/88 está a indicar a estrita relação de compatibilidade entre ambos. Não se destaca “os valores sociais do trabalho” dos valores da “livre iniciativa”. Mais ainda, ressalte-se que esta é tomada singelamente e o trabalho humano consagrado como objeto a ser valorizado.¹⁶⁹ A ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.¹⁷⁰

Tais princípios fundamentais do Estado Brasileiro correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, em vista disso, subordinam toda a ação no

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 720.

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199.

¹⁷⁰ Nesse sentido, conferir: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

âmbito do Estado e a interpretação das normas constitucionais e demais leis.¹⁷¹ Tanto o Estado, tanto a iniciativa privada quanto a ordem econômica estão vinculados a eles.

Do citado artigo, extraem-se também os objetivos a serem alcançados pela ordem econômica: existência digna para todos; redução das desigualdades regionais e sociais; busca pelo pleno emprego e expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Em atento exame, observa-se que a Constituição harmoniza esses objetivos com os constantes no art. 3º (incisos III e IV)¹⁷², sem olvidar dos fundamentos do nosso Estado Democrático expressos no primeiro artigo da Constituição Federal, onde desponta a dignidade da pessoa humana. A ordem econômica também projeta a relevância dessa norma, já que a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem implicações econômicas.¹⁷³ Afinal, não se pode pensar na garantia de condições materiais mínimas de subsistência sem políticas econômicas.¹⁷⁴

Embora na Constituição atual se consagre uma economia de livre mercado, capitalista, não se deixou de consignar que a ordem econômica brasileira confere prioridade também aos valores do trabalho humano.¹⁷⁵ As diretrizes firmadas pela Carta Política de 1988 indicam que o processo econômico está condicionado ao bem-estar ou melhoria da qualidade de vida. É inequívoco que tal realidade não é alcançada apenas com o máximo aproveitamento do capital, de tecnologias, da produção de bens e serviços. O trabalho é elemento-chave na conquista de uma existência digna.

O princípio da livre iniciativa não é absoluto, imune à ingerência estatal, particularmente quando a aplicação de outras normas constitucionais invoca a atividade reguladora e fiscalizadora. Ele pode ser ponderado com outros valores e fins públicos, forma

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002, p.03. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de nov 2010.

¹⁷² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Método, 2006, p. 138.

¹⁷⁴¹⁷⁴ Como registra Eros Roberto Grau, a dignidade da pessoa humana “fundamenta e confere unidade não apenas de direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas também à organização econômica. Isso, sem nenhuma dúvida, torna-se plenamente evidente no sistema da Constituição de 1988, no seio da qual, como se vê é ela – a dignidade da pessoa humana – não apenas fundamento da República Federativa do Brasil, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196-197).

¹⁷⁵ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 127.

na qual se neutralize ou se reduza distorções provenientes do abuso da liberdade de iniciativa e da propriedade ou se aprimore condições de seu funcionamento.

No entendimento de Luis Roberto Barroso:

[...] a valorização do trabalho humano, por ser cofundamento da ordem econômica brasileira, ao lado da livre iniciativa (CF, art. 170), pode justificar a intervenção estatal. De fato, embora o trabalho humano e a livre iniciativa possam identificar-se e potencializar-se mutuamente, é comum, em uma sociedade capitalista, que estejam em relação de tensão. Daí a legitimidade da atuação disciplinadora do Estado, impondo um elenco de direitos a serem preservados e a distribuição de parte dos proveitos obtidos com o esforço coletivo.¹⁷⁶

A ação do Estado se legitima na proporção em que procura realizar determinados princípios constitucionais. Nas admissões forçadas, não se trata de uma tentativa de deterioração do princípio da livre iniciativa e de demais princípios correlatos. Os fundamentos que envolvem as contratações, e a dificuldade de as leis serem cumpridas de modo espontâneo justificam medidas extremas. Não é possível, entretanto, é a intervenção estatal que elimine a livre iniciativa, seja qual for a justificativa empregada para o ato, pois, dessa maneira, não se encontraria correlação com o princípio da razoabilidade (meio adequado, necessário e proporcional, em sentido estrito).

Como salienta Luis Roberto Barroso:

À luz da Constituição brasileira, a ordem econômica funda-se, essencialmente, na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima. A característica da disciplina está, exatamente, em que ela não pretende nem pode pretender substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico.¹⁷⁷

Verifica-se que tais leis são plausíveis dentro da ordem jurídica constitucional, porque trazem consigo uma inegável compatibilidade com os anseios propagados pela Constituição Federal de 1988. Há que se reconhecer que o legislador propõe solução interessante, para evitar eventuais conflitos, sem ser arbitrário.

Não se deve olvidar que as restrições à liberdade e à autonomia do empregador limitam-se ao necessário para salvaguardar os direitos e interesses que se visam proteger (e alcançar) nas contratações trabalhistas compulsórias.

¹⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 22.

¹⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 20.

Consoante Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

O direito ao trabalho constitui-se como direito social, devendo o Estado mobilizar-se para realizar políticas de pleno emprego. Isto é, porque a partir do trabalho o ser humano conquista sua independência econômica e pessoal, reafirma sua capacidade produtiva, exercita sua auto-estima e se insere na vida adulta definitivamente.¹⁷⁸

É, pois, nesse contexto, apresentado ao longo do capítulo, que o Estado impõe, fundamentado na proteção ao indivíduo em condições especiais e na segurança da sociedade, que se ambientam as contratações trabalhistas forçadas.

Tais contratos encontram-se inseridos num cenário em que o individualismo não preside mais as relações na sociedade e onde a iniciativa privada pode conviver, em harmonia, com o valor social do trabalho.

Tecidas as considerações essenciais acerca das admissões forçadas de trabalhadores, é necessário examinar que exemplos demonstram que o ora discutido não se trata apenas de uma construção doutrinária. No terceiro capítulo, serão apresentados alguns casos de contratações compulsórias de trabalhadores.

¹⁷⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: Ltr, 2006, p. 249.

3 CASOS DE CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS COMPULSÓRIAS

3.1 Propedêutica

Nos capítulos anteriores, buscou-se analisar o contexto sócio-jurídico que envolve as contratações trabalhistas compulsórias. Esse estudo inicial foi indispensável para se compreender as mudanças operadas no sistema jurídico, assim como em nossa sociedade, permitindo-se admitir a existência de situações em que o empregador tivesse suprimida a liberdade de contratar seus funcionários em prol de interesses que o Estado elegeu mais prioritários.

Analisados, ainda, os principais fundamentos que justificam a compulsoriedade na inserção de trabalhadores no mercado de trabalho, possibilita-se, nesse momento, examinar os casos em que se acredita estar presente tal inserção forçada de empregados.

Quando se iniciaram os estudos, identificaram-se 6 (seis) casos de profissionais que as empresas, observadas determinadas condições legais, estavam obrigadas a contratar. São eles: o trabalhador portador de deficiência, o aprendiz, o farmacêutico, o químico, o professor de ensino superior com titulação de mestre ou doutor e, ainda, o jornalista.

Passados quase dois anos de pesquisa, percebeu-se que existiam outros casos que poderiam ser incluídos nessas hipóteses de admissões compulsórias, o que motivou incluí-los neste trabalho.

Assim, além de se ampliarem as situações que podem ser enquadradas na denominação de “contratação trabalhista compulsória”, reforçou-se a ideia da existência de admissões obrigatórias.

Impende ressaltar, contudo, que, mesmo com o amadurecimento científico, bem como com a ampliação do número de casos estudados, acredita-se que o estudo adiante realizado não exaure o tema em discussão, elencando todas as hipóteses de contratação compulsória presentes na legislação pátria. Poderão, decerto, surgir muitos outros exemplos, o que não compromete o ora debatido, já que se trata apenas de rol meramente exemplificativo.

Outrossim, ressalte-se, que a escolha pelo estudo de alguns trabalhadores não está a indicar que uns são mais importantes que outros. Ao contrário, referem-se, apenas, a

contratações que trazem maior repercussão social, o que não se poderia afastar sua análise nesta dissertação.

Serão discutidos os principais aspectos relativos à contratação compulsória dos casos citados anteriormente (o trabalhador portador de deficiência, o aprendiz, o farmacêutico, o químico, o professor de ensino superior, com titulação de mestre ou doutor e o jornalista), com a compreensão do contexto que cerca cada um deles, além do exame dos casos de admissão do engenheiro e do nutricionista no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Ressalte-se que serão reservadas para o próximo capítulo as discussões pertinentes à efetividade da legislação que impõe a admissão forçada de trabalhadores, bem como os principais obstáculos que se constatam no seu cumprimento no plano prático.

Não se fará, ainda, um amplo exame dos casos citados, pois, diante da vastidão de assuntos que os envolvem, seria necessária uma pesquisa longa e exaustiva, a ensejar, certamente, uma monografia para cada um deles, o que não é o objetivo ora traçado.

Ademais, saliente-se que, na hipótese da contratação dos jornalistas, dedicar-se-á um tópico específico para discussão do Recurso Extraordinário nº. 511.961, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não obrigatoriedade do diploma para exercício da profissão jornalística. Antecipa-se que, ainda após tal entendimento (equivocado, em nossa opinião), sustenta-se a necessidade de contratação de profissionais com formação superior em jornalismo para exercício do trabalho informativo.

3.2 O portador de deficiência

3.2.1 Conceito

Dentre os casos selecionados para exame e debate nesta pesquisa, apresenta-se, primeiramente, como exemplo de contratação trabalhista compulsória o das pessoas portadoras de deficiência.

Antes de adentrar-se à análise de como funciona a inserção compulsória de portadores com necessidades especiais, cumpre, de início, compreender o que significa o termo “deficiência” e demais conceitos correlatos, a fim de que se possa identificar que profissionais podem ser enquadrados nessa nomenclatura.

A denominação utilizada para se referir às pessoas que possuem alguma limitação física, mental ou sensorial assumiu várias formas ao longo dos anos, segundo anota Romeu Kazumi.¹⁷⁹ Expressões como “inválidos”, “incapazes”, “excepcionais” e “pessoas deficientes” eram comumente utilizadas, sendo, com a Constituição de 1988, por influência do Movimento Internacional de Pessoas com Deficiência, incorporada a expressão “pessoa portadora de deficiência”, aplicada na legislação ordinária.

Adota-se, também, a expressão “pessoas com necessidades especiais” ou “pessoa especial”. Todas elas demonstram uma transformação de tratamento que vai da invalidez e incapacidade à tentativa de nominar a característica peculiar das pessoas, sem estigmatizá-la.

No plano jurídico, a definição dos portadores de deficiência está inserida em diversos diplomas.

No âmbito do Direito do Trabalho, a Recomendação n.º 99, aprovada em 25.06.55, foi o primeiro instrumento da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a estabelecer um conceito acerca da pessoa portadora de deficiência. Em 1983, o conceito foi aprimorado pela Convenção n.º 159, que estabelece, *in verbis*:

Art. 1.º. 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 por deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

Em 1975, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência adotada pela Assembléia Geral da ONU, através da Resolução n.º XXX/3447, também apresentou definição. Senão vejamos:

O termo ‘deficiente’ designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais.

No Brasil, o Decreto n.º 3.298/99, a partir da conceituação da Organização Mundial de Saúde (OMS), estabeleceu um conceito para deficiência, deficiência permanente e incapacidade:¹⁸⁰

¹⁷⁹ KASUMI, 2003, apud MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Brasília: MTE, SIT, 2007, p. 20.

¹⁸⁰ Segundo o art. 4.º do Decreto n.º 3298/99, é considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

Art. 3º. Para os 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.

A Lei nº. 8.742/93 indica, em seu art. 20, §3º, que “a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

A Ordem de Serviço INSS nº. 562/97, em seu item 1.2, considera “pessoa portadora de deficiência aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”.

Reunindo as conceituações transcritas, Maria Aparecida Gugel, afirma:

[...] com base nos citados instrumentos normativos, que pessoa portadora de deficiência é toda aquela que sofreu perda, ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal

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 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) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

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

para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual mental, quer permanente, quer temporária.¹⁸¹

Vê-se, pois, que definir um ser humano como deficiente é tarefa árdua. Diante da diversidade de diplomas e doutrinas, fica difícil eleger a mais completa, que albergue os principais caracteres de uma deficiência, sem ser abrangente nem limitativa.

Nesse sentido, acompanhando as dinâmicas sociais e a crescente evolução do que se entende por deficiência, com a expectativa de dirimir as divergências e propiciar a plena assistência aos sujeitos que sofrem com algum tipo de limitação, seja física, mental, intelectual ou sensorial, no plano internacional, ressalta-se a definição trazida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que em seu artigo 1º indica:

Pessoas com deficiência são aquelas 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.

Esta nova acepção jurídica guarda elevada importância e parece bastante acertada, pois agrega outros aspectos a serem considerados na definição de deficiência.¹⁸² Não se trata apenas de limitação, o que poderia incluir a todos, nem somente de fatores biológicos, mas, ainda, de considerar a cultura e a sociedade em que a pessoa está inserida.

Saliente-se, ainda, que referido texto integra o ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional, conforme o §3º, art. 5º da CF/88,¹⁸³ e que, portanto, vincula toda a legislação infraconstitucional. Sob este novo enfoque é que devem ser orientadas as políticas públicas voltadas a esse segmento.

Feitas tais considerações iniciais, delimitando, sob a ótica jurídica, as pessoas portadoras de deficiência, cumpre verificar como tais sujeitos receberam ao longo da história proteção específica.

¹⁸¹ GUGEL, Maria Aparecida. **O trabalho do portador de deficiência**. Disponível em: <www.pgt.mpt.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2009.

¹⁸² Para Flávia Piovesan, o conceito é inovador, pois agrega o meio ambiente social e econômico como fator que agrava a deficiência. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

¹⁸³ O Decreto nº. 186/2008, que trata da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi votado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, obtendo publicação no Diário Oficial da União em 10/07/2008. Através do Decreto nº. 6949, de 25 de agosto de 2009, promulga-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque, em 20/03/2007.

Serão enfatizadas, nesse contexto, as ações relacionadas ao Direito do Trabalho, particularmente no que tange a inserção dos minusválidos no mercado de emprego, através de importantes medidas de cunho social, destacando-se, dentre elas, a norma que impõe sua contratação por parte de alguns setores da sociedade.

3.2.2 Considerações acerca da história dos portadores de deficiência na sociedade: estudo sobre o contexto em que se instituem os regimes de reserva de mercado de trabalho.

A despeito de representarem contingente expressivo, no Brasil e no mundo, as pessoas portadoras de deficiência estiveram, ao longo da História, à margem da sociedade, excluídas pelos preconceitos com que eram e ainda são tratadas.

Na Antigüidade remota e entre os povos primitivos, o tratamento destinado aos portadores de deficiência assumiu dois aspectos básicos: alguns os exterminavam, por considerá-los grave empecilho à sobrevivência do grupo, e outros os protegiam e os sustentavam para buscar a simpatia dos deuses ou como gratidão pelos esforços dos que se mutilavam na guerra.¹⁸⁴

Na civilização hebraica, *v.g.* a doença crônica, as deficiências e deformações indicavam certo grau de impureza e pecado. Na Roma antiga, permitia-se que os patriarcas matassem sua prole com deficiência, ocorrendo o mesmo em Esparta, onde os que nasciam frágeis ou com defeitos físicos eram lançados de abismos.

Na Idade Média, a despeito das ideias que concebiam à deficiência concepções misteriosas e mágicas, sensíveis mudanças ocorreram em relação ao tratamento com as pessoas deficientes, através da criação de hospitais e abrigos para doentes e pessoas portadoras de deficiência, mantidos pelos senhores feudais e por governantes com o auxílio da Igreja.

No Renascimento, a valorização do homem propiciou com que os deficientes tivessem tratamento mais humanizado. A visão assistencialista observada no período anterior cedeu lugar

[...] à postura profissionalizante e integrativa das pessoas portadoras de deficiência. A ótica científica do pensamento dominante daquela época derrubou o estigma

¹⁸⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho protegido do portador de deficiência**. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

social piegas que influenciava o tratamento para com as pessoas portadoras de deficiência, e a busca racional da sua integração se fez por várias leis que passaram a ser promulgadas.¹⁸⁵

Com a Revolução Francesa, em 1789, o ideário de igualdade, fraternidade e liberdade permitiu um avanço no tratamento dos direitos dos seres humanos, impondo limites ao poder estatal. A previsão de direitos e garantias fundamentais, no entanto, surgiu com as Constituições escritas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), que consagraram o primado da igualdade como fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana.

As preocupações, entretanto, com a pessoa portadora de deficiência para o direito do trabalho surgiram a partir da Revolução Industrial, quando as guerras e epidemias deixaram de ser as únicas causas das deficiências, e o trabalho, prestado em péssimas condições nas fábricas, deixou muitos operários mutilados e com doenças profissionais, sendo necessária a criação do próprio Direito do Trabalho, assim como um sistema de seguridade social a possibilitar, principalmente, a reabilitação dos acidentados.

A tal fato, acrescente-se a eclosão da II Guerra Mundial, fato que acentuou as preocupações com os portadores de deficiência, tanto em relação aos militares, tanto aos vitimados civis.¹⁸⁶ Foi, nesse contexto, que surgiram sistemas de reserva de mercado a incorporar, inicialmente, os feridos das guerras e, depois, os deficientes não-combatentes.

As políticas internacionais de incentivo ao trabalho das pessoas com deficiência envolvem providências que vão desde a reserva obrigatória de vagas até incentivos fiscais e contribuições empresariais em favor de fundos públicos destinados ao custeio de programas de formação profissional, no âmbito público e privado.

Veja-se, por exemplo, como a lei de alguns países trata da questão:¹⁸⁷

PORTUGAL: art. 28, da lei nº. 38/04, estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública.

ESPAÑA: a Lei nº. 66/97 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº. 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores

¹⁸⁵ GUGEL, Maria Aparecida. **O trabalho do portador de deficiência**. Disponível em <www.pgt.mpt.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2009.

¹⁸⁶ Destaque-se, ainda, que a atenção da comunidade internacional ao deficiente esteve inserta em diversos diplomas: quando a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, em 1971, a Declaração dos direitos das pessoas com retardo mental e, em 1975, quando aprovou a Resolução XXX/3.447, que consistia na Declaração dos direitos das pessoas deficientes.

¹⁸⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual** - A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Brasília: MTE, SIT, DEFIT, 2007, p. 14-16.

fixos. Já a lei nº. 63/97 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.

FRANÇA: o Código do Trabalho Francês, em seu art. L323-1, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.

ITÁLIA: a Lei nº. 68/99, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devam contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; duas pessoas com deficiência, empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.

ALEMANHA: a lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando uma contribuição empresarial para um fundo de formação profissional de pessoas com deficiência.

ÁUSTRIA: a lei federal reserva 4% das vagas para trabalhadores com deficiência nas empresas que tenham mais de 25, ou admite a contribuição para um fundo de formação profissional.

BÉLGICA: existe sistema de cotas, porém, não há um percentual para a iniciativa privada. Este é negociado por sindicatos e representantes patronais para cada ramo da economia.

HOLANDA: o percentual varia de 3% a 7%, sendo este firmado por negociação coletiva, dependendo do ramo de atuação e do tamanho da empresa.

IRLANDA: a cota é de 3%, sendo aplicável somente para o setor público.

REINO UNIDO: o *Disability Discrimination (DDA)*, de 1995, trata da questão do trabalho, vedando a discriminação de pessoas com deficiência em relação ao acesso, conservação e progresso no emprego. Estabelece, também, medidas organizacionais e físicas, para possibilitar o acesso de pessoas com deficiência. O Poder Judiciário pode fixar cotas, desde que provocado e de que se constate falta de correspondência entre o percentual de empregados com deficiência existente na empresa e no local onde a mesma se situa.

ARGENTINA: a Lei nº. 25.687/98 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.

COLÔMBIA: a Lei nº 361/97 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.

EL SALVADOR: a Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu art. 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devam contratar uma pessoa com deficiência.

HONDURAS: a Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência, o Decreto nº 17/91, em seu art. 2º, fixa cotas obrigatórias para contratação de pessoas com deficiência por empresas públicas e privadas, na seguinte proporção: uma pessoa com deficiência, nas empresas com 20 a 40 trabalhadores; duas, nas que tenham de 50 a 74 funcionários; três, nas empresas com 75 a 99 trabalhadores; e quatro, nas empresas que tenham mais de 100 empregados.

NICARÁGUA: a Lei nº 185 estabelece que as empresas contratem uma pessoa com deficiência a cada 50 trabalhadores empregados.

PANAMÁ: a Lei nº 42/99 obriga os empregadores que possuam em seus quadros mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. O Decreto Executivo nº 88/93 estabelece incentivos em favor de empregadores que contratam pessoas com deficiência. O governo também está obrigado a empregar pessoas com deficiência em todas as suas instituições.

PERU: a Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, estabelece a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratam, como, por exemplo, a obtenção de créditos preferenciais e financiamentos de organismos financeiros nacionais e internacionais; preferência nos processos de licitação; e dedução da renda bruta de uma porcentagem das remunerações paga às pessoas com deficiência.

URUGUAI: a Lei nº 16.095 estabelece, em seu art. 42, que 4% dos cargos vagos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no art. 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que estes contratam pessoas com deficiência, mas não estabelece qualquer percentual.

VENEZUELA: a Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, fixa uma cota de uma pessoa com deficiência a cada 50 empregados.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: inexistem cotas legalmente fixadas, uma vez que as medidas afirmativas dessa natureza decorrem de decisões judiciais, desde que provada, mesmo estatisticamente, a falta de correspondência entre o número de empregados com deficiência existente em determinada empresa e aquele que se encontra na respectiva comunidade. De qualquer modo, a *The Americans with Disabilities Act* (ADA), de 1990, trata do trabalho de pessoas com deficiência, detalhando as características físicas e organizacionais que devem ser adotadas obrigatoriamente por todas as empresas para receber pessoas com deficiência como empregadas.

JAPÃO: a Lei de Promoção do Emprego para Portadores de Deficiência, de 1998, fixa o percentual de 1,8% para as empresas com mais de 56 empregados, havendo um fundo mantido por contribuições das empresas que não cumprem a cota, fundo este que também custeia as empresas que a preenchem.

CHINA: a cota oscila de 1,5% a 2%, dependendo da regulamentação de cada município.¹⁸⁸

A inserção da pessoa portadora de deficiência nos países indicados está pautada, como se pode apreender, em duas formas: ou a empresa reserva o número de vagas indicado em Lei para contratação de deficientes (sistema de cotas) ou pagam uma contribuição a um fundo especial, destinado ao apoio e qualificação de tais indivíduos.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Para identificar quais as cotas que demais países adotam como reserva de mercado de trabalho para pessoas portadoras de deficiência, consultar, ainda: PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

¹⁸⁹ Segundo José Pastore, na Alemanha, “a principal destinação de recursos é para o estímulo e apoio aos empresários que não podem preencher a cota, com o objetivo de torná-los adimplentes em relação ao sistema”. Acrescenta ainda o autor a atenção que o país destina a reabilitação e a reintegração dos deficientes: “Isso é realizado com a ajuda de centros especializados, empresas, ONGs e sindicatos. Além disso, há inúmeros serviços de encaminhamento e colocação de portadores de deficiência no mercado de trabalho. Grande parte desses serviços é mantida com recursos do fundo de apoio aos portadores de deficiência”. PASTORE, José. Op. cit., p. 163.

Há, ainda, casos em que as empresas contratam portadores de deficiência através de instituições especializadas nesse setor (sistema de cota-terceirizada). É o caso da França.

As empresas podem contratar (e contar em sua cota) portadores de deficiência que trabalham em firmas que prestem serviços à primeira ou que trabalhem em instituições de 'trabalho protegido'. Há, entretanto, uma limitação: o total de trabalhadores contratados por essas vias não pode exceder a 50% da cota da empresa.¹⁹⁰

Impende examinar, agora, como se desenvolve a inclusão dos deficientes no mercado de trabalho brasileiro.

3.2.3 O sistema de reserva de mercado de trabalho do portador de deficiência no Brasil: caso de contratação compulsória.

No Brasil, o Constituinte de 1988 não se afastou da política traçada pela legislação estrangeira e dedicou diversos dispositivos à proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Verifica-se a cuidadosa atenção com que a Constituição trata as pessoas portadoras de deficiência, a fim de lhes propiciar o bem-estar pessoal, social e econômico. Nesta seara é que se estabelece o dever do Poder Público e de seus órgãos de assegurar a tais pessoas o pleno exercício de seus direitos básicos, dentre os quais o direito à educação, à saúde, ao lazer, ao amparo, à infância, à maternidade e ao trabalho se encontram inseridos.

Quanto ao acesso ao mercado de trabalho, a Carta Magna vedou qualquer forma de discriminação nos salários e critérios de admissão do trabalhador em tal situação (art. 7º, inciso XXXI), assim como exigiu que lhes fossem reservado percentual dos cargos e empregos públicos (art. 37, inc.VIII).

Medidas que propiciem o tratamento prioritário e adequado, na área de formação profissional e do trabalho, tendente a viabilizar a efetiva integração social das pessoas portadoras de deficiência, possuem previsão, ainda, na Lei nº. 7.853/89. Dentre elas, citam-se: o apoio governamental à formação profissional e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;

¹⁹⁰ PASTORE, José. Op. cit., p. 166.

a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência, bem como a adoção de legislação específica em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

Em relação à reserva de vagas em certames, o legislador inseriu na Lei nº. 8.112/90 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União) a obrigatoriedade de reserva de 5% a 20% (cinco a vinte por cento) das vagas existentes para preenchimento por portadores de deficiência (art. 5º, §2º).

O tratamento dispensado a tais indivíduos no mercado de trabalho não existe somente no âmbito do poder público.¹⁹¹ Na seara privada, a admissão pelas empresas de pessoas portadoras de deficiência é gravada de compulsoriedade.

A contratação de minusválidos funciona, no Brasil, através de um sistema de reserva legal de vagas ou cotas, voltado para a inserção e participação de tais pessoas no mundo do trabalho.

Trata-se de um mecanismo compensatório, inserido no contexto de ação afirmativa que busca a igualdade de oportunidade de grupos em relação ao contexto social mais amplo. Fundamenta-se no princípio da inclusão que encarna o direito de todos aos serviços de educação, saúde e assistência social; ao trabalho; a acessibilidade; ao lazer, esporte, etc., e no reconhecimento de que todo o cidadão, não importa sua condição, tem o direito de acesso aos serviços e recursos que melhor atenderem as suas necessidades (empowerment). No direito comparado, o sistema de cotas é adotado por países como a Itália, Alemanha, França, Espanha, Argentina e Venezuela.¹⁹²

O sistema brasileiro de cotas está expresso na Lei nº. 8.213/91, que, ao dispor sobre os planos de benefício da Previdência Social, em seu art. 93, impõe que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher seus cargos com beneficiários da

¹⁹¹ Esse tratamento existe não só no âmbito da administração pública direta, mas também nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Embora tais pessoas se sujeitem ao regime das empresas privadas para fins de legislação do trabalho, possuem a obrigatoriedade de realização de concurso público para admissões (art. 37, II, c/c art. 173 da CRF/88).

¹⁹² MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual** – Inserção da pessoa portadora de deficiência e do beneficiário reabilitado no mercado de trabalho. Disponível em: <www.pgt.mpt.gov.br>. Acesso em: 18 de jun. 2008.

Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: ¹⁹³

Até 200 empregados	2%
De 201 a 500 empregados	3%
De 501 a 1000 empregados	4%
De 1001 em diante	5%

Para os efeitos desta lei, considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (art. 36, § 2º, Decreto nº. 3.298/99), bem como pessoa portadora de deficiência habilitada que, não tendo sido submetida a processo de habilitação ¹⁹⁴ ou reabilitação, ¹⁹⁵ esteja capacitada para o exercício da função (art. 36, § 3º, Decreto nº. 3.298/99).

¹⁹³ “No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Constituição Estadual, o art.28 e a Lei nº 11.867, de 28 de julho de 1995, art. 1º, asseguraram, o percentual de 10% (dez por cento) das vagas de concursos públicos aos candidatos que portem alguma deficiência, em lei assim considerada. O Estado de São Paulo, pela LC n.º 683, de 18 de setembro de 1992, reservou o percentual de até 5% (cinco por cento) aos portadores de deficiência, através do art.1,§1º. Já o Estado do Rio de Janeiro, através da Lei de nº. 2482, de 14 de dezembro de 1995, em seu art.1º,§ único, reservou um percentual mínimo de 5% (cinco por cento) de suas vagas em concursos públicos para os deficientes e também há Lei nº. 3050, de 21 de setembro de 1998, que em seu art. 3º, inseriu como condição para habilitação de qualquer empresa em licitação e contratos com o poder público o cumprimento do critério da Lei nº 8.213/91, art. 93 que defini reservas de vagas aos portadores de deficiência. O Estado do Paraná, pela Lei n.º 7875/1984 reservou o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas de concursos, aos portadores. Há também a legislação de vários outros Municípios da Federação em igual sentido, exemplo: Belo Horizonte, sendo que esse prevê a reserva do percentual de 5% (cinco por cento) dos cargos públicos para os deficientes, art.1º da Lei nº 6661, de 14 de junho de 1994, o que se diferenciada da lei, por exemplo, do Estado de São Paulo que dispõe de uma reserve de "até" (e não exatamente) de cinco por cento das vagas para tais pessoas. Nessa linha de raciocínio, tanto o Município de Florianópolis prevê o percentual de reserva de cargos de 10% (dez por cento) aos portadores, Lei nº. 4965/96 e pela Lei nº 7600/1991, quanto o Município de Curitiba assegurou o percentual de 5% (cinco por cento) a tal grupo”. LORENTS, Lutiana Nacur. **A Luta do Direito Contra a Discriminação no Trabalho**. Disponível em: < <http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

¹⁹⁴ Habilitação – processo orientado de forma a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para o ingresso no mercado de trabalho.

¹⁹⁵ Reabilitação - processo orientado de forma a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas residuais, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para o reingresso no mercado de trabalho).

Para os portadores de necessidades especiais, a comprovação de sua deficiência tem sido realizada através de atestados médicos, emitidos por médicos do trabalho de cada empresa, observados o art. 4º e incisos, do Decreto nº. 3298/99. Não devem, no entanto, ser aceitos enquadramentos genéricos, pois nem toda deficiência assim considerada é objeto de proteção legal.

Já para os beneficiários habilitados/reabilitados a comprovação de sua condição pode ser feita através de certificados ou qualquer outro documento do INSS que comprove que foram submetidos ao processo de habilitação/reabilitação. A Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) tão somente comprova a ocorrência do acidente e não o efetivo procedimento de reabilitação.

Para se verificar se a empresa está obrigada a ter portadores de deficiência no seu quadro, assim como para fixar o percentual dos cargos a serem preenchidos, deve ser utilizado o número de empregados da totalidade de estabelecimentos da empresa no Brasil (art. 10, § 1º, Instrução Normativa nº. 20 do MTE/SIT, de 20 de janeiro de 2001).

Ademais, pela resolução do Instituto Nacional da Previdência Social – INSS nº. 630/98 a contratação é proporcional ao quadro de empregados na empresa, não estando incluídos no cômputo os eventuais estagiários, autônomos, sócios, dirigentes, etc.

As frações de unidade resultante da aplicação do percentual sobre a base de cálculo consistirá na admissão de mais um empregado com deficiência (art. 10º, §4º, da Instrução Normativa nº. 20 do MTE/SIT, de 20 de janeiro de 2001).

Impende ressaltar que a previsão de um sistema legal de reserva de vagas para pessoas com deficiência não impõe que haja regra especial quanto à assinatura da sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e à formalização do seu contrato de trabalho. Não há regra específica, aplicando-se, assim, as normas gerais da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O recrutamento desses empregados, a principio, deverá seguir as normas gerais de admissão de trabalhadores, mediante captação no mercado de trabalho.

Pode-se, no entanto, estabelecer uma jornada especial, com horário flexível e reduzido, com proporcionalidade de salário, quando tais procedimentos forem necessários em razão do grau de deficiência do empregado.

Práticas como diferenciações no salário de pessoas com deficiência, a concentração na admissão de um único tipo de debilidade ou de apenas as de natureza leve podem ser consideradas atos discriminatórios e, portanto, vedadas por Lei. A finalidade da legislação é garantir o acesso ao trabalho às pessoas portadoras de deficiência de qualquer

categoria, não se destinando a uma em especial. Outrossim, o que deve ser buscado pela empresa é a pessoa e não a sua deficiência.

Outra importante questão a se suscitar é a locação de empregados com deficiência em setores isolados. Tal conduta, quando praticada tão somente diante da condição de tal trabalhador, importa em atitude segregacionista que não permite a integração social deste segmento e elimina as suas possibilidades de progresso no emprego. Para sua integração ou reintegração à sociedade, portanto, é recomendável que sejam alocadas em diversos setores da empresa.

Para o cumprimento da referida lei, deve ser admitida como pessoa portadora de deficiência habilitada, aquela não vinculada ao Regime Geral de Previdência Social, que tenha se submetido a processo de habilitação profissional desenvolvido ou homologado pelo INSS e beneficiário reabilitado, o segurado e o dependente vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, submetidos a processo de reabilitação profissional desenvolvido ou homologado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

A inobservância da Lei em comento implica na aplicação de penalidades aos seus infratores, pois, nas palavras de Gérson Marques, “ilicitude sem sanção torna infrutífera a finalidade da norma que a coíbe”.¹⁹⁶

O descumprimento ao disposto no art. 93, da Lei nº. 8.213/91 enseja a aplicação de multa, que pode variar de R\$ 1.156,83 (mil cento e cinqüenta e seis reais e oitenta e três centavos) a R\$ 115.683,40 (cento e quinze mil seiscentos e oitenta e três reais e quarenta centavos), conforme disciplinado pela Portaria nº. 1.199, de 28 de outubro de 2005, do Ministério do Trabalho e Emprego:

Para empresa com cem a duzentos empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários habilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de zero a vinte por cento;

Para empresas com duzentos e um a quinhentos empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de vinte a trinta por cento;

Para empresas com quinhentos e um a mil empregados, beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de trinta a quarenta por cento;

¹⁹⁶LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. cit., p. 21.

Para empresas com mais de mil empregados, beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de quarenta a cinquenta por cento". (Grifou-se).

Considerando o grande número de empresas que ainda não adotaram em seus quadros funcionários com deficiência e o oneroso valor das multas aplicadas em caso de inobservância do sistema de cotas, constata-se que alguns Tribunais já permitem o cumprimento da cotas na empresa de forma gradativa:

Ementa. Ação Civil Pública - Reserva Legal de Vagas para Portadores de Deficiência Habilitados ou Beneficiários Reabilitados - Artigo 93 da Lei nº 8.213/91 e Artigo 36 do Decreto nº 3.298/99 - Hipótese em que a sentença deu procedência à Ação Civil Pública para obrigar a empresa a contratar trabalhadores portadores de deficiência habilitados ou beneficiários reabilitados. A observância dos arts. 93 da Lei nº 8.213/91 e 36 do Decreto nº 3.289/99 que regulamentou a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei nº 7.853/99) deve levar em conta a OS Conjunta do INSS nº. 90/98, segundo a qual a inexistência de vaga na empresa não enseja o descumprimento da norma. É certo que a reserva legal atende o objetivo de inserção, no mercado, dos trabalhadores recapitados ou portadores de deficiência física ou mental, habilitados para o desempenho de atividades laborais. Ocorre que esta inserção deve ser feita com uma margem mínima de critérios, de modo a permitir a aplicabilidade da norma, e atingir os objetivos legal e constitucional. Assim, em atenção aos interesses difusos dos diversos e inominados portadores de deficiência física e mental, representados pelo Ministério Público do Trabalho, e também em vista do interesse da empresa, de não ser condenada a cumprir ordem inexecutável, admite-se o atendimento gradativo do percentual mínimo, na medida em que venham surgir vagas capazes de provimento por pessoal habilitado. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento. (TRT 4ª. R RO 00843-2000-010-04-00-0. 7ª T. Relª Juíza Maria Ines Cunha Dornelles. DOERS 05.04.2004).

A dispensa de empregado na condição estabelecida acima, ao final de contrato por prazo determinado de mais de noventa dias e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condição semelhante (art. 93, §1º, Lei nº. 8.213/91).

Sendo dispensado o empregado portador de deficiência sem a admissão de outro, que complete a cota de tais empregados no estabelecimento, será a demissão considerada nula, implicando na possibilidade de reintegração do empregado deficiente. Caso contrário, se a demissão não resultar no descumprimento do percentual mínimo estabelecido à empresa, não estará esta obrigada a contratar outro empregado deficiente, valendo, nessa hipótese, as regras gerais que disciplinam a rescisão do contrato de trabalho.

Nesse sentido, manifesta-se a Jurisprudência dos Tribunais pátrios:

Ementa. Portador de Necessidades Especiais - Garantia de Emprego - A norma inserta no art. 93 da Lei 8.213/91 permite a demissão de empregado reabilitado, ou de portador de deficiência física, apenas se houver contratação de substituto nas mesmas condições. Assim, não havendo comprovação de que houve contratação de substituto, a determinação de reintegração consubstancia-se em mero restabelecimento do status quo em razão de ato nulo; na hipótese, demissão ilegal. Recurso de Revista de que não se conhece. (TST - RR 52850/2002-902-02-00.9 - 5ª T. - Rel. Min. João Batista Brito Pereira - DJU 01.07.2005).

Ementa. A lei determina que as empresas de médio e grande porte mantenham em seus quadros funcionais um percentual mínimo de empregados portadores de deficiência. No caso, a recorrente não se desincumbiu de comprovar o cumprimento do alegado percentual de 5% de empregados portadores de deficiência ou reabilitados, sendo, portanto, nula a despedida da reclamante, empregada reabilitada. Recurso da reclamada não provido. (TRT 4ª R. - RO 01002-2002-016-04-00-0 - 1ª T. - Relª Juíza Ione Salim Gonçalves - DOE 31.08.2005).

Ementa. Trabalhador reabilitado. Resilição contratual. Validade da despedida. Tendo a prova documental comprovado que a empresa demandada manteve em seu quadro o percentual mínimo de empregados reabilitados (ou deficientes), conforme parâmetros estabelecidos em lei, a obrigatoriedade da substituição desses trabalhadores por outro em semelhante condição não é obrigatória. Esta obrigatoriedade existe na hipótese em que haja redução do percentual legal, o que no presente caso não ocorreu, na medida em que demonstrado que a empresa possuía empregados incluídos naquelas condições em percentual superior ao definido em lei. (TRT4ª R. - Proc. 00935-2002-024-04-00-4 RO - 1ª T - Rel. Juiz José Felipe Ledur - DOERS 10.06.2005).

A norma inserta no §1º, do art. 93, da Lei nº. 8.113/90, poderia levar à ideia de que o empregado deficiente conta com estabilidade provisória no âmbito da empresa. Não é, no entanto, a ideia inserida no mandamento legal.

A despedida de deficiente sem prévia contratação de substituto em semelhante condição revela-se, como já se posicionou o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, discriminatória e inconstitucional,

[...] pois isso não constitui uma garantia individual, mas social. Em tais circunstâncias, o empregador tem limitado seu direito de dispensar o deficiente físico ou reabilitado profissionalmente, o que não se confunde com a existência de estabilidade ou garantia de emprego.¹⁹⁷

¹⁹⁷ TRT9ª R. - Proc. 03377-2001-011-09-00-4 - Ac. 00970-2005 - 3ª T. - Rel. Juiz Jose Aparecido dos Santos - DJPR 21.01.2005. No mesmo sentido: “Agravo de Instrumento - Recurso de Revista - Deficiente Físico - Falta de Prova de Que Sua Admissão se Destinava a Preencher Quota da Empresa - Demissão - Viabilidade - A ratio legis do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91 é de que a demissão do funcionário que ocupava vaga compreendida na quota destinada a empregado deficiente, só será legítima se comprovado que a empresa admitiu outra pessoa portadora de deficiência, para ocupar mesma a vaga. O que a lei preconiza é que o empregador mantenha preenchidas as vagas destinadas aos deficientes, sem garantir estabilidade pessoal a este ou àquele trabalhador. Na hipótese, consignando o e. Regional que o reclamante foi admitido em 1982, sofreu acidente em 1987, acarretando-lhe a deficiência física, mas permaneceu no emprego até 1997, significa que não fora ele admitido na empresa para preencher a quota obrigatória destinada aos deficientes físicos, porque na ocasião do seu ingresso não era portador de deficiência. Ileso o § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91, o recurso de revista não merece ser admitido. Agravo de instrumento não provido”. (TST - AIRR 58562/2002-900-02-00.5 - 4ª T. - Rel. Juiz Conv. José Antonio Pancotti - DJU 13.05.2005).

Conforme as considerações acima expendidas, constata-se que a contratação de pessoas portadoras de deficiência configura clara hipótese de admissão trabalhista compulsória.

