



REVISTA INCLUSIONES

SEMINARIO BRASIL
AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO CONTEXTO DO BRASIL

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Número Especial Octubre / Diciembre

2019

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Directores

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda

Universidad Católica de Temuco, Chile

Dr. Francisco Ganga Contreras

Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectores

Mg. Carolina Cabezas Cáceres

Universidad de Las Américas, Chile

Dr. Andrea Mutolo

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Brasil

Drdo. Maicon Herverton Lino Ferreira da Silva

Universidade da Pernambuco, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Alekzandar Ivanov Katrandhiev

Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza

Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera

Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González

Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy

Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

Universidad de Potsdam, Alemania

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín

Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía
Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu
Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez
Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie
Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar
Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo
Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto
Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo
Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar
Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau
Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg
Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez
Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire
Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera
Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre
Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura
Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros
Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández
Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango
Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut
Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa
Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo
Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

Instituto Universitario de Lisboa, Portugal

Centro de Estudios Africanos, Portugal

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el
Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Rosario Castro López

Universidad de Córdoba, España

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilvia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía

Santiago – Chile

Representante Legal

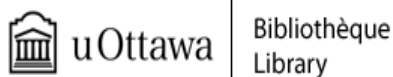
Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



CATÁLOGO



Vancouver Public Library





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción



BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

**DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL VIA LEI DE COTAS:
OBRIGAÇÃO TRABALHISTA OU LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA?**

**FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL INCLUSION VIA QUOTA'S LAW:
LABOR OBLIGATION OR ADMINISTRATIVE RESTRICTION?**

Drdo. César Augusto Di Natale Nobre
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
natalenobre@gmail.com

Fecha de Recepción: 06 de julio de 2019 – **Fecha Revisión:** 26 de julio de 2019

Fecha de Aceptación: 22 de agosto 2019 – **Fecha de Publicación:** 25 de septiembre 2019

Resumo

Trata-se de artigo científico que busca identificar a natureza jurídica, se de obrigação trabalhista ou de restrição administrativa, da imposição às empresas em contratar percentual de seu quadro fixo de empregados dentre pessoas com deficiência e reabilitadas pela Previdência Social instituída pela Lei nº 8.213/91, denominada pela doutrina como “Lei de Cotas”. Discute o papel da Administração Pública neste cenário, pois se sugere que para a efetiva concretização do direito constitucional à inclusão social que estas pessoas possuem, hoje seria mais eficiente a instituição de política pública de incentivo às empresas em combinação com a Lei de Cotas, ou seja, exercício da função pública pela denominada doutrinariamente de Administração Fomentadora, e não meramente exercício do poder de polícia clássico na fiscalização da atividade empresarial ou, ainda, exclusivamente por meio da Administração Ordenadora.

Palavras-Chave

Lei de Cotas – Natureza Jurídica – Política Pública – Inclusão Social

Abstract

This scientific article aims to identify the true legal nature of the Brazilian Quota's Law – if an obligation from labor law or a administrative restriction. Quota's Law is a Brazilian legislation that specifies that companies from one hundred employees onwards must employ a percentage of their working force of people with disability or rehabilitees from Social Security (Law no. 8.213/91). The article also discusses the Public Administration's role in this scenario. It suggests that from a constitutional standpoint in order to effectively socially include these people in today's constitutional law perspective the public policy carried out by the Government should be more of the Fomenting type and less of the classical Obligational one.

Keywords

Quota's Law – Legal Nature – Public Policy – Social Inclusion

Direito fundamental à inclusão social via Lei de Cotas: obrigação trabalhista ou limitação administrativa? pág. 598

Para Citar este Artigo:

Nobre, César Augusto Di Natale. Direito fundamental à inclusão social via Lei de Cotas: obrigação trabalhista ou limitação administrativa? Revista Inclusiones Vol: 6 num Especial (2019): 596-616.

Introdução

A Lei Ordinária Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, mais especificamente em seu artigo 93, impôs a obrigação às empresas que possuam a partir de 100 (cem) empregados em preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoas com deficiência devidamente habilitadas.

A inclusão social destas pessoas é um dos problemas contemporâneos mais complexos e de difícil concretização, razão a qual fez com que o legislador ordinário se preocupasse com o cenário e colocasse esta obrigação às empresas. Dessa forma, por meio do trabalho, na visão do legislador ordinário pátrio, estas pessoas conseguiriam ser inseridas ou reinseridas no contexto social.

Esta legislação foi de fato um divisor de águas na inclusão social. Ela significou importante passo no caminho da isonomia material oferecendo oportunidades de trabalho para uma parcela da população nacional que antes não conseguia encaixe profissional adequado. A Lei, portanto, foi de extrema valia e teve enorme repercussão no cenário nacional. A fiscalização de seu cumprimento fica a cargo das autoridades laborais promovida pelos Auditores-Fiscais do Trabalho (“AFTs”) podendo até mesmo se levar à lavratura de auto de infração por descumprimento desta obrigação.

Assim, por meio deste diploma normativo, o marco regulatório do setor engatinhava seus primeiros passos. O Estado impôs à iniciativa privada a obrigação de contratar pessoas reabilitadas pelos programas da Previdência Social ou pessoas com deficiência para que se promovesse a inclusão social desta parcela da população brasileira via o trabalho. É de suma relevância a preocupação acerca do papel do Estado em dividir o custo social da inclusão destas pessoas por meio do trabalho, pois cremos que a mera transferência deste ônus para a iniciativa privada acarreta excessivo peso que não gera a necessária efetividade da iniciativa como política pública. O papel histórico da Lei de Cotas é inquestionável e, em seu tempo, constou de tremendo avanço nesta seara das políticas públicas. Nossa única problematização vem à tona com a necessidade de, hodiernamente, darmos “o próximo passo” em direção a real inclusão social das pessoas com deficiência e reabilitadas da Previdência Social.