O legislador ordinário, atento às necessidades de incorporar tais pessoas no mercado de emprego, estabeleceu que empresas inseridas em determinadas situações, estariam obrigadas a contratar deficientes.¹⁹⁸

Trata-se de uma medida de cunho coercitivo, que obriga a admissão de certa quantidade de empregados em situação especial, sob pena de seu descumprimento ensejar a aplicação de penalidades, e que é intensificada pela previsão de despedida de um deficiente apenas quando se der a contratação de outro em situação semelhante (quando não satisfeita a quota prevista).

O empregador, assim, não tem liberdade para escolher entre contratar ou não uma pessoa deficiente. Ele deve assim agir quando estiver compreendido no âmbito de incidência do art. 93, da Lei nº. 8.213/91. Na despedida, a autonomia da vontade de contratar do empregador resta também mitigada.

São, por essas razões, que se afirma que a situação em tela configura um caso de contratação trabalhista compulsória. Todos os elementos dessa admissão forçada estão presentes.

Oportuno salientar que, embora passados quase vinte anos da instituição do sistema de cotas no Brasil, a medida ainda encontra séria resistência por parte do empresariado brasileiro, que insiste em utilizar os mais diversos artifícios para se desvencilhar da lei. O sistema, ainda, tem de resistir aos argumentos questionadores de sua constitucionalidade, além de outros, que em seguida, serão estudados.

Segundo dados do Instituto de Desenvolvimento do Trabalho (IDT), no Brasil, existem cerca de 24,5 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, seja auditiva, visual, física ou mental, o que representa um percentual expressivo de 14,5% da população. No Nordeste, esse índice é maior, de 16,7%. No Ceará, este grupo representa cerca de 1.288.797 de pessoas, o que corresponde a 17,34% da população de todo o Estado.¹⁹⁹

A despeito desses números, a taxa de empregabilidade das pessoas portadoras de deficiência no Estado (assim como no restante do país) é pequena. Há um profundo

¹⁹⁸ Acrescente-se, ainda, que o legislador preceituou como crime, no art. 8º, da Lei nº. 7.853/89, quem nega, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

¹⁹⁹ Instituto de Desenvolvimento do Trabalho. Disponível em: < <http://www.idt.org.br/> >. Acesso em 04 de jul 2010.

desconhecimento da sociedade com relação à força de trabalho e competência de tais trabalhadores, o que impede seu acesso ao emprego formal.

A tabela abaixo traduz essa triste realidade, ao comparar o número de profissionais cadastrados no IDT/CE e quantos conseguem se inserir no mercado de trabalho:

200

Ano	Cadastrados	Colocados
1991	150	30
1992	192	51
1993	323	48
1994	320	53
1995	321	71
1996	501	104
1997	410	108
1998	384	Sem dados

Verifica-se que há um profundo descompasso entre o número de profissionais deficientes habilitados e os que conseguem oportunidades de emprego. É nesse contexto ainda excludente e discriminatório que desponta a importância do sistema de cotas para trabalhadores com deficiência.

Há uma significativa parcela da população com algum tipo de deficiência que, a despeito de reunirem idade e potencialidade para trabalhar nas mais diversas funções, não têm qualquer acesso a vagas de trabalho. O empresariado brasileiro deve perceber que tais trabalhadores, quando asseguradas condições de trabalho que respeitem suas limitações, aptidões e habilidades, são tão produtivos quanto qualquer outro trabalhador.

A empresa que adota a inclusão de deficientes, além de aumentar a participação destas pessoas no mercado de trabalho, reforça valores solidários e coletivos entre sua equipe de funcionários, criando um espaço de oportunidades e de valorização do ser humano. A adaptação da estrutura física do empreendimento garante não somente o acesso e a livre circulação de trabalhadores deficientes, mas um ambiente laboral mais agradável e humanizado, o que pode render grande produtividade.

²⁰⁰ Dados do Instituto de Desenvolvimento do Trabalho no Ceará. Disponível em: < <http://www.idt.org.br/> >. Acesso em 04 de jul 2010.

Ademais, propiciar espaço para deficientes permite conhecê-los melhor, tanto como empregados como potenciais consumidores. Em uma sociedade onde a multiculturalidade e a crescente inserção de minorias estão em evidência, criam-se novas perspectivas de negócio para as empresas ao tempo em que as prepara para o novo universo que surge. A empresa também auferir ganhos com a divulgação da imagem de um estabelecimento comprometido com a inserção de pessoas com deficiência.

Afora a determinação legal, as empresas devem ampliar sua responsabilidade social, constatando que a ação cidadã não estorva seu empreendimento. A cidadania empresarial deve ser incrementada e as pessoas com necessidades especiais vistas como profissionais em quem se pode investir.

Infelizmente, o que se nota é que grande parte das empresas apenas contrata deficientes porque se vê forçada a cumprir a legislação. Não há um prévio planejamento, medidas de adaptação física e preparo psicológico dos demais funcionários, necessárias para receber esses trabalhadores. Não há um real comprometimento com a empregabilidade, o que evidencia que sem a obrigação legal, não se alcançaria mercado formal para deficientes.

3.3 O aprendiz

Configura o aprendiz mais um caso a ser enquadrado dentre as hipóteses de contratação trabalhista compulsória. Constitui espécie de admissão forçada, cujo fundamento jurídico é semelhante aos dos trabalhadores portadores de deficiência: sua proteção individual, reservando a Lei mercado de trabalho, pois, de modo contrário, seriam poucas as chances de obter emprego formal digno (ou em moldes distintos ao preconizado pela legislação, sem possibilitar seu desenvolvimento normal e de sua formação fisiológica, cultural e social).

Em alguns momentos, questionou-se a possibilidade de o empregado aprendiz tratar-se de um caso de contratação compulsória com fundamento distinto dos portadores de deficiência. Ao invés de o legislador objetivar tão somente a proteção do empregado, intentava-se, em especial, fornecer capacitação profissional para o empregado menor, habilitando-o para o futuro emprego.

Preferiu-se, no entanto, como já se destacou no capítulo anterior, enquadrar o caso do aprendiz no mesmo fundamento do primeiro caso apresentado, pois oferecer oportunidade

para o desenvolvimento do empregado não deixa de ser medida que visa aos interesses, à proteção do trabalhador. A diferença de qual trabalhador recai tal proteção ensejaria mais uma relação de espécie e gênero do fundamento invocado pelo legislador que despontar uma nova justificativa para a admissão forçada.

Saliente-se que, para os objetivos dessa pesquisa, bem como para evitar ambigüidade na linguagem, utilizam-se as expressões “trabalho do menor” ou “trabalho da criança e do adolescente” como sinônimas, para indicar o trabalho prestado por menores de 18 anos. Não se viu, como muitos autores insistem utilizar, motivos para um rigor lingüístico, já que nem mesmo a Constituição Federal de 1988 aboliu a palavra “menor”, como se denota da leitura do art. 7º, inciso XXXIII, assim como os Códigos Civil e Penal.

Será feito, inicialmente, uma abordagem histórica sobre o trabalho do menor, para, empós, examinar o empregado aprendiz e os moldes com que se desenvolve sua contratação.

3.3.1 Breves considerações acerca da história do trabalho do menor

O trabalho do menor não é contemporâneo. Suas atividades laborais podem ser vislumbradas desde os primórdios da sociedade. Nas antigas civilizações, o menor não se afastava, via de regra, do ambiente doméstico e tinha fins principalmente artesanais. Os ensinamentos de ofício transmitidos no âmbito familiar e o caráter de aprendizagem eram as suas características básicas.²⁰¹

Na Idade Média, o menor aprendiz realizava atividades também com o caráter marcadamente didático, segundo a disciplina das diferentes corporações de ofício medievais. Na organização hierárquica de tais corporações, o mestre artesão, que era também o proprietário da oficina, da matéria-prima, das ferramentas e do produto final, ocupava a mais alta posição. Logo em seguida vinham os companheiros ou oficiais, auxiliares de oficina. Na base da pirâmide ficavam os aprendizes, que, geralmente muito jovens, não tinham conhecimento profundo do ofício. Em troca de seu trabalho, recebiam do mestre, além do aprendizado, alimentação, moradia e vestuário.

²⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. História e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1013.

Com a Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho de crianças e adolescentes era imensamente utilizado, embora tal situação não trouxesse para os menores, consoante anota Amauri Mascaro, situação de proteção, em contraponto à enorme sobrecarga de trabalho a que eram submetidos. Ao contrário,

o seu trabalho passou a ser aproveitado em larga escala, sem maiores considerações quanto à sua condição pessoal, quer quanto à natureza do trabalho executado, pois os menores eram aproveitados também nas minas e subsolo, como quanto à duração diária da jornada de trabalho, porque o menor prestava serviços durante os mesmos períodos a que eram submetidos os adultos.²⁰²

Nas indústrias, o trabalhador, detentor apenas de sua força de trabalho, estava submetido à remuneração, condições de trabalho e de vida subumanas, situação que fomentava o enriquecimento e a pujança dos proprietários industriais. Interessados em obter mão-de-obra mais barata possível, estes preferiam o trabalho das mulheres e das crianças, muitas das quais com idade inferior a oito anos, que trabalhavam como verdadeiras escravas, em troca de alojamento e comida.²⁰³

À guisa de ilustração, transcreve-se uma entrevista colhida por Amauri Mascaro da obra do historiador Claude Fohlen, onde um pai relata as condições degradantes a que estavam submetidas suas duas filhas, à época dos primórdios da industrialização:

1. Pergunta: A que horas vão as menores à fábrica? Resposta: Durante seis semanas foram às três horas da manhã e voltaram às dez da noite. 2. Pergunta: Quais os intervalos concedidos, durante as dezenove horas, para descansar ou comer? Resposta: Quinze minutos para o desjejum, meia hora para o almoço e quinze minutos para beber. 3. Pergunta: Tinha muita dificuldade para despertar suas filhas? Resposta: Sim, a princípio, tínhamos que sacudi-las para despertá-las e se levantarem, bem como vestirem-se antes de ir ao trabalho. 4. Pergunta: Quanto tempo dormiam? Resposta: Nunca se deitavam antes das 11 horas, depois de lhes dar algo que comer e, então, minha mulher passava toda a noite em vigília ante o temor de não despertá-las na hora certa. 5. Pergunta: A que horas eram despertadas? Resposta: Geralmente, minha mulher e eu nos levantávamos às duas horas da manhã para vesti-las. 6. Pergunta: Então, somente tinham quatro horas de repouso? Resposta: Escassamente quatro. 7. Pergunta: Quanto tempo durou essa situação? Resposta: Umaseis semanas. 8. Pergunta: Trabalhavam desde as seis horas da manhã até às oito e meia da noite? Resposta: Sim, é isso. 9. Pergunta: As menores estavam cansadas com esse regime? Resposta: Sim, muito. Mais de uma vez ficaram adormecidas com a boca aberta. Era preciso sacudi-las para que comessem. 10. Pergunta: Suas filhas sofreram acidentes? Resposta: Sim, a maior, a primeira vez que foi trabalhar, prendeu o dedo numa engrenagem e esteve cinco semanas no hospital de Leeds. 11. Pergunta: Recebeu o salário durante esse tempo? Resposta: Não, desde o momento do acidente cessou o salário. 12. Pergunta: Suas filhas foram remuneradas? Resposta: Sim, ambas. 13. Pergunta: Qual era o salário em semana

²⁰² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit, p. 1014.

²⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit, p. 1013.

normal? Resposta: Três shillings por semana cada uma. 14. Pergunta: E quando faziam horas suplementares? Resposta: Três shillings e sete pences e meio.²⁰⁴

As longas jornadas de trabalho e as péssimas condições a que estavam submetidas as crianças operárias culminou na edição de inúmeras leis, voltadas a limitar a idade mínima do trabalho e a jornada diária a que deveriam cumprir.

As primeiras leis de proteção do trabalho voltaram-se ao trabalho do menor. Em 1802, a Inglaterra expediu o “Moral and Health Act”, onde se registra a preocupação com a limitação da jornada de trabalho do menor, com a proibição do trabalho noturno e com a sua educação, embora não estabelecesse limite de idade para o trabalho.²⁰⁵ Apenas em 1819, proibiu-se o trabalho de menores de dezesseis anos de idade nas atividades algodoceiras.

Daí em diante, a legislação trabalhista amplia a proteção ao menor, ao editar regras destinadas a fixação das atividades que poderiam desempenhar, da idade mínima para o trabalho, das jornadas diárias a que deveriam se submeter, bem como quanto à proibição de prestação de serviços em determinados ambientes, tendo em vista os prejuízos que poderiam acarretar a sua saúde, integridade física, formação moral. São lançadas diretrizes voltadas a sua educação e a sua qualificação profissional.²⁰⁶

Com base nessas premissas é que o Direito do Trabalho dispensa especial proteção ao menor, com vistas a protegê-lo da exploração econômica e propiciar-lhe o desenvolvimento normal, livre dos infortúnios que certos tipos de trabalhos possam lhe proporcionar.²⁰⁷

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, citando García de Oviedo, o trabalho do menor deve merecer especial proteção do direito, porque há razões:

1) fisiológicas, para que seja possível o seu desenvolvimento normal, sem os inconvenientes das atividades mais penosas para a saúde, como ocorre nos serviços prestados em subsolo, períodos noturnos; 2) de segurança, porque os menores, pelo

²⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 10-11.

²⁰⁵ MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 2002, p. 26.

²⁰⁶ Embora a proteção do menor seja recente, há quem indique que as primeiras medidas protecionistas desses trabalhadores remontam à Idade Antiga e estariam presentes no Código de Hamurabi. (VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. II. São Paulo: LTr, 1991, p. 879). Não se consegue evidenciar, no entanto, que regra de proteção estava voltada ao trabalho de crianças e adolescentes. O contexto em que se inseria o Código de Hamurabi, na verdade, não permitia a regulamentação da mão-de-obra infantil, já que, na época, predominava o trabalho escravo.

²⁰⁷ “As razões apresentadas, originalmente, para justificar a legislação tutelar do menor, são de caráter higiênico e fisiológico. É sabido que o trabalho em jornadas excessivas e realizado em determinadas circunstâncias, como em subterrâneos e à noite, poderá comprometer o normal desenvolvimento dos jovens; se eles são afetados nos seus primeiros anos, tornar-se-ão adultos enfermos, incapacitados ou minorados, acarretando problemas demográficos futuros, com graves repercussões sociais”. BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p.518.

mecanismo psíquico de atenção, expõem-se a riscos maiores de acidentes de trabalho; 3) de salubridade, impondo-se sempre afastar os menores dos materiais ou locais comprometedores para o seu organismo; 4) de moralidade, por haver empreendimentos prejudiciais à moralidade do menor, como as publicações frívolas, a fabricação de substâncias abortivas etc., 5) de cultura, para que seja assegurada ao menor uma instrução adequada.²⁰⁸

Assim, justifica-se a proibição do trabalho da criança pelo fato de que elas são mais vulneráveis, estão inseridas em grupos de riscos específicos e que medidas devem ser tomadas no que se refere a sua segurança e saúde.²⁰⁹

No Brasil, é recente a preocupação com o trabalho do menor. No início do século XX, como registra Adalberto Martins, não se constata importante cuidado com a matéria, embora se registre a regulação do trabalho do menor nas fábricas do Rio de Janeiro com o Decreto nº. 1313, de 17 de janeiro de 1891.²¹⁰ Apenas após a Proclamação da República disseminou-se legislação protetiva não somente voltada à contratação de trabalhadores estrangeiros.²¹¹

Em 1927, foi aprovado o Decreto nº. 17.943, que proibia o trabalho dos menores de doze anos e o trabalho noturno aos menores de dezoito anos. Através do Decreto nº. 22.042, de 03 de novembro de 1932, estabeleceram-se as condições de trabalho dos menores na indústria. Apenas através do Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, é que, finalmente, evidencia-se a preocupação com o trabalho dos menores de dezoito anos (arts. 402 a 441).

No plano constitucional, com a constitucionalização dos direitos sociais, tem-se a absorção crescente de normas voltadas à regulamentação e proteção do trabalho de crianças e adolescentes.

A Constituição de 1824 assegurou tão somente a liberdade de trabalho (art. 179, 24) e aboliu as corporações de ofícios (art. 179, 25). Em 1891, assegurou-se a liberdade de associação (art. 72, §8º). A Constituição de 1934 garantiu alguns direitos no âmbito do direito individual do trabalho e manteve as proibições de trabalho do menor de quatorze anos, do trabalho noturno para os menores de dezesseis anos e do trabalho de mulheres e menores de dezoito anos em indústrias insalubres. Com texto semelhante, seguiu a Constituição de 1946

²⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p.1015-1016.

²⁰⁹ MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 2002, p. 50

²¹⁰ Segundo o autor, tal Decreto não teve a eficácia social desejada, e destaca, nesse sentido, as críticas de Deodato Maia, Rui Barbosa, Evaristo de Moraes e Segadas Vianna.

²¹¹ MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 2002, p. 28.

(art. 157, IX). A Carta Magna de 1967 reduziu o limite de idade para o trabalho em doze anos (art. 158, X), proibição também reproduzida na Emenda Constitucional nº. 01, de 17 de outubro de 1969 (art. 165, X).

Atualmente, a Constituição de 1988 proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, XXXIII).

Em verdade, nossa legislação laboral levou em conta todos os fundamentos da proteção ao trabalho do menor.²¹² O Constituinte de 1988, além de limitar a idade mínima para o trabalho,²¹³ proibiu a diferença de salários por motivo de sexo, idade, cor e estado civil (art. 7º, XXX).

A despeito dos diversos avanços em matéria legislativa, há ainda muito a ser feito para assegurar a proteção do trabalho de crianças e adolescentes, especialmente para lhes assegurar os direitos previstos no art. 227 da Constituição Federal, além de evitar os efeitos nocivos que o trabalho precoce possa ocasionar ao seu pleno desenvolvimento físico, educativo e moral.

É importante fortalecer projetos e programas que tenham por finalidade coordenar diversas intervenções direcionadas a eliminação do trabalho infantil e garantir a proteção legal a uma grande parcela de adolescentes que buscam o acesso ao mercado de trabalho, fornecendo-lhe condições laborais decentes.

Até se alcançar esta realidade, o esforço será enorme. Isto muito se deve à concepção de que o trabalho infantil, ao longo da história do Brasil, nunca foi representado como um fenômeno negativo na mentalidade brasileira.²¹⁴ Ao contrário, até a década de 1980, o trabalho no caso das crianças era um fator positivo, que, dada sua situação econômica e social, viviam em condições de pobreza, de exclusão e de risco social.

²¹² SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. São Paulo: LTr, 2006, p. 347.

²¹³ A norma constitucional também é reproduzida no art. 403, da CLT. Sobre tal dispositivo, Eduardo Saad indica que a norma é por demais rígida, porque é incompatível com o subdesenvolvimento de algumas regiões no território nacional. Salienta o autor ainda, que “lamentavelmente, o constituinte de hoje não aproveitou a experiência de seu colega de 1946. A Constituição de então concedeu ao Juiz a faculdade de abrir exceção à regra restritiva do trabalho do menor. Desta maneira, em face da situação de penúria de uma família e reconhecida a importância da ajuda do menor para a subsistência daquela, dava-lhe o Juiz a necessária autorização para trabalhar”. SAAD, Eduardo Gabriel Op. cit., p. 347.

²¹⁴ Nesse sentido, conferir: MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREHO. **Prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao trabalhador adolescente**. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2004, p. 23.

Entendia-se que a criança trabalhadora era exemplo de virtude e a criança desocupada como sinônimo de algo perdido, como sintoma de problema. O menor que não estudava nem trabalhava era visto como um potencial delinquente.

Essa concepção de que o trabalho infantil era um problema menor e não encarado como uma violação dos direitos de crianças e adolescentes passou a ser questionada a partir da década de 1980, momento em que se modificou o paradigma com o qual era visto o trabalho infantil.

O processo de elaboração da atual Constituição e, em seguida, do Estatuto da Criança e do Adolescente, propiciou ampla mobilização social de órgãos do governo e de organismos não-governamentais, em busca de diretrizes que priorizassem a criança e o adolescente, bem como da consolidação de uma nova mentalidade de abordar o trabalho infantil no país.

Um dos maiores avanços, decerto, concentra-se na fixação da idade mínima para o trabalho. Restou proibido o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 16 anos (Emenda Constitucional nº. 20, de 15 de dezembro de 1998).

Embora a regra constitucional atente para fatores como a maturidade física e a constituição fisiológica do trabalhador de 16 anos, cujo organismo está em intenso desenvolvimento e a fadiga excessiva contra-indica sua iniciação precoce no trabalho, ainda persiste celeuma quanto à matéria, especialmente porque há quem acredite que haja uma excessiva proteção ao menor.

Acredita-se que o legislador está desnordeado da realidade que escancara uma profunda desigualdade social e econômica, não se dando conta de que o (pseudo) benefício contribuiria para o aumento dos empregos informais e da miséria de milhões de famílias.²¹⁵

Acerca do antagonismo cultural na questão do trabalho de crianças e adolescentes, registre-se ainda as anotações feitas na Nota técnica à Portaria TEM/SIT/DSST nº. 06, de 18/02/2000, a qual indica:

Existem duas correntes antagônicas na sociedade brasileira a respeito do trabalho infantil. De um lado, os que defendem o trabalho como uma alternativa salutar à ociosidade das ruas, às drogas e à marginalidade. O trabalho seria precursor de um aprendizado que envolve responsabilidade, disciplina e socialização. No entanto, para essa corrente, o trabalho só é contraposto a aspectos negativos que marcam a infância e adolescência, sobremaneira, dos jovens de classes menos favorecidas. Deixa-se de lado os aspectos negativos que o próprio trabalho apresenta, entre eles, os riscos à segurança, à saúde e à formação moral; bem como a educação, que fica

²¹⁵ BATUÍRA, Marcelo. O trabalho infantil sob nova perspectiva. In: **Suplemento Trabalhista 139/98**. São Paulo: LTr, 1998, p. 637.

legada a um plano secundário, quando não completamente afastada. Neste momento, surge a segunda corrente, que contrapõe o trabalho à educação. Desnecessário seria tecer grandes considerações acerca da importância que a educação possui no mundo de hoje. Basta que se observe os índices alarmantes de desemprego, em que a mão-de-obra (em especial, a que possui pouca ou nenhuma qualificação) vai sendo excluída a cada dia, num autêntico exílio forçado do mundo do trabalho. Propor que crianças e adolescentes venham a trabalhar precocemente representa aceitar, passivamente, que o processo que agora vitimiza os pais de família estenda seus efeitos também aos filhos, transformando a miséria num processo cíclico e com diminutas possibilidades de reversão.²¹⁶

Ao se discutir sobre o trabalho de crianças e adolescentes que trabalham torna-se necessário analisar a realidade social destes trabalhadores. Geralmente, o trabalho precoce é observado entre os estratos mais pobres da população, e que trazem consigo as más condições de vida (alimentação deficiente, moradia precária, falta de saneamento básico ou em condições não satisfatórias, baixos índices de escolaridade).

Lançados no mercado de trabalho de modo precoce, crianças e adolescentes agravam seu estado de retardo no desenvolvimento estatural, desnutrição, fadiga e de doenças infecciosas e parasitárias. Por trás do discurso dos que defendem o trabalho para menores, ocultam-se os prejuízos que as condições de trabalho em idade não recomendada possam ocasionar. Esquece-se que o labor árduo, excessivo, realizado com posturas inadequadas e com intenso ritmo acaba por formar adultos com menor capacidade de trabalho, ampliando o contingente de trabalhadores incapazes parcial ou totalmente para o trabalho.

Antes de ser uma alternativa “saudável” para o combate à miséria de suas famílias, o trabalho precoce de menores esconde, ainda, o artifício de captação de mão-de-obra mais barata, ágil, despolitizada.

Ousa-se discordar dos que se posicionam favoráveis ao trabalho do menor sem qualquer restrição, por representar uma proposta contra a pobreza e a marginalidade juvenil, pois, embora cientes da realidade perversa, não se deve permitir a exploração de qualquer espécie de trabalho que prejudique o desenvolvimento biológico do menor e, ainda, afaste-o da escolaridade básica. Limita-se a idade para o ingresso ao trabalho, protegendo-o contra os danos do esforço laboral, assim como se estimula a escolarização.

Como bem assevera Délio Maranhão,

²¹⁶ FARIA, Mário Parreiras de. (org.) Nota Técnica à Portaria MTE/SIT/DSST nº. 06 de 18/02/2000. In: **O impacto do trabalho precoce na vida de crianças e adolescentes: aspectos da saúde física e mental, cultural e econômico**, p. 20.

A necessidade de trabalhar não deve, evidentemente, prejudicar o normal desenvolvimento do organismo do menor. A formação moral e escolar impõe que, até determinada idade, não se afaste o menor da escola e do lar. Tais razões não interessam, apenas, ao menor, como indivíduo, ou a seus pais, mas à sociedade, à nação, para que aqueles que a venham integrar, no futuro, não tenham seu desenvolvimento físico e espiritual lesado pelo trabalho prematuro ou em condições adversas. Finalmente, o trabalho prematuro do menor, além de seu pequeno rendimento em termos de produção, pode, ainda assim, traduzir-se em concorrência ao do trabalhador adulto, gerando desemprego.²¹⁷

Segundo dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de janeiro a julho de 2009, vistoriados 163.522 estabelecimentos, cerca de 3.775 crianças e adolescentes foram encontrados em situação de trabalho irregular e afastados pela fiscalização e 33.666 empresas foram autuadas. Para o mesmo período em 2010, embora o número de menores afastados tenha sido menor (1.541), o número ainda é bastante alto, considerando a quantidade de empresas inspecionadas (113.395).²¹⁸

Assim, é evidente que o Estado deve proteger o trabalho realizado por crianças e adolescentes, reservando-os condições que não prejudiquem seu desenvolvimento. O trabalho precoce deve ser combatido e não instigado. Deve-se criar um ambiente laboral propício às condições físicas e mentais dos jovens. O trabalho deve ser visto como uma forma de aprendizado, de capacitação, para formar um futuro adulto com melhores aptidões para concorrer a uma vaga no mercado de trabalho.

Sem a cuidadosa atenção dispensada pelo Estado, milhares de crianças e adolescentes serão lançadas a serviços extenuantes e não raras vezes serem vítimas de acidentes de trabalho, presentes em diversos ramos de atividade.

A tabela abaixo identifica os acidentes de trabalho e os benefícios concedidos pelo INSS nos anos de 1995 e 1997, tendo por base apenas os trabalhadores com vínculo formal de emprego (ou seja, cerca de metade da população economicamente ativa):²¹⁹

²¹⁷ MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1988, p. 140.

²¹⁸ Conforme tabelas divulgadas no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>. Acesso em 12 jan 2011.

²¹⁹ Conforme FARIA, Mário Parreiras de. (org.) Nota Técnica à Portaria MTE/SIT/DSST n°. 06 de 18/02/2000. In: **O impacto do trabalho precoce na vida de crianças e adolescentes**: aspectos da saúde física e mental, cultural e econômico, p. 29. Não foram incluídos os dados do ano de 1996, pois se considerou apenas os trabalhadores com 19 anos ou menos.

ANO	1995		1997	
	17 anos ou menos	% do total	17 anos ou menos	% do total
AUXÍLIO DOENÇA	1.042	0,62	4.314	2,76
INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE	23	0,23	95	0,85
INVALIDEZ PERMANENTE	10	0,16	07	0,11
FATAL	312	8,42	218	7,78

A análise da tabela permite identificar que, no caso de acidentes com jovens com 17 anos ou menos, houve o aumento do número de casos que geraram auxílio doença e incapacidade parcial permanente. Tais índices refletem os riscos a que crianças e adolescentes estão expostos na maioria dos ambientes de trabalho.

Nesse contexto, é necessária a regulação do trabalho de menores, bem como lançar mecanismos de proteção a crianças e adolescentes, estipulando as condições para sua contratação. Sem a intervenção do Estado na ocasião, será difícil evitar que aos jovens se destinem às piores posições de trabalho, recebam menores remunerações, sejam submetidos a longas jornadas, sejam, enfim, vítimas expressivas do subemprego.

Por fim, antes de se adentrar na hipótese de contratação compulsória, importante destacar que o trabalho do menor constitui gênero que insere diversas modalidades: o menor empregado, regido pela Constituição Federal de 1988 e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 3º); o menor aprendiz empregado, também disciplinado pela CLT (art. 428); o menor aprendiz não empregado (art. 431, CLT). Há, ainda, o adolescente assistido, o trabalho socioeducativo (previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 67) e o trabalho familiar (art. 402, CLT).²²⁰

De tais espécies, a que será objeto de análise será apenas a do menor aprendiz empregado.

²²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 1019.

3.3.2 O menor aprendiz empregado: caso de contratação compulsória

Não somente a idade mínima para o trabalho e as condições em que este deveria ser exercido, ente outros aspectos, foram objetos de preocupação de nossa legislação com o menor.

A situação de penúria que cercam inúmeras famílias brasileiras gerou a necessidade de jovens (e até crianças) trabalharem, para contribuir com a subsistência daquela. Tal trabalho, no entanto, não poderia ser alcançado apenas de maneira informal e efêmera, obrigando, na maioria das vezes, em face das dificuldades, à marginalização de tais indivíduos, como única solução buscada para obter, no mínimo, seu próprio sustento.

O Estado, diante de tal situação, não poderia quedar-se inerte, sem estabelecer qualquer política que enfrentasse, ao menos de forma indireta, os “bolsões de miséria” e o desemprego entre jovens, que desqualificados, não logravam nenhuma ocupação laboral. Tornou-se necessário, assim, diminuir os obstáculos que dificultavam o acesso de menores ao mercado de trabalho formal. Uma importante medida nesse sentido foi a possibilidade de menores de 14 (quatorze) anos trabalharem na condição de aprendizes.

O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, com duração máxima de dois anos, em que o empregador se compromete a assegurar ao adolescente com idade superior a 14 anos e até os 18 anos, e ao jovem a partir dos 18 anos até os 24 anos,²²¹ inscritos em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

O aprendizado tem vínculo empregatício e só pode ser contratado como aprendiz quem está matriculado em escola profissionalizante. A idade máxima preceituada não se aplica aos portadores de deficiência aprendizes (art. 428, §5º, da CLT).

Referido contrato pressupõe a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), a inscrição do jovem em programa de aprendizagem e matrícula em escola para conclusão do curso fundamental (art. 428 e §1º, da CLT).

O Estado, entretanto, não se limitou a regulamentar a idade mínima para o trabalho, possibilitando que os menores, a partir de 14 anos, na condição de aprendizes, pudessem trabalhar. Foi bem mais além: estabeleceu sua inserção obrigatória nas empresas.

²²¹ Em relação aos aprendizes a partir dos 18 até os 24 anos e àqueles com deficiência, ainda não foi editada regulamentação específica complementar, devendo ser aplicada a legislação vigente, no que couber.

Segundo o art. 429, da CLT, com redação dada pela lei nº. 10.097/200, os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem (SESI, SENAI, SENAC, etc) número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento) a 15% (quinze por cento) dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional, conforme Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. Tal limite não se aplica, no entanto, quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, cujo objetivo seja a educação profissional (art. 429, §1º-A, CLT).

Nem todas as atividades, no entanto, comportam aprendizagem no emprego. Nesse sentido, tem-se a Portaria nº. 43, de abril de 1953, do Ministério do Trabalho, estabelecendo relações de ofícios e ocupações objeto de aprendizagem metódica.

As frações de unidade no cálculo da percentagem, semelhante ao que ocorre na contratação de pessoas portadoras de deficiência, resultarão na admissão de um aprendiz (art. 429, CLT, 1º).

Nesse *quantum*, estão excluídas as funções que demandem, para o seu exercício, habilitação de nível técnico ou superior, bem como as caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança, assumindo o estabelecimento a obrigação de proporcionar ao aprendiz a experiência prática da formação técnico-profissional a que será submetido. Também devem ser excluídas do cálculo as ocupações proibidas para adolescentes por restrições legais, quais sejam: as atividades realizadas em locais insalubres, as perigosas e aquelas executadas em horário noturno.

Os aprendizes são obrigados à frequência do curso de aprendizagem em que estejam matriculados. Faltando aos trabalhos escolares desse curso, sem justificativa aceitável, o aprendiz perderá o salário dos dias em que se der a falta. A reiteração de tal falta ou a ausência de razoável aproveitamento, será considerada justa causa para dispensa do empregado aprendiz.

A formação profissional metódica poderá ser realizada na empresa (art. 431, CLT), em Escolas Técnicas de Educação (art. 430, I, CLT), em entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 430, II, CLT), quando os Serviços de Aprendizagem (SENAI, SENAC, etc) não oferecerem cursos ou não possuem vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos.

Verifica-se que a obrigatoriedade de contratação de aprendizes permite minimizar os prejuízos ocasionados pelo trabalho precoce, ao delimitar as condições de trabalho que devem ser oferecidas a adolescentes aprendizes. A medida também está vinculada à necessidade de fornecer capacitação ao jovem, minimizando as dificuldades de acesso ao mercado de trabalho. A aprendizagem propicia que o trabalho seja vinculado às atividades de caráter educativo, cultural e social, propiciando ao adolescente qualificação em caráter complementar à educação formal.

O contrato de aprendizagem, segundo o art. 18 da Lei nº. 11.180/2005, extinguir-se-á, com o advento do seu termo ou com o implemento da idade de 24 anos, independentemente de ter ou não o menor concluído o aprendizado, ou ainda, antecipadamente nas hipóteses de desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, como já ressaltado, falta disciplinar grave, ausência injustificada à escola que acarrete a perda do ano letivo e a pedido do aprendiz (art. 433, CLT).

Como se pode verificar, o término do contrato de aprendizagem está restrito às situações delimitadas na Lei, para que se permita o aprendizado, o que configuraria em mais uma espécie de “estabilidade provisória” no Direito do Trabalho. Isto porque, dentre as hipóteses enumeradas de rescisão antecipada do contrato não se prevê a dispensa imotivada.

Nesse sentido, também já se manifestou o TRT da 15ª Região:

CONTRATO DE APRENDIZAGEM. ESTABILIDADE PROVISÓRIA: Obrigatória a contratação de menores aprendizes por estabelecimentos industriais, segundo o art. 429 da CLT, e possibilitada a respectiva dispensa somente por justa causa, aqui em face do conteúdo do § 2º. do art. 432 da mesma Consolidação, conclusão inarredável é a de que, legalmente formalizado o contrato de aprendizagem, goza o menor de estabilidade provisória durante todo o período, englobadas as fases escolar e do estágio, não podendo ser dispensado imotivadamente. Aliás, o direito da criança e do adolescente à educação e à profissionalização é dever de todos, consoante art. 227 da Constituição Federal. In casu, sobressai ainda a garantia normativa, renovada ao longo do tempo pelas categorias econômica e profissional, a qual resguarda o direito ao emprego durante o contrato de aprendizagem, ressalvados os motivos disciplinares, escolares ou por mútuo acordo, este apenas com assistência sindical (TRT 15ª R – RO 020268/1998 – 5ª Turma, Rel. Valdevir Roberto Zanardi, DOE 14/02/2000)

Constituem direitos do empregado menor aprendiz: férias, que deverão coincidir com suas férias escolares; vale-transporte; jornada de trabalho não superior a seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada, podendo, no entanto, o limite ser ampliado para oito horas diárias, desde que os aprendizes já tenham completado o

ensino fundamental e se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica; salário mínimo hora fixado em lei, salvo condição mais benéfica; 13º salário.

Sobre o assunto, interessante transcrever julgado do Tribunal Superior do Trabalho acerca da necessidade de oferecer direitos mínimos aos jovens trabalhadores, mesmo aqueles carentes, propiciando-lhes condições dignas para o trabalho:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE MENORES CARENTES SEM CUMPRIMENTO INTEGRAL DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA DE REGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 227, § 3º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Cinge-se a controvérsia a se saber se é ou não possível que menores carentes, treinados e encaminhados pelas Rés da presente ação civil pública para trabalhar em empresas privadas ou órgãos da administração pública direta e indireta, prestem serviços sem perceber todos os direitos trabalhistas e previdenciários previstos na legislação de regência. Realmente, se por um lado não há como reduzir-se a relevância da pretensão das Rés de promover a inclusão social de menores de idade que, sem essa atividade, estariam fadados a engrossar as fileiras do exército do crime organizado que há muito afronta acintosamente a autoridade estatal no Rio de Janeiro em particular e nas grandes cidades brasileiras em geral, por outro é certo que essa inclusão há de se dar mediante estrita observância das normas **trabalhistas e previdenciárias, sob pena de admitir-se que esses menores sejam transformados não em cidadãos plenos, mas em trabalhadores de segunda categoria. Com efeito, não parece crível que um menor carente possa ser empregado em funções de pouca ou nenhuma relevância na cadeia produtiva** - o e. TRT da 1ª Região exemplifica tais funções: -office-boy, recepcionista, mensageiro, serviços de limpeza e operador de copiadora- (fl. 2866, último parágrafo) -, **sem sequer receber todos os direitos trabalhistas e previdenciários, e possa, no futuro, valer-se apenas de tal experiência para ingresso em atividades de maior complexidade e melhor remuneração.** Mesmo a premissa do e. TRT da 1ª Região de que o trabalho prestado pelos menores sem cumprimento das legislações trabalhista e previdenciária permitiria a eles -uma boa formação de caráter- (fl. 2867, primeiro parágrafo), por meio da -oportunidade de aprender a cumprir horário, receber ordens, ter disciplina no cumprimento de tais tarefas e conviver com outros trabalhadores no âmbito de uma organização empresarial ou pública- (fl. 2865, terceiro parágrafo) não parece ser suficiente, data maxima venia, para se ter como atendidas as disposições de proteção ao menor. Afinal, se por um lado os tomadores desse serviço (dentre os quais a Administração Pública) estão se beneficiando de uma mão de obra mais barata - em detrimento de trabalhadores maiores de idade e certamente também premidos por necessidades graves e urgentes -, por outro os menores estarão sendo treinados apenas para perpetuar uma prestação de serviço que os condenará a permanecerem em sua atual condição social. Precedente. Recurso de revista provido. (Processo: RR - 152500-89.2003.5.01.0035. Red. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Julgamento: 29/09/2010, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010). (Grifou-se)

O depósito do FGTS será somente no percentual de 2% da remuneração paga ou devida no mês anterior (Lei n. 8.036/90, art. 15, § 7º), constituindo, portanto, importante incentivo para a efetiva contratação de aprendizes e, assim, de cumprimento voluntário da norma inserta no art. 429, da CLT.

Não é previsto pagamento de seguro para aprendizes. Como qualquer outro funcionário da empresa ele estará segurado pelo INSS.

Os que inobservarem os percentuais para a contratação de aprendizes, conforme preconiza o art. 434, da CLT, sujeitar-se-ão à multa, que terá valor igual a 1 (um) salário mínimo regional, aplicada tantas vezes quantos forem os menores empregados em desacordo com a lei, não podendo, todavia, a soma das multas exceder a 5 (cinco) vezes o salário-mínimo, salvo no caso de reincidência em que esse total poderá ser elevado ao dobro.

Desta feita, da mesma maneira como assinalado no tópico 3.2.3, a contratação de aprendizes configura hipótese de contratação trabalhista compulsória, na medida em que não confere liberdade para o empregador, que esteja compreendido na hipótese prevista na situação delimitada pela CLT, escolher entre contratar ou não um aprendiz.

O legislador ordinário, com igual fundamento, atento às necessidades de incorporar tais pessoas no mercado de emprego, estabeleceu que empresas, inseridas em determinadas situações, estariam obrigadas a contratá-los. Como medida impositiva, também confere sanção a quem descumpri-la.

3.4 O farmacêutico

Destaca-se, também, o profissional farmacêutico como mais outro caso de contratação trabalhista compulsória.

Antes de salientar como sua contratação, em situações específicas, está envolta de compulsoriedade, é interessante que, primeiramente, compreenda-se a importância de referido profissional na sociedade. Desta forma, é que se poderá avaliar a necessidade que levou o legislador pátrio a impor que sua admissão fosse obrigatória em determinadas hipóteses.

3.4.1 A importância do profissional farmacêutico: garantia do direito à saúde

Em todos os níveis de atenção à saúde, a prestação de serviços destinados a sua concretização é de natureza multiprofissional. Assim, a equipe de saúde, que está envolvida com o uso de medicamentos, deve necessariamente incluir um farmacêutico.

Isto porque, apenas a qualificação de referidos profissionais permite que estes:

- compreendam os princípios de garantia de qualidade aplicados aos medicamentos;
- apreciem as complexidades da cadeia de distribuição e os princípios de manutenção e renovação dos estoques;
- estejam familiarizados com as estruturas de custos aplicadas aos medicamentos em vigor nos mercados em que operam;
- detenham um grande volume de informações técnicas sobre os produtos disponíveis no respectivo mercado nacional;
- possam aconselhar os pacientes com enfermidades leves e, com frequência, os pacientes com condições crônicas que já estão em terapia de manutenção;
- e, por último, mas não menos importante, constituam a interface entre a prescrição e a venda dos medicamentos e, assim, eliminam qualquer possível conflito de interesse entre essas duas funções. Esse inventário de atividades aponta para a dispensação de medicamentos como responsabilidade central dos serviços de assistência farmacêutica. É, sem dúvida alguma, uma responsabilidade destinada a continuar vigente em, virtualmente, todo contexto nacional. Entretanto, os conhecimentos especializados e diversificados do farmacêutico dão, aos membros da profissão, um arcabouço adequado para assumir inúmeras responsabilidades, tanto na administração pública quanto na fabricação e no abastecimento de medicamentos.

222

No tratamento de enfermidades, a administração de medicamentos e de outros produtos de atenção à saúde deve ser racional, com vistas a obter resultados definidos e mensuráveis, voltados à melhoria da qualidade de vida.

Dessa forma, para se assegurar a qualidade do processo de uso de medicamentos por cada pessoa, é necessária a intervenção do farmacêutico na terapia, auxiliando pacientes a utilizar remédios da melhor maneira possível e, ainda, para evitar efeitos colaterais indesejados.

O sucesso de qualquer tratamento depende da qualidade da orientação que é fornecida ao usuário sobre a utilização correta do composto químico. Onde não há assistência farmacêutica, somente o armazenamento e distribuição de remédios, os pacientes não obtêm nenhuma orientação quanto aos cuidados na sua administração. Sem tal orientação, muitos

²²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **O papel do farmacêutico no sistema de atenção à saúde:** Relatório do Grupo Consultivo da OMS: Nova Délhi, Índia: 13 – 16 de dezembro de 1988. O papel do farmacêutico: assistência farmacêutica de qualidade: Benefícios para os governos e a população: Relatório da Reunião da OMS: Tóquio, Japão: 31 de agosto – 3 de setembro de 1993. Boas práticas em farmácia (BPF) em ambientes comunitários e hospitalares / Organização Mundial da Saúde; Adriana Mituse Ivama (org); José Luis Miranda Maldonato (org). – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde: Conselho Federal de Farmácia, 2004, p.15 e 16.

usuários retornam às unidades de saúde, o que aumenta o sofrimento e onera o sistema de saúde.²²³

Não basta, portanto, que o paciente tenha acesso à assistência médica e ao medicamento. É necessária a participação do farmacêutico na instrução correta do uso adequado do remédio.

A despeito da importância do farmacêutico, nem sempre se observa que há interação de referido profissional com o usuário, visando uma farmacoterapia adequada.

Com intensa frequência, verifica-se que o consumo de remédios advém da prática da automedicação, perigosa forma de administração de tais substâncias químicas, que pode levar a reações indesejáveis, alergia a componentes de fórmulas, intoxicação e, até mesmo, ao óbito de pacientes.

Sobre a freqüente prática de ingestão de medicamentos sem prescrição médica, esclarece Hudson Sousa que

A automedicação é uma forma comum de auto-atenção à saúde, consistindo no consumo de um produto com o objetivo de tratar ou aliviar sintomas ou doenças percebidos, ou mesmo de promover a saúde, independentemente da prescrição profissional. Para tal, podem ser utilizados medicamentos industrializados ou remédios caseiros. A automedicação é definida como o uso de medicamentos sem prescrição médica, onde próprio paciente decide qual fármaco a utilizar. Inclui-se nessa designação genérica a prescrição ou indicação de medicamentos por pessoas não habilitadas, como amigos, familiares e mesmo balconistas de farmácia, neste último caso, caracterizando exercício ilegal da medicina.²²⁴

O uso de medicamentos sem a indicação médica pode aliviar, em primeiro plano, os sintomas de uma doença, mas pode acarretar efeitos nocivos aos pacientes. Além dos já indicados, a automedicação inadequada, assim como a prescrição errônea podem traduzir em outras enfermidades e a criar bactérias super-resistentes, diante do uso abusivo de antibióticos.

Como o uso indiscriminado de antibióticos, selecionam-se as bactérias existentes no corpo. As mais resistentes sobrevivem e exigem que o doente passe a ingerir medicamentos cada vez mais fortes e caros.

²²³ FERRAES, Alide Marina Biehl et al. **Medicamento, farmácia, farmacêutico e o usuário: novo século, novas demandas**. Disponível em :< <http://www.ccs.uel.br>>. Acesso em 02 jul. 2010.

²²⁴ SOUSA, Hudson W. O., et al. A importância do profissional farmacêutico no combate à automedicação no Brasil. In: **Revista Eletrônica de Farmácia**, vol. V (1), 62-72, 2008.

Por outro lado, observa-se que as empresas que atuam na venda e distribuição de drogas não possuem em seu quadro funcional farmacêutico, o que leva a crer que a atividade por elas exercida é impulsionada, particularmente, pela ânsia capitalista de obtenção de lucros, pela venda rápida e numerosa, e não definida por critérios epidemiológicos.

Como ressalta Aline Marina Biehl Ferraes

O poder da indústria farmacêutica é alimentado pelo *marketing*, propagandas duvidosas, muitas vezes ou quase sempre enganosas, publicidade que oferece tipos ideais e perfeitos de medicamentos sempre de última geração, cada vez mais potentes (e mais caros!) do que aqueles que os antecederam. A propaganda de medicamentos acaba sendo um grande estímulo ao usuário, levando-o a comprar os produtos anunciados, e fazendo-o pensar que pode ter todos os seus problemas resolvidos com esta compra. Triste e cara ilusão para alguns! Mas, certamente lucro real para outros! A propaganda de medicamentos acaba induzindo muitas pessoas a comprarem sem haver real necessidade. Este tipo de procedimento gera lucro para a farmácia e para a indústria farmacêutica, mas pode prejudicar, sem sombra de dúvida, quem comprou o medicamento.²²⁵

Nessa situação, o paciente, visto apenas como cliente, independentemente, muitas vezes, de possuir prescrição médica para tratamento da moléstia que lhe aflige, é atendido por qualquer empregado do estabelecimento comercial, sujeito que, decerto, não possui a capacitação técnica e científica para orientar o correto uso de medicamentos, comprometendo, por conseguinte, os resultados do tratamento farmacológico.

Tal situação não merece prosperar, e o Estado, no escopo de tornar efetivo o direito à saúde, deve intervir para que a dispensação de remédios torne-se prática sanitária e não meramente mercadológica. A intervenção do Poder Público na questão torna-se necessária, com vistas a assegurar, particularmente, a segurança da própria sociedade.

3.4.2 A contratação compulsória do farmacêutico

A Constituição Federal de 1988 concebe a saúde como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos.

²²⁵ SOUSA, Hudson W. O., et al. A importância do profissional farmacêutico no combate à automedicação no Brasil. In: **Revista Eletrônica de Farmácia**, vol. V (1), 62-72, 2008.

A promoção do direito à saúde, como indicado em linhas pretéritas, não passa somente pela adoção de políticas públicas voltadas à redução do risco de doenças e pela prestação de serviços médico-hospitalares. O tratamento e a profilaxia de enfermidades estão, também, diretamente relacionados à administração de medicamentos.

Nesse contexto é que se insere a indispensável presença do farmacêutico, inserido no quadro de profissionais da saúde, contribuindo com seu conhecimento científico para indicar qual o uso apropriado de medicamentos e a proteção do público contra os perigos inerentes ao uso desses produtos.

O farmacêutico tem funções indisputáveis em vários níveis da cadeia nacional de registro e regulamentação dos produtos farmacêuticos. Cabe à autoridade regulatória garantir que todos os produtos sujeitos a controle atendam a padrões aceitáveis de qualidade, segurança e eficácia, e que todas as instalações e práticas empregadas na fabricação, no armazenamento e na distribuição desses produtos atendam a exigências que assegurem que esses produtos continuarão obedecendo a esses padrões até chegarem ao usuário final. Uma autoridade regulatória de pequeno porte nunca, ou quase nunca, realizará avaliações independentes realmente abrangentes da segurança e eficácia dos produtos, numa base individual. Nesse caso, as responsabilidades administrativa e técnica nesse âmbito são, em grande parte, de natureza farmacêutica e estão orientadas, principalmente, à garantia da qualidade.²²⁶

Compreender que a atuação do profissional farmacêutico é importante na otimização da terapia medicamentosa, tanto contribuindo para a fabricação, abastecimento e controle de medicamentos e produtos para a saúde quanto provendo informações e aconselhando aqueles que prescrevem ou usam produtos farmacêuticos, não basta, porém, para que as empresas o incluam em seu quadro funcional. Outro fator é preponderante: o custo para contratá-lo é bem superior ao empregado na admissão de “funcionários balconistas”.

Diante de tal situação, tornou-se necessária a intervenção do Estado para garantir a proteção e o bem-estar da coletividade, evitando que esta seja atingida pelo uso inadequado de medicamentos.²²⁷ Visando, assim, a racionalidade na utilização dos remédios, o Poder Público impôs que a admissão de farmacêuticos fosse obrigatória.

²²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Op. cit., p. 18.

²²⁷ Tal interferência estatal no domínio econômico encontra respaldo constitucional, conforme se destaca do texto inserto no art. 196da Carta Magna. Como bem assevera José Afonso da Silva, “as ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitas à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 831.

A contratação compulsória do profissional farmacêutico está prevista no art. 24, da Lei nº. 3.820/60. Referido diploma legal preceitua que as empresas e estabelecimentos²²⁸ que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar, perante os Conselhos Federal e Regionais, que essas atividades são exercidas por profissionais habilitados e registrados.

Portanto, para funcionarem regularmente, os estabelecimentos que atuem no comércio de drogas e medicamentos, deverão contratar um farmacêutico, responsável técnico pela atividade de dispensação de tais produtos.

Nesse sentido, reforçando a obrigatoriedade da contratação de farmacêutico, tem-se a Lei nº. 5.991/73, que assevera, *in verbis*:

Art. 15 - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

§ 1º - A presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.

§ 2º - Os estabelecimentos de que trata este artigo poderão manter técnico responsável substituto, para os casos de impedimento ou ausência do titular.

§ 3º - Em razão do interesse público, caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria, e na falta do farmacêutico, o órgão sanitário de fiscalização local licenciará os estabelecimentos sob a responsabilidade técnica de prático de farmácia, oficial de farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

Impor que toda farmácia além de contratar farmacêutico deva, ainda, mantê-lo presente em todo o horário de funcionamento do estabelecimento é uma medida que intensifica a intenção do legislador, qual seja garantir que o medicamento seja utilizado de forma adequada, com mais informação e segurança à população, a partir da prescrição médica e da orientação de seu uso correto através do farmacêutico.

²²⁸ A lei nº. 5.991/73 complementa a Lei em comento, ao trazer, em seu art. 4º, as seguintes definições:
 “VIII - Empresa - pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que exerça como atividade principal ou subsidiária o comércio, venda, fornecimento e distribuição de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, equiparando-se à mesma, para efeitos desta Lei, as unidades dos órgãos de administração direta ou indireta, federal ou estadual, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e entidades paraestatais, incumbidas de serviços correspondentes;
 IX - Estabelecimento - unidade da empresa destinada ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;
 X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;
 XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais”.

O descumprimento da norma que impõe a admissão compulsória de referido profissional resulta na aplicação de multa, prevista no parágrafo único, art. 24, da Lei nº. 3.820/60:

Parágrafo Único. Aos infratores deste artigo será aplicada pelo respectivo Conselho Regional a multa de valor igual a 1 (um) salário-mínimo a 3 (três) salários-mínimos regionais, que serão elevados ao dobro no caso de reincidência.

A previsão de penalidade para os que não admitem farmacêuticos reforça a tese de que se trata de um caso de contratação compulsória. Percebe-se que não há discricionariedade do empregador na admissão de citados profissionais no âmbito de sua farmácia ou drogaria. A lei é bastante clara ao estabelecer que esses estabelecimentos só podem funcionar quando tiverem a presença do farmacêutico, a quem caberá a responsabilidade técnica do estabelecimento.

Sobre a matéria, interessante trazer a colação decisões proferidas pelos Tribunais pátrios:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. FISCALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA ÀS DROGARIAS E FARMÁCIAS. RESPONSÁVEL TÉCNICO EM HORÁRIO INTEGRAL. COMPETÊNCIA. LEI NO 3.820, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1960. LEI Nº 5.991, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1973. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE AFRONTA. PODER DE POLÍCIA. MOTIVOS LEGAIS PARA AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE.

1. A lei no 5.991, de 1973, condiciona o funcionamento das farmácias e drogarias, a contratação e presença de responsável técnico - que deve ser, em regra, profissional farmacêutico registrado e habilitado no conselho regional de sua jurisdição -, durante todo seu horário de funcionamento.

2. A lei no 3.820, de 1960, dispõe no art. 24: "as empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os conselhos federal e regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado."

3. Sendo aplicada aos infratores do artigo supra multa pelo respectivo conselho regional (parágrafo único, do art. 24, da lei 3.820/60)

4. Indiscutível, pois, a possibilidade de o CRF/RN fiscalizar e punir as farmácias e drogarias que não provarem a contratação de responsável técnico nas condições supracitadas, bem como é clara que a autuação por esta autarquia encontra-se com total embasamento legal, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

5. O art. 15 da lei 5.991/73 é norma de proteção à saúde pública, o que legitima a restrição e o condicionamento do direito ao exercício desta específica atividade econômica.

6. O horário da autuação, 9:30h, demonstra ser inverídica a alegação do recorrente

de que o fiscal comparecia ao estabelecimento apenas nos momentos em que sabia não estar presente o farmacêutico, como horário de almoço e término do expediente.

7. Precedentes: STJ, RES n. 411.088/PR, rel. Min. Luiz Fux, in DJ de 27.05.02; STJ, RESP 491.137, min. Rel. Franciulli Neto, DJU 26.05.03, p. 356; TRF 5ª, Ac342.810, des. Rel. Edilson Nobre, DJU 16.08.06, p.1120.

8. Apelação improvida. (TRF - 5ª Região, AC 2004.84.00.000360-4, Rel. Manoel Erhardt, DJ15/10/2007, página 694 - nº. 198).

EMENTA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO NAS FARMÁCIAS E DROGARIAS EM HORÁRIO INTEGRAL.

1. Não há que se falar em contradição, quanto ao fato gerador da dívida em comento, uma vez que se constata, claramente, que a execução realmente se funda somente na infringência ao artigo 24, da lei n. 3820/60 c/c o art. 15, parágrafos 1º e 2º, da lei n. 5.991/73 (ausência de profissional farmacêutico).

2. O artigo 6º, parágrafo 1º e 2º, da lei nº 6.830/80, preconizam ser possível que a certidão da dívida ativa e a petição inicial possam ser um único documento, podendo se completarem, preenchendo os requisitos exigidos pelo artigo 2º, parágrafo 5º, da referida lei. Preliminares rejeitadas.

3. A contratação de uma profissional de farmácia para atuar no estabelecimento somente por 2 (duas) horas por dia fere frontalmente o disposto no parágrafo 1º, do artigo 15, da lei nº. 5.991/73, que preconiza que "a presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento."

4. A aplicação de multa às farmácias e drogarias que não mantiverem, em seu estabelecimento, um profissional farmacêutico é possível, diante da legislação aplicável à espécie. Precedentes jurisprudenciais.

5. Manutenção da sentença. Apelação improvida. (TRF – 5ª Região, AC2000.05.00.006182-9, Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto), DJ 25/09/2006, página 654 - Nº. 184).

EMENTA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO NAS FARMÁCIAS E DROGARIAS EM HORÁRIO INTEGRAL.

1. Não há que se falar em contradição, quanto ao fato gerador da dívida em comento, uma vez que se constata, claramente, que a execução realmente se funda somente na infringência ao artigo 24, da lei n. 3820/60 c/c o art. 15, parágrafos 1º e 2º, da lei n. 5.991/73 (ausência de profissional farmacêutico).

2. O artigo 6º, parágrafo 1º e 2º, da lei nº 6.830/80, preconizam ser possível que a certidão da dívida ativa e a petição inicial possam ser um único documento, podendo se completarem, preenchendo os requisitos exigidos pelo artigo 2º, parágrafo 5º, da referida lei. Preliminares rejeitadas.

3. A contratação de uma profissional de farmácia para atuar no estabelecimento somente por 2 (duas) horas por dia fere frontalmente o disposto no parágrafo 1º, do artigo 15, da lei nº. 5.991/73, que preconiza que "a presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento."

4. A aplicação de multa às farmácias e drogarias que não mantiverem, em seu

estabelecimento, um profissional farmacêutico é possível, diante da legislação aplicável à espécie. Precedentes jurisprudenciais.

5. Manutenção da sentença. Apelação improvida. (TRF – 5ª Região, AC2000.05.00.006182-9, Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto), DJ 25/09/2006, página 654 - Nº. 184).

A despeito da louvável intenção do legislador, ressalte-se que os tribunais brasileiros, por outro lado, mitigaram a aplicação da regra da contratação dos farmacêuticos em estudo ao decidirem que a imposição legal não se aplica a hospitais, embora dispensassem medicamentos e, em virtude de tal prática, estarem inseridos no âmbito de abrangência da Lei nº. 3.820/60:

EMENTA. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO. EMBARGOS. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL DE PEQUENO PORTE. FARMACÊUTICO. OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO. AUTUAÇÃO.

1. Não estão os hospitais de pequeno porte sujeitos à exigência de manter farmacêutico, podendo seu dispensário de medicamentos funcionar sem um técnico responsável. Súmula 140 do TRF.

2. Título executivo indevidamente constituído e conseqüentemente inexigível. Embargos à execução que se reconhece a procedência.

3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF – 5ª Região, 2ª Turma, AC nº. 2000.05.00.033969-8, rel. Paulo Machado Cordeiro (substituto), DJ 28/11/2002, página 834).

EMENTA. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL-ESCOLA. FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO.

I. A jurisprudência desta corte já se posicionou sobre a desnecessidade de farmacêutico nos hospitais, mesmo que possuam dispensário de medicamentos.

II. Não sendo obrigatória a presença de responsável técnico cadastrado perante o conselho regional de farmácia em hospital-escola, com natureza de hospital público, é indevida a aplicação de multa com fundamento no art. 24 da lei nº 3820/60.

III. Apelação improvida. (TRF – 5ª Região, 4ª turma, AGTR 2007.05.00.035543-1, Rel (a). Margarida Cantarelli, DJ 24/10/2007, página 783, nº. 205).

Na apreciação da matéria, infelizmente, o poder judiciário preferiu excluir o Poder Público da regra imposta pela Lei nº. 3.820/60 a reforçar uma importante política de saúde, a serviço da proteção da sociedade.

Não se conseguiu analisar, sob uma atenta e correta leitura teleológica da lei, quais foram as justas razões sociais que conduziram o Estado-juiz a decidir de tal forma, emprestando interpretação tão desvirtuada da legislação acima indicada. Estando também presente nos centros públicos de saúde o fundamento que orienta a regra de contratação do farmacêutico, não resistem a uma breve argumentação as decisões que se manifestaram a favor da desnecessidade de mencionado profissional.

Outrossim, importante destacar que a Lei nº. 5.991/73 deixa uma lacuna, admitindo a hipótese de farmácias funcionarem sem a presença de farmacêutico:

Art. 17. Somente será permitido o funcionamento de farmácia e drogaria sem a assistência do técnico responsável, ou de seu substituto, pelo prazo de até trinta dias, período em que não serão aviadas fórmulas magistrais ou oficiais nem vendidos medicamentos sujeitos a regime especial de controle.

A despeito de tal regra, deve-se atentar que o legislador não abre oportunidade para que estabelecimentos farmacêuticos atuem sem a responsabilidade técnica do profissional habilitado para tanto. Trata-se da previsão de uma situação excepcionalíssima, que não deve servir para dar proteção legal aos que intentam se desvencilhar da compulsoriedade tratada nesse momento.

O dispositivo é aplicado nas hipóteses em que o profissional precisa se afastar de seu local de trabalho por determinado período e que este, por ser de curta duração, torna onerosa a contratação de outro empregado para ocupar sua ausência momentânea (participação do farmacêutico responsável em palestras, cursos, seminários, por exemplo).

Por fim, acrescente-se que o contrato de trabalho do farmacêutico, como empregado, obedece às prescrições da CLT, não possuindo nenhuma norma específica a ser observada. A Lei nº. 5.991/73, ao estabelecer a presença obrigatória desse profissional em estabelecimentos de comércio, venda, fornecimento e distribuição de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, não criou qualquer vantagem para o farmacêutico que deva ser considerada na relação de emprego.

E de outra forma não poderia deixar de ser. Não se está a garantir, precipuamente, emprego a determinados profissionais, pela sua tão só condição individual. Seria prática discriminatória, ilegal e desigual, intolerável no ordenamento jurídico, em face dos preceitos constitucionais de 1988, que privilegiaria determinados empregados em detrimento de outros que também almejam sua inserção no mercado de trabalho. Está-se, ao contrário, como já

muito comentado, a garantir a proteção da sociedade, da sua segurança, medidas que estão insertas na plena efetivação do direito à saúde.

Há que se salientar que as contratações compulsórias de farmacêuticos apontam para um resgate da função e da valorização deste profissional, da farmácia como empresa a serviço da saúde e do medicamento como insumo para recuperação do usuário.

Tenta-se afastar a indústria do uso abusivo e indiscriminado do remédio, que não pode ser concebido como mercadoria, mas como meio a ser utilizado em prol da sadia qualidade de vida e bem-estar da população. A ênfase, portanto, da lei é na promoção da saúde na sociedade.

Sem a obrigatoriedade da contratação de farmacêuticos, as farmácias, assim como demais estabelecimentos de dispensação de medicamentos, salvo raras exceções, ficariam isoladas de outros serviços de saúde e se transformariam, de vez, em local de comercialização de mercadorias, onde o consumo é indispensável e a venda de insumos químicos um negócio altamente rentável.

A lei tenta romper com o interesse meramente capitalista, consumista, de alguns proprietários que apenas vislumbram o lucro fácil e acabam por induzir à ingestão desnecessária e irracional de remédios. A “empurroterapia” é prática ilegal, maliciosa e deve banida.

Os métodos utilizados pelas grandes indústrias de medicamentos para induzir um paciente a adquirir remédios deve ser acompanhada pelos órgãos de vigilância sanitária e demais instrumento de controle do Estado.

3.5. O químico

Indica-se, ainda, o profissional químico, pela importância de suas atividades, como mais um caso de contratação trabalhista compulsória.

Assim como no caso do farmacêutico, antes de destacar como sua contratação está delineada pela legislação, em determinadas situações, de compulsoriedade, necessário que se compreenda a importância de referido profissional, para se avaliar a necessidade que conduziu o legislador a impor que sua admissão fosse obrigatória.

3.5.1 A importância do químico: uso da ciência e da tecnologia em favor da sociedade

O progresso da humanidade muito se deve à Química, ciência que, ao desvendar as leis da natureza que regem a transformação da matéria, possibilitou, com base em suas descobertas, inúmeros benefícios e facilidades para o homem.

Seu lado exploratório, de explicação de fenômenos assumiu, progressivamente, no entanto, com o advento do capitalismo, caráter mercadológico, na medida em que o conhecimento científico tornou-se importante instrumento para o crescimento das indústrias.

A relação entre a ciência e as questões concretas da produção e do desenvolvimento econômico começa junto com o desenvolvimento do capitalismo, quando a nova classe que estava emergindo, a burguesia industrial, passou a ver a ciência como mola propulsora de seu desenvolvimento. [...] A incorporação da ciência às indústrias fez com que ela passasse do domínio dos filósofos, amadores, de latoeiros e gente rica e ociosa para o domínio das organizações industriais, que começaram a financiá-la.²²⁹

Numa sociedade de rápidas mudanças de gostos e necessidades, a introdução de nova técnica, do produto com novas qualidades, de outra descoberta científica gera a possibilidade de alcançar uma importante vantagem competitiva. Nesse quadro, o próprio saber se torna uma mercadoria a ser produzida e vendida.²³⁰ O paulatino reconhecimento da ciência para o desenvolvimento econômico transformou-a num importante instrumento voltado à produção de lucros e acúmulo de capitais.

A exploração do conhecimento da química, entretanto, não deve servir a interesses puramente econômicos, sem qualquer regra que imponha limite a sua prática desmesurada. A primeira consequência disso é que ela não deve ser exercida por quem não detenha competência técnica e legal, não prevalecendo a assertiva de que pode ser praticada por qualquer pessoa. Trata-se de um fundamento falacioso e irracional, que bem se amoldaria aos anseios dos que acreditam que “o progresso não pode parar” e “deve ser obtido a qualquer preço”, concepções alheias à noção dos riscos que a manipulação de processos químicos pode acarretar à saúde do homem e ao meio em que se insere.

A história, através, principalmente, da segunda guerra mundial, demonstrou a potência e o alcance de tal ciência. É conhecendo, portanto, a capacidade que a química

²²⁹ SILVA, Joyce Mary Adam de Paula. O perfil profissional do químico frente às novas realidades das organizações industriais. In: **Química Nova**, Fev. 2001, vol. 24, nº. 01, p. 135-142, ISSN 0100-4042. Disponível em: <<http://www.scielo.org>>. Acesso em 20 ago. 2008.

²³⁰ Idem, *ibidem*.

possui para, quando utilizada incorretamente ou, ainda, por quem não está habilitado para seu manuseio, gerar inúmeros transtornos à saúde e ao bem-estar do homem, que o Poder Público impôs a contratação compulsória do químico nos estabelecimentos que fabriquem produtos industriais obtidos por meio de reações químicas.

Analisa-se, no tópico seguinte, como se desenvolve tal compulsoriedade.

3.5.2 A contratação compulsória do químico

A contratação do químico, assim como nas hipóteses anteriormente vistas, possui uma conotação compulsória, sendo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o primeiro diploma a inserir tal regra.

Além de dispor de normas gerais tutelares do trabalho, a CLT reuniu alguns dispositivos específicos, voltados à proteção de situações especiais por motivo de ordem profissional, como as relativas ao do bancário, dos estivadores, dos jornalistas, dos professores e, ainda, dos químicos.

Quanto a esse profissional, a CLT tratou de determinar, expressamente, que sua contratação é compulsória em determinadas indústrias:

Art. 335. É obrigatória a admissão de químicos nos seguintes tipos de indústria:

- a) de fabricação de produtos químicos;
- b) que mantenham laboratório de controle químico;
- c) de fabricação de produtos industriais que são obtidos por meio de reações químicas dirigidas, tais como cimento, açúcar e álcool, vidro, curtume, massas plásticas artificiais, explosivos, derivados de carvão ou de petróleo, refinação de óleos vegetais ou minerais, sabão, celulose e derivados.

No mesmo sentido, dispôs a Lei n.º 2.800/56:

Art. 27. As turmas individuais de profissionais e as mais firmas, coletivas ou não, sociedades, associações, companhias e empresas em geral, e suas filiais, que explorem serviços para os quais são necessárias atividades de químico, especificadas no decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho - ou nesta lei, deverão provar perante os Conselhos Regionais de Química que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado.

Destaque-se que, embora já tenha sido tema de discussões doutrinárias, acredita-se que o rol de indústrias inseridas no artigo 335, da CLT, não é taxativo, sendo, assim, complementado pela lei acima indicada. Como bem assevera Eduardo Saad:

[...] o artigo em epígrafe encerra, nas suas alíneas *a*, *b* e *c*, três critérios para a identificação das indústrias obrigadas a admitir químicos. Na alínea *c* há uma relação de indústrias (cimento, açúcar, álcool, vidro, curtume etc.) que não é taxativa, mas exemplificativa. O que importa, no caso, é averiguar se a empresa fabrica produtos industriais obtidos por meio de reações químicas dirigidas; se fabrica produtos químicos ou se mantém laboratório de controle químico. Se a atividade industrial se encaixar num desses critérios, tem ela de admitir químico.²³¹

Deve-se ter, portanto, superado o entendimento que sustentava a ilegalidade do ato normativo do Conselho Federal de Química (CFQ), obrigando determinadas empresas a fazer algo que a lei não previa, vulnerando o princípio da legalidade.

A polêmica sobre o assunto se encerra quando se verifica que a CLT enumera apenas algumas indústrias que estão obrigadas a contratar químico. Ademais, tendo em vista a finalidade com que a lei insere a regra, não se deve concluir que outros estabelecimentos industriais que exerçam atividades através de reações químicas estejam dispensados da contratação compulsória do profissional habilitado para o manuseio de tais processos.

O Decreto nº. 85877/81, complementando o rol descrito na CLT e na Lei nº. 2.800/56, apresenta de forma mais detalhada relação de atividades que somente poderão ser conduzidas por um químico. Senão veja-se:

Art. 2º — São privativos do químico:

I — análises químicas ou físico-químicas, quando referentes a indústria química;

II — produção, fabricação e comercialização, sob controle e responsabilidade de produtos químicos, produtos industriais obtidos por meio de reações químicas controladas ou de operações unitárias, produtos obtidos através de agentes físico-químicos ou biológicos, produtos industriais derivados de matéria-prima de origem animal, vegetal, ou mineral, e tratamento de resíduos resultantes da utilização destas matérias-primas sempre que vinculadas à indústria química;

III — tratamento, em que se empreguem reações químicas controladas e operações unitárias, de águas para fins potáveis, industriais ou para piscinas públicas e coletivas, esgoto sanitário e de rejeitos urbanos e industriais;

IV — o exercício das atividades abaixo discriminadas, quando exercidas em firmas ou entidades públicas e privadas, respeitado o disposto no art. 6º:

a) análises químicas e físico-químicas;

b) padronização e controle de qualidade, tratamento prévio de matéria-prima, fabricação e tratamento de produtos industriais;

²³¹ SAAD, Eduardo. Op. cit., p. 322.

- c) tratamento químico, para fins de conservação, melhoria ou acabamento de produtos naturais ou industriais;
 - d) mistura, ou adição recíproca, acondicionamento embalagem e reembalagem de produtos químicos e seus derivados, cuja manipulação requeira conhecimentos de Química;
 - e) comercialização e estocagem de produtos tóxicos, corrosivos, inflamáveis ou explosivos, ressalvados os casos de venda a varejo;
 - f) assessoramento técnico na industrialização, comercialização e emprego de matérias primas e de produtos de indústria química;
 - g) pesquisa, estudo, planejamento, perícia, consultoria e apresentação de pareceres técnicos na área de Química.
- V — exercício, nas indústrias, das atividades mencionadas no art. 335 da Consolidação das Leis do Trabalho;
- VI — desempenho de outros serviços e funções, não especificados no presente Decreto, que se situem no domínio de sua capacitação técnico-científica;
- VII — magistério superior das matérias privativas constantes do currículo próprio dos cursos de formação de profissionais de Química, obedecida a legislação do ensino.

Acrescenta o Decreto ainda que:

Art. 4º — Compete ainda aos profissionais de Química, embora não privativo ou exclusivo, o exercício das atividades mencionadas no art. 1º, quando referentes a:

- a) laboratórios de análises que realizem exames de caráter químico, físico-químico, químico-biológico, fitoquímico, bromatológico, químico-toxicológico, sanitário e químico legal;
- b) órgãos ou laboratórios de análises clínicas ou de saúde pública ou a seus departamentos especializados, no âmbito de suas atribuições;
- c) estabelecimentos industriais em que se fabriquem insumos com destinação farmacêutica para uso humano e veterinário, insumos para produtos dietéticos e para cosméticos, com ou sem ação terapêutica;
- d) firmas e entidades públicas ou privadas que atuem nas áreas de química e de tecnologia agrícola ou agropecuária, de Mineração e de Metalurgia;
- e) controle de qualidade de águas potáveis, de águas de piscina, praias e balneários;
- f) exame e controle da poluição em geral e da segurança ambiental, quando causadas por agentes químicos e biológicos;
- g) estabelecimentos industriais em que se fabriquem produtos cosméticos sem ação terapêutica, produtos de uso veterinário sem indicação terapêutica, produtos saneantes, inseticidas, raticidas, antissépticos e desinfetantes;
- h) estabelecimentos industriais que fabriquem produtos dietéticos e alimentares;
- i) segurança do trabalho em estabelecimentos públicos ou particulares, ressalvada a legislação específica;
- j) laboratórios de análises químicas de estabelecimentos metalúrgicos.

Diante do exposto, tem-se evidente a obrigação que a Lei impõe a certas empresas que realizem processos químicos: deverão, necessariamente, contratar um químico. Não há, nesse âmbito, liberdade para que a empresa escolha admitir ou não o químico. A contratação,

na hipótese, é obrigatória, cujo fundamento já foi salientado anteriormente, quando se tratou da contratação do farmacêutico: assegurar a proteção e a segurança da sociedade.

Nesse sentido, reforçando a ideia de que a contratação compulsória do químico atende a interesse direto da coletividade e não a privilegiar determinada categoria é que a CLT prevê:

Art. 346. Será suspenso do exercício de suas funções, independentemente de outras penas em que possa incorrer, o químico, inclusive o licenciado, que incidir em alguma das seguintes faltas:

- a) revelar improbidade profissional, dar falso testemunho, quebrar o sigilo profissional e promover falsificações, referentes prática de atos de que trata esta seção.
- b) concorrer com seus conhecimentos científicos para a prática de crime ou atentado contra a pátria, a ordem social ou a saúde pública;
- c) deixar, no prazo marcado nesta Seção, de requerer a revalidação e registro do diploma estrangeiro, ou o seu registro profissional no Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS).²³²

Parágrafo Único. O tempo de suspensão a que alude este artigo variará entre um mês e um ano, a critério do Departamento Nacional do Trabalho após processo regular, ressalvada a ação da justiça pública.

Art. 347. Aqueles que exerceram a profissão do químico sem ter preenchido as condições do art. 325 e suas alíneas, nem promovido o seu registro, nos termos do art. 326, incorrerão na multa de 2/5 (dois quintos) do salário-mínimo a 10 (dez) salários-mínimos regionais, que será elevada ao dobro, no caso de reincidência²³³.

Tratando-se, pois, de obrigação de que não podem as indústrias químicas se esquivar, estabelece a Lei nº. 2.800/56 penalidade àquelas empresas que insistem em descumprir a regra acima referida:

Art. 27 [...]

Parágrafo único. Aos infratores, deste artigo será aplicada pelo respectivo Conselho Regional de Química a multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros).

A CLT também prevê a aplicação de multa. Segundo ao art. 351:

Art. 351. Os infratores dos dispositivos do presente capítulo incorrerão na multa de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo a 10 (dez) salários-mínimos regionais, segundo a natureza da infração, sua extensão e a intenção de quem a praticou, aplicada em dobro no caso de reincidência, oposição à fiscalização ou desacato à autoridade.²³⁴

²³² Com o advento da Lei nº. 2.800/56, passou a ser competência dos Conselhos Regionais de Química.

²³³ A Lei nº. 6.205, de 29.4.75 descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária.

²³⁴ As penalidades a que se refere o artigo passaram a ser de 1 a 100 Valores Regionais de Referência, de acordo com a Lei nº. 6.205 de 29.04.75 combinada com a Lei nº. 6.986, de 13.04.82.

Parágrafo Único. São competentes para impor penalidades as autoridades de primeira instância incumbidas da fiscalização dos preceitos constantes do presente capítulo.

Por fim, impende ressaltar que, a despeito de a Consolidação das Leis do Trabalho determinar a admissão forçada de químicos em determinados estabelecimentos, não impõe que este profissional, quando exerça a responsabilidade técnica por produto ou atividade química,²³⁵ torne-se seu empregado. Poderá ele ser autônomo.

Não se está a definir o vínculo que o profissional possua na empresa, mas de sua contratação. O que impõe a Lei é a presença do químico, com vistas a assegurar a sociedade que os produtos obtidos por meio de procedimentos químicos colocados a sua disposição tenham a garantia de serem fabricados com a efetiva participação de um profissional que tenha a formação e habilitação para tanto.

Para atingir tal fim não se requer que seja o químico, contratado como responsável técnico, seja empregado da empresa. Em outros casos, constata-se que a lei disciplina o vínculo jurídico entre a empresa e o trabalhador, obrigando que este se torne empregado do estabelecimento (veja-se o caso dos deficientes). É diferente, pois o objetivo da lei dirige-se a proteger o trabalhador e a lhe garantir reserva de mercado. Não é o que acontece com os casos em que a finalidade do legislador se concentra na proteção da sociedade.

3.6 O professor de ensino superior

Vislumbra-se, ainda, que a contratação de professor com titulação de mestre ou doutor no ensino superior representa mais um caso de contratação trabalhista compulsória.

Importante pareceu-se destacar no presente estudo, a despeito de terem sido objeto de análise vários casos de admissão forçada, o caso do professor que possua mestrado ou doutorado como profissional indispensável na estrutura do ensino superior. Sua presença no ambiente universitário é de tamanha relevância que o legislador impôs sua contratação.

²³⁵ Sobre a responsabilidade técnica, dispõe a Resolução Normativa nº. 12/59, que o Químico responsável é o profissional de nível superior que exerce direção técnica, chefia ou supervisão da fabricação de produtos químicos, da fabricação de produtos industriais obtidos por meio de reações químicas dirigidas ou, de laboratórios de controle químico

Veja-se como se desenvolve a contratação compulsória neste caso.

3.6.1 O professor com titulação de mestre ou doutor: a necessidade de se impor sua contratação compulsória no ensino superior

A educação é sempre tema de constante debate e reflexão, tendo em vista a influência que exerce na formação do homem. Tratando-se de interesse (direito) sem a qual não pode ser completa a dignidade da pessoa humana, recebe a matéria cuidadoso tratamento constitucional.

Instituída sobre a égide de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a Constituição Federal de 1988 é incisiva em afirmar a educação como direito de todos e impõe ao Estado o dever de garanti-la:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Lei Máxima tratou, ainda, de lançar os princípios gerais do sistema educacional brasileiro, com vistas a efetivar o preceito acima destacado. Nesse sentido, dispõe que:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;
V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998);
V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII - garantia de padrão de qualidade;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Referida norma, “orientadora fundamental do direito educacional brasileiro”, na concepção de Horácio Wanderlei Rodrigues,²³⁶ é complementada pelo art. 214 do texto constitucional, onde se traçam os objetivos a que devem seguir as ações voltadas ao ensino:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Quanto ao ensino superior, em comunhão com as normas citadas, o constituinte de 1988 dispôs acerca da autonomia didático-científica e da gestão financeira e patrimonial a que gozam as universidades e da possibilidade, na forma da lei, de admitirem professores, técnicos e cientistas estrangeiros (art. 207).

Sobre tal autonomia, a Constituição Federal traça três aspectos: um pedagógico, pautado na flexibilidade (art. 206, II e III), um organizativo, inserido na liberdade de oferecimento pela iniciativa privada (art. 209) e um administrativo, expresso na garantia de autonomia universitária (art. 207).²³⁷

Embora reconhecida a independência das universidades e que o ensino é livre à iniciativa privada, devem as Instituições de Ensino Superior (IES) atender duas condições, a saber: o cumprimento de normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

As exigências impostas pelo Constituinte mostram-se em compasso com o compromisso de assegurar uma educação não só democratizada, mas de qualidade, não se pondo a prestação do ensino superior apenas para atender uma famigerada sanha capitalista de expansão de mercado, vislumbrando na área educacional um interessante campo de atuação e de lucros.

Como bem salienta Horácio Wanderlei Rodrigues:

²³⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: **Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 253.

²³⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p. 259.

A ordem constitucional brasileira garante a liberdade e o pluralismo, mas exige a preservação da qualidade. Para garantir que essa qualidade seja mantida, estabelece a necessidade da avaliação, por parte do Poder Público. Isso significa que o Poder Público tem de garantir, de um lado, flexibilidade suficiente para que as IES possam nas suas propostas pedagógicas, realizar os mandamentos constitucionais e, de outro lado, que o exercício da liberdade de ensinar possua como limites, também fixados pelo Poder Público, os padrões de qualidade a serem exigidos mediante processos avaliativos oficiais.²³⁸

Nesse sentido, também já se manifestaram os Tribunais pátrios:

O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização. (ADI 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-98, *DJ* de 18-5-01)

Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-Membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil). (ADI 1.266, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, *DJ* de 23-9-05).

As Universidades Públicas são dotadas de autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício esta autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis (art. 207, da CB/88). Precedentes: RE 83.962, Relator o Ministro Soares Muñoz, *DJ* 17-4-79 e ADI 1.599-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, *DJ* 18-5-01. As Universidades Públicas federais, entidades da Administração Indireta, são constituídas sob a forma de autarquias ou fundações públicas. Seus atos, além de sofrerem a fiscalização do TCU, submetem-se ao controle interno exercido pelo Ministério da Educação. Embora as Universidades Públicas Federais não se encontrem subordinadas ao MEC, determinada relação jurídica as vincula ao Ministério, o que enseja o controle interno de alguns de seus atos (arts. 19 e 25, I, do Decreto-Lei n. 200/67). Os órgãos da Administração Pública não podem determinar a suspensão do pagamento de vantagem incorporada aos vencimentos de servidores quando protegido pelos efeitos da coisa julgada, ainda que contrária à jurisprudência. (...) Não há ilegalidade nem violação da autonomia financeira e administrativa, garantida pelo art. 207 da Constituição, no ato do Ministro da Educação que, em observância aos preceitos legais, determina o reexame de decisão, de determinada Universidade, que concedeu extensão administrativa de decisão judicial (arts. 1º e 2º do Decreto n. 73.529/74, vigente à época). (RMS 22.047-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-2- 06, *DJ* de 31-3-06)

Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei nº. 9.131/95, art. 3º e parágrafos. Arguição de inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao *substantive due process* inscrito no art. 5º, LIV, da CF, à autonomia universitária — CF, art. 207 — e que teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, CF. Irrelevância da

²³⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p. 254.

arguição de inconstitucionalidade. (ADI 1.511-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-96, DJ de 6-6-03).