É neste cenário que defendemos que o Estado deveria criar incentivos para a iniciativa privada realizar mais investimentos no setor. A manutenção da obrigação em contratar determinado percentual do número de funcionários deve até continuar vigente, mas à medida que o ordenamento jurídico começa a incentivar o empresariado a implementar tal política de investimento por meio de incentivos (fiscais, financeiros etc.), a efetividade da inclusão social como política pública estatal pode começar a ser alcançada. Assim, neste presente trabalho iremos discutir se a Lei de Cotas possui natureza jurídica de obrigação trabalhista (como, por exemplo, o intervalo intrajornada, o descanso semanal remunerado ou a obrigação de depósito junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – “FGTS”) ou se tal Lei possui a natureza jurídica de restrição administrativa (como, por exemplo, as servidões administrativas, a reserva legal e os recuos urbanísticos para exercício do direito de construir¹), e, como tal, restringe quem seja o

¹ Nestes exemplos, desconsideramos as discussões doutrinárias (as quais, em certa medida, aceitamos) acerca de se estes institutos jurídicos citados constituem, de fato, limitações administrativas ou verdadeiros sacrifícios da propriedade privada. Neste ponto de nosso trabalho,

titular das quotas (ou ações) da empresa (ou o titular delegado do exercício da administração e gestão dessa empresa) no exercício da liberdade de contratar quem desejar para os afazeres diários empresariais, direito este que decorre diretamente da titularidade jurídica da empresa ou de sua administração por quem de direito.

Objeto de estudo

Neste esforço para entendermos melhor a natureza jurídica da obrigação decorrente da Lei de Cotas optamos por desenvolver linha de raciocínio que se inicia com o aprofundamento acerca da natureza jurídica das obrigações trabalhistas para posteriormente adentrarmos no assunto das restrições administrativas à propriedade.

Neste último, aproveitaremos para traçar as diferenças fundamentais entre os tipos de restrições administrativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, (i) as limitações administrativas, logo, não passíveis de indenização, posto que o proprietário não se vê separado do núcleo essencial do seu direito de propriedade; e (ii) os sacrifícios de direito, logo, indenizáveis, pois o proprietário efetivamente se vê tolhido de seu direito de propriedade.

Neste cotejo, para tornar nossa análise mais interessante, adentraremos algumas pormenorizações que delineiam o direito empresarial e o direito administrativo para entendermos a relação do direito de livremente contratar empregados e sua relação com o direito de propriedade da empresa, pois devido ao fato de haver no direito positivo brasileiro a opção por separar as personalidades jurídicas dos sócios da empresa da personalidade jurídica da empresa em si, classificando-os como centros de imputação de deveres, responsabilidades e obrigações autônomos, vale a pena entender a relação entre estes direitos envolvidos para sabermos as razões que nos levam a compreender a Lei de Cotas como possivelmente restritiva do direito de propriedade da empresa, ou, ainda, possivelmente restritiva diretamente do direito de livremente contratar; apesar de, na prática, crermos estarem ambos os direitos diretamente imiscuídos.

Após estas considerações, daremos nossa opção sistematizadora que classificará a Lei de Cotas como de natureza jurídica de obrigação trabalhista ou como de natureza jurídica de restrição ao direito de propriedade, ou, ainda, de outro gênero, a depender de nossas considerações prévias sobre a matéria.

Da natureza jurídica das obrigações trabalhistas

Após as considerações iniciais acima discutidas, necessitamos do devido aprofundamento na teoria jurídica que engloba o direito do trabalho para conseguirmos depreender a partir deste estudo científico qual seria a natureza jurídica das obrigações trabalhistas. Após este esforço, somente então, conseguiremos analisar se a imposição legal da Lei de Cotas é norma de teor típico do direito do trabalho.

Neste momento torna-se importante esclarecermos os porquês de nossa opção sistematizadora em delimitar sob qual ramo da teoria jurídica se encontra a obrigação imposta pela Lei de Cotas.

somente estamos realizando uma breve citação do que a doutrina corrente considera como limitações administrativas à propriedade.

A depender de qual ramo do Direito esta obrigação se encontra classificada conseguiremos descobrir quais os princípios envolvidos para sua melhor aplicação. Por exemplo, um dos princípios mais basilares do ordenamento jurídico brasileiro, a depender do ponto de vista da análise, pode ser interpretado de maneira diametralmente oposta. Vejamos o conteúdo do princípio da legalidade.

Caso se esteja diante do princípio da legalidade sob o ponto de vista do direito civil, tipicamente classificado na seara do direito privado, grosso modo, chegaremos à conclusão de que os particulares tudo podem, salvo se estipulado em contrário por lei. É um princípio que valoriza e enaltece a liberdade de agir dos particulares de acordo com sua vontade individual, a não ser que haja lei que os obrigue a determinado comportamento.

Contudo, se estivermos diante do princípio da legalidade sob o ponto de vista do direito administrativo, a operatividade deste princípio é outra. Prega tal princípio que a Administração Pública tão somente pode fazer aquilo que a lei determinar. Em outras palavras, a vontade da Administração deve sempre estar jungida à lei, pois não se permite comportamento diverso daquele previsto nos diplomas legislativos vigentes.