Embora tenha se percebido, particularmente com a instalação do neoliberalismo no país, no início da década de 90, certo descompromisso político do Estado perante a vida acadêmica, gerando verdadeiro “sucateamento” das universidades públicas e possibilitando a expansão assustadora de faculdades e demais centros particulares, há uma preocupação de que esse crescimento seja acompanhado de qualidade, o que passa, necessariamente, pela formação pedagógica daqueles que pretendam exercer o magistério.

Observe-se, por exemplo, o caso dos cursos jurídicos do país.²³⁹ A expansão de vagas no ensino superior atinge números nunca antes vistos, sem, no entanto, corresponder a uma almejada boa formação dos profissionais.

A realidade nos cursos de Direito apresenta-se mais dramática diante dos números de reprovação nos exames promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil, provas estas criadas para avaliar o conhecimento dos bacharéis em Direito após a conclusão do curso de graduação, tornando-os aptos ao exercício da advocacia. No 23º exame da OAB em São Paulo, v. g., dos 21.600 inscritos, apenas 2.878 conseguiram aprovação, o equivalente a 13,32% do total.²⁴⁰ Os números de reprovação nos demais Estados também apontam índices alarmantes.²⁴¹ E com a unificação do exame, a expectativa é a de que a aprovação torna-se, cada vez mais, uma realidade distante para os bacharéis de Direito.

O exame realizado em dezembro de 2011 apontou para o maior índice de reprovação de candidatos já registrada pela OAB. Dos 105.315 candidatos que se submeteram à avaliação em todo o país desde a 1ª fase, só 12.614 passaram, o equivalente a 88% de reprovação.²⁴²

A despeito das reformas curriculares no curso de direito, visando à melhoria e ao aperfeiçoamento da formação dos estudantes na área, constata-se que a realidade alcança realidade bem distante dos diplomas legais. Os cursos jurídicos não têm ocupado um papel

²³⁹ Sobre abordagem mais ampla do assunto, consultar : LIMA, Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima. **Limitações da formação jurídica:** da necessidade de um ensino crítico e humanista. 2009 *In* CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos.** Fortaleza: COMPENDI, 2009. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 19 jun 2010.

²⁴⁰ OAB. **Exame de Ordem em São Paulo reprovou 86,68% dos candidatos.** Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, 08 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia>> Acesso em: 13 mar 2009.

²⁴¹ No mesmo exame, em muitos outros Estados o resultado do exame apontou a reprovação de mais da metade dos inscritos: o Estado de Mato Grosso teve 79% de reprovação, o Mato Grosso do Sul, 68,28%, Santa Catarina, 87,23%, a Paraíba, 74,50%, o Paraná, 86%, o Tocantins 79%, o Goiás, 75,68%, o Pará, 70%.

²⁴² Castro, Reginaldo. **Reprovação record envergonha educação brasileira.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 jul 2011.

formativo de relevo, com a priorização do ensino prático.²⁴³ Das Faculdades saem profissionais mal-preparados, com poucas habilidades e competências limitadas, sem senso crítico para solução de conflitos e compreensão da realidade que os cerca.

A despeito das mudanças no plano pedagógico (ou melhor, exógeno), verifica-se que estas foram pouco eficientes para restaurar a qualidade e o prestígio dos cursos de Direito.²⁴⁴ Não tendo alcançado o âmbito interno (ou endógeno), a crise se mantém e alcança números vergonhosos.

A tal fato, acrescenta-se o incontrolável surto de privatização do ensino, estimulado pela ideologia neoliberal, instalando, por vez, a lógica do mercado no campo educacional.²⁴⁵ Diversos cursos jurídicos foram criados, sem, porém, corresponder à almejada qualidade de ensino.

Com o florescimento do capitalismo foi que a atividade de ensino passou a ser vista sob a ótica especulativa, pois o capital transforma até Deus em moeda e possibilidade de lucro, aprimorando a praxe da igreja antiga, pioneira nessa exploração. As *Universitas* nasceram sem pretensão especulativa, mas o capital, percebendo a possibilidade de lucro sobre as classes privilegiadas, apoderou-se de importante fatia desse quinhão. [...] Com a proliferação de cursos universitários, dentre os quais se destaca o de Direito a partir de 2000, o empresariado percebeu a “indústria da educação superior”, surgindo a concorrência a qual passou a contar com um novo perfil de aluno/cliente: aquele que quer ser aprovado a qualquer custo e receber em sala de aula um professor gentil, disposto a ouvi-lo sempre, no compartilhamento dos problemas domésticos, que exija pouco, seja compreensivo e pródigo de notas; um empregado seu, na verdade. Um professor-psicólogo, psicanalista e, mais raramente, um assistente social; talvez um mutante, com superpoderes físicos e, sobretudo, mentais, um x-man (o professor Xavier cai bem). A qualquer desgosto surge a ameaça de mudar de Instituição, a temida transferência. Destarte, a IE preocupa-se em manter o aluno em seu curso e, ao mesmo tempo, tornar-se atrativa para o ingresso de outros, por vestibulares, seleções específicas ou transferências das IEs concorrentes. É um desafio ao qual se acrescenta a necessidade de manter a qualidade do curso.²⁴⁶

²⁴³ Como salienta Pedro Demo, “uma das características das ciências sociais é de terem uma vinculação intrínseca com a prática, de tal ordem que a omissão prática torna-se inevitavelmente uma espécie de prática. O descompromisso é uma forma de compromisso, já que a isenção é no fundo outra forma de tomar posição [...] Para as ciências sociais, uma teoria desligada da prática não chega sequer a ser uma teoria. É nesse sentido que muitos diriam ser a prática o critério da verdade teórica”. O autor ressalta, ainda, que “fazer apenas teoria também é uma prática, mas uma prática alienada. Alienação, contudo, não é descompromisso, mas uma forma incoerente de compromisso ingênuo ou malicioso. Teoria alienada é precisamente aquela que não busca o teste da prática, nem realiza a coerência ideológica”. DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987, *passim*.

²⁴⁴ Acerca da dos currículos dos cursos jurídicos, José Eduardo Faria, defende a institucionalização da sua “deslegalização”, consagrando a flexibilização. Para o autor, “pobre de conteúdo e pouco reflexivo, o ensino jurídico hoje se destaca por uma organização curricular meramente ‘geológica’”. FARIA, José Eduardo. O Ensino Jurídico. In: MACIEL, Getulino do Espírito Santo; ENCARNAÇÃO, João Bosco (org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral Editora, 1995, p. 101-102.

²⁴⁵ Sobre o assunto, conferir: MURICY, Marília. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In: **Ensino Jurídico OAB: balanço de uma experiência**. Brasília: OAB, 2000, p. 139-146.

²⁴⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O professor no direito brasileiro: orientações fundamentais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 2-4.

Nos próximos anos, a perspectiva é de que cresça o número de bacharéis em Direito, já que as Universidades e os Centros Universitários, após a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), aumentaram as vagas dos cursos jurídicos. E a pressão para a criação de novas vagas continua.

O Governo Federal parece não dar grande importância com a maneira com que se elevam os números de alunos na educação superior, pois a preocupação maior está voltada para garantir e facilitar o acesso às universidades.²⁴⁷ A população estudantil, por seu turno, vislumbra o curso de direito como espaço de ascensão social, e as instituições de ensino concebem o curso como de baixo investimento e receita garantida, convertendo-se em “trem pagador” dos demais cursos e despesas.²⁴⁸

Neste contexto, a universidade não tem conseguido contribuir, no plano concreto, para se atingir a liberdade política com a igualdade social e o desenvolvimento. Talvez seja esse o ponto máximo da crise, que obriga a refletir sobre a efetividade social das universidades e buscar respostas para as questões básicas relacionadas à sua identidade e ao papel social que desejam desempenhar.

Verifica-se, assim, um profundo descompasso entre a universidade e a realidade brasileira, seja porque aquela não tem cumprido com o seu papel de agente estratégico do desenvolvimento nacional, seja porque não tem contribuído para a crítica acerca dos modelos de desenvolvimento implementados – em grande parte de forma autoritária e à margem dos anseios da maioria da população - no País.²⁴⁹

Imersa nessa profunda crise, a universidade encontra resistências para superar seus déficits e vícios. Aprisionada no cárcere do mercado, passa a reproduzir informações nos moldes por eles impostos, formando profissionais para constituir apenas uma mão-de-obra qualificada. A neutralidade da técnica propiciou um distanciamento das questões sociais e a perda do compromisso com a emancipação do homem.

O bem cultural passa a ser mercadoria a ser consumida pelo mercado, avaliada pela sua lucratividade e não pelo valor que possa ter como obra científica, filosófica, literária, etc. Nesta indústria do consumo e mercantilização do conhecimento, o ensino jurídico é fortemente atingido.

²⁴⁷ Basta observar a quantidade de investimentos e subsídios fiscais criados para as universidades privadas, para que ofereçam vagas para alunos de baixa renda, em troca de redução da carga tributária. O investimento para a criação de vagas nas universidades públicas encontrou novos destinos.

²⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ensino Jurídico: realidade e perspectivas. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In: **Ensino Jurídico OAB: balanço de uma experiência**. Brasília: OAB, 2000, p. 159.

²⁴⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. São Paulo: UNESP-FHDSS, 2005, p. 90.

Não bastasse a privatização, impulsionando a criação de inúmeros cursos no país, muitas obras jurídicas não são avaliadas pelo seu conteúdo científico, mas pela capacidade de venda. É, assim, que se prolifera a publicação de manuais, compêndios, trabalhos resumidos de doutrina sobre a dogmática jurídica ou comentários de jurisprudência.

Outrossim, acrescente-se a diversidade de eventos culturais, que trazem a falsa ideia de discussão e produção de saberes. O sucesso de congressos, palestras, seminários, dentre outros eventos, geralmente é avaliado pela quantidade de participantes ou mesmo pelo retorno financeiro que possam resultar.

Nesta mesma seara, estão os “cursinhos preparatórios” para as carreiras jurídicas, muitas vezes com a oferta de cursos de especialização, tudo para atender uma clientela que almeja um treinamento para enfrentar e conseguir a tão sonhada aprovação nos concursos públicos.

Em consequência, as carreiras jurídicas passam a ser exercidas por profissionais que têm pouca ou reduzida consciência de suas funções sociais e dos papéis políticos que deveriam exercer.²⁵⁰ A reprodução do conhecimento estritamente dogmático, com a aplicação exegética da jurisprudência, embora intensamente criticada, não deixa de ser a fundamental.

251

Sob tais perspectivas, deve-se considerar que a falta de contrapartida no aspecto qualitativo e de reprodução acrítica do conhecimento resultará na má formação do profissional de direito e esta desqualificação, por sua vez, poderá diminuir o grau de efetividade do princípio de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, particularmente quando esse acesso necessita da via jurisdicional.

Nesse contexto, o direito à educação resta também ofendido, pois não se pode conceber que o simples acesso às universidades atenda a expectativa de formar profissionais aptos ao pleno exercício da cidadania e com ampla capacidade para enfrentar as diversas e complexas situações que podem surgir na práxis jurídica.

Embora muito se critiquem as carências estruturais, a ineficiência do Poder Judiciário e a intensa morosidade com que conduz a solução dos litígios que lhes são apresentados, não se pode olvidar que estabelecer novos padrões administrativos, atualizar e

²⁵⁰ MACHADO, Antônio Alberto. Op., cit., p. 118.

²⁵¹ Nesse sentido, Jan Shapp salienta que “a doutrina central para a aplicação da lei é ainda sempre a doutrina da subsunção de um concreto estado de coisas sob uma lei universal. A história da metodologia mais recente é uma história de ataques a este “modelo subsuncional da aplicação do direito” e contudo este modelo subsuncional conseguiu-se afirmar-se no fundamental. Ele não é apenas ensinado aos estudantes como técnica da aplicação do direito, mas continua ocupando ainda um lugar de destaque nos tratados científicos e nos manuais”. (SHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 8).

racionalizar a legislação processual, modernizar equipamentos não serão medidas capazes de solucionar suas deficiências sem que estas mudanças sejam acompanhadas de um processo de aperfeiçoamento dos profissionais do Direito.

Referido processo passa, decerto, sem excluir outras problemáticas inerentes ao próprio ensino jurídico, pela capacitação do corpo docente das universidades e demais centros de educação do ensino superior. A presença de professor capacitado, com qualificação de mestrado ou doutorado, é indiscutível nesse caso, propiciando ensino de melhor qualidade.

Decerto que a crise nos cursos de Direito não serão contornadas apenas com a elevação do grau de titulação do professor, já que outros elementos do processo de aprendizagem devem ser revistos, mas que tal circunstância promove o ensino de maior qualidade. E isso não se restringe apenas aos cursos jurídicos.

Sob esse prisma é que se desenvolve a contratação compulsória do professor com titulação de mestre ou de doutorado no ensino superior. Em seguida, analisa-se como a legislação cuida do assunto.

3.6.2 Ensino superior: contratação compulsória de professor

As universidades e demais centros de educação superior preenchem uma importante função social: preparar adequadamente universitários para o mercado de trabalho. É com base em tal fundamento que a Lei nº. 9.394/96 (LDB) estabelece os seguintes fins:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

- I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
- II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
- III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;
- IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
- V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
- VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Há uma grande expectativa da sociedade de que os jovens graduados contribuam com a identidade nacional do país e do seu desenvolvimento.²⁵² Deve-se reconhecer que isso somente se mostrará cumprido com êxito a partir da composição de um quadro de professores que possuam formação específica.

Com base em tal premissa é que a LDB preceitua que:

Art. 66. A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.

Parágrafo único. O notório saber, reconhecido por universidade com curso de doutorado em área afim, poderá suprir a exigência de título acadêmico.

É tão relevante a qualificação de referidos profissionais, que o Decreto nº. 5.773/06 dispõe que o credenciamento das instituições de ensino superior no Ministério da Educação, deverá conter, em seu plano de desenvolvimento institucional, perfil do corpo docente, indicando requisitos de titulação, experiência no magistério superior e experiência profissional não-acadêmica, bem como os critérios de seleção e contratação, a existência de plano de carreira, o regime de trabalho e os procedimentos para substituição eventual dos professores do quadro (art. 16, inciso V).

Tem-se, portanto, que o padrão de qualidade no ensino superior, instituído como princípio pela Constituição Federal de 1988, passa, necessariamente, pelo corpo docente da instituição de ensino. De tal mandamento constitucional é que advém o fundamento que dá ensejo à contratação compulsória dos professores mestres ou doutores nas universidades.

Tal hipótese de admissão forçada encontra-se prevista no art. 52 da LDB. Senão veja-se:

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: (Regulamento).

²⁵² Acerca de interessante estudo sobre o ensino superior, conferir: TORRES, Vicencia Barbosa de Andrade. **Os valores docentes do professor universitário do curso de direito**: limites e possibilidades no discurso e na prática docente. 253f. Dissertação – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II - **um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;**

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

Parágrafo único. É facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber. (Destacamos).

No mesmo sentido, tem-se o Decreto nº. 5786/06:

Art. 1º. Os centros universitários são instituições de ensino superior pluricurriculares, que se caracterizam pela excelência do ensino oferecido, pela qualificação do seu corpo docente e pelas condições de trabalho acadêmico oferecidas à comunidade escolar.

Parágrafo único. Classificam-se como centros universitários as instituições de ensino superior que atendam aos seguintes requisitos:

I - um quinto do corpo docente em regime de tempo integral; e

II - **um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado.** (Destacou-se).

A inobservância do disposto nas legislações suscitadas poderá implicar, quando submetidas à avaliações pelo Ministério da Educação, na imposição de várias penalidades, que vão desde a desativação de cursos e habilitações, intervenção na instituição, suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, até o descredenciamento da instituição de ensino superior, consoante assevera o art. 46 da LDB.

Diante do exposto, como ressaltado nos casos anteriores, as instituições de ensino superior não gozam de ampla liberdade para contratar professores, pois se exige que o quadro funcional seja preenchido por mestres e doutores. A presença de profissionais com tal qualificação, *per si*, já é essencial para a oferta de um ensino de qualidade. O legislador, no entanto, foi além: há uma verdadeira obrigação, uma exigência da qual não se podem furtar as universidades e outros centros de educação superior de contratarem o mínimo de docentes com especialização *strito sensu*, sob pena de a lei impor uma sanção.

Nesse sentido, é que se vislumbra ser o caso mais uma hipótese de contratação compulsória existente no cenário jurídico brasileiro, que encontra sua fundamentação no interesse da sociedade de que seja garantida uma educação de qualidade.

3.7 O jornalista

A despeito das polêmicas que atualmente envolvem o caso, que vão desde a desnecessidade de possuir diplomação em nível superior para exercer a profissão ao argumento das empresas que vêm defendendo a aplicação da Lei do Bem (lei nº. 11.196/2005, art. 129) para contratar profissionais sem vínculo empregatício, acredita-se que o jornalista represente, também, uma hipótese de contratação trabalhista compulsória.

Tendo em vista que o caso envolve importantes discussões, irar-se analisá-las em dois tópicos distintos, a fim de melhor compreender as razões que levaram o legislador a impor a admissão forçada de referido profissional pelas empresas jornalísticas.

Acrescentou-se, ainda, pela importância e pertinência do assunto, mais um tópico, reservado à discussão do Recurso Extraordinário nº. 511.961, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 17/06/2009, que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão.

3.7.1 A liberdade de imprensa x a liberdade de ofício: discussões acerca da exigência do profissional jornalista na divulgação de informações.

A Constituição Federal de 1988 erigiu, no art. 5º, inciso IV, como garantia fundamental do cidadão a liberdade de pensamento.²⁵³ O direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense sobre o mundo que está ao nosso redor assume, como bem leciona José Afonso da Silva, diversas formas de exteriorização, sendo a liberdade de pensamento seu sentido mais abrangente.²⁵⁴ São elas: a liberdade de opinião, de comunicação - em que se encontram inseridas as ideias da livre manifestação do pensamento e da informação jornalística, a religiosa, a de expressão intelectual, artística e científica, a de expressão cultural e a de transmissão e recepção do conhecimento.

Tendo em vista o objetivo desse estudo, tratar-se-á apenas acerca da liberdade de comunicação.

²⁵³ “A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.” (STF, HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-03, DJ de 7-11-03).

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 241.

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos que possibilitam a criação e a difusão de ideias, conforme se denota da leitura dos incisos IV, V, IX, XII e XIV, do art. 5º em consonância com o disposto nos arts. 220 a 224 da Constituição Federal.

Para garantir sua plena manifestação, o Constituinte erigiu alguns princípios a orientar tal liberdade pública: a de que não sofrerão qualquer restrição, independentemente do processo ou veículo pela qual se reproduza; não será permitido que nenhuma lei contenha dispositivo a embaraçar a plena liberdade de informação jornalística; é vedada toda e qualquer forma de censura; a publicação de material impresso de comunicação independe do Poder Público conceder licença; os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo Federal.²⁵⁵

Na liberdade de informar se manifesta um direito coletivo, a qual a ordem jurídica confere um regime especial, para garantia de sua atuação, bem como para coibir abusos. No entanto, tal direito, embora seja fundamental, não é absoluto.²⁵⁶ Reconhecida a força e a influência da informação, o Constituinte, para preservar sua sanidade e, em consequência, a sociedade, admite sua restrição.

Num importante esforço de sopesar os valores constitucionais, é que Carta Política de 1988 estabelece, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

²⁵⁵ Nesse sentido, é a lição de José Afonso da Silva. Op.,cit., p. 243-244.

²⁵⁶ Igual entendimento é firmado pelo Supremo Tribunal Federal: "Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica." (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04). "As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e desigualdade jurídica." (STF, HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04).

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

A manifestação do pensamento, pela repercussão que pode causar, está condicionada a certas balizas indicadas pela Carta Magna como dignas de sua proteção. Dentre elas, destaca-se a restrição à atividade profissional de quem divulga informações, prevista no art. 5º, XIII, da CF/88. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional condicionou o exercício da profissão de jornalista aos que possuem diploma de curso superior.

Consoante o art. 4º, do Decreto 972/69:

Art. 4º O exercício da profissão de Jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de:

I - prova de nacionalidade brasileira;

II – folha corrida;

III – carteira profissional;

IV – (Revogado pela Lei nº 6.612, de 7-12-78);

V – diploma de curso superior de Jornalismo, oficial ou reconhecido, registrado no Ministério de Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de “a” a “g” no artigo 6º. (Grifou).

Dessa forma, entendia o legislador que não era permitido que toda pessoa, por mais que tenha rebuscado vocabulário ou domínio sobre o conteúdo de matéria específica, possa considerar-se jornalista, exercendo livremente a liberdade de informação. O exercício do direito de expressão do pensamento e do livre exercício de ofício encontrava-se condicionado à exigência de diploma de formação de ensino superior.

A legitimidade da intervenção legislativa, no entanto, em relação à liberdade de informação tem provocado acirrada polêmica, já que se discute se a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o livre exercício profissional.

Examinado o assunto, Gilmar Ferreira Mendes leciona que:

[...]

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional – ‘Nenhuma lei conterá dispositivo...’, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’ – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção

legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa. Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com a observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

²⁵⁷

O livre exercício de trabalho, profissão ou ofício, garantido no art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 é uma regra que pode ser contida, pois se permite que o legislador edite normas que estipulem a obtenção de certas capacitações técnicas, científicas, ou até culturais, para o regular exercício de certas profissões.²⁵⁸

Ao particular é garantida a liberdade de escolher a atividade que pretende exercer. Para o imediato ingresso na tarefa, porém, não basta a mera opção, vocação. Nesse sentido, o Poder Público não deve orientar aptidões, deixando ao particular a prerrogativa de optar pela carreira que pretende seguir, já que não se trata de direito de ordem social, mas de um direito individual.

José Afonso da Silva leciona que:

O teor do dispositivo, de si, já demonstra que estamos diante de simples direito individual não daquilo que a doutrina chama liberdade do conteúdo social, pois que ali não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social. O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constringer a escolher e a exercer outro. Quanto a saber se há ou não condições de aquisição de ofício ou de profissão escolhida, não é tema que preocupe o enunciado formal da norma. Como todo direito de liberdade individual, a regra se limita a conferi-lo sem se importar com as condições materiais de sua efetividade. Equivale a dizer, como a experiência o mostra, que, na prática, a liberdade reconhecida não se verifica em relação à maioria das pessoas, que não têm condições de escolher o trabalho, o ofício ou a profissão, sendo mesmo obrigadas a fazer o que nem sempre lhes apetece sob pena de não ter o que comer. As épocas de recessão são pródigas em demonstrar o quanto o texto constitucional em exame é formal. Não quer isso dizer que seja inútil. É necessário que exista e tem sua função importante, mormente se preenchido o vazio com medidas transformadoras da realidade econômica-social vigente. O que é realmente

²⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 234-236.

²⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 261

necessário é dar conteúdo a essa liberdade, estabelecendo condições materiais e efetivas de acessibilidade ao trabalho, ao ofício e à profissão.²⁵⁹

Assim, o Poder Público não pode controlar a escolha do cidadão, que terá a livre opção sobre a área profissional pela qual pretenda incursionar. A norma constitucional não garante, no entanto, o imediato ingresso na referida atividade, devendo o particular preencher as condições mínimas exigidas pela profissão eleita.

Considerando que é plenamente admissível que a Administração Pública lance restrições quanto ao ingresso do particular em certas atividades, não se constata qualquer abuso do legislador no que toca à exigência de diploma de formação em nível superior em jornalismo, demarcada pelo art. 4º do Decreto-Lei 972/69.

À lei permite-se limitar o ímpeto pessoal de o indivíduo ser elevado à determinada profissão, pois, em dadas circunstâncias, a deficiência da capacitação pode possibilitar riscos incalculáveis à coletividade. A regulamentação do acesso, desse modo, a certas profissões está calcada na defesa de outros direitos fundamentais. Como bem destacou o Ministro Thompson Flores, em voto proferido em antigo julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal (RE 70.563/SP - RTJ 58/279), “a lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide”.

No âmbito do jornalismo, a ideia de proteção à imagem e à honra (CF, art. 5º, V e X), à manifestação livre do pensamento (art. 5º, IV), à liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX) e o acesso à informação (art. 5º, XIV) são aspectos intimamente e diuturnamente imbricados e que podem ser atingidos pela atividade jornalística.

Jorge Miranda, ao considerar possíveis as restrições a dadas profissões por conta da exigência de certas capacitações para seu lícito exercício, leciona que as mesmas são legítimas diante de alguns parâmetros:

[...] Quanto às restrições ‘inerentes à sua própria capacidade’, têm de ser restrições objectivas a um duplo título: como restrições traçadas, não em razão de certa e determinada pessoa, mas em razão de uma pluralidade indefinida de pessoas; e como restrições apuradas, segundo padrões igualmente objectivos, por órgãos ou agentes independente²⁶⁰.

²⁵⁹ Ob. cit., p. 260.

²⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed., Coimbra Editora, 2000, p. 503.

A potência da informação é reconhecida pelo próprio constituinte e, por isso, concebe sua contenção em casos específicos. Basta um pequeno desatino realizado pela imprensa jornalística para se gerar uma grave comoção social, prejuízo a terceiros, diante de notícias mal formuladas, equivocadas e de fontes indignas.

É de se ressaltar que a formação em curso superior não obsta o ingresso de qualquer cidadão em atividade, pois o requisito é pessoal e não privilegia nenhum grupo de pessoas ou elimina decisivamente ninguém.

A importância da capacitação no aprimoramento profissional recebe especial atenção em atividades que possuem larga liberdade de ação. Nessas atividades, como é o caso do jornalismo, estaria intrínseca, como defende Jorge Miranda, a premência de um apuro acadêmico, necessário ao bom desempenho da profissão. Apenas com essa específica formação, são repassados conceitos deontológicos, culturais.

[...] A liberdade de profissão atinge o seu máximo de intensidade nas chamadas profissões livres ou profissões cujo exercício implica a liberdade individual e colectiva concernente ao domínio de uma ciência e de uma técnica especialmente elevadas. Nestas profissões – que correspondem às tradicionais profissões liberais, quando os profissionais trabalham por conta própria (o que acontece cada vez menos, na nossa época) – mesmo que haja um empregador, os profissionais não recebem dele ordens ou instruções acerca do modo de exercício da actividade profissional, ou acerca do conteúdo e da conveniência de cada um dos actos em que esta se manifesta. A liberdade não é apenas para iniciar uma profissão e para a continuar a praticar; é também para determinar o sentido de cada um dos actos da profissão. Os resultados podem ser heteronomamente fixados, não os meios. São profissões que assentam numa necessária tensão dialéctica entre capacidade e liberdade e entre liberdade e responsabilidade. Quase todas exigem, portanto, um título ou uma formação universitária: a autonomia de decisão que postulam nas situações da vida em que se inserem tem de ser constantemente alimentada por uma atitude crítica e pela criação e renovação científica e tecnológica. E o princípio da autonomia científica e pedagógica das universidades (art. 76.º, n.º 2), no fundo envolve não só a liberdade académica (de professores e estudantes) mas ainda, logicamente, a dos profissionais por elas preparados. Mas não há profissões livres sem o sentimento jurídico de que são necessárias, úteis e idóneas; não há profissões livres sem confiança social; e a confiança resulta tanto da verificação reiterada de idoneidade científica e técnica como da certeza da sujeição dos profissionais a um sentido ético da profissão. Daí a importância, muito maior do que noutras atividades, das regras deontológicas que se convertem em regras jurídicas; daí uma disciplina que deve abranger todos os que se dedicam à mesma profissão; daí, enfim, um enquadramento estatutário destinado a permitir a integração dos profissionais, com liberdade, quer perante os órgãos de decisão política do Estado quer perante quaisquer outros poderes e quaisquer eventuais empregadores privados. Só à lei cabe realizar esse enquadramento, tendo em conta as linhas mestras do sistema político, a organização administrativa, as estruturas e circunstâncias políticas, culturais e económico-sociais do país, as tradições corporativas ou paracorporativas das profissões ou outras variáveis relevantes. E as soluções podem ser diversas consoante os casos.²⁶¹

²⁶¹ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 504-506.

Não há, pois, uma ofensa à liberdade de trabalho, pois a escolha conferida ao particular é a da atividade que se pretende exercer. Deve-se atentar que a opção não é razão isolada para o ingresso imediato na atividade almejada, pois se deverão preencher mínimos requisitos para seu exercício.

A restrição à atividade de jornalista não é desarrazoada, tendo em vista que se cuida de profissão que, pelos reflexos fáticos de seu exercício, aliada ao vínculo que mantém com vários outros direitos constitucionalmente previstos, admite a regulamentação específica.

Para elucidar melhor a questão, basta imaginar os inúmeros danos que podem ser causados por uma notícia mal formulada. Um equívoco numa matéria poderá acarretar sérias lesões em poderosas garantias constitucionais, como o direito à honra, à imagem. Não por acaso criou-se legislação específica para tratar sobre a liberdade de imprensa (Lei nº. 5.250/67).

Com base em tal entendimento é que os Tribunais pátrios decidiram sobre a questão ora posta:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LIBERDADE DE PROFISSÃO E LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO. JORNALISTA. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. DECRETO-LEI 972/69. RECEPÇÃO.

1. Liberdade de comunicação não se confunde com a liberdade de profissão. Aquela é garantida a todos, protegida contra qualquer censura; esta é livre, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.
2. O Decreto-lei n. 972/69, foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, sendo lícita a exigência de diploma em curso de nível superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.
3. Apelação e remessa oficial providas. Segurança denegada. (TRF-5ªReg., AMS n. 85423-SE (2002.85.00.004370-), Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, v.u., j. em 29.6.04).

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. JORNALISTA. TRANSFORMAÇÃO DE REGISTRO PROVISIONADO PARA CATEGORIA DE PROFISSIONAL. DECRETO-LEI Nº 972/69. LEI Nº 7.360/85. DECRETOS Nº. 83.284/79 E 91.902/85. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. O Texto Constitucional de 1988 ao assegurar o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º. XIII), recepcionou o Decreto-Lei 972/69, que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista.
2. Para o exercício da profissão de jornalista o art. 4º do referido Decreto-Lei exigiu o prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social.
3. O art. 12 do Decreto-Lei admitiu a contratação de jornalistas para exercer as funções relacionadas nas alíneas "a" a "g" do artigo 6º, com a dispensa do diploma de curso superior.

4. A Lei nº. 7.360, de 10 de setembro de 1985 possibilitou a transformação do registro de provisionado na forma do artigo 12 do Decreto-Lei 972/69 para a categoria de profissional.

5. O Decreto nº. 91.902, de 11 de novembro de 1985, regulamentou a Lei 7.360/85, assegurou ao jornalista provisionado (na forma do artigo 12 do Decreto-Lei nº 972/69) o direito de transformar seu registro para jornalista profissional, desde que comprovasse dois requisitos cumulativamente: o registro como provisionado na forma prevista pelo art. 12, do Decreto-Lei nº 972/69 e o exercício da atividade de jornalista nos 02 (dois) anos imediatamente anteriores ao Decreto nº 83.284/79. (AC n. 647673, DJU 16.5.03, p. 343).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGULAMENTAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. JORNALISTA. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PRECEDENTES. ART. 5º, XIII, DA CF/88. EFEITOS.1. O Decreto-Lei nº. 972/69 foi recepcionado pela constituição de 1988. A regra inserta no artigo 4º do Decreto-Lei nº. 972/69, que regulamenta a profissão de jornalista, estabelecendo requisitos para o seu exercício, foi recepcionada pela Constituição de 1988, cujo texto reserva à lei disciplinar o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.2. Provimento da apelação e da remessa oficial" (STJ, MS 81482, Rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lens, 3ª Turma, DJU 09.04.03, p.550).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a questão, indicando:

ADMINISTRATIVO. JORNALISTA PROFISSIONAL, REQUISITOS PARA O REGISTRO. RESTRIÇÕES A CONDIÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DECRETOS 91.902/85 E 83.284/79. LEI 7.360, DE 1985, PRECEDENTES.

1. O Decreto nº. 83.284/79, de 1979, passou a exigir o curso superior em jornalismo para o exercício dessa profissão. A única exceção estabelecida é a prevista na Lei nº. 7.360, de 1985, ao estar assegurado o direito dos antigos provisionados, desde que comprovem o exercício da atividade jornalística nos dois anos anteriores à data do decreto regulamentador nº. 91.902/85, com a finalidade de resguardar o direito adquirido.

2. Nos termos do Decreto nº. 91.902/85, há de ser preenchido o requisito legal para a concessão do registro, o que, no caso em tela, para os profissionais que não possuem curso superior, é a comprovação do registro anterior como provisionado.

3. Constitui óbice à aquisição do registro em jornalista profissional a situação irregular consubstanciada na ausência de registro como provisionado. Não se pode fazer tabula rasa à regulamentação que explicita as condições para a transformação do registro provisionado, bem como aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial o da legalidade.

4. Precedentes desta Corte Superior (MS nº 7140/DF e nº 180/DF)" (STJ - REsp n. 200200192834/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 16.02.2004, p. 210).

É preciso, assim, que a pessoa responsável pela produção de textos jornalísticos possua conhecimentos técnicos. Somente através da capacitação obtida pela formação universitária, com o repasse de valores e limites éticos, é que serão desempenhadas a contento suas específicas funções.

Objetiva-se preservar a boa atuação dos profissionais que se dedicam a tal prática e eventuais direitos fundamentais que possam ser colocados em conflito, sem que possa isso acarretar na restrição à liberdade de informação ou à escolha livre por determinado trabalho.

A exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, portanto, mostra-se mais que legítima. É essencial à formação do profissional.

3.7.2 A contratação de jornalistas pelas empresas: uma exigência que interessa à sociedade.

As empresas que têm a seu cargo a edição de jornais, revistas, boletins e periódicos, ou a distribuição de noticiário, e, ainda, a radiodifusão em suas seções destinadas à transmissão serão consideradas jornalísticas (art. 302, §2º, CLT) e devem possuir em seu quadro de funcionários, para o bom desempenho de suas atividades, jornalista.

Sobre as atividades exercidas por referido profissional, o Decreto nº. 972/69 indica:

Art. 2º. A profissão de jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:

- a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;
- b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
- c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falda;
- d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
- e) planejamento, organização de administração técnica dos serviços de que trata a alínea "a";
- f) ensino de técnicas de jornalismo;
- g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
- h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e a adequação da linguagem;
- i) organização e conservação de arquivo jornalístico, e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
- l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.

Mencionada Lei ainda dispõe sobre as funções dos jornalistas profissionais. Senão vejamos, *in verbis*:

Art. 6º As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas:

- a) Redator: aquele que, além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários;

- b) Noticiarista: aquele que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários;
- c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colher notícias ou informações, preparando-as para divulgação;
- d) Repórter de setor: aquele que tem o encargo de colher notícias ou informações sobre assuntos predeterminados, preparando-as para divulgação;
- e) Rádio-repórter: aquele a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos;
- f) Arquivista-pesquisador: aquele que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e tecnicamente, o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- g) Revisor: aquele que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística;
- h) Ilustrador: aquele que tem a seu cargo criar ou executar desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico;
- i) Repórter-fotográfico: aquele a quem cabe registrar, fotograficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interesse jornalístico;
- j) Repórter-cinematográfico: aquele a quem cabe registrar, cinematograficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interesse jornalístico;
- l) Diagramador: aquele a quem compete planejar e executar a distribuição gráfica de matérias, fotografias ou ilustrações de caráter jornalístico, para fins de publicação.

Como anteriormente indicado, apenas através de um profissional com qualificação específica se assegurará maior controle de qualidade na divulgação das notícias e das opiniões públicas.

A deficiência de capacitação para exercer as funções acima indicadas ao longo do art. 2º. do Decreto-Lei nº. 972/69 põe a coletividade em risco. Daí advém o fundamento que norteia a contratação compulsória do jornalista: a liberdade de expressão deve estar ligada a profissional qualificado, responsável por uma informação que, por seu conteúdo, não resvale no plexo de direitos de terceiros, agredindo levemente garantias fundamentais.

A imposição de contratação de jornalistas por empresas que atuem nas atividades insertas no art. 302, §2º, da CLT, é obrigatória porque o Poder Público busca salvaguardar a sociedade dos resultados maléficis que uma notícia jornalística inadequadamente elaborada por quem não detenha domínio de linguagem especializada, responsabilidade social e ética, dentre outros aspectos adquiridos ao longo de um curso superior específico, possa acarretar.

A admissão forçada do jornalista advém, outrossim, da obrigação do Estado de promover a paz social, a segurança, livrando a coletividade de conflitos. E estes certamente advirão caso fosse permitida que a qualquer pessoa se concedesse o título de jornalista.

Saliente-se que não se está, com a imposição da contratação do profissional em tela a garantir-lhe reserva de mercado. Busca-se com a regra, no presente caso, não a proteção do trabalhador, mas da sociedade. Não se pretende evitar abusos estabelecendo outros.

Nesse sentido, reforçando a presença do interesse público na liberdade de informação, que deverá se conformar aos mandamentos legais acima indicados, traz-se à baila lição de José Afonso da Silva, que assevera:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente um dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.²⁶²

O descumprimento das regras previstas no Decreto regulamentador do profissional do ramo jornalístico prevê a aplicação de sanção aos que inobservarem seus mandamentos legais. Dentre eles, está inserida a imposição da contratação do jornalista por determinadas empresas:

Art. 13. A fiscalização do cumprimento dos preceitos deste Decreto-lei se fará na forma do artigo 626 e seguintes da Consolidação das Leis de Trabalho, sendo aplicável aos infratores multa variável de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Aos Sindicatos de Jornalistas incumbe representar às autoridades competentes acerca do exercício irregular da profissão.

Importante destacar que, a despeito de tais considerações, não raras vezes tem-se levado à apreciação do Judiciário a inconstitucionalidade da imposição de formação de curso superior para obtenção do registro de jornalista, como será visto no tópico seguinte.

Por outro lado, algumas empresas vêm defendendo a aplicação do art. 129 da Lei do Bem (Lei nº. 11.196/05) para contratar profissionais sem vínculo empregatício. Referido dispositivo prevê, *ipsis litteris*, que:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

²⁶² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 247.

As discussões que tentam tornar ilegais as normas que impõem a contratação de jornalistas, como profissionais com formação em ensino superior, apenas atendem aos interesses daqueles que tentam enfraquecer a categoria, visando exercer o domínio livre sobre a informação, posta a serviço, muitas vezes, de interesses escusos, que apenas visam à alienação da sociedade, não permitindo que ela conheça a verdadeira história dos fatos que a cercam.

Como bem expõe a Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ, nos autos do processo nº. 2001.61.00.025946-3:

A atividade profissional de jornalista não pode ser exercida por pessoas inabilitadas, ainda que cultas, experientes ou especialistas de determinados assuntos, pois a missão de informar é tão séria que gera conseqüências sociais, podendo afetar também o cidadão individualmente. Assim como o advogado que estuda as técnicas jurídicas e deve ser habilitado para exercer a sua profissão, respondendo civilmente pelos seus atos, o mesmo do médico responsável pela boa aplicação da ciência e conhecimento técnico para salvar vidas, o jornalista é pela correta apuração dos fatos e melhor apresentação da informação ao público. Certamente, que os princípios constitucionais preservam a atividade jornalística de qualquer impedimento no processo de colher, ordenar e publicar a informação ao público, mas jamais a insensatez de possibilitar que tal importante missão seja exercida por pessoas inabilitadas profissionalmente. Por certo que o jornalista, formado nas ciências das comunicações sociais, não é técnico do direito, da medicina, da arquitetura, da engenharia, da economia. Contudo, é técnico em buscar corretamente essas informações com as fontes corretas e seguras, organizá-las e transmiti-las ao público. O ensino da correta técnica de todo o processamento da notícia é que é matéria dos cursos universitários. A vocação é nata, como em todas as demais profissões. E para exemplificar, um advogado por mais talento que tenha para a medicina, se também não se formou nessa ciência, não poderá receitar remédios e tratamentos para outrem. A correta forma de informar e a sua idoneidade é tão importante que está consagrada pela Lei de Imprensa - Lei nº 5.250/67, que estabelece critérios para a exploração das comunicações, a fim de preservar a sociedade de abusos da liberdade de imprensa, garantindo reparação civil e criminal das informações distorcidas, da invasão da privacidade, dos efeitos desses atos ilícitos, direito de resposta, dentre outros. Por outro lado, que não se diga que a lei que regulamenta a profissão de jornalista 'castra' a informação de assuntos técnicos como ciências médicas, ciências jurídicas ou ciências econômicas, pois previu a figura do COLABORADOR.

O reconhecimento jurídico a um ofício, que tenta afastar a picaretagem e o amadorismo, vinculando a atividade jornalística ao interesse público e plural, deve ser mantido.

Até meados de junho de 2009, o entendimento predominante da jurisprudência consistia em afirmar que o Decreto-Lei nº. 972/69 estava plenamente em vigor e que a exigência do diploma é garantia de qualidade da informação, não afrontando a liberdade de imprensa nem muito menos a do exercício profissional.

O inciso XIII do art. 5º da Constituição de 1988 permite que o legislador regule a exigência de qualificação para o exercício de determinadas profissões de destacado interesse e relevância pública e social, dentre as quais, certamente se enquadra a de jornalista. A legislação prevê as figuras do provisionado e do colaborador, afastando as alegadas ofensas ao acesso à informação e manifestação de profissionais especializados em áreas diversas.

Ressalte-se, ainda, a preocupação do legislador com as populações de localidades afastadas, onde não há jornalista, nem possibilidade de acesso à universidade. As normas regulamentares citadas, entretanto, não se olvidaram dessas situações extremas. Observe-se que nos lugares desprovidos de curso superior em jornalismo e de profissional habilitado, é permitida a contratação de provisionados para o desempenho da função de jornalista sem a exigência de diploma de jornalismo (art.16 do Decreto n.º 83.284/79).

No entanto, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 511.961, as discussões sobre a matéria alçaram um novo rumo, já que a Suprema Corte entendeu que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão.

Considerando a importância da decisão, especialmente para os fins deste trabalho, reservou-se um tópico para discussão sobre o teor da posição do STF.

3.7.3 A exigência do diploma de jornalismo: comentários acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 511.961.

Não é recente a discussão judicial acerca da exigência de diploma universitário em jornalismo como condição obrigatória para o exercício dessa profissão. No entanto, com o Recurso Extraordinário nº. 511.961, interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP, a polêmica recebeu um trágico desfecho. Apesar das rebuscadas teses levantadas quando da apreciação da matéria, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o caso deixou de atentar para fatos bem mais simples e indispensáveis ao exame da constitucionalidade da exigência do diploma em curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou, em face da União, a ação civil pública de nº. 2001.61.00.025946-3, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª

Região, com pedido de tutela antecipada, na qual defendeu a não-recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972 de 1969, pela Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XII e art. 220, caput e §1º), dispositivo que exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

Na apreciação de recurso da União, da FENAJ e do Sindicato dos Jornalistas, o TRF- 3ª Região ressaltou que a profissão jornalística é de grande relevância social e que exige qualificação técnica e formação especializada. Destacou que o texto constitucional permite que lei ordinária estabeleça as qualificações profissionais necessárias para o livre exercício da profissão, especialmente daquelas de interesse e relevância pública e social, dentre as quais se enquadra a de jornalista, ante os reflexos que seu exercício traz à União, ao indivíduo e à coletividade.

Indicou o Tribunal, ademais, a existência das figuras do provisionado e do colaborador, o que afasta as alegadas ofensas ao acesso da informação e manifestação de profissionais especializados em áreas diversas. Do voto do relator da apelação apreciada pelo TRF da 3ª Região, destaca-se o seguinte trecho:

[...] Não se pode ignorar a relevante função social do jornalismo, daí resultando a grande responsabilidade do profissional e riscos que o mau exercício da profissão oferecem à coletividade e ao país. Os danos efetivos, de ordem individual ou coletiva, que o exercício da profissão de jornalista por pessoa desqualificada ou de forma irresponsável pode gerar são incalculáveis. Os bens jurídicos que podem ser afetados são da mesma magnitude que tantos outros direitos fundamentais tutelados, como a vida, a liberdade, a saúde, e a educação. Os riscos não se afastam nem se diferenciam do exercício irregular da advocacia, da medicina, da veterinária, da odontologia, da engenharia, do magistério e outras tantas profissões. (...) Dentro desse contexto, pois, não se pode ter por irrazoáveis os requisitos da qualificação profissional específica (diploma de curso superior) e registro no órgão competente estabelecidos no Decreto-Lei nº. 972/69.

Contra tal acórdão, o Ministério Público defendeu, em síntese, que, se o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, remete à legislação infraconstitucional o estabelecimento das condições para o exercício da liberdade da profissão, não pode o legislador impor restrições indevidas ou não razoáveis, como seria o caso da exigência de diploma de curso superior de jornalismo prevista no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972 de 1969. No caso, haveria, ainda, ofensa ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

Submetido o caso à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o então Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo voto dos Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie, declarou a não-

recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972/1969. Eis a ementa do Recurso Extraordinário:

EMENTA: JORNALISMO. EXIGENCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADE DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART.5º, IX E XIII, E ART.220, CAPUT E §1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969.

1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRINSECOS E EXTRINSECOS DE ADMISSIBILIDADE. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral.

2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação.

3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF.

4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTEPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de

forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977.

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25

de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (Destacou-se).

Na visão do Relator, “a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício de liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”. A restrição delimitada pelo art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972/69 estaria atingindo o âmbito de proteção do direito de liberdade de informação e de livre expressão, o que não seria permitido, já que a estes direitos se garante um mínimo essencial, intocável.

Enquanto a liberdade, nas suas diversas acepções, seja princípio expressamente consagrado na Constituição de 1988, deve-se proteger seu núcleo essencial, evitando-se o esvaziamento de seu conteúdo com restrições desproporcionais, descabidas. A lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, como autorizado pelo texto constitucional (art. 5º, inciso XIII), extrapolaria os limites da proporcionalidade e atingiria o próprio núcleo dessa liberdade.

Além de desproporcional, a restrição imposta pelo Estado foi considerada inadequada e desnecessária, já que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não seria meio idôneo para evitar prejuízos à coletividade ou a terceiros. Eventuais riscos ou danos a terceiros ocasionados pelo jornalista não seriam inerentes à profissão e, assim, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação. As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo, mas à prática abusiva e antiética dessa profissão.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, a profissão de jornalista não pode ser regulamentada sob o aspecto da capacidade técnica, pois não pressupõe a existência de qualificação profissional específica indispensável à proteção da coletividade. Somente os riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral podem ser objeto de exigência quanto às condições de capacidade técnica para o exercício de determinada profissão.

Referido Ministro ainda ressalta a época ditatorial, em que o Decreto nº 972/69 foi editado, o que evidenciaria que a exigência do diploma de curso superior tinha a finalidade de afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar. A legislação, nesse contexto, atendia a outros valores que não estão mais vigentes no Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, o ministro Eros Grau também defende que a profissão de jornalista não reclama qualificações profissionais específicas, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não esteja exposta a riscos. Do voto destacaram-se os seguintes trechos:

[...] evidentemente, a profissão de jornalista não reclama qualificações profissionais específicas, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não esteja exposta a riscos; ou, em outros termos, o exercício da profissão de jornalista não se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas. Dir-se-á, eventualmente, que a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verdadeira, a respeito de determinada pessoa, vier a ser divulgada. Sucede que esse risco não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação. [...] De qualquer modo, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um. De outra parte, a divulgação de notícia não verdadeira por engano, o que não é corrente, decorre de causas estranhas à qualificação profissional do jornalista; basta a atenção ordinária para que erros desse tipo sejam evitados.

Após os votos dos Ministros da Suprema Corte, parece clara, embora desnorteadora, que a conclusão que sobressai da discussão não é outra senão constatar que a profissão de jornalista está isenta de qualquer restrição constitucional.

Em se tratando de jornalismo, enquanto atividade relacionada às liberdades de expressão e de informação, defende o Ministro Gilmar Mendes que “o Estado não pode estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional”. Em outros termos, não há espaço, no campo da profissão de jornalista, para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais.

Assim, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, em conjunto com o art. 5º, incisos IV, IX, XIV e o art. 220, no caso dos jornalistas, remete à conclusão de que a “ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar ou reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas”. E, nesse contexto, a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo não estaria autorizada pela ordem constitucional.

A decisão que permitiu que a União não mais exigisse, em todo o país, o diploma para o exercício do jornalismo, assim como deixasse de executar fiscalização sobre o exercício da profissão por profissionais desprovidos de grau universitário de jornalismo e deixasse de exarar autos de infração correspondentes, causou enorme perplexidade na

sociedade, que vislumbrou no entendimento do Supremo um verdadeiro escárnio à regulamentação da profissão de jornalista, desprestigiando a relevância da atividade.

A ideia de revogar o Decreto-lei nº. 972/69, sob o pretexto de cerceamento da liberdade de expressão e censura, mal disfarça a finalidade de banalizar a profissão e permite que o patronato jornalístico se torne o único regulador do que pode ser ou não difundido. Sem olvidar que a decisão desmobiliza a categoria profissional, cria poderoso precedente para outras categorias, enfraquece a luta dos profissionais que tentam/conseguiram ter sua profissão reconhecida e regulamentada por lei e prejudica a luta por condições satisfatórias de trabalho e salário.

Defender a inadmissibilidade do controle de acesso e exercício da atividade jornalística ou de outras atividades ligadas à imprensa é lançar uma blindagem abusiva, que o próprio constituinte não propôs. A inconstitucionalidade do diploma normativo relativo aos jornalistas vem a favorecer apenas o poder desmedido dos proprietários das empresas de comunicação.

O que faltou ao colendo Tribunal, como no julgamento de muitas outras matérias, foi a macrovisão do problema, permitindo identificar suas implicações não somente na ordem jurídica, mas social, econômica e política.²⁶³ Como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio durante o julgamento da questão,

há quarenta anos a sociedade se organizou visando dar cumprimento ao decreto-lei. Nas unidades da Federação, surgiram muitas faculdades, considerando o nível superior em Comunicação, gênero. E agora chegamos à conclusão de que passaremos a ter jornalistas de graduações diversas, jornalistas com diploma de nível superior – e parece que, na quadra atual, se mitiga muito a importância de contar-se com diploma de nível superior – e jornalistas que terão de regra, o nível médio e, quem sabe, até apenas o nível fundamental. [...] Hoje, há uma profissão, um segmento profissional organizado, com sistema sindical, próprio. Indago: no tocante à profissão de jornalista, exigência do inciso V do artigo 4º - observado, imagino, porque tenho de presumir que os diplomas legais sejam observados durante quarenta anos – é extravagante? Deixa de atender à exigência da sociedade, em termos do que é estampado diariamente nos veículos de comunicação? Tem-se uma cláusula que pode ser rotulada como desproporcional, a ponto de ser declarada incompatível com o artigo 220, §1º, e, mais especificamente, com o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal? A resposta, para mim, é negativa. Penso que o jornalista deve

²⁶³ Seria o caso, por exemplo, de utilização de uma hermenêutica total, a que se refere Raimundo Bezerra Falcão, que contempla todas as realidades significantes e todas as situações de extração de sentido, sem afastar, em meio à compreensão do todo, a dignidade da parte. A hermenêutica contemporânea entende que a interpretação do Direito deve obedecer a um processo dinâmico e verdadeiramente dialético, que conduza o intérprete a descobrir o verdadeiro sentido do conteúdo da norma. Esta dinâmica interpretativa não pode limitar-se apenas ao significado lógico-gramatical do Direito contido na norma ou a formas únicas de interpretação. Deverá, também, proceder a uma análise histórico-evolutiva e, ainda, sistêmica do texto interpretado. Nesta última hipótese, cabe ao intérprete examinar o sentido da norma interpretada em face das demais normas jurídicas e, principalmente, sua adequação ao sistema jurídico vigente, a começar pelas normas constitucionais. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997).

deter formação, uma formação básica que viabilize a atividade profissional no que repercute na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar – e imagino que passe a contar, colando grau no nível superior – com técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deve publicar no veículo de comunicação, alfim, para prestar serviço no campo da inteligência.

É possível erro nesse campo, mesmo se detendo curso superior. Do mesmo modo, pode se errar no campo da medicina, no campo do direito, no campo da engenharia. A existência da norma a exigir o nível superior implica, no entendimento do Ministro, “uma salvaguarda, uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar, presentes aqueles que lêem jornais, principalmente jornais nacionais”.

Afora o exame de plausibilidade jurídica, questionando-se acerca da legitimidade da restrição imposta pelo legislador infraconstitucional, se os meios empreendidos foram os mais acertados e se estavam em conformidade com o texto constitucional, a Suprema Corte confundiu o que seja um requisito básico para o exercício de uma atividade e os resultados que essa compreensão acarreta.

E, nessa interpretação atordoada, acabou por lançar desrespeitosa comparação entre jornalistas e chefes de cozinha, argumento utilizado pelo relator Ministro Gilmar Mendes, ao defender que os profissionais da imprensa não carecem de conhecimentos específicos para o bom exercício da atividade.

Consideramos que para o exercício de determinadas profissões, é necessária uma capacitação, que permita ao trabalhador executar devidamente seu ofício. Para outras, torna-se indispensável, pela complexidade que assunta, uma formação mais específica, alcançada somente através de cursos superiores. Para o exercício dessas, exige-se um curso de “formação”, que “transforme” o homem comum em um profissional habilitado para a profissão. Isto implica considerar, por exemplo, que a formação do profissional em jornalismo é diferente do mestre de cozinha.

O preparo de alimentos não exige que o profissional seja graduado em curso de gastronomia, requisito sem o qual não estaria habilitado para cozinhar. A feitura de pratos simples ou dos mais requintados exigiria, além de uma vocação natural, cursos de culinária, de onde se possa apreender técnicas, combinações. A graduação serviria ao profissional como instrumento de especialização, possibilitando-o melhores oportunidades no mercado de trabalho.

De modo contrário, entretanto, ocorre na profissão de jornalista. Para o jornalismo, exige-se uma qualificação profissional específica, já que dela não se exige do

profissional apenas a leitura e o exercício da prática profissional. Ter conhecimentos específicos é muito além da mera cultura e erudição. Exige-se amplo conhecimento sobre cultura, economia, legislação, e, ainda, de preceitos técnicos, indispensáveis para reportar, pesquisar, entrevistar, editar, publicar.

Para o exercício da profissão de jornalista, é necessário que o profissional obtenha grau universitário, requisito que lhe concederá o competente respaldo para se investir em função de relevante papel social. Muito além do âmbito individual, residem conjecturas de ordem coletiva que não podem ser negligenciadas. O profissional que se compromete com a veiculação de informações deve ser capacitado para tanto.

Não se está diante de uma atividade vulgar, que prescinde de conhecimentos técnicos. Banalizar a profissão de jornalista, a ponto de considerar que não merece regulamentação específica é desmerecer a realidade dos fatos.

A desregulamentação sempre foi reivindicação do liberalismo, que deixa para o mercado a exigência pela formação superior do profissional. O movimento ganhou força e começou pelo jornalismo, não tardando alcançar as corporações de economistas, veterinários, advogados, agrônomos – já que nenhuma dessas atividades são responsáveis diretamente pela “vida humana”.

Sobreleva anotar, por derradeiro, que faltou ao Supremo Tribunal Federal, como é comum nas demais instâncias ordinárias, a devida valorização do trabalho, a compreensão da importância da proteção das profissões, como instrumento de promoção do bem-estar do indivíduo e da própria sociedade, que apenas se prejudica com o ruir das instituições trabalhistas e com a miséria provocada pelo desemprego.

Como já ressalta Gérson Marques, o Supremo vem enfrentando uma crise institucional - não necessariamente ética, pois em várias oportunidades em que o povo mais precisou dele, para o asseguramento dos seus direitos castrados sobretudo pelas políticas econômicas, a cúpula do judiciário foi contrária ou socialmente impassível, alheia aos reclamos populares, indiferente ao brado do povo.²⁶⁴ Faltou-lhe, nas palavras do citado autor, “a sensibilidade social bastante necessária para tutelar o interesse popular, o qual, até por razões democráticas, deveria prevalecer sobre o de grupos democráticos”.²⁶⁵

O STF vem contribuindo para a instabilidade das instituições, para a insegurança jurídica, além da fragilização do poder judiciário, enquanto órgão capaz de prestar a efetiva

²⁶⁴ LIMA. Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.** Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 214-215.

²⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 215.

tutela ao cidadão. Quando se esquivava de arrostar matérias de grande relevância nacional que lhe vem sendo submetidas remete ao descrédito social, onde a tendência é de se tornar dispensável, buscando os litigantes justiça em outras instâncias.

3.8 Outros casos

Além dos casos já mencionados ao longo deste capítulo, verificou-se que muitos outros podem enriquecer o rol de profissionais que a lei impõe sua contratação obrigatória pelas empresas. Não se tenta, como se advertiu no começo, exaurir o assunto e listar todas as hipóteses presentes na legislação brasileira. Pelas limitações que cercam o estudo, destacaram-se os casos mais polêmicos, os que traduzem em maior repercussão social e jurídica.

Por outro lado, é necessário salientar que todas as profissões guardam sua importância na sociedade. Quando se defendeu que algumas delas são indispensáveis em determinadas atividades, a impulsionar que o legislador determine sua admissão pelas empresas, não significa que as demais não possuam também valor expressivo, mas que, tão somente, algumas têm um inevitável condão de gerar, quando realizadas por outros trabalhadores, graves riscos para a sociedade.

Nesse sentido, muitos outros profissionais poderiam surgir, destacando a necessidade de o Estado estabelecer também sua contratação compulsória. Ocorre, porém, que em nem todas as profissões se observa o exercício por parte de quem não detenha os conhecimentos técnico-científicos necessários ou que tal prática venha a ocasionar danos significativos à sociedade.

O legislador não arbitrou, discricionariamente, as admissões forçadas, pela necessidade de apenas exaltar a valorização de certas profissões, a despeito de ser louvável o prestígio ao trabalho humano. Ao contrário, a imposição foi muitas vezes motivada pela falta de outros meios menos gravosos e adequados para contornar a problemática que cercava alguns setores da sociedade. Apenas quando a ânsia capitalista, o desejo incontrolável de obter ganhos a qualquer custo representava prejuízos à coletividade, o Estado teve que intervir e controlar a liberdade dos empresários ao contratar seus funcionários.

Observe-se, por exemplo, o caso do médico.

É indiscutível a importância desse profissional nos serviços de saúde, auxiliando na promoção do bem-estar e na vida dos cidadãos. Sem a presença do médico na recuperação do paciente, no diagnóstico de doenças, no tratamento das mazelas do corpo e da alma, a humanidade não teria alcançado grandes expectativas de sobrevivência e a espécie humana certamente não se manteria por tantas gerações e não superaria limites sem o auxílio da medicina.

Então, em face da imprescindibilidade de tal profissional na sociedade, por que o legislador não determinou sua contratação obrigatória? Por uma razão simples: é desnecessário. Não se impõe a admissão de médicos nas empresas porque isso já é cumprido pelas mesmas, sem que o Estado as force para tanto. Afinal, não há outro profissional, salvo os que exercem ilegalmente a profissão e recebem a punição por tal prática, que realize as funções do médico. Se houvesse e tal substituição gerasse infortúnios, certamente o Estado interviria.

Veja-se, por outro lado, o caso de um diretor de uma multinacional.

Decerto, nem sempre os grandes grupos empresariais são dirigidos por quem tenha formação em curso superior em administração. Não são raros os casos de pequenos comerciantes que se tornaram grandes empreendedores mesmo com pouca instrução. Não que o curso superior não seja importante para melhor gerir os negócios, mas que este não é condição indispensável para que outro profissional, com ideias e espírito empreendedor possa realizar grandes feitos no mercado.

Ser diplomado em administração pode ser interessante, e o é, já que o mercado está a exigir cada vez mais trabalhadores qualificados, mas não que isso importe em condição essencial para a atividade, sob pena de ela acarretar riscos quando realizada por outro que não seja diplomado na área.

Assim, apenas quando a determinação legal é necessária para manter o equilíbrio social, a segurança, o bem-estar da sociedade, que de outro modo, experimentaria danos com o exercício de atividades por profissionais sem formação específica, é que o Estado limita a liberdade do empregador e impõe a contratação de trabalhadores.

Nesse sentido, destaca-se a contratação compulsória do engenheiro e do nutricionista nas empresas que aderem ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

A execução de uma obra de qualidade, com segurança e, certamente, com economia exige destacado conhecimento técnico. O profissional habilitado para exercer tal papel é indubitavelmente o engenheiro civil. É ele quem detém competência para realizar o

planejamento de um empreendimento, gerenciar um projeto, traçar um cronograma físico-financeiro, especificando o tempo e o custo de cada etapa da obra.

Através do planejamento, o engenheiro estuda o espaço, sua topografia, o gerenciamento da área, dimensionando os riscos, a qualidade, o montante de material a ser empregado na construção, bem como a mão-de-obra necessária para concluir um projeto. Com os conhecimentos específicos desse profissional, pode-se obter uma construção adequada às necessidades do contratante, funcional, coerente com o terreno e suas peculiaridades, com o espaço urbano, além da garantia da técnica e da estabilidade.

A obrigatoriedade da contratação do engenheiro civil nas construções advém, portanto, da necessidade de que uma obra tenha um planejamento adequado e matematicamente projetado, a fim de evitar, além de desgastes, gastos indevidos, problemas com estruturas e instalações que porventura possam ocorrer, quando se admite, substitutivamente, um pedreiro, um servente ou um mestre de obras para executar integralmente uma obra de engenharia.

Não são raras as contratações de profissionais experientes do ramo da construção civil para executar obras sem que os mesmos sejam diplomados em engenharia. Para evitar maior dispêndio de dinheiro, é freqüente que se deixe de empregar um engenheiro e opte-se por mão-de-obra mais barata e com certo conhecimento prático (ou, às vezes, técnicas básicas). Por mais que a experiência seja relevante, ela tão somente não garante a segurança e a estabilidade do empreendimento.

Ocorre que, sem a formação técnica de um engenheiro, as construções civis, de pequeno ou grande porte, poderão estar fadadas ao insucesso e provocar incalculáveis danos. Além dos prejuízos financeiros experimentados pelo executor/contratante da obra, há riscos de desabamento do imóvel, fissuras, ofensas a direitos de vizinhança, à incolumidade física e mental dos que utilizam o bem ou que estejam próximos a ele. Sem cogitar, ainda, na destruição dos sonhos depositados na conquista da casa própria, de alcançar uma vida mais tranqüila com a família.

Nesse sentido, a lei nº. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, ao regulamentar o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo, salienta o interesse social e humano desses profissionais na realização de empreendimentos com o aproveitamento e utilização de recursos naturais, meios de locomoção e comunicações, edificações, serviços e equipamentos urbanos, rurais e regionais nos seus aspectos técnicos e artísticos, nas instalações e meios de acesso a costas, cursos e massas de água e extensão terrestres, além do desenvolvimento industrial e agropecuário (art. 1º).

Segundo o art. 7º de referida legislação, as atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto, do engenheiro-agrônomo consistem em:

- a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada;
- b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;
- c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;
- d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios;
- e) fiscalização de obras e serviços técnicos;
- f) direção de obras e serviços técnicos;
- g) execução de obras e serviços técnicos;
- h) produção técnica especializada, industrial ou agro-pecuária.

O rol não é taxativo. O parágrafo único do art. 7º esclarece ainda que o engenheiro, o arquiteto e o engenheiro-agrônomo poderão exercer qualquer outra atividade que, por sua natureza, se inclua no âmbito de suas profissões.

Através de vários dispositivos, a lei nº. 5.194/66 demonstra a necessidade de contratação de engenheiro para as atribuições específicas que a profissão confere. Senão vejamos:

Art. 8º As atividades e atribuições enunciadas nas alíneas a , b , c , d , e e f do artigo anterior são **da competência de pessoas físicas, para tanto legalmente habilitadas.**

Parágrafo único. **As pessoas jurídicas e organizações estatais só poderão exercer as atividades discriminadas no art. 7º, com exceção das contidas na alínea " a ", com a participação efetiva e autoria declarada de profissional legalmente habilitado e registrado pelo Conselho Regional,** assegurados os direitos que esta lei lhe confere.

[...]

Art. 12. Na União, nos Estados e nos Municípios, nas entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista, os cargos e funções que exijam conhecimentos de engenharia, arquitetura e agronomia, relacionados conforme o disposto na alínea " g " do art. 27, **somente poderão ser exercidos por profissionais habilitados de acordo com esta lei.**

Art. 13. Os estudos, plantas, projetos, laudos e qualquer outro trabalho de engenharia, de arquitetura e de agronomia, quer público, quer particular, **somente poderão ser submetidos ao julgamento das autoridades competentes e só terão valor jurídico quando seus autores forem profissionais habilitados de acordo com esta lei.**

Art. 14. Nos trabalhos gráficos, especificações, orçamentos, pareceres, laudos e atos judiciais ou administrativos, **é obrigatória além da assinatura, precedida do nome da empresa, sociedade, instituição ou firma a que interessarem, a menção explícita do título do profissional que os subscrever e do número da carteira referida no art. 56.**

Art. 15. São nulos de pleno direito os contratos referentes a qualquer ramo da engenharia, arquitetura ou da agronomia, inclusive a elaboração de projeto, direção ou execução de obras, quando firmados por entidade pública ou particular com pessoa física ou jurídica não legalmente habilitada a praticar a atividade nos termos desta lei.

Art. 16. Enquanto durar a execução de obras, instalações e serviços de qualquer natureza, **é obrigatória a colocação e manutenção de placas visíveis e legíveis ao público, contendo o nome do autor e co-autores do projeto, em todos os seus aspectos técnicos e artísticos, assim como os dos responsáveis pela execução dos trabalhos. (Destacou-se).**

Além da importância do engenheiro no planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial, na fiscalização e direção de obras e serviços técnicos, o legislador destaca que estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica deverão ser submetidos também a estes profissionais.

Observa-se que a regra não se aplica somente aos agentes privados. Os órgãos públicos também devem manter em seus quadros, para os cargos e funções que exijam conhecimentos de engenharia, profissional habilitado. Se a elaboração de projeto, direção ou execução de obras não for atribuída a engenheiro legalmente habilitado, os contratos referentes a qualquer ramo da engenharia serão nulos.

A contratação compulsória do profissional da engenharia está prevista nos arts. 59, 60 e 61, da Lei nº. 5.194/66. A legislação dispõe que as empresas que se organizem para executar obras ou serviços relacionados na forma por ela estabelecida, bem como aquelas que tenham alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia, somente poderão iniciar suas atividades quando tiverem o registro de profissional competente em seu corpo técnico.

Art. 59. As firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral, que se organizem para executar obras ou serviços relacionados na forma estabelecida nesta lei, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o

competente registro nos Conselhos Regionais, bem como o dos profissionais do seu quadro técnico.

§ 1º O registro de firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral só será concedido se sua denominação for realmente condizente com sua finalidade e qualificação de seus componentes.

§ 2º As entidades estatais, paraestatais, autárquicas e de economia mista que tenham atividade na engenharia, na arquitetura ou na agronomia, ou se utilizem dos trabalhos de profissionais dessas categorias, são obrigadas, sem quaisquer ônus, a fornecer aos Conselhos Regionais todos os elementos necessários à verificação e fiscalização da presente lei.

Art. 60. Toda e qualquer firma ou organização que, embora não enquadrada no artigo anterior tenha alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia, arquitetura e agronomia, na forma estabelecida nesta lei, é obrigada a requerer o seu registro e a anotação dos profissionais, legalmente habilitados, delas encarregados.

Art. 61. Quando os serviços forem executados em lugares distantes da sede da entidade, deverá esta manter, junto a cada um dos serviços, um profissional devidamente habilitado naquela jurisdição.

Sobre a matéria, importante registrar alguns julgados:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRA DE ENGENHARIA. EMPRESA NÃO HABILITADA. AUTUAÇÃO DE PESSOA FÍSICA QUE NÃO CONTRATOU O SERVIÇO. NULIDADE DECLARADA.

-Ação em que se discute a decretação de nulidade de auto de infração lavrado em nome do síndico de condomínio de veraneio, em decorrência de contratação de empresa, pelo condomínio, de serviços de engenharia, relativamente à construção de uma guarita na área comum do referido empreendimento.

- O art. 6º, alínea 'a', da lei nº 5.194/1966, prevê que exerce ilegalmente a profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo, "a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços públicos ou privados reservados aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos conselhos regionais.

- Auto de infração lavrado contra pessoa ilegítima, porque o contrato para construção da guarita não foi contratado pelo o demandante. Nulidade que se mantém.

- Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF – 5ª Região, 1ª Turma, AC 382348, Apelação, Proc. 0002575-13.2004.4.05.8100, Rel. Des. Francisco Wildo, Data do Julgamento 27/04/2006, Data da publicação DJ 30/05/2006, p. 910, nº 102, ano 2006).

EMENTA. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. CREA. FIRMA INDIVIDUAL. EXIGÊNCIA DE REGISTRO DO TITULAR NO CREA. ARTIGO 11 DA RESOLUÇÃO 336/89 DO CONFEA. CONTRATAÇÃO DE ENGENHEIRO INSCRITO NO CREA. MULTA. INADMISSIBILIDADE.

1. A Resolução nº 336/89 do CONFEA ao exigir que somente profissionais habilitados possam constituir empresa individual para prestação de serviços profissionais, ou execução de obras extrapola os limites previstos na lei nº 5.194/66, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo. Tal determinação vai de encontro ao princípio da reserva legal, previsto

na constituição federal, segundo o qual somente a lei poderia exigir a habilitação do titular da firma para o exercício da atividade profissional.

2. no caso dos autos, a parte autora comprovou a contratação de engenheiro habilitado, devidamente inscrito no CREA, como responsável técnico das atividades executadas, o que satisfaz a exigência legal, razão pela qual descabida a multa aplicada sob o fundamento do art. 11 da Resolução do CONFEA.

3. Remessa oficial e apelação do CREA improvidas. (TRF – 5ª Região, 1ª Turma, Apelação, Proc. 0009595-89.2003.4.05.8100, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, Data do Julgamento 18/12/2008, Data da publicação DJ 18/03/2009, p. 274, nº 52, ano 2009).

EMENTA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. EMPRESA DE COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS E VETERINÁRIOS. EXIGÊNCIA DE REGISTRO E DE CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que se discute a obrigatoriedade de a empresa impetrante se inscrever no CREA/CE, e de pagar as respectivas anuidades e taxas, bem como de contratar engenheiro agrônomo como responsável técnico;

2. Consoante o art. 1º da lei nº 6.839/80, as empresas são obrigadas a proceder ao registro nas competentes entidades fiscalizadoras tão-somente em relação à sua atividade básica ou àquela pela qual prestem serviços a terceiros;

3. A lei nº 5.194/66, ao dispor sobre a atividade de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo, exige o registro no respectivo órgão de classe de todas as pessoas jurídicas que tenham alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia, arquitetura e agronomia, não incluindo aí a atividade de comércio de produtos agropecuários e veterinários, acessórios para animais domésticos, ferramentas, gaiolas e defensivos agrícolas, atividades-fim da impetrante;

4. Descabida a exigência de presença de engenheiro-agrônomo no estabelecimento da apelada, como responsável técnico, visto que seus empregados exercem atividade de comércio, não existindo entre eles alguém quem exerça atividade típica de engenheiro-agrônomo;

5. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF – 5ª Região, 3ª Turma, MAS 100712, Apelação em Mandado de Segurança, Proc. 0002919-84.2006.4.05.8500, Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira, Data do Julgamento 21/08/2008, Data da publicação DJ 28/10/2008, p. 303, nº 209, ano 2008).

Necessário destacar que nem todas as obras deverão ser executadas sob o crivo do engenheiro. Para pequenos reparos, pequenas reformas, que não compreendem a mudança substancial do imóvel, do seu padrão construtivo ou de seu projeto inicial, e que estas não venham a trazer prejuízos a terceiros, não se obriga a contratação de engenheiro. A dimensão das mudanças, muitas vezes destinadas à conservação do imóvel, seu embelezamento, não traduz a necessidade de profissional com técnica específica.

Nesse sentido, a 2ª Turma do Tribunal Federal da 5ª Região julgou que:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. CREA. LEI N.º 5.194/66. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RESERVADA A PROFISSIONAIS. MULTA. INSUBSISTÊNCIA. DIREITO DE MORADIA. ART. 6.º DA CF. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A lei n.º 5.194/66 reserva ao profissional engenheiro, arquiteto ou agrônomo, todos vinculados e fiscalizados pelo CREA, a execução de obras e serviços técnicos.
2. **Todavia, existem exceções à necessidade de participação de profissional habilitado na obra ou reforma. Uma delas, consoante entendimento n.º 11/1992, da câmara especializada de engenharia civil do CREA/CE, é aquela conceituada como "pequena reforma" ou "moradia econômica", a qual, em razão da simplicidade da obra e função da realidade social, dispensa a exigência de registros no referido conselho profissional e o acompanhamento técnico pelos profissionais vinculados.**
3. **Para fins de parâmetro de aferição, o CREA conceitua "pequena reforma" como aquela que não implique na reconstrução ou acréscimo acima da área de 40m(, na espécie, constatou o fiscal do conselho a realização de acréscimo de 42m2 na residência da apelada.**
4. A despeito dessa aparente irregularidade administrativa, é necessário compatibilizar as exigências da lei n.º 5.194/66 com o direito constitucional à moradia, previsto no art. 6.º da cf.
5. Não parece razoável, tampouco proporcional, onerar o particular, pessoa de poucos recursos, tanto que litiga sob os auspícios da justiça gratuita, com a contratação de profissional técnico em razão do excesso de irrisórios 2m2 na reforma de seu imóvel habitacional.
6. Apelação improvida. (TRF – 5ª Região, 2ª Turma, AC 438104, Apelação, Proc. 0009943-68.2007.4.05.8100, Rel. Des. Manoel Erhardt, Data do Julgamento 14/10/2008, Data da publicação DJ 29/10/2008, p. 165, nº 210, ano 2008). (Destacou-se)

Para os agentes que desconsiderarem a compulsoriedade da contratação de engenheiros para desempenhar determinadas atividades, a Lei n.º 5.194/66 prevê as seguintes multas:

Art. 73 - As multas são estipuladas em função do maior valor de referência fixado pelo Poder Executivo e terão os seguintes valores, desprezadas as frações de um cruzeiro: (Redação dada pela Lei nº 6.619, de 1978)

a) de um a três décimos do valor de referência, aos infratores dos arts. 17 e 58 e das disposições para as quais não haja indicação expressa de penalidade; (Redação dada pela Lei nº 6.619, de 1978)

b) de três a seis décimos do valor de referência, às pessoas físicas, por infração da alínea b do art. 6º, dos arts. 13, 14 e 55 ou do parágrafo único do art. 64; (Redação dada pela Lei nº 6.619, de 1978)

c) de meio a um valor de referência, às pessoas jurídicas, por infração dos arts. 13, 14, 59 e 60, e parágrafo único do art. 64; (Redação dada pela Lei nº 6.619, de 1978)

d) de meio a um valor de referência, às pessoas físicas, por infração das alíneas a, c e d do art. 6º; (Redação dada pela Lei nº 6.619, de 1978)

e) de meio a três valores de referência, às pessoas jurídicas, por infração do art. 6º. (Redação dada pela Lei nº 6.619, de 1978)

Parágrafo único. As multas referidas neste artigo serão aplicadas em dobro nos casos de reincidência.

Quanto ao nutricionista, tem-se que sua admissão compulsória está vinculada apenas às empresas que manifestam interesse em participar do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Instituído pela Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976 e regulamentado pelo Decreto nº 5, de 14 de janeiro de 1991 e pela Portaria nº. 03, de 1º de março de 2002, o PAT consiste em um programa de complementação alimentar no qual o governo, empresa e trabalhadores reúnem-se em parceria e partilham responsabilidades, visando o atendimento ao trabalhador de baixa renda (aqueles que ganham até cinco salários mínimos mensais), melhorando o quadro nutricional do empregado e gerando, em consequência, saúde, bem-estar e maior produtividade.

A participação financeira do trabalhador fica limitada a 20% do custo direto da refeição (art. 2º, §1º, do Decreto nº. 349, de 21 de novembro de 1991, e o art. 4º da Portaria nº. 03/2002).

Trabalhadores com renda mais elevada podem ser incluídos no Programa, desde que esteja garantido o atendimento da totalidade dos empregados que percebam até cinco salários mínimos e o benefício não tenha valor inferior ao concedido aos de rendimento superior, independentemente da jornada de trabalho (art. 3º, parágrafo único, da Portaria nº. 03/2002). Assim, é facultativo o atendimento aos que percebem salários mais altos.

Como não se tratam de empregados, mas de proprietários da empresa, os sócios não podem ser beneficiados por meio do PAT.

Com melhor padrão nutricional, os trabalhadores podem contar com mais saúde e estar mais bem prevenidos de doenças e de acidentes relacionados ao trabalho. Sem contar que com uma alimentação equilibrada o empregado aumenta sua capacidade física, sua resistência à fadiga, proporcionando-lhe melhor qualidade de vida.

Os benefícios também são auferidos pelas empresas participantes, pois ganha produtividade, minimiza atrasos e faltas, reduz a rotatividade de funcionários, além de contar com isenção de encargos sociais sobre o valor da alimentação fornecida e incentivo fiscal, com dedução de até quatro por cento no imposto de renda devido.²⁶⁶

O Estado se beneficia com a parceria, pois incrementa o crescimento da atividade econômica e reduz despesas e investimentos relacionados aos serviços de saúde.

²⁶⁶ Segundo o §1º, do art. 1º, da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, “§ 1º A dedução a que se refere o *caput* deste artigo não poderá exceder em cada exercício financeiro, isoladamente, a 5% (cinco por cento) e cumulativamente com a dedução de que trata a Lei nº 6.297, de 15 de dezembro de 1975, a 10% (dez por cento) do lucro tributável”.

Ressalte-se que o Programa não tem como principal objetivo a isenção fiscal, concedida como atrativo para maior adesão das empresas, mas sim a melhoria da situação nutricional dos trabalhadores, tem em vista promover sua saúde e prevenir doenças relacionadas ao trabalho.

Nesse sentido, o art. 5º Portaria nº. 3, de 1º de março de 2002 estabelece:

Art. 5º Os programas de alimentação do trabalhador deverão propiciar condições de avaliação do teor nutritivo da alimentação, conforme disposto no art. 3º do Decreto nº. 5, de 14 de janeiro de 1991.

§1º Entende-se por alimentação saudável, o direito humano a um padrão alimentar adequado às necessidades biológicas e sociais dos indivíduos, respeitando os princípios da variedade, da moderação e do equilíbrio, dando-se ênfase aos alimentos regionais e respeito ao seu significado socioeconômico e cultural, no contexto da Segurança Alimentar e Nutricional.

Os Programas de Alimentação do Trabalhador deverão propiciar condições de avaliação do teor nutritivo da alimentação (art. 3º, Decreto nº. 5/91). Os estabelecimentos vinculados ao PAT deverão promover a educação nutricional, inclusive mediante a disponibilização, em local visível ao público, de sugestão de cardápio saudável aos trabalhadores (§4º, Portaria Interministerial nº. 66, de 25 de agosto de 2006).

As empresas beneficiárias deverão fornecer aos trabalhadores portadores de doenças relacionadas à alimentação e nutrição, devidamente diagnosticadas, refeições adequadas e condições amoldadas ao Programa, para tratamento de suas patologias, devendo ser realizada a avaliação nutricional destes trabalhadores (§9º, Portaria Interministerial nº. 66, de 25 de agosto de 2006).

Todas as empresas que tenham funcionários por ela contratados podem participar do PAT, mesmo aquelas que tenham apenas um trabalhador. O PAT destina-se às pessoas jurídicas que estão sujeitas ao pagamento do Imposto de Renda (IRPJ), mas as sem fins lucrativos e as isentas de referido imposto, embora não recebam o incentivo fiscal previsto na lei, poderão participar.

A adesão ao Programa não é obrigatória. Basta que as empresas assumam sua responsabilidade social. Para aquelas que não participam do PAT, não há qualquer incentivo fiscal. Quando o estabelecimento conceder benefício-alimentação, os recolhimentos do FGTS e do INSS recaem sobre o valor do benefício concedido ao empregado (salário *in natura*, conforme o art. 458 da CLT).

A participação das empresas no PAT pode se dar de três formas: a) como beneficiária, quando concede um benefício-alimentação ao trabalhador por ela contratado; b) como empresa fornecedora, quando prepara e comercializa a alimentação (cesta de alimentos ou refeições prontas) para outras empresas e c) como prestadora de serviços de alimentação coletiva, quando apenas administra documentos de legitimação, quer impressos quer na forma de cartões eletrônicos/magnéticos, para aquisição de gêneros alimentícios em supermercados (alimentação convênio) ou para refeições em restaurantes (refeição convênio).