Com isto podemos visualizar a aplicação prática de uma boa classificação. O mesmo princípio, de acordo com o ramo do direito que impõe sua interpretação, pode nos levar a conclusões totalmente opostas. Qual deve ser a interpretação correta? Depende do caso concreto. Depende de se estamos diante de caso típico de direito civil ou de direito administrativo.

Dessa forma, quando conseguimos entender o regime jurídico de determinado campo do conhecimento jurídico é possível facilitar a interpretação de seus institutos, pois já sabemos quais os princípios norteadores desta interpretação.

Para explicar a importância desta sistematização para fins de melhor compreensão dos institutos jurídicos que permeiam determinado ramo do conhecimento, vejamos a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do regime jurídico que permeia o direito administrativo.

Este autor, inicialmente, discorre sobre o seu conceito de “função administrativa”, posteriormente ele ensina o conteúdo do direito administrativo para, somente depois, explicar por que é importante delimitar a autonomia de certo campo do conhecimento e o papel do regime jurídico nesta delimitação.

O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária.

É oportuno aqui recordar as palavras de Geraldo Ataliba:

“O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.

Direito fundamental à inclusão social via Lei de Cotas: obrigação trabalhista ou limitação administrativa? pág. 602

A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.”²

A este sistema, reportado ao direito administrativo, designamos regime jurídico administrativo”.³

Assim, temos de essencial relevância determinar se a obrigação imposta pela Lei de Cotas se insere no sistema (“sistema” nos termos acima referidos pelo Prof. Celso Antônio e pelo saudoso Prof. Geraldo Ataliba) do direito do trabalho e, logo, se esta obrigação possui natureza jurídica de obrigação trabalhista. Pois se assim o for, no momento da interpretação dos casos concretos que tal norma se aplica os princípios norteadores da interpretação serão aqueles do direito do trabalho - tão peculiares a ponto de firmarem este próprio ramo do Direito como autônomo dos demais - caracterizando-se doutrina própria e raciocínios internos para se explicar seus institutos jurídicos.

É com este objetivo que adentraremos na seara do direito do trabalho. Nosso escopo é claro e definido. Iremos nos aprofundar na natureza jurídica do direito do trabalho para verificarmos se a obrigação imposta pela Lei de Cotas possui características próprias de obrigação trabalhista e deve, portanto, submeter-se aos princípios norteadores deste ramo especializado do Direito, e não de qualquer outro.

Para iniciarmos nossa delimitada incursão no direito do trabalho cumpre se verificar, inicialmente, afinal, qual é a definição do direito do trabalho como fenômeno científico. Para tanto, socorremo-nos ao eminente Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Prof. Mauricio Godinho Delgado.

“Não obstante suas deficiências, o enfoque subjetivista não é de todo inválido. De fato, ao destacar a figura obreira, tem a virtude de enfatizar o caráter teleológico do Direito do Trabalho, sua qualidade de ramo jurídico dirigido a garantir um aperfeiçoamento constante nas condições de pactuação da força de trabalho na sociedade contemporânea”.⁴

Cumpre ressaltar que o douto Ministro, ao final deste trecho, enaltece uma característica essencial do direito do trabalho que nos serve para iniciar nossa tarefa científica em delimitar a natureza jurídica das obrigações trabalhistas, qual seja, o caráter fortemente teleológico deste ramo do Direito.

O direito do trabalho possui este viés recheado de teleologia à medida que se dirige a aperfeiçoar as condições dos trabalhadores na sociedade contemporânea, conforme cita o autor. Em outras palavras, as normas trabalhistas e, logo, as obrigações decorrentes de tais normas, visam melhorar a qualidade de vida e, para tanto, diminuir a situação hipossuficiente do trabalhador nos contratos de trabalho. Esta é a razão de ser de tais normas. Vale a pena entender mais do pensamento deste renomado autor trabalhista para nosso propósito.

“O enfoque objetivista de feitura da definição do Direito do Trabalho é mais satisfatório do que o anterior, em face da circunstância de se

² Geraldo Ataliba, Sistema constitucional tributário brasileiro (São Paulo: Editora RT, 1968), 4.

³ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 27ª Ed. (São Paulo: Ed. Malheiros, 2010).

⁴ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: LTr, 2011), 49–50.

construir desde a categoria jurídica essencial do Direito em questão: a relação empregatícia. A ênfase no objeto, no conteúdo das relações jurídicas de prestação empregatícia do trabalho, confere a tal concepção visão mais precisa sobre a substância e elementos componentes desse ramo jurídico especializado.

O Direito Material do Trabalho, compreendendo o Direito Individual e o Direito Coletivo – e que tende a ser chamado, simplesmente, de Direito do Trabalho, no sentido lato -, pode, finalmente, ser definido como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas”.⁵

É possível verificar-se a partir desta definição de direito do trabalho, e do âmbito de sua atuação, do Prof. Godinho Delgado e da exposição do Prof. Celso Antônio acerca do que significa o regime jurídico administrativo alguns pontos de similitude.

Ambos os professores acentuam a característica de sua disciplina de especialização como ramo autônomo do Direito devido ao fato de existirem princípios próprios de cada disciplina que norteiam a interpretação jurídica da mesma; regulando, assim, de forma própria, as relações jurídicas inseridas no âmbito de estudo de cada disciplina.

Cumpra destacar que, no entanto, existe diferença fulcral dentre a sistematização proposta por estes eminentes autores. Enquanto para o Prof. Godinho Delgado é a relação empregatícia de trabalho (e outras relações normativamente especificadas), com algumas particularidades, que define e estabelece o âmbito de regulamentação do direito do trabalho, para o Prof. Celso Antônio, é a função administrativa e seus desdobramentos que o fazem as vezes para o direito administrativo.

Com isto, já iniciamos a desvendar a natureza jurídica das obrigações trabalhistas, pois delimitando que a definição do direito de trabalho advém, basicamente, da relação empregatícia de trabalho (i.e. e de “*outras relações normativamente especificadas*” de que trataremos a seguir. No entanto, cumpre salientar desde já que estas outras relações são as relações de trabalho que não necessariamente caracterizam relação de emprego, conforme veremos a seguir.), já se consegue estabelecer um marco para o corte metodológico de nossa análise.

Ainda que para o leitor afoito seja somente lógica a afirmação a seguir, conforme demonstramos até aqui, não o é para o cientista do Direito, que deve entender os pressupostos materiais de sua análise científica antes de chegar às conclusões que julga pertinentes.

Assim, é possível afirmar que as obrigações trabalhistas decorrem, necessariamente, ou de relação empregatícia (i.e. relação de emprego como categoria jurídica stricto sensu da relação de trabalho), ou, ainda, de outra relação de trabalho normativamente especificada.

⁵ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: LTr, 2011), 51.

Pois bem, após apreendermos a definição de direito do trabalho, devemos agora entender o conteúdo jurídico desta especialização da ciência jurídica e descobrir qual é a categoria básica que junte este ramo do direito, atribuindo-lhe autonomia perante os demais. Socorremo-nos, mais uma vez, dos ensinamentos do Prof. Godinho Delgado:

“O Direito do Trabalho, como sistema jurídico coordenado, tem na relação empregatícia sua categoria básica, a partir da qual se constroem os princípios, regras e institutos essenciais desse ramo jurídico especializado, demarcando sua característica própria e distintiva perante os ramos jurídicos correlatos”.⁶

Novamente, quando o Ministro Godinho Delgado delimita o conteúdo jurídico do direito do trabalho como sistema e, logo, qual é a categoria básica a partir da qual se constrói a própria ciência do direito do trabalho, a conclusão que se chega é pela relação empregatícia, mais uma vez.

Após todas estas considerações temáticas, cabe analisarmos especificamente a efetiva natureza jurídica do direito do trabalho.

“É que a natureza jurídica de qualquer ramo do Direito não se mede em função da imperatividade ou dispositividade de suas regras componentes. Se tal critério fosse decisivo, o Direito de Família, formado notadamente por regras imperativas, jamais seria ramo componente do Direito Civil e Privado.

(...)

(...) o núcleo do Direito do Trabalho (relação empregatícia) não corresponde a uma categoria jurídica incomunicável com outras categorias correlatas de ramos jurídicos próximos (por exemplo, relação de trabalho autônomo, relação de sociedade, de mandato, etc.), o que afasta a necessidade teórica de se formular, para esse ramo especializado, um gênero próprio, distinto do gênero a que se filia, ilustrativamente, o Direito Obrigacional Civil”.⁷⁸

Cumpramos destacar que na seara trabalhista, Renato Saraiva⁹ também concorda com o posicionamento do Prof. Godinho Delgado.

Concordamos em absoluto com o referido autor, e por isto fizemos constar de nosso trabalho sua posição na íntegra pela riqueza de seus argumentos. Não pensamos restar qualquer dúvida que é a relação de trabalho (e, vale dizer, na maioria esmagadora das vezes, relação empregatícia), o objeto de estudo primordial do direito do trabalho e responsável, portanto, do enquadramento de sua natureza jurídica como de Direito Privado.

⁶ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: LTr, 2011), 51.

⁷ Aqui o Ministro Godinho Delgado explica porque não caberia terceira divisão da ciência jurídica, sustentada por alguns autores, para se classificar o Direito do Trabalho como integrante de um “Direito Social”, e não ou do Direito Privado ou do Direito Público.

⁸ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: LTr, 2011), 72–75.

⁹ Renato Saraiva, Direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: Método, 2009), 22–23.

Portanto, podemos concluir que as obrigações trabalhistas são normas cogentes, ou seja, indisponíveis, imperativas, mas decorrentes de uma relação de direito privado, qual seja, a relação de trabalho.

A relação de emprego nada mais é do que uma relação jurídica do mundo dos fatos (mundo fenomênico), a qual presentes certos requisitos, o Direito lhe atribui consequências jurídicas, ou seja, presentes os acima denominados elementos fático – jurídicos (ou pressupostos, segundo a doutrina clássica) há relação de emprego e todas as obrigações trabalhistas dela decorrentes são tidas como legalmente incidentes.

Já a relação de trabalho possui como característica básica a falta de um dos elementos fático – jurídicos, acima demonstrados, mas com a presença de outros. Ou ainda, a presença de todos os elementos fático – jurídicos, mas com alguma excludente legal, absoluta ou relativa, como é o caso dos servidores públicos, que possuem excludente legal absoluta devido ao vínculo estatutário e não celetista, ou dos estagiários, com excludente legal relativa, cabendo prova em contrário para que se prove a existência de verdadeira relação de emprego.¹⁰

Podemos concluir este tópico, portanto, afirmando que a natureza jurídica das obrigações trabalhistas é tipicamente de direito privado, pois decorre, conseqüentemente, da existência da relação de emprego (ou da relação de trabalho, a depender do caso), instituto do direito obrigacional civil e figura nuclear do direito do trabalho; consistindo tal figura da existência da conjunção dos denominados elementos fático – jurídicos. Estes elementos, por sua vez, consistem em verdadeiros componentes fáticos de uma relação jurídica que, existentes no mundo fenomênico, qualificam tal relação como empregatícia ou de trabalho.