Para a execução do PAT, a empresa poderá optar entre duas modalidades de serviços de alimentação: a) a autogestão (serviço próprio), onde a empresa beneficiária assume integralmente a responsabilidade pela produção das refeições (indo desde a contratação de pessoal, infraestrutura e distribuição aos trabalhadores) ou b) a terceirização, onde o fornecimento das refeições é realizado por terceiros, através de contrato formalizado entre a empresa beneficiária e as concessionárias. Nesse caso, a empresa deverá certificar-se de que os mesmos sejam registrados no Programa de Alimentação do Trabalhador (Portaria MTE nº. 87, de 28 de janeiro de 1997).

Os serviços terceirizados são:

- a. **Administração de Cozinha:** a alimentação é preparada por uma empresa fornecedora, dentro do refeitório da empresa beneficiária.
- b. **Alimentação-Convênio:** a empresa beneficiária contrata uma empresa prestadora de serviços de alimentação coletiva para o fornecimento de documento de legitimação (impressos, cartões eletrônicos, magnéticos ou oriundos de tecnologia adequada). O trabalhador utiliza este documento para aquisição de gêneros alimentícios em supermercados.
- c. **Refeição-Convênio:** a empresa beneficiária contrata uma empresa prestadora de serviços de alimentação coletiva para o fornecimento de documento de legitimação (impressos, cartões eletrônicos, magnéticos ou oriundos de tecnologia adequada). O trabalhador utiliza este documento para aquisição de refeições em restaurantes.
- d. **Refeições Transportadas:** a empresa fornecedora prepara a alimentação e leva até o local de trabalho dos trabalhadores da empresa beneficiária.
- e. **Cestas de alimentos:** a empresa beneficiária compra cestas de alimentos de empresas fornecedoras e fornece aos seus funcionários.²⁶⁷

Independentemente da modalidade adotada pela empresa beneficiária para fornecimento da refeição, pode-se oferecer aos trabalhadores uma ou mais refeições diárias, inclusive cesta de alimentos (art. 5º, III, §§ 1º e 2º da Portaria nº. 03/2002).

²⁶⁷ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT)**. Brasília: MTE, SIT, 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>.

Importante salientar que o Programa de Alimentação do Trabalhador não possui informações sobre o valor em dinheiro para a concessão da alimentação ao trabalhador, mas dispõe acerca dos valores calóricos, conforme o art. 5º da Portaria nº. 03/2002.

Desta forma, quando a empresa beneficiária fornecer a seus trabalhadores tíquetes de alimentação que permitam a aquisição de refeições ou de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, seu valor deverá ser suficiente para atender às exigências nutricionais do PAT (art. 10, da Portaria nº. 03/2002). O valor é calculado por um profissional habilitado em nutrição (nutricionista) e conforme a região (custo de vida).

Conforme o §3º de referida Portaria, os parâmetros nutricionais para a alimentação deverão ser calculados nos seguintes valores diários de referência para macro e micronutrientes:

Nutrientes	Valores diários
Valor Energético Total	2000 calorias
Carboidrato	55-75%
Proteína	10-15%
Gordura Total	15-30%
Gordura Saturada	<10%
Fibra	>25g
Sódio	≤ 2400mg

Segundo a Portaria as refeições principais (almoço, jantar e ceia) deverão conter de seiscentas a oitocentas calorias, admitindo-se um acréscimo de vinte por cento (quatrocentas calorias) em relação ao Valor Energético Total – VET de duas mil calorias por dia e deverão corresponder à faixa de 30- 40% (trinta a quarenta por cento) do VET diário.

As refeições menores (desjejum e lanche) deverão conter de trezentas a quatrocentas calorias, admitindo-se um acréscimo de vinte por cento (quatrocentas calorias) em relação ao Valor Energético Total de duas mil calorias por dia e deverão corresponder à faixa de 15 - 20 % (quinze a vinte por cento) do VET diário. Em benefício da saúde do trabalhador, o cálculo do VET será alterado, desde que baseado em estudos de diagnóstico nutricional (§7º).

Nas refeições principais e nas menores, deve-se seguir a seguinte distribuição de macronutrientes, fibra e sódio:

Refeições	Carboidratos (%)	Proteína (%)	Gorduras Totais (%)	Gorduras Saturadas (%)	Fibras (g)	Sódio (mg)
Desjejum/ lanche	60	15	25	<10	4 -5	360-480
Almoço /jantar/ceia	60	15	25	<10	7 - 10	720-960

O percentual protéico - calórico (NdPCal) das refeições deverá ser de no mínimo 6% (seis por cento) e no máximo 10 % (dez por cento). Quando a distribuição de gêneros alimentícios constituir benefício adicional àqueles referidos nos incisos I, II e III do § 3º do art. 5º da Portaria nº. 03/2002, os índices de NdPCal e percentuais de macro e micronutrientes poderão deixar de obedecer aos parâmetros nela determinados, com exceção do sódio e das gorduras saturadas. A análise de outros nutrientes poderá ser realizada, desde que não seja substituída a declaração dos nutrientes solicitados como obrigatórios.

Mencionada Portaria ainda indica que os cardápios deverão oferecer, pelo menos, uma porção de frutas e uma porção de legumes ou verduras, nas refeições principais (almoço, jantar e ceia) e pelo menos uma porção de frutas nas refeições menores (desjejum e lanche).

A empresa beneficiária que participa do PAT através da modalidade de serviço próprio (autogestão) é obrigada a contratar um nutricionista, pois deverá assegurar que a refeição fornecida contenha os valores nutritivos e calóricos previstos na legislação do Programa, cabendo-lhes a responsabilidade pela permanente fiscalização dessas condições. Ao participar por meio das demais modalidades de execução do PAT (serviços terceirizados), não está obrigada a possuir responsável técnico.

Assim preceitua a Portaria nº. 03/2002, *in verbis*:

§ 11º As empresas fornecedoras e prestadoras de serviços de alimentação coletiva do PAT, bem como as pessoas jurídicas beneficiárias na modalidade autogestão, deverão possuir responsável técnico pela execução do programa.

§ 12º O responsável técnico do PAT é o profissional legalmente habilitado em Nutrição, que tem por compromisso a correta execução das atividades nutricionais do programa, visando à promoção da alimentação saudável ao trabalhador.

As empresas fornecedoras e prestadoras de serviços de alimentação coletiva também são obrigadas a ter um responsável técnico (nutricionista). Conforme a Portaria Interministerial 66, art. 1º, §§11º e 12º, as empresas fornecedoras e prestadoras de serviços de

alimentação coletiva do Programa de Alimentação do Trabalhador devem possuir responsável técnico pela execução do Programa.

Destaque-se que cada nutricionista pode assumir a responsabilidade técnica por até duas pessoas jurídicas no PAT. Quando a empresa tem o mesmo CNPJ (empresa beneficiária e fornecedora), o sistema PAT aceita o mesmo nutricionista, pois o CNPJ é o mesmo para dois cadastros diferentes.

Nesse caso, o legislador destaca a importância do nutricionista, profissional que possui competência não somente para o preparo de alimentos. A nutrição tem como objetivo principal garantir que as pessoas possuam uma alimentação adequada, contribuindo para uma vida saudável. Para manter o padrão nutricional do PAT é indispensável a presença de nutricionista, que não pode ser substituído pelo cozinheiro, pela merendeira. São necessários conhecimentos específicos, cálculos do teor nutricional de alimentos, que somente um profissional habilitado na área possui.

4 CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS COMPULSÓRIAS E OS (DES)CAMINHOS DA REALIDADE: PROBLEMÁTICAS, PROPOSTAS E MEIOS DE CONTROLE

4.1 Breve intróito

Ao longo dos capítulos anteriores, preocupou-se em demonstrar a existência de situações em que o Estado interfere na esfera privada, para obrigar que as empresas admitam determinados trabalhadores. Apresentou-se, ainda, o contexto sócio-jurídico que possibilita a criação de tais contratações e, outrossim, os fundamentos que as justificam.

Sem recair no plano meramente teórico e genérico, no capítulo anterior dedicou-se aos casos que podem ser enquadrados como admissões forçadas, mostrando, em cada um deles, como se perfectibiliza a ideia da compulsoriedade.

Resta, então, que neste derradeiro capítulo se trace uma perspectiva prática das leis que determinam as contratações trabalhistas compulsórias, verificando seu plano de efetividade.

Não se almeja, nesse momento, descrever a problemática de eficácia da legislação em cada caso apresentado.²⁶⁸ Tal análise, embora importante, servirá aos que coadunam com as ideias aqui suscitadas e se engajem a esmiuçar cada situação em sua imensidade de vertentes.

Como a perspectiva é de uma abordagem mais ampla, ainda que não se afaste de exemplos particulares, o que será inevitável, não se buscará, inteiramente, estudar o problema do todo pela soma de suas partes, embora se admitida que recebam interferências recíprocas.

Nesse aspecto, destaca-se a situação peculiar das terceirizações ilícitas no setor público. Embora seja fenômeno crescente, tanto na seara pública quanto na privada, que possibilita ganhos de capital e otimização de serviços, a terceirização irregular em órgãos do Estado enfraquece, sobremaneira, a legislação que prima pelo sistema de cotas para

²⁶⁸ Importante destacar a distinção dos conceitos de eficácia e efetividade, às vezes, tão confundido pela doutrina. Seguindo definição de José Afonso da Silva, eficácia significa a capacidade de produzir efeitos jurídicos. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 13. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, eficaz é a norma que tem condições de atuar, por ser adequada em relação à realidade (eficácia semântica), e que tem condições técnicas de atuar, por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la a produção de efeitos concretos (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 181). Já efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função.

portadores de deficiência. Dada a importância do tema, será destinado um tópico para a análise mais aprimorada sobre o assunto.

Ainda que de forma não numerosa, propostas voltadas a contornar algumas dificuldades de imposição prática das leis que fixam contratações compulsórias serão também apresentadas e discutidas.

Por fim, serão elencados os meios de controle e fiscalização da legislação em comento, como o Ministério Público (em especial, o Ministério Público do Trabalho), o Judiciário, os órgãos de fiscalização das profissões, os sindicatos, os órgãos que compõem o Ministério do Trabalho e Emprego e a sociedade, ressaltando o importante papel que cada sujeito exerce na construção de um ambiente harmônico, cooperativo, que possa assimilar, cada vez mais, as propostas trazidas e os interesses e valores defendidos pelas leis que estabelecem as contratações trabalhistas compulsórias.

4.2 Contratações trabalhistas compulsórias: principais desafios

São diversas e inúmeras as dificuldades que se impõem perante as leis que estabelecem as contratações trabalhistas compulsórias. E de outro modo não seria diferente, haja vista a diversidade de interesses envolvidos.

A permanente luta de classes, de que falava Karl Marx, é uma constante evidente. Ninguém quer perder, ainda mais se a “perda” vier de quem detém o capital. Impor que as empresas devam contratar trabalhadores por imposição legal, na forma e no quantitativo que ela determina, já estremece o poderio econômico, que vê na medida um sério prejuízo aos seus caixas.

Nem mesmo as políticas de incentivo, muitas das vezes com redução de tributos, não bastam para superar os gastos envolvidos para que as empresas se adequem à legislação. Sempre há uma justificativa imperiosa, que obsta o cumprimento da lei.

A inquietação, porém, quanto às leis que, de algum modo, protegem o trabalhador, além de outros interesses coletivos, não é fato peculiar apenas às contratações trabalhistas compulsórias. O desafio no capitalismo contemporâneo centra-se na valorização e na proteção do primado do trabalho e do emprego de um modo amplo.

O trabalho se tornou desimportante na estrutura e na dinâmica da economia moderna. Fala-se de um desemprego estrutural, crises, aumento da miserificação. A aplicação do receituário neoliberal inviabilizaria a centralidade do trabalho e do emprego na sociedade

contemporânea, trazendo conseqüências nefastas para o trabalhador e para o direito do trabalho.

As relações individuais trabalhistas vêm sofrendo várias modificações nos últimos anos, em face da conjugação de diversos fatores, que desencadearam uma discussão sobre a flexibilização do emprego. Em busca de menores custos e de maior governabilidade do fator trabalho, a flexibilização (e a desregulamentação) no campo do trabalho chefiaram as reivindicações empresariais.²⁶⁹

Apontam-se três principais fatores que contribuíram para formar a conjuntura do mundo do trabalho na era capitalista dos séculos XX e XXI, a sugerir o tão propalado “fim do emprego” e do desemprego estrutural.²⁷⁰ O primeiro deles está relacionado às mudanças operadas na estrutura e na dinâmica do trabalho pelas inovações tecnológicas (Terceira Revolução Tecnológica). Os aperfeiçoamentos na tecnologia provocaram sensível redução dos postos de trabalho em diversos segmentos econômicos. Criaram, ademais, novas formas de prestação de trabalho em relação ao tradicional sistema de contratação (p. ex, teletrabalho, home-office).

Enfatize-se que não se procura defender que seja somente negativa a relação da tecnologia com o trabalho, pois, ao contrário, ela pode ser positiva diante da ampliação de mercados e de necessidades. O importante neste quadro é manter o equilíbrio entre tecnologia e emprego através de políticas públicas. Estas é que, na verdade, despontam na busca pela justiça social.²⁷¹

O segundo grupo de fatores está ligado ao processo de reestruturação empresarial, envolvendo mudanças no próprio processo de organização de empresas como nos seus sistemas de produção internos. Abandonaram-se as tradicionais “plantas empresarias”,²⁷² dando lugar a unidades empresariais de pequeno, médio e grande porte. A concentração do modelo produtivo abriu espaço à subcontratação de outras entidades empresariais, delegando parcelas da produção do produto final.

Por fim, elenca-se como outro importante fator a acentuação da concorrência capitalista, especialmente com a maior inserção das economias nacionais no cenário do

²⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 80.

²⁷⁰ Conforme DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

²⁷¹ Compreende-se que a tecnologia pode ser positiva ou negativa no mundo do trabalho. O equilíbrio entre as inovações tecnológicas e o emprego deve ser preocupação primária dos Estados social-democráticos. Nesse sentido é que a Constituição Brasileira atentou para a necessidade de proteção contra a automação (...)

²⁷² Expressão utilizada por DELGADO, Maurício Godinho. In: **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 42.

mercado internacional. Nessa via de integração de mercados e economias, exigem-se, cada vez mais, condições mais benéficas para uma competição junto a compradores externos.

Tais mudanças, vivenciadas com maior intensidade a partir da década de 1970, com a crise do petróleo e com o advento de novo paradigma de organização empresarial denominado toyotista, tiveram o condão de inviabilizar a inserção do trabalhador na economia e na sociedade que se desenvolvia. E, para resolver os problemas advindos com a globalização de mercados, a intensificação da concorrência capitalista, o fim de fronteiras entre Estado e economias, o desemprego massivo, avolumaram-se discursos em prol de legislações trabalhistas menos rígidas.

Ascende a flexibilização das normas de proteção ao trabalho, com a revogação ou modificação de algumas normas legais de proteção ao trabalhador e de ampliação do movimento para reduzir direitos e condições de trabalho.

Esses argumentos, que representam certa atratividade e influência no mundo sócio-político, permitiram que se presidissem expressivas alterações normativas trabalhistas nas últimas décadas, aprofundando a crise e a desvalorização do trabalho, ao invés de reafirmarem seu primado na sociedade capitalista contemporânea.²⁷³ A redução do custo trabalhista, além de outras medidas, seria imprescindível para superar os problemas econômicos e de elevar o número de contratações no sistema sócio-econômico.

É de se destacar, entretanto, que a tão propalada rigidez da legislação trabalhista não passa de um mito sustentado por agentes com interesses reais num ambiente de distribuição da riqueza produzida pelo trabalho.²⁷⁴ A postura governamental de censura do direito do trabalho (como se este fosse incompatível com a modernidade) deve ser revista, já que os argumentos levantados possuem manifesto conteúdo falacioso, não disfarçando seu real intuito de agregar acumulação de capital às custas da desregulamentação do mercado de trabalho.

Como destaca Sandra Moreira

A justificativa de “modernização das relações trabalhistas” é um ficção, pelo menos no contexto brasileiro, significando uma apropriação ideológica de persuasão dos

²⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego:** entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 61.

²⁷⁴ CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. **As normas e os fatos:** desenho e efetividade das instituições de regulação de mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 57.

trabalhadores, submissão e consentimento, atitude que se aproveita do contexto desfavorável de desemprego.²⁷⁵

Em verdade, em que pese a importância dos três fatores (inovação tecnológica, reestruturação empresarial e concorrência capitalista) na imposição de novos paradigmas no mundo do trabalho, nenhum argumento levantado justifica a desvalorização do trabalho e impulsiona, decisivamente, o desemprego estrutural. Isso somente ocorreria se o Estado deixasse de adotar políticas públicas de conciliação do capital com o social, margeando as necessidades dos trabalhadores em seus programas, relegando-as a segundo plano.

Se o Estado se resigna a uma política ingênua, submissa no plano de sua inserção externa, rende-se aos grandes capitais estrangeiros, permite o controle de suas ações por organismos alheios a sua estrutura. Em busca da suposta modernização (trabalhista), procede à privatização ampla de empresas estatais, elimina barreiras alfandegárias, valoriza artificialmente sua moeda em benefício da competição externa dentro do país.²⁷⁶

No Brasil, desde o período militar, tem-se buscado um modelo de desregulamentação e flexibilização do mercado de trabalho. Observa-se desde a década de 1960 uma sucessão de governos que adotaram políticas em desfavor ao protecionismo trabalhista.

Mesmo com a chegada de diploma constitucional democrático, de cunho mais social em 1988, tenta-se preservar a herança tentadora de natureza liberal, que orienta o receituário esterilizante do potencial de atuação do Estado do bem-estar social. Procura-se esvaziar projetos sociais, criando programas assistencialistas pontuais e pouco resolutivos, rende-se a entidades internacionais de poderoso calibre monetário.²⁷⁷

Nesse contexto, Gilberto Bercovi pontua que

O Estado Brasileiro, apesar de, comumente, ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Esta concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é inefetividade do direito estatal: o Estado ou, melhor, o exercício da soberania estatal é bloqueado pelos interesses privados. A conquista e a ampliação da cidadania no Brasil, portanto,

²⁷⁵ MOREIRA, Sandra Helena Lima. O sonho não acabou: a incansável luta em busca da justiça social pelo trabalhismo. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de, et al. **Repensando a doutrina trabalhista: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo**. São Paulo: LTr, 2009, p. 162.

²⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Op., cit., p. 62.

²⁷⁷ Ilustrativamente, situam-se neste rol: o Banco Mundial (BIRD), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Interamericano de Desenvolvimento Econômico (BID), o Banco de Compensações Internacionais (BIS).

passam pelo fortalecimento da soberania do Estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população da sociedade. E, ao analisar historicamente a propriedade no Brasil, esta necessidade de fortalecimento do Estado torna-se evidente.²⁷⁸

Em menosprezo ao trabalho, privilegia-se o capital financeiro-especulativo, passando-se a concentrar todas as energias do Estado e da sociedade na gestão da moeda e da economia. Ao relegar ao menoscabo políticas voltadas ao trabalho e emprego, o Estado se esquivava de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover, dessa forma, o bem de todos (art. 3º, incisos I e IV, CF/88).

Reflexo dessa postura é o aumento das demandas trabalhistas individuais no Brasil, decorrente da crescente deslegitimação do direito do trabalho entre empregadores, que não se adaptam a ele e tentam, de todo modo, evadir-se da obediência esperada.²⁷⁹

Nessas alturas, a defesa do estado democrático de direito implica na defesa do direito do trabalho, do processo de conquistas sociais que ele representa, na distribuição da renda que ele permite, a inclusão social que ele projeta. Aceitar sem questionar e avaliar as mudanças ora anunciadas, privilegiando políticas somente de cunho econômico e abandonando as questões sociais, significa, em resumo, destroçar uma legislação arduamente construída, uma desastrosa volta às cavernas.²⁸⁰

Ante a tantos questionamentos inerentes à manutenção de um Estado Social, argumenta-se a inviabilidade de se conservar os direitos trabalhistas previstos na Constituição de 1988.

Em um contexto de desemprego e busca de diminuição dos custos de produção, essa regra, a princípio, torna-se um fator de desproteção aos trabalhadores já desempregados e aos que estão prestes a perder seus empregos, representando ainda um fator de prejuízo para as empresas por afetar-lhes a competitividade no mercado.²⁸¹

Como muitos direitos trabalhistas representam verbas a serem pagas ao trabalhador, o custo alto do trabalho passa a ter influência decisiva na competitividade das

²⁷⁸ BERCOVI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117-118.

²⁷⁹ CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. **As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação de mercado de trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 99.

²⁸⁰ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A terceirização de serviços na ordem jurídica brasileira**. 197f. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 28.

²⁸¹ GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 108.

empresas, e aí, estaria, portanto, um argumento razoável para que estes direitos sejam abolidos.²⁸²

Nesse contexto em que os interesses empresariais avolumam-se num capitalismo voraz e competitivo, questionando e mitigando as conquistas dos trabalhadores e os valores sociais, é que o Estado apresenta uma legislação que obriga a contratação de trabalhadores. O cenário em si, portanto, já indica as dificuldades iniciais de cumprir a legislação.

No tocante aos desafios das contratações trabalhistas compulsórias, ao longo desta pesquisa, já foram salientados alguns problemas enfrentados para a efetividade das leis que impõem admissões forçadas.

No plano jurídico, constata-se que muitos são os desafios a serem superados. A concretização de direitos fundamentais sociais ainda é um sério obstáculo, especialmente porque exigem um agir promocional do Estado através de políticas públicas e demais ações governamentais para alcançá-los.

O discurso da limitação do orçamento é uma constante fria e pouco mutável diante das crescentes demandas sociais. Ainda são restritos os custos com projetos voltados aos trabalhadores contemplados com a reserva de emprego.

A tais fatores acrescentem-se os entraves no pleno reconhecimento da constitucionalidade do sistema de cotas para contratação de trabalhadores portadores de deficiência, especialmente por parte das empresas, que vêem na medida uma violação ao direito fundamental de liberdade e de propriedade, não compreendendo, decerto, a atual concepção (socializante) que norteiam esses direitos.

Demais setores se insurgem também contra a medida, defendendo a distorção do direito de igualdade ou mesmo tentando ampliar a proteção das cotas para outros segmentos sociais (cotas para negros em universidades públicas, cotas raciais, cotas sociais), que já possuem suas dificuldades peculiares.

Apesar de presentes há anos no ordenamento jurídico, ainda falta amadurecimento para compreender e assimilar o conteúdo das leis que estabelecem contratações trabalhistas compulsórias. Argumentos diversos acerca da constitucionalidade do sistema de cotas e discussões sobre a concretização do princípio da igualdade resistem, o que gera polêmicas e

²⁸² Sobre os custos e encargos sociais com a contratação de um trabalhador, conferir: CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. **As normas e os fatos:** desenho e efetividade das instituições de regulação de mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007; PASTORE, José. **A agonia do emprego.** São Paulo: LTr, 1997. Segundo José Pastore, para um salário-base de R\$ 100, um trabalhador formal custaria R\$ 202 para as empresas, ou seja, o custo de se cumprir a legislação seria 102% acima do custo de não a cumprir.

abusos por parte de alguns grupos, que vêm na medida um fato convidativo às pretensões de conquistar privilégios dos mais absurdos.

Há setores, principalmente pertencentes ao setor empresarial, que não se conscientizaram do papel social que possuem e da importância do trabalho e do emprego. Há uma grave falta de responsabilidade, solidariedade social, que imprime inúmeras dificuldades de implementação e sucesso de programas voltados à efetividade das legislações relativas às contratações trabalhistas compulsórias.

A despeito de aprovada há 19 anos e de intensificada sua fiscalização, a Lei nº. 8.213/91 está, infelizmente, longe de alcançar plenamente seus objetivos. A legislação não conseguiu atingir os índices de emprego esperados para os portadores de deficiência.

O cumprimento da Lei de Cotas propiciou que milhares de trabalhadores com deficiência tivessem o direito de inclusão no mercado formal de trabalho, mas, em que pese o fato de que muitas empresas esforçam-se para cumprir a legislação, algumas delas tem recorrido à Justiça, alegando que há um número reduzido de pessoas com deficiência que estejam capacitadas para o trabalho e que não seria justo colocá-las em ambientes inadequados para suas necessidades.

Na rotina das fiscalizações empreendidas pelo Ministério do Trabalho, através dos auditores-fiscais, ainda surgem outras situações de conflito para a inserção das pessoas portadoras de deficiência. Além da carência de profissionais qualificados para o mercado, há a falta de habilidade e capacitação dos trabalhadores com deficiência, além de existir um suposto risco de acidentes e doenças ocupacionais a que estaria exposto o trabalhador.²⁸³

Quanto à falta de capacidade do obreiro, tem-se que paira séria ignorância sobre as reais possibilidades de uma pessoa com deficiência. Muitas tarefas podem ser desempenhadas por esse grupo de trabalhadores de modo idêntico – ou, muitas vezes, até melhor – ao desempenhado pelas pessoas sem deficiência.

Ademais, com o avanço tecnológico, permite-se que pessoas deficientes realizem atividades das mais diversas com o suporte de sistemas informatizados. É necessário, portanto, que a empresa seja colaborativa e possua vontade política e social para adequar o ambiente de trabalho, a fim de receber esses profissionais e aloca-los em funções compatíveis com a sua deficiência.

²⁸³ FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elisabeth Alice Barbosa Silva de. **O conceito da pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho.** 2010 *In* CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos.** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

Atualmente talvez um dos maiores exemplos de eliminação de deficiências, através de um meio ambiente do trabalho adequado, está na evolução da informática. Com esta nova aliada muitas deficiências foram compensadas deixando, para determinada atividade laboral, de existir.²⁸⁴

Importante destacar que a lei não obriga admitir um funcionário que não possua capacidade técnica para exercer uma função, mas que o critério de capacidade deva ser aferido dentro do contexto de acessibilidade indicado pela legislação.

No mesmo sentido se manifesta Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

As pessoas com deficiência no Brasil tiveram sempre atendimento assistencial e, por isso a sociedade desconhece o potencial produtivo que estas pessoas tem a oferecer, mais ainda ignoram dados a respeito os empresários, cuja preocupação precípua converge para a obtenção do lucro. Ressalte-se, entretanto, que, apesar de se reconhecer a função econômica da empresa, deve-se ter em mira sempre sua função social, tal como determina a Constituição nos artigos 1º e 170. Não se exige que a empresa abdique da rentabilidade, mas todo empresário deve ter presente a repercussão social de sua atividade quanto ao emprego, quanto ao meio ambiente e quanto à sustentabilidade social.²⁸⁵

A tal argumento soma-se a afirmativa corrente de que faltam trabalhadores qualificados que sejam portadores de deficiência, motivo pelo qual as empresas não conseguiriam cumprir a cota estipulada por lei. Quanto a este fato, no entanto, falta a ampliação de políticas públicas de melhoria da educação e do amplo e irrestrito acesso de pessoas com deficiência às unidades escolares, universidades e cursos de capacitação.

Falta, outrossim, a sensibilidade do empresariado brasileiro, que deve assumir o compromisso com a sociedade e investir na formação e qualificação de seus funcionários. Não se consolidou a ideia de que os empregadores são partícipes na construção de uma sociedade melhor, mais justa e digna para todos. Não se invoca somente, no momento atual, a atuação do Estado, a quem unicamente se deposita a responsabilidade para prover pela solução de todos os problemas sociais. As empresas, que são beneficiadas com o ganho do capital, com os incentivos fiscais, com as políticas econômicas, devem repartir os problemas sociais e ajudar a combatê-los.

Como bem salienta Gérson Marques de Lima,

²⁸⁴ MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência, o princípio constitucional da igualdade**: ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2004, p. 158.

²⁸⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos**: O direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006, p 279-280.

Qualquer benefício recebido do Estado atrai responsabilidade social e incrementa o dever de explicar o gerenciamento e a aplicação do recurso. A empresa não pode lançar mão de recursos públicos unicamente no interesse pessoal, particular, sem oferecer nenhum retorno ou compensação social. As subvenções que ela recebe são custeadas por toda a sociedade, inclusive por seus próprios empregados, direta ou indiretamente, como contribuintes que são. O Estado tem todo o poder-dever de verificar como o empresário trata seus contribuintes, seus empregados.²⁸⁶

Destaque-se, aliás, que a própria falta de oportunidade de trabalho, motivada pelo preconceito, conduz um trabalhador com deficiência sem experiência, o que reforça o discurso fala das entidades patronais.²⁸⁷

Convém salientar, ainda, que inúmeras são as opções de funções que podem ser destinadas aos profissionais com deficiência. Auxiliar de expedição, auxiliar administrativo de logística, assistente de produção, designer, repositor, atendente comercial, assistente comercial, assistente administrativo, caixa, assistente de atendimento ao consumidor, agente de reservas, assistente de arrecadação, atendente, caixa executivo, atendente comercial, auxiliar de acabamento, promotor de vendas, ajudante de produção são exemplos de algumas funções que podem ser preenchidas por portadores de deficiência. São vagas de assistência ou auxiliar, de amplitude nacional, e que exigem, no máximo, o ensino médio do candidato.

Quanto aos supostos riscos de acidentes e doenças ocupacionais a que estaria exposto o trabalhador deficiente tem-se que o argumento também não resiste, porquanto a manutenção de um ambiente sadio e adequado para o trabalho já seja obrigação dos empregadores. As adaptações necessárias, com a eliminação de barreiras e limitações de ordem física são medidas orientadas inclusive pela Lei nº. 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (art.13 e ss) e pelo Decreto nº. 3298, de 20 de dezembro de 2000.

A segurança e a saúde no trabalho são direitos de todos os empregados e não somente daqueles com deficiência, já que doenças ocupacionais e riscos de acidentes de trabalho estendem-se aos trabalhadores em geral. O sadio ambiente de trabalho, pois, é uma preocupação constante do empregador.

No que concerne à saúde e à segurança do empregado portador de deficiência devem-se destacar as normas regulamentadoras nº. 7 e 9, que se referem, respectivamente, ao

²⁸⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os valores sociais do trabalho: entre o interesse empresarial e os direitos fundamentais do trabalhador. A contribuição da hermenêutica constitucional. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de, et al. **Repensando a doutrina trabalhista: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo**. São Paulo: LTr, 2009, p. 93.

²⁸⁷ FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elisabeth Alice Barbosa Silva de. **O conceito da pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho**. 2010 In CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos**. Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA.²⁸⁸

No que tange às dificuldades na contratação de trabalhadores deficientes, tem-se, portanto, que os argumentos levantados pelo setor empresarial devem ser revistos sob a ótica de sua responsabilidade social, ainda má compreendida.

Como expressa Ricardo Tadeu:

Para a empresa socialmente responsável, a contratação das pessoas com deficiência não é vista apenas como uma obrigação legal. A inclusão, para essas empresas, passa a ser um compromisso e um dos itens de sua política de responsabilidade social. Para tanto desenvolve um programa amplo, estruturado, de capacitação, recrutamento, seleção, contratação e desenvolvimento das pessoas portadoras de deficiência. Muitas empresas já entenderam que a inclusão da pessoa com deficiência é um grande aprendizado para o desenvolvimento de políticas de promoção e respeito à diversidade no ambiente de trabalho. Além disso, elas estão descobrindo, nesse processo, que há um grande segmento de mercado composto de pessoas com deficiência. E que para atingi-lo adequadamente precisa ter uma linguagem e uma estrutura a ele acessível.²⁸⁹

No caso do cumprimento do dispositivo legal que determina a contratação de aprendizes (art. 429, §1º-A, CLT), observa-se que há uma finitude incrível de funções que demandam capacitação profissional, acarretando a situação na qual, atualmente, quase todas as funções serão consideradas para o cálculo da cota para admissão de menores aprendizes.

Há, ainda, carência na reserva de parte do orçamento público para investimento em programas de qualificação de jovens, aumento do rendimento escolar, da qualidade do ensino básico e das séries seguintes.

Ademais, podem-se destacar outros obstáculos para a concretização das leis que impõem as admissões forçadas de trabalhadores, que afetam todos os casos, com maior ou menor intensidade, como a dificuldade de implementação de programas sociais do Estado, o desvio de verbas públicas, a corrupção, a dificuldade de fiscalização e os métodos de incentivo empregados pelos fiscais para as vistorias empreendidas pelos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, assim como pelos órgãos dos conselhos profissionais.

²⁸⁸ COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência**: aspectos legais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2008, p. 172.

²⁸⁹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. – 2. ed. – Brasília: MTE, SIT, 2007, p.39.

4.3 Contratações trabalhistas compulsórias e terceirizações ilícitas: a precarização do trabalho na Administração Pública e o (des)compromisso do Estado na efetividade das normas

Como salientado anteriormente, será dedicado um estudo das terceirizações ilícitas como fator que enfraquece a efetividade das normas que estabelecem as contratações trabalhistas compulsórias em tópico apartado, em razão, particularmente da gravidade dos problemas que geram e que ainda não tem solução definida.

Ademais, apesar das diversas discussões que se travam na doutrina e na jurisprudência brasileira acerca da terceirização na Administração Pública, não se teve acesso a qualquer estudo sobre a temática aqui proposta. Por se tratar de matéria bastante específica, que está inserida dentro de um contexto relacionado ao fenômeno terceirizante, não houve ainda um amadurecimento científico para analisar os efeitos decorrentes da ilicitude de terceirizações que comprometem a efetividade das leis que impõem a contratação de determinados trabalhadores (contratações compulsórias), até mesmo porque quanto a este tema poucas pesquisas foram feitas, o que ressalta a importância do tema e de sua compreensão.

A necessidade de concentração de esforços da empresa nas suas atividades essenciais, propiciando que os serviços complementares fossem executados por terceiros, ampliando, desta forma, os lucros e a competitividade do empreendimento frente aos demais no mercado, permitiu o surgimento do que se atualmente denomina terceirização.

O estímulo ao aprimoramento das técnicas de produção, ocorrida, segundo a maior parte da doutrina, com a segunda guerra mundial, impulsionou que as empresas aprimorassem suas atividades, tornando-as mais eficientes e com maiores e mais amplos resultados, ganhando otimização econômica e satisfazendo as necessidades dos consumidores.

A terceirização surgiu, assim, como uma técnica de verticalização da estrutura organizacional da empresa, evidenciando que esta deverá procurar a qualidade final do produto, dedicando-se tão somente ao foco de sua atividade, delegando a terceiros suas outras tarefas.²⁹⁰

²⁹⁰ Como bem registra Lúcio Flávio Apoliano, “o desenvolvimento econômico do mundo atual transforma a estrutura clássica das empresas, que antes era totalmente vertical, auto-suficiente, responsável por todas as fases do processo produtivo. Atualmente, as modernas estruturas empresárias são flexíveis e caracterizadas por uma desconcentração da produção, mediante a abstenção de várias atividades, as quais são delegadas a outras. Os sistemas de franquia e de cooperativas são exemplos destas novas técnicas que levam a um aumento da competitividade entre as empresas, pelo aprimoramento da qualidade dos seus produtos e ao incremento da atividade”. RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. Op. Cit., p. 48.

Incorporado gradualmente no processo econômico, o fenômeno da terceirização tornou-se, com a expansão de empresas multinacionais, imprescindível a qualquer empreendimento, especialmente diante da globalização, que exige o máximo de eficiência para se enfrentar a concorrência externa. Onde a disputa por novos pólos de consumo é acirrada, a terceirização contribui para a agilidade e para a versatilidade das empresas.

No Brasil, a terceirização vem sendo gradativamente implantada, tendo se iniciado na década de 50, com a chegada das multinacionais, principalmente as do setor automobilístico.

A implantação de projetos sérios de terceirização traz inúmeras vantagens às empresas. Sobre os benefícios advindos da terceirização, José Janguê Bezerra Diniz indica:

A empresa ciente ou tomadora tem a vantagem de receber um pessoal qualificado, experimentado, responsável, pronto a entrar em serviço sem delongas nem prévios contrato de prova'. Essa é a estratégia utilizada para as grandes empresas se distanciarem da 'complexa atividade de gestão pessoal, confiando tais serviços a terceiros e podendo se dedicar totalmente às tarefas de produção. Poucos são os casos em que antigos empregados das empresas, sabendo da necessidade das mesmas, transforma-se em pequenos empresários prestadores de serviços especializados, oferecendo seus serviços para a sua antiga em empregadora, em face de conhecimento adquirido quando empregados dessas empresas.²⁹¹

O principal propósito que deve motivar a adoção da terceirização é o aumento da competitividade e da produtividade em decorrência da especialização, pela concentração de esforços no que é a vocação principal da empresa, bem como pela busca de uma maior eficiência na sua finalidade original. A especialização é tônica da terceirização, devendo cada empresa se especializar em sua atividade-fim.²⁹²

Apesar da inovação no plano da administração das empresas, o fenômeno é concebido com cautelas pela doutrina trabalhista.²⁹³ A relação jurídica que surge com o processo terceirizante é distinta do modelo clássico empregatício, baseado apenas em uma relação bilateral (composta por empregador e empregado), e, por trazer tutela diversa pelo Direito do Trabalho, tende a ser vista como forma excetiva de força de trabalho.²⁹⁴

²⁹¹ DINIZ, José Janguê Bezerra. O fenômeno da terceirização. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, n.2, v.60, fev./1996, p. 206.

²⁹² RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. Op. Cit., p. 61.

²⁹³ Como ressalta Godinho, "embora a terceirização trabalhista não seja, necessariamente, redutora de postos de trabalho, ela é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo Direito do Trabalho. Nesta medida ela propicia, ao menos em um momento inicial, significativa redução de custos empresariais". DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2008b, p. 44.

²⁹⁴ "Acima da globalização e do interesse de aumentar a produção reduzindo custos está a dignidade do trabalhador, devendo sempre surgir o Estado como agente moderador a fim de controlar melhor essa

Apesar de a terceirização ser fenômeno relativamente recente no Direito do Trabalho do país, o segmento privado da economia, nas últimas décadas, passou a incorporar, de forma crescente, práticas de terceirização da força de trabalho em inúmeros serviços ligados às áreas de organização da empresa (“atividades meio”).

As vantagens competitivas que a terceirização criam, especialmente no que se refere à redução dos custos da mão-de-obra, não foram apenas vislumbradas pela iniciativa privada. O segmento estatal também adotou práticas terceirizantes.

Ocorre que, não somente atividades meramente executivas, operacionais (limpeza, conservação, vigilância) da Administração Pública são desempenhadas por trabalhadores terceirizados. Inúmeros serviços ligados à finalidade estatal estão na incumbência de profissionais sem a prévia aprovação em concurso público, em clara inobservância ao disposto no art. 37, II e 2º, da CF/88.

Além desses inúmeros casos de ilegalidade na condução dos serviços públicos, a ensejar a adoção urgente e necessária de medidas eficazes com vistas a coibir tais abusos, destaca-se, ainda, o descumprimento do que preconiza o art. 93, da Lei nº. 8.213/91, que determina a contratação compulsória de pessoas portadoras de deficiência pelas empresas prestadoras de serviços terceirizados.

A despeito do sistema de cotas para deficientes, muitas empresas que prestam serviços de terceirização de mão-de-obra, e que estão inseridas no âmbito de incidência da mencionada lei, encontram sérias dificuldades em cumprir o mandamento legal e, por isso, são punidas com severas multas.

A *práxis* demonstra que numerosas empresas de terceirização apenas funcionam com contratos firmados com a Administração Pública. Não sendo selecionada pelo processo de licitação (ou, ainda, nos específicos casos em que ocorre a dispensa do certame), a maioria delas não consegue se manter no mercado.

Embora o ente público ajuste com a empresa contratada a prestação de serviços de mão-de-obra, os trabalhadores que deveriam formar o quadro de funcionários da terceirizada, na verdade, tratam-se de pessoas escolhidas pelos gestores públicos. Existe, apenas, a formalização do contrato empregatício entre a empresa e o obreiro, mas quem, de fato, realiza a seleção e aloca o empregado (certamente, antigos eleitores, apadrinhados, familiares) em determinada função é o administrador público.

Essa manobra imoral, encoberta por uma disfarçada contratação de terceirizados, permite manter enorme contingente de servidores temporários de forma irregular, funcionários terceirizados em funções próprias de atividades essenciais, permanentes e finalísticas no serviço público, cujos cargos deveriam ser preenchidos via concurso público.

A despeito de o atual Texto Constitucional repugnar tal prática, fechando os espaços para a contratação de empregados, através da CLT, sem prévio concurso público, os velhos caciques da política, impregnados pela cultura do empreguismo, apadrinhamento e nepotismo, práticas corriqueiras na Administração Pública brasileira desde os primórdios da colonização, não titubeiam em desconsiderar a Constituição (e demais leis), admitindo trabalhadores via terceirização ilícita.

A cada nova gestão pública dá-se continuidade à prática clientelista, às expensas do contribuinte, para, desse modo, agraciar eleitores e garantir curral certo nas lides eleitorais. As práticas aqui repudiadas, além de frustrar a eticidade e a transparência na atuação dos governantes estatais, provocam sérios prejuízos ao erário e mitigam a efetividade da legislação que estabelece o sistema de cotas para trabalhadores com deficiência.