A Lei de Cotas é, portanto, obrigação trabalhista?

Aproveitamos o ensejo do término desta análise acerca da natureza jurídica das obrigações trabalhistas para verificarmos se, de fato, as imposições legais oriundas da denominada Lei de Cotas possuem tal natureza trabalhista.

Nossa conclusão não poderia ser outra que não a negativa, ou seja, a obrigação da Lei de Cotas em impor à empresa contratar um certo percentual de seus empregados dentre pessoas com deficiência ou reabilitadas da Previdência Social não possui natureza jurídica de obrigação trabalhista e, logo, não pode ser regulada como instituto do direito do trabalho. Explicamos.

Após toda esta análise, desvendamos que o objeto nuclear do direito do trabalho que, inclusive, atribui-lhe sua natureza jurídica de direito privado (conforme a doutrina justaltrabalhista de maior qualidade), é a relação de emprego e a relação de trabalho.

Pois bem, a relação de emprego (ou relação de trabalho) somente é constituída, necessariamente, com a existência dos elementos fático – jurídicos. A obrigação de contratar empregados dentre determinados grupos sociais, no entanto, é regra incidente em momento pretérito a este. Ela opera no momento de decisão empresarial em contratar pessoas, ou seja, ainda não existe relação de emprego nem tampouco de trabalho, ainda

¹⁰ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: LTr, 2011), 310–311.

não existem os elementos fático – jurídicos, mas em decorrência da regra da Lei de Cotas, o empregador encontra-se obrigado a tolher seu direito de livre escolha na contratação e, obrigatoriamente, contratar pessoas dentre aquelas determinadas pela Lei referida.

Lembramos que não estamos criticando a operatividade desta Lei ou sequer sua constitucionalidade, pois pensamos ela se inserir teleologicamente nos fundamentos da República com a inclusão social via trabalho destas pessoas, contudo, não podemos fechar os olhos para esta nítida contradição. A obrigação da Lei de Cotas nunca poderia ser interpretada como obrigação trabalhista porque ela incide nas relações jurídicas que objetiva regular em momento prévio a instalação de relação jurídico – trabalhista.

Após a efetiva contratação do empregado com deficiência ou reabilitado, daí sim, concordamos que passa tal relação a ser objeto do direito do trabalho, aliás, como todas as outras relações de emprego ou de trabalho. Entretanto, quando tal empregado sai da empresa (por vontade própria ou demissão) e surge novamente nova obrigação de se contratar novo empregado dentre aqueles especificados na Lei de Cotas, novamente, encontramos-nos em situação não objeto do direito do trabalho, não decorrente de obrigação trabalhista, mas sim de outra natureza (isso decorre do fato que a referida Lei impõe que somente a empresa efetue o desligamento de um empregado contratado em decorrência da Lei de Cotas quando já houver sido enquadrado novo empregado na mesma situação, ou seja, uma vez determinado o número de empregados deficientes ou reabilitados que a empresa deve ter em função do número total de empregados que ela possui, permanecendo a variável número total de empregados constante, somente se pode demitir empregado com deficiência ou reabilitado quando se já tiver contratado novo empregado com deficiência ou reabilitado, ou então se estará cometendo infração administrativa; note-se infração administrativa, e não trabalhista). Após concluirmos que não se trata de obrigação trabalhista, cumpre-nos, agora, verificar se a natureza jurídica da obrigação imposta pela Lei de Cotas poderia ser interpretada como limitação administrativa à propriedade.

Das limitações administrativas ao direito de propriedade

O direito de propriedade, assim como todos os direitos de determinado ordenamento jurídico, sofreu tremenda evolução desde quando foi inicialmente concebido. Aquele direito de propriedade absoluto do código napoleônico não mais se verifica, pois hoje há outro preceito jurídico nivelado ao status de direito constitucional que é a função social da propriedade. Em outras palavras, o direito de propriedade não pode mais ser exercido ao bel prazer de seu titular, como o era na época clássica, mas sim deve ser exercido sempre em consonância com a denominada função social da propriedade. A função social da propriedade, hoje, é entendida como passível de impor deveres não somente negativos ao proprietário (i.e. obrigações de não fazer), mas também de impor deveres positivos ao titular jurídico do direito de propriedade. Por exemplo, é perfeitamente cabível que para o devido exercício da função social da propriedade determinado Município imponha o dever de construir ao proprietário, que visando a valorização de sua propriedade, exerce a especulação imobiliária anos a fio enquanto a cidade cresce a ritmo desenfreado. Entende-se que a não edificação de área em conjunto com o seu não aproveitamento em benefício tão somente do proprietário que vê sua propriedade ganhar valor com o decorrer do tempo não se encontra dentro dos atos tidos como legítimos. O poder público pode obrigar o proprietário a edificar, obedecido o devido processo legal.

Houve evolução significativa no conceito do direito de propriedade. É possível afirmar hoje que o perfil do direito de propriedade evoluiu e é um conceito fluido, ou seja, a essência do direito de propriedade, o seu núcleo intangível fluiu com as alterações históricas de nossa sociedade. Quando vivíamos em uma sociedade clássica, este núcleo intangível do direito de propriedade era muito extenso, a propriedade possuía forte viés individualista. À medida que a história foi caminhando e o conceito de função social da propriedade foi tomando espaço, este perfil do direito de propriedade alterou-se, o núcleo intangível do direito de propriedade diminuiu, mas é de suma importância ressaltar que ele ainda é existente.