Isto porque, em eventuais fiscalizações realizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, as empresas prestadoras de serviços que não tiverem número suficiente de portadores de necessidades especiais em seu quadro de funcionários é que serão responsáveis pelo descumprimento do sistema de cota, e não a Administração Pública, real empregadora.

Como as prestadoras de serviços apenas admitem os trabalhadores que irão satisfazer as necessidades do ente público (maior cliente e, por vezes, o único que possuem) serão penalizadas com onerosas multas.

As admissões ilegais, assim, que reduzem as possibilidades de o trabalhador deficiente ter acesso ao emprego – a não ser que o próprio gestor tenha o interesse de concedê-lo – não devem ser toleradas, evitando que a formação de uma competente e proba Administração Pública e a construção de uma sociedade aberta, pluralista e fraterna tornem-se um sonho inalcançável.

A questão, que não se cinge aos estreitos limites de mera contratação irregular de terceirizados, mas se amplia ao nível de desobediência ao preconizado pela Carta de 1988 e pela legislação infraconstitucional vigente, em flagrante prejuízo ao interesse público, deve ser solucionada através do combate a reprováveis práticas, com a responsabilização da autoridade pública.

Deve-se buscar uma fórmula responsabilizatória mais consentânea com a realidade socioeconômica e normativa trabalhista, pois não se pode conceder privilégio anti-

social à Administração Pública nestas situações. Deve-se criar um mecanismo hábil a propiciar que o ilícito aqui tratado não perpetre maiores benefícios ao seu praticante.²⁹⁵

Enquanto o ente estatal torna-se um dos agentes que incentiva o descumprimento das leis que cria, o trabalho terceirizado padece com a intensa precarização – já que, embora exerça as mesmas funções que os servidores públicos, o empregado nesta situação auferia menores salários e vantagens.

A concretização dos direitos fundamentais, particularmente, os sociais, tendo em vista seu caráter positivo, a exigir atuação por parte do Estado, bem como as limitações de ordem orçamentária que se lhes impõe,²⁹⁶ exige, hodiernamente, que se dêem novos impulsos, já que as reais condições para seu exercício precisam ser criadas.²⁹⁷

Na atual ordem jurídica, reafirmam-se e se ampliam os direitos fundamentais, indispensáveis para alcançar uma existência digna. No conceito de Estado Democrático de Direito, compreende-se a promoção de direitos de várias ordens, como o direito à moradia, à saúde, à educação, à educação, ao pluralismo político. Os valores da justiça e da dignidade da pessoa humana são seus principais valores.

Desta feita, o papel que é conferido ao Estado para que se assegure o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, não se mostra compatível com casos em que o próprio poder público ignora medidas que tentam assegurar o acesso aos direitos fundamentais sociais e seu gozo.

Ao seu lado, deve caminhar, nos mesmos passos, a iniciativa privada, a quem também cumpre, a preservação de direitos fundamentais, já que inaceitável desproteger o cidadão diante do poder social, muitas vezes protagonistas de violações e abusos àqueles direitos.

O trabalho não deve ser visto como mera atividade econômica, mas como elemento concretizador da dignidade da pessoa humana. Não pode ser simples mercadoria, objeto comerciável, tampouco desprezado, já que funciona como difusor da harmonia social. Mesmo numa economia de mercado, a impor, em diversos momentos a desregulamentação, a

²⁹⁵ Para o caso das contratações irregulares de empregados públicos, destaque-se, deve a autoridade responsável ser punida como impõem o art. 37, II e §§ 2º e 4º da Constituição Federal, combinado com os arts. 1º, 2º, 4º, 10º incisos I, II, XI e XII, 11 e inciso I, e art. 12, inciso II, da Lei n. 8.429, de 2.6.92. Isto porque, as contratações procedidas, em contrariedade ao disposto no art. 37, II, da Carta Magna constituem crime de responsabilidade e prática de ato de improbidade administrativa, ensejando, também, a devida reparação de danos causados ao erário mediante ação regressiva e suspensão de direitos políticos, nas esferas cível e eleitoral.

²⁹⁶ Acerca da “reserva do possível” em matéria de direitos fundamentais, confira-se: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

flexibilização de direitos, o trabalho deve ser admitido como principal meio de inserção social.²⁹⁸

O Estado não pode ficar estranho, como sujeito de direito, às garantias individuais asseguradas em caráter de principalidade no art. 5º, *caput*, e no desdobramento de seus itens, da Constituição Federal de 1988 e os especificamente tutelares do trabalho do seu art. 7º e respectivos incisos, quando venha a admitir trabalhadores ou empregados nas previsões e qualificações dos artigos 37 e 39 da Carta Magna. Senão, estaria negando, como sistema de ação, aquilo que, como estrutura, serve de fundamento para a conformação e a organização representativa dos interesses, das pretensões, das legitimações e dos poderes político-sociais, integrantes de sua esfera pública.²⁹⁹

O Estado, pois, não deverá estimular práticas de terceirização ilícita, tirar proveito financeiro das contratações irregulares – sob o falso argumento de que seria um expediente menos oneroso que a realização de concursos públicos – nem, tampouco, dificultar o acesso de empregados terceirizados que sejam deficientes de conquistar espaço no competitivo mercado.

É inconcebível que não se possa harmonizar a utilização da terceirização na Administração Pública com as contratações compulsórias de deficientes – até porque não há nenhum conflito entre ambas.

4.4 Contratações trabalhistas compulsórias: algumas propostas

Por envolverem interesses das mais distintas ordens, o cumprimento das leis que impõem as contratações trabalhistas compulsórias está também a exigir diversificadas propostas de superação. Muitas delas, decerto, são ainda da incumbência do Estado, a quem

²⁹⁸ Acerca das terceirizações e da espoliação do trabalho humano, Ricardo Antunes destaca que: "Essa reestruturação produtiva fundamentou-se ainda no que o ideário dominante como empresa enxuta. A empresa enxuta, a empresa moderna, *lean production*, a empresa que constrange, coíbe, limita o trabalho vivo, ampliando o maquinário techno-científico, que Marx denominou como trabalho morto. E redesenha cada vez mais a planta produtiva, reduzindo força de trabalho e ampliando a sua produtividade. O resultado está em toda parte: desemprego explosivo, precarização ilimitada, rebaixamento salarial, perda de direitos, etc. Esse é o desenho admirável do mundo do capital". ANTUNES, Ricardo. A desconstrução do trabalho e a perda de direitos sociais. Ricardo Antunes. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (coord.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. LTr: São Paulo: 2005, p. 376-377.

²⁹⁹ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Contrato de Trabalho com o Estado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 117.

competete dirigir a sociedade, contornar seus problemas e carências e promover políticas públicas.

Para um correto funcionamento da economia de mercado e para contornar os elevados custos econômicos e sociais, buscando o almejado equilíbrio entre o capital e o trabalho, deve-se exigir a permanente participação do Estado na determinação e na realização dos interesses da sociedade. Sem sua forte atuação, a legislação trabalhista entrava em total bancarrota, e os trabalhadores seriam entregues ao famigerado capitalismo neoliberal.

Não se deve esquecer, outrossim, da importância da participação dos setores privados. Sem o auxílio dos empregadores, com o investimento em programas sérios, com a promoção de curso de capacitação dentro dos empreendimentos empresariais, com o reconhecimento do seu papel social dentro da sociedade e com a colaboração na observância das obrigações inseridas nas leis, dificilmente consegue-se reverter crises e entraves no plano prático.

Outros agentes também detêm a responsabilidade de efetivar a legislação que prevêem as admissões forçadas, já que estas, em seu âmago, relacionam-se com a concretização de direitos que, em maior ou menor intensidade, voltam-se à harmonização social e à sobrevivência digna dos indivíduos, ou seja, do interesse de todos.

Para se discutirem propostas voltadas a viabilizar o maior cumprimento das leis que impõem admissões forçadas de trabalhadores, não se pode olvidar que a problemática não é genérica, tendo cada caso dificuldades específicas a determinar também ações específicas.

Nesse sentido, em primeiro plano, ressalta-se a adoção de novas e permanentes políticas de capacitação de trabalhadores, principalmente de jovens e dos portadores de deficiência. Conceder algum incentivo a empresas e demais instituições que realizem cursos em sua sedes, apesar de ser proposta já lançada pelo governo, é uma iniciativa interessante e que deve ser revista, atualizando-se, conforme as necessidades. Amplia-se, desse modo, as possibilidades de mercado de emprego para trabalhadores sem capacitação e qualificação profissional.

Quanto à inclusão da pessoa com deficiência, deve-se romper os entraves do preconceito, reconhecendo na diversidade humana algo positivo e, em resultado, admitindo que os caracteres físicos não podem, por si só, definir as competências e habilidades individuais.

É premente em relação aos deficientes a necessidade de cumprimento do sistema de cotas, da legislação atinente às questões de acessibilidade com a eliminação das barreiras

físicas, arquitetônicas e atitudinais, além de proporcionar os meios necessários ao êxito da educação inclusiva e daquela destinada à formação profissional.

Na luta pela valorização da diversidade, exige-se envolvimento do judiciário em relação à compreensão da real condição das pessoas com deficiência na sociedade, zelando pelo cumprimento da legislação vigente e garantindo assim que seus direitos não sejam espoliados. A sociedade civil necessita, ainda, mostrar-se atenta às medidas de valorização da cidadania, especialmente das pessoas portadores de deficiência, e incentivá-las.

Deve-se, de outro turno, superar os problemas estruturais do sistema educacional (defasagem idade-série), dos problemas de infraestrutura escolar e dos relacionados com ações de apoio ao educando (merenda escolar, material). Deve-se, também, fomentar o financiamento de programas e projetos de geração de renda e emprego às famílias de crianças trabalhadoras, promover cursos de capacitação voltados à doutrina da proteção integral, da legislação trabalhista destinada às crianças e adolescentes.

Deve-se, ainda, promover uma discussão sobre novas fontes de recursos financeiros para entidades comprometidas com a luta contra o trabalho infantil e de criação de uma instância interministerial para planejar e acompanhar os recursos destinados às ações de prevenção e erradicação do trabalho infantil.

Com tais medidas, buscam-se reduzir os índices de trabalho precoce de crianças e das formas irregulares do trabalho do aprendiz. O trabalho para o menor deverá representar uma forma de ensino das práticas laborais, um primeiro pontapé no emprego formal e não uma alternativa de sustento familiar e fuga da pobreza.

No mesmo contexto, tem-se a necessidade de análise do arcabouço jurídico relativo às contratações trabalhistas compulsórias, procurando identificar as lacunas na legislação que permitem a existência de impunidade e corrupção institucionalizadas, além de elaborar propostas de aperfeiçoamento da legislação vigente.

No plano da fiscalização, requer-se a ampliação do número de auditores fiscais do trabalho e do número de procuradores, a interiorização do Ministério Público do Trabalho e de órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, apenas presentes em cidades-pólo e capitais, dificultando o acesso de trabalhadores e do conhecimento da precarização de relações trabalhistas em pequenas localidades.

Deve-se viabilizar, também, recursos logísticos para a realização de fiscalizações e revisar as formas de incentivo para autuação de pequenos empreendimentos, possibilitando

que a fiscalização também esteja presente em empresas menores e não somente naquelas que concentrem grande volume de funcionários e despesas tributárias.

Quanto ao poder judiciário, indispensável um trabalho de sensibilização e conscientização de magistrados e promotores no cumprimento da legislação destinada à contratação compulsória de trabalhadores, permitindo-se afastar as amarras de um direito velho, dogmático, conceitual, incorporando as necessidades impostas por um direito novo, envolvente, aberto aos interesses da sociedade e que prestigia os valores sociais.

Por fim, sem desprezar inúmeras outras opções que podem ser sugeridas, destaca-se a adoção e ampliação da figura denominada “condomínio de empregadores” (ou “consórcio de empregadores” ou “registro de empregados em nome coletivo de empregadores”).

Considerando a sazonalidade e eventualidade das tarefas laborais na atividade rural, assim como as dificuldades operacionais das constantes contratações e despesas dos empregados rurais, que induzem a uma informalidade no campo, foi proposta essa forma de união de produtores rurais, pessoas físicas, com a única finalidade de contratar, diretamente, empregados rurais, sendo outorgados a um dos produtores poderes para contratar e gerir a mão-de-obra a ser utilizada em suas propriedades.

Com essa união, os produtores rurais objetivam regularizar a contratação da mão-de-obra e racionalizar custos no cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária. O condomínio de empregadores rurais se incumbirá de colocar à disposição dos produtores que o constitui os empregados necessários em suas lavouras, contratando e distribuindo os trabalhadores pelas diversas propriedades, em função da necessidade de cada produtor.

Consistindo em importante contribuição no campo da admissão de mão-de-obra temporária no meio rural, esse modelo de contratação não contraria o disposto no art. 3º da Lei no 5.889/73, que conceitua a figura do empregador rural. Como empregador, irá figurar não apenas uma pessoa física, mas sim um conjunto de pessoas físicas que celebrarem um pacto com a finalidade de se utilizarem da mão-de-obra de cada empregado contratado pelo grupo, na medida de suas necessidades.

O condomínio de empregadores rurais não consiste na formação de uma pessoa jurídica resultante da união dos produtores rurais que o compõem. Não há, na hipótese, o elemento subjetivo consistente na intenção de criar uma pessoa jurídica, que passará a ser sujeito de direitos e obrigações (*affectio societatis*).

No condomínio de empregadores rurais, os produtores é que irão contratar coletivamente os empregados, serão seus empregadores, e que responderão solidariamente

pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho e, conseqüentemente, utilizar-se-ão, também coletivamente, daquela mão-de-obra. É uma forma de contratação distinta da prevista no art. 623 e seguintes do Código Civil Brasileiro, que exige a propriedade em comum ou copropriedade de um bem. Não há propriedade em comum entre os produtores rurais, respondendo cada um, com seus bens particulares, pelas despesas com os empregados contratados, na proporção dos serviços utilizados. Esse modelo preserva a individualidade de cada propriedade.³⁰⁰

Não há, também, semelhança com as entidades associativas, pois as associações não perseguem fins lucrativos, mas apenas culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais, de acordo com seu objeto social, diferentemente do condomínio de empregadores rurais, que foi concebido para viabilizar melhor aproveitamento agrícola.

O condomínio de empregadores rurais também não se confunde com a sociedade mercantil, porque não possui a intenção do grupo de criar uma pessoa jurídica, uma sociedade.

Essa nova prestação de trabalho subordinada a uma pluralidade de produtores rurais enumera diversas vantagens e ganha, inclusive, o incentivo do Ministério do Trabalho e Emprego, que, através da Portaria nº. 1964, de 1º de dezembro de 1999, orienta pela “ampla divulgação do modelo” (art. 1º).

O condomínio de empregadores permite uma maior segurança jurídica aos empregadores, que não precisam de intermediadores. Reforça o empreendimento rural e possibilita formar um corpo técnico para identificar o melhor aproveitamento da cultura agrícola. Observa-se, também, um salto qualitativo nas relações de trabalho rural, pautadas em sua grande maioria em informalidade.³⁰¹ Os trabalhadores também ganham, pois podem ampliar o tempo de contratação.

Em meio a tantos benefícios auferidos com tal modalidade, questiona-se a possibilidade de ser ampliada para outras áreas, permitindo-se reduzir a evasão da legislação que estipula as contratações trabalhistas compulsórias em razão, primordialmente, pelos custos que envolvem a admissão de determinados trabalhadores por pequenos empreendimentos.

³⁰⁰ Cf MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Condomínio de empregadores**: um novo modelo de contratação no meio rural. Brasília: MTE, SIT, 2000, p. 21.

³⁰¹ Nesse sentido conferir: MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Condomínio de empregadores**: um novo modelo de contratação no meio rural. Brasília: MTE, SIT, 2000.

Resiste parcela significativa de empresas de pequeno e médio porte que, apesar de se mostrarem atentas à lei e dispostas a cumprirem seus mandamentos, enfrentam dificuldades de cunho financeiro para se adequarem.

Realizando determinadas modificações, a evitar eventuais fraudes à legislação trabalhista, fiscal e previdenciária, pode-se sugerir a novel forma de prestação de serviços como instrumento útil à efetividade das leis sobre contratações trabalhistas compulsórias. A proposta, no entanto, requer maior amadurecimento e estudos, a avaliar suas vantagens e desvantagens.

4.5 Instrumentos de controle e fiscalização das contratações trabalhistas compulsórias

4.5.1 Ministério Público

Embora a par de toda legislação citada que, de forma explícita, estabelece a obrigatoriedade da contratação de alguns trabalhadores, dentre os quais foram destacadas as pessoas portadoras de deficiência, aprendizes, os farmacêuticos, os químicos, os professores de ensino superior, os jornalistas, os engenheiros e os nutricionistas relacionados ao Programa de Alimentação do Trabalhador, deve-se atentar que o Estado dificilmente atingiria os fins buscados com a imposição de tais admissões se não contasse com outros relevantes instrumentos, que atuassem em prol do cumprimento da lei, bem como na fiscalização das atividades e do exercício regular de algumas profissões. Neste âmbito, destacamos, primeiramente, o Ministério Público.

A Constituição Federal de 1988 reconhece o importante papel exercido pelo Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conferindo-lhe, por isso, o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, CF/88).

Para cumprir com suas funções, o *parquet* poderá promover a abertura de inquérito civil, interpor ação penal pública e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos³⁰².

³⁰² Segundo a dicção do art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os direitos coletivos, embora também reconhecidos como transindividuais, são titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas juridicamente entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Com base em tal dispositivo legal é que o Ministério Público tem legitimidade para atuar no cumprimento das leis que determinam a contratação compulsória dos trabalhadores identificados no presente estudo. Resta, no entanto, determinar como se delinea sua atuação nas diferentes hipóteses de admissão forçada.

Como já ressaltado nos capítulos anteriores, as espécies de contratação compulsória atendem a fundamentos específicos, quais sejam: assegurar a proteção e a segurança da sociedade e, ainda, garantir reserva de mercado para aqueles que, de outra maneira, dificilmente conseguiriam emprego.

No primeiro caso, encontram-se inseridos os farmacêuticos, os químicos, os jornalistas, os professores de ensino superior, os engenheiros e os nutricionistas. Nesta hipótese, a atuação do Ministério Público releva-se mais intensa em relação aos profissionais ligados à área da saúde, tendo em vista a insuficiência das medidas adotadas pelo Estado para a efetivação desse direito, que, a teor da Carta Política de 1988, é fundamental ao ser humano.

Com efeito, a saúde é dever do Estado e direito de todos. Essa assertiva, assegurada em âmbito constitucional (art. 196), impõe ao Poder Público a adoção de políticas voltadas a um satisfatório serviço de saúde, sob pena de inaceitável inércia governamental ao dever constitucionalmente imposto.

Neste prisma, a imposição do farmacêutico nos locais em que haja, de alguma forma, a dispensação de medicamentos é medida indissociável da realização deste direito, competindo ao *parquet* a tutela de referido interesse difuso.

Ocorre que, a despeito da previsão legal e da importância do farmacêutico na efetivação do direito à saúde, o principal sujeito a descumprir a regra que impõe a contratação de referidos profissionais é o próprio Estado. Não é raro observar a existência de Unidades Públicas de Saúde sem a assistência de profissional qualificado que oriente e administre a distribuição de remédios.

Infelizmente, o caso remonta a um sério problema social, freqüentemente divulgado pela mídia, que não recebeu, ainda, a devida atenção do Poder Público. Diante da omissão em contratar tais profissionais, torna-se legítima a ingerência do Ministério Público, com o fito de assegurar não somente a observância da lei, mas garantir à população a integridade dos direitos sociais que lhes são assegurados pela Constituição Federal.

Convém, contudo, salientar, como já exposto no capítulo anterior, que, infelizmente, o Poder Judiciário manifestou-se em sentido contrário ao ora exposto, indicando

a desnecessidade de o Estado contratar farmacêuticos em hospitais e demais centros de saúde públicos³⁰³.

A solução encontrada pelo judiciário não foi, decerto, a mais acertada. Preferiu o poder jurisdicional excluir o Poder Público da incidência da regra prevista na Lei nº. 3.820/60, a ter que obrigá-lo a cumprir a norma em evidência, embora fosse esta a medida que melhor satisfizesse o interesse da sociedade.

Ora, estando presente também o fundamento que norteia a contratação compulsória de farmacêuticos em unidades públicas de saúde, mesmo que sejam de pequeno porte, qual razão justificaria o “privilégio” concedido ao Estado? A tal indagação, poderão surgir inúmeras respostas sobre as quais não iremos discorrer pela dificuldade que nos afigura, no momento, de apontar qual seja a mais provável a responder o impasse suscitado. A única certeza é que o judiciário poderia ter aproveitado a oportunidade para reafirmar que a regra imposta atende aos reclames de uma sociedade sedenta por justiça social e carente por políticas públicas que possam ampliar a ampla efetividade ao que já lhe é garantido constitucionalmente.

No que se refere aos estabelecimentos privados, a regra da compulsoriedade da contratação do farmacêutico não passa por grandes distorções, sendo plenamente aplicada, com a conseqüente imposição de multas aos que tentam dela se desvencilhar. Sobre tal aspecto, será tratado no tópico seguinte, tendo em vista que a fiscalização da atuação do profissional citado e das empresas que atuem com comércio de drogas estão sob o maior controle dos conselhos de profissões.

No segundo caso de contratação compulsória acima indicado, encontram-se as pessoas portadoras de deficiência e os aprendizes.

Nesta hipótese, intensa é atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), agindo em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego para cumprimento das normas de incremento do trabalho das pessoas com deficiência³⁰⁴.

Poderá atuar, em síntese, das seguintes formas:³⁰⁵

³⁰³ Nesse sentido: “Ementa. Administrativo e tributário. Execução. Embargos. Conselho regional de farmácia. Hospital de pequeno porte. Farmacêutico. Obrigatoriedade de contratação. Autuação. 1. Não estão os hospitais de pequeno porte sujeitos à exigência de manter farmacêutico, podendo seu dispensário de medicamentos funcionar sem um técnico responsável. Súmula 140 do TRF. 2. Título executivo indevidamente constituído e conseqüentemente inexigível. Embargos à execução que se reconhece a procedência. 3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF – 5ª Região, 2ª Turma, AC nº. 2000.05.00.033969-8, rel. Paulo Machado Cordeiro (substituto), DJ 28/11/2002, página 834)”.

³⁰⁴ “Tem sido a tônica da atuação do MPT a adoção de medidas de aproximação de empresários, autoridades públicas e organizações não-governamentais envolvidas com a matéria. Visa-se, dessa forma, alterar o paradigma cultural de exclusão das pessoas com deficiência”. UNIÃO. A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Ministério do Trabalho e Emprego, 2007, p. 49.

- 1) intervindo nas lides trabalhistas ajuizadas no âmbito da Justiça do Trabalho, procedendo a fiscalização da relação capital-trabalho e da ordem jurídica.
- 2) agindo para regularizar situações ilegais quando envolvidos interesses coletivos e difusos:
 - a) orientando os interessados através de audiências públicas, palestras, workshop.s, reuniões setoriais, etc;
 - b) de forma preventiva, investigando denúncias através da instauração de inquérito civil público, com a possibilidade de ajustamento da conduta;
 - c) de forma repressiva, com ajuizamento de ações cabíveis junto à Justiça do Trabalho.
- 3) coordenando interesses como mediador ou como árbitro³⁰⁶.

No caso dos portadores de deficiência, por exemplo, referida instituição tanto pode postular o cumprimento das quotas previstas para reservas de emprego, quanto a adequação do meio ambiente de trabalho para que estes possam ter melhores condições de desempenhar suas atividades. Outrossim, poderá o órgão ministerial atuar contra as práticas discriminatórias dirigidas aos que possuem algum tipo de debilidade.

O Ministério Público do Trabalho deve atuar para instrumentalizar todo o arcabouço de direitos conquistados tanto pelos portadores de deficiência, quanto por outros grupos discriminados e não permitir que esses direitos se "atrofiem", mas sim sejam colocados em prática e que, destarte, a sociedade possa seguir os cânones Constitucionais de respeito, igualdade e dignidade entre todos os cidadãos (arts. 1º, inc. IV, 170, inc. VII e 193 da CRF/88).

Ressalte-se que as pessoas discriminadas devem denunciar tais vetustas práticas tanto no âmbito do Ministério Público do Trabalho, quanto, se preferirem, no âmbito da ação individual reparatória/ indenizatória. Dessa forma, não só através das sanções de lei, mas também, principalmente, por meio de mudança de posturas os cidadãos passarão a respeitar as diferenças e a conviver com elas de uma forma saudável³⁰⁷.

Com base na Lei Complementar nº. 75/93 (art.8º, IV), o MPT expedirá ofícios às empresas, requisitando informações acerca do número atual de empregados e documentos, com o fito de comprovar o cumprimento dos percentuais previstos em lei.

Após a análise dos documentos, são instaurados os inquéritos civis relativamente às empresas que não possuem o número legal de vagas reservadas. O objetivo a ser alcançado

³⁰⁵ Elencando de forma detalhada a atuação do Ministério Público do Trabalho, está o art. 83 da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº. 75, de 20/5/93).

³⁰⁶ BRASIL. **Atividades do Ministério Público do Trabalho para a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho**. Brasília: 2000, p. 8

³⁰⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. **A luta do direito contra a discriminação do trabalho**. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em:

é a assinatura de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), com prazo razoável para seu cumprimento.

No caso de inobservância da obrigação imposta pela legislação poderá ser firmado o TAC, nos moldes preconizados pelo art. 5º, § 6º, da Lei nº. 7.347/85, para que, em tempo hábil, as empresas se adequem ao determinado pela lei. Senão vejamos:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Com os Termos de Ajustamento de Conduta não se objetiva tão somente o preenchimento do número de vagas em cumprimento à determinação legal, mas, ainda, promover a colocação, de forma eficiente e por período longínquo, de pessoas portadoras de deficiência e os beneficiários reabilitados na empresa.

Não raras vezes, essa é a primeira oportunidade que essas pessoas têm de celebrar um contrato de trabalho, com todas as garantias que a lei lhes confere, motivo pelo qual sua inserção do mercado é feita de forma cuidadosa.

Outrossim, convém ressaltar que o tempo para cumprimento do disposto no TAC não é o mais importante, por isso não se verifica um termo fixo imposto às empresas. O mais relevante é que seja concedido aos estabelecimentos prazo para que consigam cumprir integralmente a reserva legal.

O Termo de Compromisso tem validade de dois anos, e a empresa que recusar firmá-lo ou que descumpri-lo estará sujeita a pagar uma multa por empregado contratado em desconformidade com o ajustado, penalidade cujo valor será reversível ao FAT, Fundo de Amparo ao Trabalhador, nos termos dos art. 5º, § 6º e 13 da Lei 7.347/85.

Ademais, convém salientar que, no caso de recusa da empresa em celebrar o TAC, o Ministério Público do Trabalho tem, ainda, legitimidade para ajuizar ação civil pública.

Além de tais medidas, o MPT realiza outras atividades, importantes na eliminação das formas de discriminação dirigidas aos portadores de deficiência. Sendo a formação cultural e a educação importantes fatores que favorecem a segregação dos que possuem algum tipo de debilidade, as Procuradorias Regionais do Trabalho promovem, com freqüência,

processo de sensibilização e orientação por meio de audiências públicas, seminários e palestras, destinados não só às empresas, mas aos estudantes e à sociedade em geral³⁰⁸.

Neste prisma, comprometida com a efetividade da norma que determina a contratação de deficientes, devem-se ressaltar as atividades desenvolvidas pela PRT da 7ª Região:

A Procuradoria Regional da 7ª Região, no desenvolvimento de suas atividades para inserção de portadores de deficiência no mercado de trabalho, solicitou ao INSS fiscalização em cerca de 400 empresas para a verificação do cumprimento da cota. Celebrou Termo de Procedimento com o INSS, DRTE/CE, SINE/CE/IDT. Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, prevendo ações integradas, com atribuições específicas para cada instituição. As partes celebrantes se reúnem a cada quatro meses, mediante convite da Procuradoria Regional do Trabalho, quando são apresentados os relatórios das atividades desenvolvidas. Já foram firmados cinco Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta às normas legais³⁰⁹.

Outrossim, convém salientar que o Ministério Público do Trabalho poderá também atuar no cumprimento das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, como a de nº. 159, de 1983, aprovada pelo Decreto nº. 129/91, que dispõe acerca da adaptação de ocupações e o emprego do portador de deficiência.

Em relação à contratação de aprendizes, o Ministério Público do Trabalho atua na fiscalização das atividades desempenhadas pelos menores³¹⁰, com vistas a verificar se as empresas cumprem a imposição legal e, ainda, se, ao contrário de aprendizagem, o caso se trata de exploração do trabalho infantil.

O MPT age na erradicação do trabalho de crianças e adolescentes, buscando proporcionar a estes seres desprotegidos e com incompleta formação intelectual e física, o direito à vida, à saúde, ao lazer, à liberdade, ao respeito, à dignidade, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 (art. 227).

³⁰⁸ Convém indicar, na oportunidade, interessante medida adotada pela Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região, que, diante da abertura de vários inquéritos civis relativos à alocação de mão-de-obra dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, veiculou em quatro jornais de grande circulação matéria jornalística, estimulando a contratação de minusválidos. Com isto, tentava despertar a sociedade em geral a consciência e relevância que o tema enseja.

³⁰⁹ BRASIL. **Atividades do Ministério Público do Trabalho para a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho**. Brasília, 2000, p. 54.

³¹⁰ Para conferir as atividades e os locais que são considerados perigosos e insalubres para o trabalho do menor de 18 anos, vide a Portaria do MTE nº. 13/2001.

Por certo, a exploração da mão-de-obra infantil é um fenômeno histórico ainda não superado pela humanidade. Embora, atualmente, fatores conjunturais diversos o condicionem, verifica-se a manutenção de um degradante sistema que amplia a desigualdade e a exclusão social. As crianças, pelo baixo poder reivindicatório, auferem salários menores e não se impressionam com os riscos das condições de trabalho. De outro lado, apresentam uma produtividade pelo menos igual à do adulto para os serviços, em geral desqualificados, que lhes são oferecidos³¹¹.

No caso de descumprimento da legislação de aprendizagem, o MPT poderá utilizar-se de instrumentos jurídicos já indicados anteriormente, quais sejam: a formalização de Termos de Ajustamento de Conduta, instaurar inquérito administrativo e ação civil pública.

4.5.2 O papel do Poder Judiciário

Difícilmente a lei atingiria seus fins e teria a possibilidade de ser efetiva se o Poder Judiciário não atuasse para efetivá-la quando da solução dos conflitos, dirimindo os litígios que derivem da imposição de contratar certos trabalhadores.

O juiz, como agente do Estado, concretiza o trabalho do legislador. Como bem salienta o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “a lei só estará concretizada quando interpretada e aplicada ao caso concreto”³¹². Neste prisma, verifica-se a importância do papel do poder judiciário na efetivação das leis que impõem a admissão forçada de pessoas portadoras de deficiência, de aprendizes, de farmacêuticos, entre os demais casos analisados ao longo desta pesquisa.

Quando apresentados conflitos decorrentes da legitimidade das leis que determinam a contratação trabalhista compulsória, do descumprimento dos dispositivos legais atinentes a tal matéria, bem como da falta de políticas públicas necessárias para a efetivação de direitos sociais propugnados por tais admissões forçadas, o Poder Judiciário deve estar atento aos objetivos, particularmente, sociais preconizados com tal obrigação e impor que o Estado-Administração saia de sua inércia obsoleta.

Isto porque, o juiz não é mais concebido como mero aplicador da lei. Ele é seu intérprete e responsável pela concretização das normas, quer estejam albergadas no bojo da

³¹¹BRASIL. Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região. **Atuação do Ministério Público do Trabalho na Erradicação do Trabalho Infantil e Regularização do Trabalho Adolescente**. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 03 jul 2009.

³¹²DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A decisão judicial**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 24-42.

Constituição, quer estejam nas leis que complementam os direitos e as garantias que são por ela previstas.

E a atuação do Judiciário se mostra mais expressiva diante da concretização de direitos fundamentais sociais, que, em grande parte, são revestidos por normas programáticas, portanto de eficácia limitada, já que requerem para sua satisfação um agir positivo do Estado e demandam determinados custos – que, na ótica dos governos, as limitações orçamentárias não conseguem cobrir plenamente.³¹³

O Judiciário não pode omitir-se ao examinar casos que atingem direta e diuturnamente interesses dos indivíduos e da sociedade em geral sob o pálio de se tratarem de ações políticas (ou discricionárias) da Administração Pública.

Nesse sentido, atualiza-se a arcaica e liberal interpretação do princípio da separação de poderes, que confere ao Judiciário o singelo papel de conformador da lei, sem conferir-lhe uma atuação positiva em prol da concretização de direitos não contemplados satisfatoriamente pelo Estado.

Quando o Estado se queda inerte diante de um dever constitucionalmente imposto, como o é de garantir a saúde, a educação de qualidade, o direito ao trabalho, a promoção do pleno emprego, cabe ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister conferido pela Carta Magna, o controle da comentada omissão.

Sobre o assunto, registre-se trecho do voto do Eminentíssimo Ministro do STF Celso de Mello, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-5:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em

³¹³ Outras razões orientam para um novo papel assumido pelo Judiciário numa época denominada de pós-positivista - quando as soluções encontradas pelo intérprete para o alcance de interesses buscados pela sociedade não hão de se resumir apenas às regras. Para compreender os difíceis casos que surgem para a apreciação do Judiciário, especialmente quando se trata de apresentar decisões racionais por meio de princípios, não é algo fácil. Diante da dificuldade de tal tarefa, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, “jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, com a finalidade de conceber um modelo de tomada de decisão judicial alicerçado na idéia de minimização de erros e em conceitos de regras e princípios e argumentos de princípio e de política. Esse modelo de juiz, embora fictício, traz importantes reflexos na aplicação do princípio da equidade, na perspectiva pós-positivista. Isto porque, mencionado princípio é cabível nos casos em que o ordenamento jurídico não oferece solução, devendo o juiz se socorrer de um senso de equidade, isto é, de valores, de princípios, enfim, de uma justificação racional, mas com intenso teor axiológico. Permite-se, assim, que as decisões não estejam fundadas apenas na lei. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165).

descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível.

Saliente-se que mencionada atuação judicial não está a indicar a invalidação das opções do legislador ou do administrador público ou, ainda, que deva substituí-los num contexto que, em um Estado Democrático de Direito com separação de poderes, a justiça não pode disputar. Ao contrário, importa que o Poder Judiciário deve assumir sempre a plenitude da margem de intervenção que lhe cabe na garantia dos direitos fundamentais.³¹⁴

Impende ressaltar que não se afigura plenamente inadmissível o poder judiciário definir políticas públicas destinadas à concretização de direitos sociais. Isto porque, no atual contexto democrático de Estado que vivenciamos, tem-se indubitosa a competência de indicado poder para controlar a legalidade de atos da Administração, quer sejam eles vinculados quer sejam discricionários, ressaltando-se que não se pode adentrar no mérito dos mesmos.³¹⁵

Por oportuno, a respeito da discricionariedade da administração das políticas públicas, impende registrar o pensamento de Luíza Cristina Fonseca Frischeisen:

As leis que integraram as normas constitucionais da ordem social regulam a própria discricionariedade do administrador, apontando-lhe a melhor solução para atender a finalidade constitucional. A Administração está também adstrita ao princípio da razoabilidade, pois o efetivo exercício dos direitos sociais não pode ser postergado por sua inação ou ação que contrarie os ditames constitucionais e legais. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.³¹⁶

E conclui a citada autora:

Na consecução das políticas Públicas decorrentes da Constituição Federal, a margem de discricionariedade do administrador, é mínima, pois os limites já foram postos pela própria Carta Magna e normas infraconstitucionais integradoras. [...] A atuação do Judiciário no controle da discricionariedade da Administração e de interpretação

³¹⁴ Nesse sentido, conferir: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** Trunfos da maioria. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

³¹⁵ Sobre o assunto, João Luiz M. Esteves defende que é possível por meio da atividade do Poder Judiciário a redefinição de políticas públicas mediante provocação adequada do Estado-juiz. Isso se daria mediante decisão que, ao reconhecer a omissão constitucional, o Judiciário dispusesse sobre a matéria até que a legislação fosse suprida e fixasse prazo para que o órgão inadimplente cumprisse um mandado constitucional, e também mediante a expedição de comandos normativos que vigorassem até o pronunciamento objetivo do poder inoperante no cumprimento da Constituição. ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Método, 2007, p. 79-80.

³¹⁶ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas públicas:** a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 95.

das normas constitucionais não significa usurpação de funções do administrador ou do legislador.³¹⁷

Não se podem subsistir Estados democráticos e de direito sem a promoção de iguais oportunidades a todos no acesso aos bens primários da coletividade, especialmente através de medidas judiciais assecuratórias. Mesmo diante de omissões por parte do legislador ordinário ou de condições favoráveis, deve-se garantir um padrão elementar de dignidade.

Não se está a ferir a cláusula de separação de poderes, mas “exercendo uma interpretação consentânea com os ditames da justiça social, dentro de uma orientação voltada para a hermenêutica do “objetivismo atualista” e do valor normativo dos princípios”.³¹⁸ Quando se revelar precária ou insuficiente a prestação concreta de serviços públicos essenciais, os tribunais devem corrigir tal falha, “em face da necessária conjugação de democracia, desenvolvimento e direitos humanos.”³¹⁹

Entre os poderes, não há um isolamento, um exclusivismo, mas sim uma interdependência, a demonstrar que todos atuam em harmonia na busca da concretização do bem público.

Diante de casos que versem acerca da discussão acerca da contratação das pessoas portadoras de deficiência, deve o judiciário buscar promover a mais ampla proteção a estes indivíduos, tão discriminados e marginalizados pela sociedade. A reserva de vaga nas empresas deve ser sempre compreendida como meio pelo qual os minusválidos possam atingir uma existência mais digna.

Os aprendizes deverão também ser cercados da proteção judicial, com vistas a garantir que o aprendizado realmente sirva como capacitação profissional, e não como forma para os empresários angariarem mão-de-obra mais barata. Outrossim, deve-se garantir que as atividades que desempenhem nas empresas não lhe sejam ofensivas a sua formação física, biológica e intelectual.

A contratação de farmacêuticos, de químicos, de engenheiros e de nutricionistas em programas de alimentação governamental voltados aos trabalhadores deverá receber atenção especial do poder judiciário, na medida em que o irregular exercício de tais profissões implicam em sério risco à saúde e ao bem-estar da sociedade.

³¹⁷ Op. cit, p. 146 e 149.

³¹⁸ TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 198.

³¹⁹ TAMER, Sergio Victor. Op. Cit., p. 199.

Deve o judiciário atentar para que o fato de o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Assim, quando o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, incidindo, por tal via, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional,³²⁰ deve o Poder judiciário impor prestação positiva ao Estado, quando este se queda inerte na efetivação, principalmente, de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Nesse sentido, também já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45-9/DF. Na oportunidade, ponderou-se que muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido

se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Os direitos sociais, por apresentarem caráter programático, não têm o condão de transformar o dever constitucional, imposto ao Poder Público, das três esferas da federação, em faculdade funcional. Averbese-se, neste sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, empossado no RE-AgR 271286/RS:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

³²⁰ RE 271286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000.

Ressalte-se que o Estado-juiz não estará, na hipótese, a proferir decisões cujo teor impliquem em situações injustas, na medida em que protejam a contratação de determinados profissionais. Está-se apenas a garantir a execução das leis que impõem a contratação de químicos e de farmacêuticos como forma de melhor atender ao interesse público.

A inobservância das leis que tratam sobre o assunto consiste em ilegalidade, cabendo, pois, ao Judiciário o seu controle através dos instrumentos legais disponíveis. Neste prisma, defende o administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo,³²¹ *verbis*:

O interesse público, fixado por via legal, não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um “problema” da administração, impõe-se como obrigação indiscutível.

Espera-se, assim, que o Judiciário esteja sempre consciente da função social que é revestido e nada ceda a pressões escusas, que almejam apenas satisfação de interesses meramente individuais.

4.6 Outros instrumentos de proteção do trabalhador e de controle das contratações compulsórias

Deve-se salientar, também, a relevância dos órgãos de fiscalização das profissões, dos sindicatos, e dos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego. Tratam-se de instituições que não atuam somente em benefício da categoria a que estão empenhados em defender (no caso, dos sindicatos e órgãos de classes) ou do cumprimento da legislação trabalhista (no caso do MTE), mas, também, atuam em prol da própria sociedade.

Os órgãos de fiscalização de profissões (os conhecidos “conselhos de profissões”) atuam fortemente nas vistorias das empresas, ocasiões em que se observa se as atividades específicas dos profissionais sejam, de fato, exercidas pela categoria legalmente habilitada.

Sobre tais órgãos, a Lei nº. 9649/98 confere-lhes natureza privada e não mais autárquica, integrante dos órgãos da administração pública. Veja-se o que dispõe referida legislação:

³²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 29.

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no caput.