Dessa forma, a discussão hoje é acerca de quando determinada imposição à propriedade viola este núcleo intangível do direito de propriedade e quando não viola, pois se a imposição legal violar o núcleo essencial do direito de propriedade, haverá sacrifício de direito passível de indenização, no entanto, se o núcleo do direito de propriedade não foi efetivamente tolhido pela disposição legal, não há de se falar em indenização, mas sim de mera conformação do direito de propriedade com as normas e deveres oriundos desta função social que ele deve ser exercido em consonância.

Nestes termos, optamos por sistematizar o assunto dizendo que a limitação do direito de propriedade e o sacrifício do direito de propriedade tratam, na verdade, de dois subtipos do conceito mais geral de restrições ao direito de propriedade, sendo que o primeiro subtipo não é passível de indenização, enquanto que o segundo é passível de indenização.

Dois exemplos clássicos para elucidar a matéria podem ser explorados. O primeiro consiste na obrigação de particular em pregar na fachada de sua casa uma placa dizendo o nome da rua em que o transeunte se encontra para informação geral do povo. Ora, não se poderia dizer que este particular não sofreu ônus nenhum, pois ele teve seu direito de propriedade afetado já que foi obrigado pelo poder público a fixar uma placa de proporções ínfimas informando os demais sobre o nome da rua. Entretanto, esta imposição ao particular não afeta o núcleo do direito de propriedade do mesmo, posto que ele tem seu direito minimamente afetado em prol da comunidade. Trata-se de verdadeira limitação da propriedade, logo, não passível de indenização.

O segundo exemplo seria a servidão administrativa que o proprietário de determinada fazenda se vê enquadrado quando pelo meio de sua propriedade deve o poder público instalar uma série de torres de alta tensão para levar eletricidade de um Município ao outro. Ainda que não desejemos entrar no mérito da discussão acerca de se isto caracterizaria algum tipo de desapropriação, parte da doutrina¹¹ enxerga isso como servidão, mas ainda assim, passível de indenização, pois este proprietário da fazenda viu o núcleo do seu direito de propriedade tolhido, uma vez que ele não mais poderá utilizar a propriedade como antes o podia.

Será a definição conceitual individual de cada operador do direito sobre o conteúdo jurídico do núcleo essencial do direito de propriedade que ditará se houve, no caso concreto, sacrifício ou mera limitação.

¹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 22ª edição (São Paulo: Atlas, 2009), 153 y Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador* (São Paulo: Malheiros, 1997), 113.

Limitação administrativa à liberdade de contratar

Na atividade empresarial brasileira existe a segregação patrimonial entre as pessoas dos sócios ou acionistas e a pessoa jurídica por eles constituída. Assim, a conclusão somente lógica é que quem realiza a contratação de empregados que não de trabalhar pela empresa no mundo dos fatos é a própria empresa (pouco importando quem será a pessoa natural que pratique tais atos, seja administrador nomeado pelos sócios ou acionistas no contrato social da empresa, seja administrador contratado pelo regime da CLT¹², ou sejam os próprios sócios ou acionistas da empresa), este ato de contratação, assim como todos os atos da vida empresarial da pessoa jurídica, serão exercidos em nome desta, e não de seus sócios.

Lembremos da discussão central do presente trabalho. Queremos entender se quando a Lei 8.213/91 trouxe a obrigação de a empresa contratar um determinado número de empregados de seu quadro de funcionários dentre pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social, ela estava tão somente impondo mais uma obrigação trabalhista à empresa, assim como o pagamento de adicional de férias ou do adicional de insalubridade em atividade comprovadamente insalubre, ou não. Ou seja, a preocupação do presente artigo é discutir a natureza jurídica desta obrigação imposta pela Lei de Cotas.

Tentando não nos antecipar às conclusões que traçaremos a seguir sobre este tema, por hora devemos ressaltar que as obrigações trabalhistas possuem a racionalidade de proteção à parte hipossuficiente de um contrato, qual seja, o do contrato de trabalho na modalidade emprego. Assim, presentes os requisitos fáticos¹³, as consequências jurídicas já estão presentes na lei. Todas as obrigações trabalhistas decorrentes de normas de direito do trabalho existem com a finalidade de que o empregado, em sua posição jurídica frente ao empregador, seja equiparado em consonância com o princípio da “paridade de armas”.

A própria racionalidade por trás da CLT é a tal proteção; e até mesmo as normas de saúde e segurança do trabalho, dispostas nas normas regulamentadoras (“NRs”) emitidas pelo antigo Ministério do Trabalho e do Emprego (hoje incorporado pelo Ministério da Economia) para regulação dos artigos da CLT que tratam do tema, possuem este forte viés de impor obrigações aos empregadores para estes manterem com seus empregados relações jurídicas que beneficiem ambos, e não somente o empregador, respeitando a boa segurança e a melhor técnica médica para preservar a saúde do trabalhador.

“Também comparecem ao Direito Material do Trabalho princípios, institutos e regras do Direito Administrativo do Trabalho, uma vez que a ação administrativa do Estado no âmbito da gestão empresarial cria direitos e deveres às partes contratuais trabalhistas, influenciando no estuário de condutas jurídicas próprias ao Direito do Trabalho. É o que ocorre, por exemplo, na fundamental área de saúde e segurança do trabalho, em que a ação administrativa e fiscalizadora do Estado tende a ser intensa”.¹⁴

¹² Consolidação das Leis Trabalhistas.

¹³ E aqui vale destacar que o direito do trabalho é ramo da ciência jurídica eminentemente fático, e, com isso, queremos dizer que não há a necessidade de formalismos legais excessivos, pois uma vez configurados determinados requisitos é comum na doutrina trabalhista os efeitos já estarem dispostos na lei, como por exemplo, a configuração de relação de emprego.