Diante do exercício ilegal de profissões ou, ainda, da irregularidade da empresa, que não contratam profissionais competentes para administrar as atividades que desempenham, os conselhos de profissões poderão autuar estabelecimentos e aplicar multas. Sendo, por vezes, penalidade bastante onerosa, os empresários tendem a se adaptar aos mandamentos legais. Do contrário, são acionados em juízo para solucionar os impasses que possam vir a surgir quando do cumprimento das leis.

Os órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego são, ademais, outro instrumento de controle e fiscalização dos casos de contratação trabalhista compulsória que sejam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Suas atividades fiscalizatórias são desempenhadas pelas Superintendências Regionais de Trabalho e Emprego (antigas Delegacias Regionais do Trabalho), através dos auditores do trabalho, a quem cumpre realizar a inspeção nas empresas.

A inspeção do trabalho é uma atividade estatal desempenhada por agentes revestidos de poderes especiais para exercerem atividades de cunho preventivo e repressivo,

objetivando a efetiva obediência às normas trabalhistas e a melhoria das condições do trabalhador.

Sua fundamentação legal é inicialmente encontrada na Constituição Federal de 1988:

Art. 21. Compete à União

[...]

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

Sobre a matéria, a CLT prescreve:

Art. 626. Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Parágrafo único - Os fiscais do Instituto Nacional de Seguridade Social e das entidades paraestatais em geral, dependentes do Ministério do Trabalho, serão competentes para a fiscalização a que se refere o presente Art., na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho.

Saliente-se, outrossim, que a matéria também foi objeto de regulamentação pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Convenção nº. 81 da OIT elenca, em linhas gerais, os objetivos a serem atendidos pela inspeção do trabalho:

- a) assegurar o cumprimento das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão;
- b) fornecer informações e conselhos técnicos aos empregadores e trabalhadores sobre os meios mais eficazes de observar as disposições legais;
- c) levar ao conhecimento da autoridade competente as deficiências ou os abusos que não estão especificamente compreendidos nas disposições legais existentes.

Prescreve ainda referida Convenção que os Auditores-Fiscais do Trabalho estão autorizados:

- a) a penetrar livremente e sem aviso prévio, a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer estabelecimento submetido à fiscalização;
- b) a penetrar durante o dia em todos os locais que eles possam ter motivo razoável para supor estarem sujeitos ao controle da fiscalização;
- c) a proceder a todos os exames, controles e inquéritos julgados necessários para assegurar que as disposições legais são efetivamente observadas, podendo interrogar, seja só ou em presença de testemunhas, o empregador ou o pessoal do estabelecimento sobre quaisquer matérias relativas à aplicação das disposições legais, pedir vistas de todos os livros, registros e documentos prescritos pela legislação relativa às condições de trabalho, retirar ou levar para análise, amostras de

materiais e substâncias utilizadas ou manipuladas, contando que o empregador ou seu preposto seja advertido dessa retirada.

Desta feita, através da inspeção por auditores-fiscais poderão as empresas, caso funcionem contrariamente às leis do trabalho, serem autuadas e penalizadas com a aplicação de multas, além de outras penalidades previstas pelo legislador.

Por fim, cabe destacar o papel dos sindicatos dos empregados como importantes instrumentos de controle dos casos em que a lei impõe compulsória contratação.

Mesmo quando atuam na luta pelos interesses dos trabalhadores, os sindicatos exercem relevante papel em prol do interesse da sociedade, exigindo que as atividades que demandem necessidades coletivas (como as áreas ligadas à saúde, a educação, à segurança, por exemplo) estejam sendo desempenhadas pelos trabalhadores que a lei confere o exercício.

Destaque-se que as convenções e os dissídios coletivos serão utilizados por tais associações para adequar os interesses entre a classe trabalhadora e os empresários, dirimindo controvérsias e conflitos que, com grande frequência, apresentam-se na relação empregatícia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do tema, resultado de discussões com o professor Gérson Marques, ainda durante a graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará, não se mostrou, num primeiro instante, num assunto que tivesse grandes discussões a serem abordadas. Acreditava-se, ao contrário, que seria um estudo sucinto e que logo seria concluído. Na oportunidade, não se tinha noção da complexidade do assunto.

À medida que foram sendo estudados quais eram os casos de contratação compulsória no Direito do Trabalho, percebeu-se o quanto o tema era interessante e quantas questões jurídicas estavam relacionadas.

A ideia inicial sobre os temas que seriam examinados ainda quando da elaboração da monografia, que contava com o estudo de apenas três casos, logo se expandiu, vindo a abranger a necessidade de serem analisadas, também, outras situações em que se constatava a admissão forçada. No fim, foram objetos de estudo seis casos, restando, ademais, a certeza de que muitos outros existiriam.

O interesse surgido com o trabalho de conclusão de curso motivou a continuidade dos estudos, que seriam conduzidos ao longo do mestrado. Em dois anos de pesquisa, outros temas foram reunidos e mais dois casos de contratação trabalhista compulsória foram estudados, embora com menor profundidade.

A análise do material doutrinário, jurisprudencial e, ainda, das legislações pátrias relacionadas ao assunto em discussão, evidenciou que, de fato, existem situações em que o Poder Público suprime a esfera de liberdade do empregador de escolher quem este deva contratar ou não em sua empresa. Ele impõe que determinados trabalhadores, diante de fundamentos específicos, sejam admitidos pelas empresas.

Há, realmente, à luz das legislações trabalhistas analisadas, casos em que a contratação é forçada, a despeito de o vínculo trabalhista possuir natureza contratual, o que conduziria, *a priori*, o empregador a possuir autonomia para empregar quem melhor se adequasse ao perfil de sua empresa.

Inúmeros fatores contribuíram para a imposição de tal forma de admissão de certos trabalhadores. Primeiramente, devem ser consideradas as mudanças na teoria geral dos contratos. As transformações ocorridas no âmbito do contratualismo permitiram que o Estado

pudesse impor limites à liberdade dos contratantes. A autonomia contratual não é mais vista sob a perspectiva liberal em que foi inicialmente concebida.

A ampla autonomia de celebrar negócios, sem qualquer interferência estatal, com a manifestação sagrada e intocável da liberdade das partes, foi revista com as restrições trazidas pela prevalência da ordem pública e pela crescente intervenção do Estado na economia dos contratos. Reduziu-se, sensivelmente, o campo de liberdade de contratar, na proporção em que o legislador entendesse conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública. Os interesses mais gerais passam a se sobrepor a particulares.

Às partes, não é conferida a liberdade absoluta de firmar negócios jurídicos. Ela passa a ser limitada, quando o Estado buscou, nas relações privadas, amenizar as situações de injustiça e desequilíbrio contratual que surgiram com o exacerbado sentimento individualista dos séculos XVIII e XIX.

Com a presença do ente público nos contratos, dirigindo sua forma e conteúdo, modificando o que as partes contratam, com vistas a encontrar o justo equilíbrio, a autonomia da vontade passou, na atualidade, a ter papel reduzido. A lei regulamenta a liberdade de contratar, de modo que os contratos possam atender melhor os interesses sociais.

Referidas mudanças também se refletiram nos contratos de trabalho. Apesar de formuladas diversas teorias sobre a natureza da relação empregatícia, prepondera o entendimento que defende que o vínculo entre empregado e empregador seja uma relação jurídica do tipo negocial, na medida em que decorre da vontade dos celebrantes.

No âmbito do direito do trabalho, a liberdade se expressa de modo diverso que nos demais ajustes do direito privado. O trabalhador pouco ou nada discute sobre as condições em que prestará serviços ao empregador, sendo livre tão somente quando aceita o trabalho que lhe é oferecido.

Ao empregador é conferida a prerrogativa de escolher quem contratar e de fixar as condições em que os serviços serão prestados. Mesmo com a caudalosa influência do Estado, elencando direitos mínimos ao obreiro, que não podem ser suprimidos pelo empregador, há uma margem de autonomia nos contratos trabalhistas.

Apontou-se, neste estudo, que até referida autonomia é, por vezes, reduzida diante de situações em que o Estado impõe a admissão de determinados trabalhadores. As transformações ocorridas no âmbito da teoria dos contratos propiciaram admitir a possibilidade de uma liberdade menos ampla.

Não se deve olvidar que as mudanças sobre os limites e a extensão da autonomia fazem parte de um processo de constitucionalização do direito privado. Após a Constituição

Federal de 1988, o contrato, assim como demais institutos (como a propriedade), passa por um inegável processo de humanização, deixando para o passado a possibilidade do mais forte e poderoso subjugar o mais fraco, impondo cláusulas leoninas e condições injustas.

O contrato passou a ter papel social, o que indica dizer que a liberdade de contratar pode ser limitada quando se visa atender um interesse geral. Ele não serve apenas como instrumento de circulação de riquezas, mas de desenvolvimento social.

Os valores preconizados pela Constituição refletem-se ao longo do ordenamento jurídico, dirigindo os novos valores que devem construir a convivência coletiva. O direito civil (e demais ramos jurídicos) passa a incorporar valores existenciais como prioritários, relegando a plano inferior a lógica produtivista e empresarial (patrimonial). A tutela do indivíduo e a do patrimônio cederam espaço à proteção da dignidade da pessoa humana.

É, pois, com base na incidência de princípios constitucionais na normativa civilística que se abre a possibilidade de reestruturação de conceitos privados sob a ótica da pessoa humana, sua personalidade e de seu livre desenvolvimento.

Para admitir a existência de contratações trabalhistas compulsórias não basta, porém, analisar a matéria tão somente sob o plano contratual. Um contexto muito maior e mais complexo se apresenta e deve ser considerado. A obrigatoriedade das contratações conflita, à primeira vista, com princípios da liberdade, da propriedade, da livre iniciativa.

Nesse sentido, tentou-se apresentar, ao longo do segundo capítulo, como o papel do Estado e sua ingerência nas relações privadas permitem que o ente público insira-se nos contratos de trabalho impondo que o empregador deva admitir determinados trabalhadores, nos termos e condições que estipula.

A reformulação do papel do Estado, que, durante o Liberalismo, apenas se incumbia de garantir a liberdade dos indivíduos, que deveriam agir com ampla autonomia, segundo seus interesses, passa, na Democracia de Direito, a representar os anseios de uma coletividade, marca a mudança de valores presentes na sociedade.

Os bens, a propriedade, o contrato devem ser utilizados em prol da coletividade. Sua exploração deve favorecer o bem-estar, e o Estado se apresenta para atingir referido interesse.

Reconhece-se que o ente estatal adotou diversas posturas e, hodiernamente, está vocacionado a minimizar as desigualdades, promover o bem estar de todos, garantindo condições mínimas de existência aos indivíduos. Ele está empenhado em assegurar direitos e bens que garantam a dignidade de todos os cidadãos.

E, quando alguns direitos sociais e demais garantias individuais somente são alcançados através da imposição de contratação compulsória de trabalhadores, não restam dúvidas de que o Estado não poderá se manter inerte. A função que exerce na concretização de direitos constitucionais permite que possa obrigar o empregador a admitir certos empregados.

Ao lado do papel do Estado contemporâneo na concretização de direitos fundamentais, buscou-se encontrar as razões que o impulsionaram a tal imposição, bem como analisar se os meios utilizados pelo legislador foram os mais adequados e necessários para alcançar os fins pretendidos nesses contratos. Isto porque é indubitável que resiste uma tensão entre diversos direitos fundamentais, como o direito à liberdade, o direito à propriedade, o direito à igualdade, o direito ao mínimo existencial, o direito à segurança.

Neste trabalho, foram destacadas duas justificativas. Uma, está relacionada à necessidade de se garantir reserva de mercado para trabalhadores que, por se encontrarem em situações peculiares, dificilmente, sem a imposição estatal, as empresas os contratariam.

A outra justificativa está vinculada à garantia do bem-estar da coletividade, na medida em que certas atividades, por exigirem conhecimento específico e estarem atreladas a valores essenciais, como a vida, a segurança, a educação, a liberdade de informação, devem ser desempenhadas por profissionais habilitados técnica e legalmente.

Inseriu-se, ainda, um tópico, onde se questionou a possibilidade de haver outro fundamento, relacionado também à proteção do trabalhador, mas, agora, não para lhe reservar vaga no mercado de trabalho, e sim com o propósito de qualificá-lo, propiciando a formação necessária para alcançar um emprego. Optou-se, assim, por manter apenas dois fundamentos, já que este terceiro, na verdade, seria uma situação abrangida na primeira justificativa.

Verificou-se que as contratações trabalhistas compulsórias fazem parte de um contexto de garantia, por parte do Estado, com o auxílio das empresas, de direitos fundamentais sociais. A realização desses direitos vai desde a promoção do trabalho, do pleno emprego e do próprio direito ao trabalho, do acesso às condições mínimas para viver com dignidade, do direito à saúde, do direito a uma educação de qualidade, da livre e boa informação, até a proteção e a segurança da sociedade como um todo.

O esforço do legislador em busca da efetividade de direitos fundamentais sociais não põe, em absoluto conflito, demais interesses e direitos de que é titular a iniciativa privada. Tenta-se harmonizar, ao máximo, os princípios em tensão, conciliando-os, e, apenas quando a situação exige, sacrifica-se um, deixando de ter o outro princípio prioridade (balanceamento).

Sustenta-se que a solidariedade deve presidir as relações na sociedade. A vida coletiva exige ajuda e cooperação mútua entre os indivíduos em prol da justiça social. Não se aceita mais o individualismo no contexto dos direitos fundamentais.

As empresas, inclusive, devem manter uma função social, o que lhes exigem um papel ímpar na sociedade. O estabelecimento empresarial não deve se restringir a atividades de troca, de apropriação de bens, voltado apenas à intensificação da produtividade e ao acúmulo crescente de lucros, sem se preocupar com a coletividade na qual está inserido.

A propriedade é revista e está ligada a três ideias centrais: o bem-comum, a participação e a solidariedade. É permeada de uma função socializante, que expressa uma atuação promocional por parte do proprietário, que deve guiar suas atividades não apenas em proveito egoístico, mas, principalmente, em busca de alcançar o bem-estar coletivo.

Defendeu-se, ainda, que as contratações trabalhistas compulsórias não mitigam a iniciativa privada, dentro do contexto em que se insere a ordem econômica na Constituição de 1988. O trabalho humano e a livre iniciativa são tidos como valores que caminham junto e não em desarmonia, com o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social. O elemento “trabalho”, exaltado pelas admissões forçadas, é compatível com as diretrizes consignadas nos artigos. 170 a 192 da CF/88.

O conjunto de todos esses fatores forma o contexto em que se insere a contratação compulsória, reunindo os elementos fáticos e jurídicos que sustentam o argumento levantado no início do trabalho. Através do estudo firmado nos dois primeiros capítulos, pode-se constatar a possibilidade de o Estado instituir a obrigatoriedade na admissão de trabalhadores.

Embora se questione a adequação de tais atos legislativos aos fins expressos ou implícitos que abrangem, indagando-se a necessidade de editar leis que imponham a obrigação de contratar determinados empregados, pode-se constatar, diante das dificuldades de concretização e de eficácia da legislação, particularmente das que imponham obrigações, limitando significativa parcela da liberdade do particular, que a forma eleita pelo legislador foi a mais gravosa.

A adoção de contratos compulsórios apresenta-se como medida que consegue ponderar interesses diversos, mantendo o equilíbrio entre o capital e o trabalho. Afinal, as admissões não representam tão somente benefícios aos trabalhadores, mas, ainda, à sociedade com um todo e, certamente, ao grupo de empresários.

No terceiro capítulo, dedicou-se ao exame de oito casos, que se referem a contratações que envolvem maior repercussão social, quais sejam: a pessoa portadora de deficiência (Lei nº. 8213/91, art. 93), o aprendiz (art. 429, CLT), o farmacêutico (Lei nº.

3820/60, art. 24; Lei nº. 5991/73), o químico (art. 335, CLT), o professor com titulação de mestre ou doutor (Lei nº. 9.394/96, art. 52; Decretos nº. 5.786/2006 e 5.773/2006), os jornalistas (Decreto 972/69, art. 4º), e, ainda, o engenheiro (lei nº. 5.194/66, art. 59 a 61) e o nutricionista no Programa de Alimentação do Trabalhador (Portaria do Ministério do Trabalho nº. 03/2002, § 11 e 12).

Em cada situação, foram exploradas diversas legislações que determinavam a admissão dos profissionais referidos, destacando-se o aspecto compulsório que se apresenta na formação dos contratos de trabalho de tais trabalhadores. A previsão de multas, estipuladas em todos os casos, para aqueles que inobservarem os comandos legais, apenas reforçou o argumento de que existe a obrigatoriedade de contratação.

Ressalte-se que o presente estudo, embora tenha sido aperfeiçoado e aprofundado, abordando diversas questões relacionadas às contratações compulsórias, não se elencaram todas as hipóteses de admissão obrigatória presentes na legislação pátria. Como anteriormente indicado, poderão, decerto, surgir muitos outros casos, o que não compromete o ora debatido, já que se trata apenas de rol meramente exemplificativo.

Apenas como indicativo, quando se deram por encerradas as pesquisas, em novas consultas a recursos da internet, teve-se acesso, ainda, a notícia de que o Estado de São Paulo iria exigir a contratação de ex-detentos. Os órgãos estaduais paulistas poderiam cobrar das empresas contratadas para prestar serviços públicos que 5% do número total de vagas sejam preenchidas por detentos e ex-detentos.

O programa, inspirado no projeto “Começar de novo”, do CNJ, objetiva estimular a inclusão na sociedade e no mercado de trabalho de egressos das penitenciárias paulistas e da Fundação Casa. Chamado de Pró-Egresso e Pró-Egresso Jovem, conta com a parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e as secretarias estaduais do Emprego e Relações do Trabalho, da Administração Penitenciária e da Justiça e da Defesa da Cidadania, por meio da Fundação Casa.

A cota para detentos será imposta pelos órgãos estaduais ao contratarem obras ou serviços que necessitem de, pelo menos, 20 trabalhadores. A exigência é que a empresa destine até 5% das vagas aos egressos do sistema penitenciário. Quando forem necessários entre seis e 20 trabalhadores, a empresa contratada deverá destinar pelo menos uma vaga a ex-detentos. Para até cinco trabalhadores, a contratação será facultativa.

Pelo programa, serão beneficiados ex-detentos que saíram do sistema carcerário há, no máximo, um ano, ou que estejam em liberdade condicional; os que cumpriram pena e estão em liberdade há mais de um ano; os detentos que cumprem pena em regime semi-aberto

ou aberto; os que foram beneficiados pela suspensão condicional da pena; os que foram condenados a penas alternativas; os anistiados, agraciados, indultados e perdoados judicialmente e adolescentes que estejam cumprindo ou já cumpriram medida sócio-educativa na Fundação Casa.

Por ter tido acesso ao caso em momento posterior e, considerando que já haviam sido discutidos oito, optou-se, por questões metodológicas, não inserir a questão da contratação de presos. A hipótese reforça o argumento de que existem muitos outros casos de admissões compulsórias e que apenas alguns foram examinados. Para não deixar, no entanto, o leitor à margem de tal caso, inseriu-se a minuta do Decreto regulamentando a matéria no Anexo A.

Ao final, no quarto capítulo, procurou-se identificar o plano fático das contratações compulsórias, identificando se os preceitos legais conseguiram atingir seus fins na realidade. Estudaram-se os principais desafios que se impõem ao efetivo cumprimento das leis que tratam acerca das admissões forçadas de trabalhadores.

Mesmo com políticas de incentivo, muitas das vezes com redução de tributos, e demais esforços por parte do Estado, não são suficientes para superar os gastos envolvidos para que as empresas se adequem à legislação. Sempre há, por parte do empresariado brasileiro, uma justificativa imperiosa que obsta a observância da lei.

A tal fato, somam-se outros, que vão desde a efetividade e juridicidade dos direitos sociais, que ainda possuem um conjunto de dificuldades não equacionadas, tanto de ordem teórica, tanto de natureza técnico-jurídica; o reconhecimento da constitucionalidade do sistema de cotas, a falta de amadurecimento das empresas, que não compreendem a extensão do papel social que possuem; até a implementação de programas sociais do Estado e da dificuldade de fiscalização do cumprimento das cotas, dentre outras problemáticas apontadas.

Seria interessante analisar, na oportunidade, a perspectiva do empregador frente à limitação de sua liberdade na contratação de seus funcionários, como a empresa aloca os indivíduos que são admitidos por imposição do Estado, qual a visão dos trabalhadores que recebem a proteção da lei, mediante a coleta de dados estatísticos e outros recursos – o que poderia auxiliar, inclusive, na apresentação de eficientes soluções e propostas voltadas a contornar as dificuldades que foram apontadas ao longo do trabalho.

A despeito da imposição legal e da previsão de penalidades aos que descumprirem o texto legal, os fins almejados com referida compulsoriedade não seriam satisfatoriamente atingidos se não se pudesse contar com a atuação de instrumentos de proteção do trabalhador

e de controle das contratações acima elencadas, dentre os quais se destacou o Ministério Público, os órgãos de fiscalização de profissão, os agentes fiscais do Ministério do Trabalho, os sindicatos e, ainda, o poder judiciário.

Aliás, importante destacar que a efetividade das leis que determinam a reserva de mercado para deficientes e as que determinam a execução de certas atividades por profissionais capacitados muito se deve ao papel desempenhado pelo Ministério Público, comprometido com os interesses da coletividade e com a consecução de uma vida digna para aqueles que apresentam uma debilidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. **Evolução Constitucional do trabalho na ordem econômica jurídica brasileira**. 2010 *In* CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Fortaleza. **Anais eletrônicos**. Manaus: CONPEDI, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Brasileiro: Introdução**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ANTUNES, Ricardo. A desconstrução do trabalho e a perda de direitos sociais. Ricardo Antunes. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (coord.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. LTr: São Paulo: 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de nov 2010.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BATUÍRA, Marcelo. O trabalho infantil sob nova perspectiva. In **Suplemento Trabalhista 139/98.** São Paulo: LTr, 1998.

BERCOVI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento.** Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIAGI, Claudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira.** Porto Alegre: SAFE, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia e as lições dos clássicos.** BOVERO, Michelangelo (org.). Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Da estrutura à função.** Trad. Daniela Beccaria Verisiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do país Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional.** São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Atividades do Ministério Público do Trabalho para a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho.** Brasília: 2000.

_____. Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região. **Atuação do Ministério Público do Trabalho na Erradicação do Trabalho Infantil e Regularização do Trabalho Adolescente.** Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 03 dez 2009.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos la. **Estados Liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1153.

CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. **As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação de mercado de trabalho no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho.** Niterói: Impetus, 2008.

Castro, Reginaldo. **Reprovação record envergonha educação brasileira.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 jul 2011.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1983.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CLÉVE, Clérmerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano I, dezembro de 1997.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2008.

DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A decisão judicial**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9925>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIA, José Eduardo. O Ensino Jurídico. In: MACIEL, Getulino do Espírito Santo; ENCARNÇÃO, João Bosco (org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral Editora, 1995.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: SAFE, 1996.

FERRAES, Alide Marina Biehl et al. **Medicamento, farmácia, farmacêutico e o usuário: novo século, novas demandas.** Disponível em: <<http://www.ccs.uel.br>>. Acesso em 02 jul. 2010.

FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elisabeth Alice Barbosa Silva de. **O conceito da pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho.** 2010 *In* CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos.** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 1998.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada.** Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editora Comares, 2001.

FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006.

_____. **O Trabalho protegido do portador de deficiência.** Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

FURTADO, Emanuel Teófilo. **O norteamo da alteração do contrato de trabalho pelas razões de ordem pública.** 129f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1994.

_____. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. *In: Revista de Direito do Trabalho.* Ano 32 jan-março de 2006. P. 29 a 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Vol IV . 5 ed. São Paulo: Saraiva 2009.

GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, jun., 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigod/artigod.asp?codigo=33> Acesso em: 23 out 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUGEL, Maria Aparecida. **O trabalho do portador de deficiência**. Disponível em: <www.pgt.mpt.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **A Constituição Concretizada: Construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LIMA, Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima. **Limitações da formação jurídica: da necessidade de um ensino crítico e humanista**. 2009 *In* CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos**. Fortaleza: COMPENDEI, 2009. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 19 jun 2010.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho.** Anotações à lei nº. 9.029/95, em confronto com as leis nº. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Os valores sociais do trabalho: entre o interesse empresarial e os direitos fundamentais do trabalhador. A contribuição da hermenêutica constitucional. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de, et al. **Repensando a doutrina trabalhista: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo.** São Paulo: LTr, 2009.

_____. **O professor no direito brasileiro:** orientações fundamentais de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

_____. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.** Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito privado.** In jus navigandi, n. 33. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=507>>. Acesso em: 20 ago 2010.

_____. Ensino Jurídico: realidade e perspectivas. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In **Ensino Jurídico OAB:** balanço de uma experiência. Brasília: OAB, 2000.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos fundamentais como limites do poder de legislar.** Porto Alegre: SAFE, 2001.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A luta do direito contra a discriminação do trabalho.** Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 20 ago 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** São Paulo: UNESP-FHDSS, 2005.

MACIEL, José Alberto Couto. **Desempregado ou supérfluo?** São Paulo: LTr, 1998.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Herança liberal e tentação tecnocrática.** Fortaleza: Imprensa oficial do Ceará, 1982.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 2002.

MATIAS, João Luis Nogueira. **Regime jurídico privado e publicização** – Novos paradigmas para a velha dicotomia. DIMCE: Fortaleza, 2007.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. – 2. ed. – Brasília: MTE, SIT, 2007.

_____. **Prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao trabalhador adolescente**. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2004.

_____. Anuário Características do Emprego Formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – 2008. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>. Acesso em 23 out 2010.

_____. **Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT)**. Brasília: MTE, SIT, 2007.

_____. **Condomínio de empregadores**: um novo modelo de contratação no meio rural. Brasília: MTE, SIT, 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual** - A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Brasília: MTE, SIT, DEFIT, 2007.

MIRANDA, Daniel Gomes de. **Constitucionalização do direito e a função social do contrato e da propriedade na empresa**. 2010. 128f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza – CE, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3.ed., Coimbra Editora, 2000.

MONTEBELLO, Marianna. As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: **Revista de Interesse Público**, Ano VII, n. 29, Porto Alegre: Editora Notadez, jan/fev, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Sandra Helena Lima. O sonho não acabou: a incansável luta em busca da justiça social pelo trabalhismo. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de, et al. **Repensando a doutrina trabalhista: O neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo**. São Paulo: LTr, 2009.

MURICY, Marília. A crise da universidade pública e o ensino jurídico. In: **Ensino Jurídico OAB: balanço de uma experiência**. Brasília: OAB, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: Trunfos da maioria**. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OAB. **Exame de Ordem em São Paulo reprovou 86,68% dos candidatos**. Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, 08 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia>> Acesso em: 13 mar 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **O papel do farmacêutico no sistema de atenção à saúde**: Relatório do Grupo Consultivo da OMS: Nova Délhi, Índia: 13 – 16 de dezembro de 1988. **O papel do farmacêutico: assistência farmacêutica de qualidade: Benefícios para os governos e a população**: Relatório da Reunião da OMS: Tóquio, Japão: 31 de agosto – 3 de setembro de 1993. **Boas práticas em farmácia (BPF) em ambientes comunitários e hospitalares** / Organização Mundial da Saúde; Adriana Mituse Ivama (org); José Luis Miranda Maldonado (org). – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde: Conselho Federal de Farmácia, 2004.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (coord.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. LTr: São Paulo: 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A terceirização de serviços na ordem jurídica brasileira**. 197f. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático de princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 131, jul./set. 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: **Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord) **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

SANTOS, Eduardo Sens. **O novo código civil e as cláusulas gerais**: exame da função social do contrato. In: Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **O princípio da solidariedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Joyce Mary Adam de Paula. O perfil profissional do químico frente às novas realidades das organizações industriais. In: **Química Nova**, Fev. 2001, vol. 24, nº. 01, p. 135-142, ISSN 0100-4042. Disponível em: <www.scielo.org>. Acesso em 20 ago. 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÍMON, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e a tutela da pessoa portadora de deficiência. In: **Defesa dos Direitos das pessoas portadoras de deficiência**. ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

SOUSA, Hudson W. O., Jennyff L. Silva e Marcelino S. Neto. A importância do profissional farmacêutico no combate à automedicação no Brasil. In: **Revista Eletrônica de Farmácia**, vol. V (1), 62-72, 2008.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. **Perspectiva e aplicação de novos princípios do Direito Civil: da função social do contrato e da boa-fé objetiva**. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br/revista>>. Acesso em: 20 ago 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: SAFE, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Vicencia Barbosa de Andrade. **Os valores docentes do professor universitário do curso de direito**: limites e possibilidades no discurso e na prática docente. 253f. Dissertação – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

VENOSA, Sílvio. **Curso de Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. II. São Paulo: LTr, 1991.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de Trabalho com o Estado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

ANEXO A – Minuta do Decreto que determina a contratação de ex-detentos em São Paulo.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DO EMPREGO E RELAÇÕES DO TRABALHO

MINUTA

DECRETO Nº , DE DE DE 2.009.

Institui o Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário no Mercado de Trabalho – PRÓ-EGRESSO e dá outras providências.

JOSÉ SERRA, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, **DECRETA**:

Artigo 1º- Fica instituído o Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário no Mercado de Trabalho – PRÓ-EGRESSO, no âmbito do Estado de São Paulo, como parte do processo de reinserção social, de que trata o artigo 10, da Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1.984 - Lei de Execução Penal e respectivas alterações.

Artigo 2º- São beneficiários do Programa PRÓ-EGRESSO:

I – O egresso do sistema penitenciário, assim considerado para os fins deste decreto:

a) o que tenha sido liberado definitivamente, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da data da saída do estabelecimento prisional, conforme preceitua o inciso I, do artigo 26, da Lei de Execução Penal e respectivas alterações;

b) o que tenha cumprido sua pena integralmente há mais de 01 ano;

c) o desinternado nos termos do § 3º, do artigo 97, do Código Penal Brasileiro;

d) o que esteja no gozo do benefício de Livramento Condicional, durante o período de prova, nos termos do inciso II, do artigo 26 e artigo 131 e seguintes da Lei de Execução Penal e respectivas alterações e artigo 83 e seguintes do Código Penal Brasileiro e respectivas alterações;

II – o que cumpre pena em regime semiaberto ou aberto, nos termos do artigo 33 e seguintes do Código Penal Brasileiro e respectivas alterações c/c o parágrafo único, do artigo 19, § 1º, do artigo 82, artigos 89, 91 a 95 e 110 a 119, todos da Lei de Execução Penal e respectivas alterações;

III – o favorecido pela concessão da suspensão condicional da pena – *SURDIS*, regulada pelo artigo 77 e seguintes, do Código Penal Brasileiro e respectivas alterações e artigo 156 e seguintes, da Lei de Execução Penal e respectivas alterações;

IV – o condenado a penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 43 e seguintes, do Código Penal Brasileiro e respectivas alterações, ou, contemplado com o benefício da transação penal, oferecido e aceito conforme dispõe o artigo 76 e seus §§, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995 e respectivas alterações;

V – o anistiado, agraciado, indultado e perdoado judicialmente e os demais casos cuja punibilidade tenha sido declarada extinta nos termos do artigo 107, II a VI e IX, do Código Penal Brasileiro e respectivas alterações e artigos 187 a 193, da Lei de Execução Penal e respectivas alterações.

Artigo 3º- O PRÓ-EGRESSO consiste em ações conjuntas entre a Secretaria do Emprego e Relações de Trabalho (SERT) e a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), ambas do Governo do Estado de São Paulo, mediante:

I – capacitação em cursos e atividades de qualificação social e profissional;

II – alocação no mercado de trabalho por meio do aproveitamento das habilidades profissionais progressivamente desenvolvidas, ou daquelas criadas após frequência regular aos cursos de formação disponibilizados pela SERT;

III – estímulo à participação dos indivíduos tratados neste decreto, bem como da população carcerária, em atividades laborais que aproveitem suas habilidades pessoais, de maneira a contribuir com sua gradativa reinserção no meio social;

IV – acompanhamento pedagógico e psicossocial dos beneficiários das ações previstas neste decreto;

§1º- A SERT e a SAP poderão contar com o apoio e colaboração de outros órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta, no limite de suas respectivas esferas de competência, para atingimento do fim precípua a que se destina este programa.

§2º- Demais ações e forma de execução serão definidas em Termo de Cooperação a ser firmado entre a SERT e a SAP.

Artigo 4º- Para a consecução dos objetivos contidos neste decreto, é facultada, aos órgãos da Administração Direta e às entidades da Administração Indireta, nos editais que cuidarem de licitar obras e serviços, a exigência de que a proponente vencedora afete, para execução do contrato, vagas de trabalho aos beneficiários indicados no artigo 2º, da seguinte forma:

I – 5% (cinco por cento) das vagas para um contingente mínimo de 20 (vinte) trabalhadores;

II – 01 (uma) vaga, quando o mínimo de trabalhadores for 06 (seis) e o máximo 20 (vinte).

Parágrafo único- Na obra ou serviço que necessite para sua realização até 05 (cinco) trabalhadores será facultativa a contratação de que cuida o PRÓ-EGRESSO.

Artigo 5º- A relação de proporcionalidade entre as vagas afetadas aos beneficiários do PRÓ-EGRESSO e aquelas necessárias ao adimplemento do ajuste administrativo, nos termos do que dispõe o artigo 4º deste decreto, deverá ser mantida durante todo o tempo da execução do contrato, incluindo-se aí suas prorrogações, no limite determinado pela legislação.

§1º- Havendo demissão, nos casos de que cuida este decreto, a contratada deverá omunicá-la ao fiscal ou ao responsável pela gestão e acompanhamento do contrato no prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que a Administração possa atualizar seus cadastros.

§2º- A contratada deverá, em até 05 (cinco) dias corridos, providenciar o preenchimento da vaga em aberto, com o auxílio dos cadastros mantidos pela SERT e pela SAP, se necessário, respeitadas suas necessidades, nos mesmos termos descritos no artigo 2º deste decreto.

§3º- O cálculo do contingenciamento de vagas será realizado considerando-se o número de trabalhadores necessários à execução da obra ou serviço, desde que em regime de dedicação exclusiva.

Artigo 6º- A contratação dos beneficiários do PRÓ-EGRESSO, realizada conforme o que dispõem o artigo 4º e ss. deste decreto, dar-se-á formalmente, nos termos da legislação pertinente, do seguinte modo:

I- publicado o edital que licitará obra ou serviço, e desde que o administrador público responsável pelo certame escolha aderir ao PRÓ-EGRESSO, a proponente deverá encaminhar, concomitantemente aos documentos exigidos na fase de habilitação, carta de compromisso afirmando sua disposição em contratar, nos limites estabelecidos no artigo 4º deste decreto, os beneficiários do PRÓ-EGRESSO, na forma do modelo constante do Anexo I;

II- quando do início efetivo da execução da obra ou serviço, a contratada, por seu representante legal, deverá apresentar aquele que for designado fiscal ou responsável pela gestão e acompanhamento do contrato a lista dos funcionários que se enquadrem nas categorias descritas no artigo 2º deste decreto, no prazo de até 05 (cinco) dias úteis, nos termos do modelo constante do Anexo II.

Artigo 7º- Em caso de subcontratação de obra ou serviço, desde que admitida no edital e no contrato, a subcontratada, deverá cumprir os parâmetros do PRÓ-EGRESSO de modo isonômico àquela que a subcontrata, conforme estabelecido nos artigos 4º e ss, deste decreto, sendo vedada à subcontratada somar o seu contingenciamento de vagas ao da contratada.

Artigo 8º- A fiscalização da contratação ocorrerá desde o início efetivo da execução da obra ou serviço, por aquele que for designado fiscal ou responsável pela gestão e acompanhamento do contrato.

Artigo 9º- Aplica-se o disposto neste decreto, no que couber, aos contratos administrativos celebrados mediante declaração de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Artigo 10- Para os fins previstos neste decreto, compete:

I - à Secretaria de Administração Penitenciária:

a) cadastrar todos os indivíduos que se amoldem ao perfil englobado pelo PRÓ-EGRESSO diretamente no sistema “Emprega São Paulo” com o objetivo de facilitar o preenchimento das vagas de trabalho disponibilizadas na forma dos artigos 4º e ss. deste decreto;

b) acompanhar o desempenho dos beneficiários do PRÓ-EGRESSO junto às empresas que os tenham contratado, nos termos do artigo 4º e ss. deste decreto;

c) certificar, em caso de dúvida do gestor do contrato, que o beneficiário contratado pela empresa nos moldes dos artigos 4º e ss. deste decreto insere-se em uma das categorias descritas no artigo 2º.

II - à Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho:

a) captar vagas junto ao mercado de trabalho paulista para a alocação dos beneficiários do PRÓ-EGRESSO;

b) disponibilizar, aos beneficiários do PRÓ-EGRESSO, vagas nos cursos e atividades de qualificação social e profissional que oferece aos cidadãos paulistas, procurando, quando possível, adequar a vocação profissional do indivíduo à disponibilidade da grade de opções de cursos e à demanda do mercado de trabalho local;

§1º- Os cadastros dos potenciais beneficiários do PRÓ- EGRESSO de que trata este artigo conterão, além dos seus dados identificadores, históricos de suas aptidões e qualificações profissionais e pessoais, inclusive com informações de cursos e atividades que eventualmente hajam desenvolvido e/ou concluído.

§2º- A definição do número de vagas em cursos de qualificação social e profissional a que se refere à alínea b, do inciso II, do *caput* deste artigo será definida em conjunto pela SERT e pela SAP, dependendo da capacidade logística de execução e acompanhamento das atividades, bem como da efetiva disponibilidade de recursos orçamentários.

§3º- A utilização, por parte da contratada, do cadastro previsto na alínea *a*, do inciso I, do *caput* deste artigo é meramente facultativa e não obsta o preenchimento das vagas disponibilizadas nos termos do artigo 4º e ss. deste decreto por outros meios.

§4º- As características profissionais e psicossociais dos indivíduos contratados na forma dos artigos artigo 4º e ss. deste decreto devem ser compatíveis com as atividades por eles desenvolvidas perante o órgão ou entidade pública contratante.

Artigo 11 - Caberá a SERT e a SAP buscar a inserção dos beneficiários do PRÓ-EGRESSO no mercado de trabalho paulista em geral.

Artigo 12 - Os beneficiários do PRÓ-EGRESSO, que concomitantemente sejam portadores de necessidades especiais, para efeito do disposto neste decreto são computados como tais, sendo-lhes, se o caso, facultado o enquadramento no artigo 93 e §§, da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1.991.

Artigo 13 - As empresas que atualmente já estejam contratadas pelos órgãos da Administração Direta ou pelas entidades da Administração Indireta do Estado poderão, a qualquer tempo, aderir voluntariamente ao programa instituído por este decreto.

Artigo 14 - As despesas decorrentes da execução das ações previstas neste decreto correrão por conta das dotações respectivas dos órgãos nelas envolvidos.

Artigo 15– Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DOS BANDEIRANTES, em de de 2009.

JOSÉ SERRA

Guilherme Afif Domingos – Secretário do Emprego e Relações do Trabalho

Lourival Gomes – Secretário de Administração Penitenciária

Aloysio Nunes Ferreira Filho – Secretário-Chefe da Casa Civil

ANEXO I**a que se refere o Decreto nº , de de de 2.009.**

.....local....., data

Ao responsável pela licitação

.....órgão que realiza a licitação ou que firma o contrato em caso de dispensa ou
inexigibilidade.....

.....Endereço completo.....

Nos termos do item, subitem, do Edital de, referente à ...objeto....., a empresa
....., C.N.P.J. nº, por seu representante legal,
.....nome....., estado civil, C.P.F. nº, com domicílio
(profissional) em (cf. procuração anexa), vem, respeitosamente,
perante Vossa, manifestar seu compromisso em atender em sua integralidade, as
cláusulas referentes ao Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário no
Mercado de Trabalho – *PRÓGRESSO*, conforme disposto no Decreto nº , de de 2.009.

Atenciosamente,

.....assinatura.....

ANEXO II

a que se refere o Decreto nº , de de de 2.009.

Excelentíssimo Senhor autoridade responsável pela contratação.....
nome....., estado civil, C.P.F. nº, com domicílio
 (profissional) em, representante legal da empresa
, C.N.P.J. nº, (cf. procuração anexa), vem, respeitosamente,
 perante Vossa, informar que para a execução do objeto
 referente ao Contrato nº, serão necessários trabalhadores em regime de
 dedicação exclusiva.

Assim, para que se dê cumprimento ao Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário no Mercado de trabalho – *PRO-EGRESSO*, conforme o Decreto Estadual nº , de de 2.009, serão alocados trabalhadores, conforme tabela abaixo:

Egressos do Sistema Penitenciário Paulista

Nome	RG	CPF
.....
.....

Egressos do Sistema Penitenciário de outros Estados da Federação

Nome	RG	CPF
.....
.....

Atenciosamente.

....., de de 20.....

.....assinatura.....