¹⁴ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, 10ª edição (São Paulo: LTr, 2011), 63.

Em outras palavras, se o empregado detivesse posição jurídica de paridade de poderes negociais com o seu empregador, tais normas não possuiriam razão de ser, pois na negociação do contrato de trabalho ou de emprego seriam negociados, individualmente ou coletivamente, tais obrigações como condição para o bom exercício do emprego.

O próprio direito do trabalho como ramo da ciência jurídica muito se alterou desde os primórdios do capitalismo. A exploração excessiva do trabalhador havia se tornado a regra após a Revolução Industrial, já que na ausência de normas cogentes sobre o tema, a liberdade de contratar e de livre negociação operavam somente em nome dos empregadores, que pela alta oferta de mão de obra barata podiam contratar empregados com uma negociação extremamente onerosa para tais empregados. Foram celebrados contratos sem deveres e com muitos direitos para a classe empresária em detrimento do bem estar e até, muitas vezes, da saúde dos empregados.¹⁵

Foi para combater estes vícios contratuais que surgiu o direito do trabalho como ele é conhecido hoje no Brasil. Toda a regulação laboral é construída para que estes dias de pura exploração capitalista não se repitam. Por isto as excessivas normas, os detalhamentos sanitários, as pormenorizações regulamentadores, a medicina e a segurança do trabalho, as onerosas contribuições sociais sobre folha de salários, o alto custo do INSS e, finalmente, todas as obrigações trabalhistas (como depósito em conta vinculada para o FGTS, o adicional de férias, o décimo terceiro salário, os adicionais de periculosidade e insalubridade, adicional noturno, vale transporte, alimentação etc.).¹⁶

Diferentemente de tudo isso, a Lei 8.213/91 trouxe uma limitação à liberdade de contratar. Ora, seria mais uma obrigação trabalhista? Parece-nos que esta obrigação trazida pela referida Lei não está classificada no mesmo campo das obrigações citadas nos parágrafos supra.

Preocupando-se neste ponto do presente estudo em não entrar no mérito de nosso posicionamento acerca da matéria (ainda que as primeiras linhas acima tracejadas já indiquem para o bom leitor o início de nosso argumento), deve-se ressaltar o que pensamos sobre o princípio da liberdade de contratar.

Este princípio, importantíssimo no direito empresarial, consiste em afirmar que o Estado não pode se imiscuir na iniciativa privada para impor ao particular quem este particular deverá contratar em sua esfera de exercício de atividade privada. Em outras palavras, enquanto para exercer função pública como servidor a Constituição Federal imponha, como regra, o princípio do concurso público, que deve buscar os candidatos ao cargo mais preparados para tal cargo, a iniciativa privada possui a liberdade de contratar como regra.

Nestes termos, quando a empresa decide contratar um determinado empregado¹⁷, ela está livre para realizar a contratação de quem ela bem entender de acordo com os critérios que entender aplicáveis ao caso concreto.

¹⁵ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho...

¹⁶ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho...

¹⁷ Partindo do pressuposto de que não se cometeu nenhuma ilegalidade, como, por exemplo, crime de discriminação, racismo etc.

A razão disso vem prevista no próprio Código Civil de 2002 (que regula a atividade empresarial desde a revogação desta parte especial do Código Comercial de 1850 pela referida Lei 10.406, de 2002, que instituiu o Código Civil), pois o corolário direto do princípio constitucional da função social da propriedade é o princípio trazido pelo art. 421 deste Código, o princípio da função social do contrato. Vejamos: “*Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.*”

O dispositivo em questão condiciona o exercício da liberdade de contratar livremente a ser realizado com duas limitações: (i) em razão da função social do contrato; e (ii) nos limites da função social do contrato. Dessa forma, a função social do contrato deve tanto fundamentar a constituição do contrato em questão, como também deve limitar as relações jurídicas oriundas deste contrato.

Se o direito de propriedade, no Brasil, deve ser exercido de acordo com a função social da propriedade, nada mais coerente de que o direito de contratar livremente também o seja. Ora, parece-nos lógico que o fundamento constitucional do princípio da função social dos contratos seja, diretamente, o princípio da função social da propriedade.

A Professora – Doutora do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo, Giselda Maria F. Novaes Hironaka assevera sobre o tema com a propriedade de sempre, fundamentando-se no eterno mestre, Orlando Gomes. Vejamos:

“O conceito de função social, difícil de ser enunciado com precisão, dada a sua abrangência abstrata, instalou-se no âmago do conceito de direito de propriedade, vinculando-o ao destino previsto por aquela funcionalidade.

A profunda repercussão social que alcançou o fenômeno da funcionalidade condicionadora do uso da propriedade mereceu a atenção dos juristas e legisladores contemporâneos, levando-os a compreender – como o próprio Duguit já havia previsto – que a qualidade de função social, não a possui apenas a propriedade, senão, também, projeta-se ela sobre outros institutos do Direito Privado. Tal projeção tem o condão de fazer com que sobressaiam de sua essência este atributo condicionador, como se, desde sempre, estivesse ali presente, ou como se, depois de conferido, impregnasse, indissolúvelmente, a sua essência.

Desta forma, verificamos, com certa surpresa, que o próprio Direito das Obrigações, tão refratário às alterações, tão pouco sujeito às mutações de qualquer ordem, tão pouco permeável às transformações ditadas pela constante evolução social, até ele se viu sujeito aos efeitos derivados da nova preocupação de ordem social. É o fenômeno da socialização do Direito das Obrigações.

Orlando Gomes, com absoluta lucidez, mostra o novo encaminhamento deste Direito, ao ponderar, em sua obra *Transformações gerais do direito das obrigações*¹⁸:

“Orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social.”

¹⁸ Orlando Gomes, *Transformações gerais do direito das obrigações* (São Paulo: Max Lemonad, 1955), 1.

O mesmo grande mestre baiano, em outra de suas arrojadas e inovadoras obras,¹⁹ vem mostrar a falta de suporte sobre o qual, hoje em dia, equilibra-se precariamente, por exemplo, o contrato, tal como foi concebido pelo Código Napoleônico, que conferiu absoluto poder à vontade individual e à liberdade contratual. Tal poder fazia surgir todos os direitos competentes ao sujeito de vontade, independentemente de se indagar estar ou não referindo os interesses dos demais...

E relembra Orlando Gomes, citando as lições de Duguit, quando este examinou a teoria da autonomia da vontade, tal como vinha sendo encarada pelo sistema civilista de então, que “todo homem, manifestando licitamente sua vontade, pode praticar atos que a ordem jurídica sanciona, atribuindo-lhes eficácia”.²⁰

Adiante, rechaçando a intangibilidade do princípio da autonomia da vontade, entendido como tese fundamental do liberalismo jurídico, Orlando Gomes, ao tratar das diretrizes da reforma do Direito das Obrigações, demonstrou ser essencial se lhe comutar as normas supletórias por normas imperativas, de modo a se restringir a liberdade contratual, pela adição de dispositivos de ordem pública.

Explica o insigne professor, textualmente, os motivos: “Esta desnaturação de normas, elidindo a fictícia liberdade de obrigar-se, impedirá a opressão do fraco pelo forte, do tolo pelo esperto, do pobre pelo rico”. E adiante: “Delimitará, tanto quanto possível, o conteúdo das convenções, predeterminando direitos e obrigações.”²¹

Trata-se de submeter as formas contratuais a “um regime no qual a autonomia da vontade esteja severamente restringida”, então “as possibilidades da injúria contratual serão consideravelmente menores, senão nulas”.²²

A intervenção do Estado, assim levada a cabo, fez florescer um tempo novo, no qual os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao mais fraco. As formas contratuais nas quais os direitos competiam todos a uma só das partes e as obrigações só à outra parte foram repelidas severamente pelo que se convencionou chamar dirigismo contratual. Fruto das ideias de Jossierand, nos anos 30, o dirigismo contratual foi retomado por Savatier, duas décadas depois, revelando seus contornos específicos com sendo uma técnica destinada a traduzir melhor a proteção dos interesses do contratante economicamente fraco, restringindo a liberdade contratual do contratante economicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio. Trata-se da sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual.

Na verdade, haveríamos que nos referir, para bem esclarecer as posições, à diferença existente entre estes dois aspectos da liberdade individual nos contratos, que se mostram, a um só tempo, tão distantes, mas ainda tão confundidos. São dois lados da mesma moeda, mas cada qual deles deve ser analisado de per si, sob pena de não se entender com clareza toda esta nova e interessantíssima dimensão de contrato. Falamos da liberdade de contratar e da liberdade contratual.

A liberdade de contratar ainda é aquela mesma liberdade facultada a todos os indivíduos de realizarem, materialmente, suas avenças, sem a indagação a respeito de conteúdo mais ou menos restritivo, imposto pela

¹⁹ Orlando Gomes, *A crise do direito* (São Paulo: Max Lemonad, 1955), 118.

²⁰ Orlando Gomes, *A crise do direito*... 110.

²¹ Orlando Gomes, *A crise do direito*... 129.

²² Orlando Gomes, *A crise do direito*... 130.

ingerência estatal. Em outras palavras, revela a plena liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade.

Mas, diferentemente, apresenta-se a liberdade contratual que, no dizer de Álvaro Villaça Azevedo, é “considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio”.²³

Enfoca o momento em que as partes cuidam de discutir e acomodar o conteúdo do contrato e definem suas cláusulas.

Este é o momento crítico da formação do contrato, porque, aqui, se esta liberdade não resultar similar para ambas as partes da avença, ocorrerá a injustiça social, com a repetição do fenômeno opressivo realizado pelo mais poderoso contra o mais desfavorecido.

Mas é neste passo que é possível se falar em limitações, em condicionamentos, em restrições. Este é o instante suscetível de uma maior interferência dos mecanismos próprios, no sentido de se obter, como resultado, uma minimização da desigualdade e da opressão.

Ainda Álvaro Villaça Azevedo é quem oferece a lição, ao demonstrar que a lei, fixando os moldes para que a liberdade privada não ultrapasse os limites da normalidade, comenta: “A liberdade há que condicionar-se, emoldurando-se na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade”.²⁴

A ideia dos limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito Privado, através da interferência do Estado nas relações havidas entre particulares, em atenção às exigências do bem comum, do interesse coletivo, num último passo.

Não é difícil, por fim, inferir-se a concepção de que também o contrato, assim como a propriedade, possui uma função social, que lhe é inerente e que não pode, absolutamente, deixar de ser observada”.²⁵

Vale frisar que a Lei de Cotas limita a própria liberdade de contratar, e não a liberdade contratual. Este detalhe é importante, pois é devido a isto que defendemos que a restrição administrativa neste caso não pode ser de natureza trabalhista, pois se o fosse, necessariamente, teria que limitar a liberdade contratual.

A liberdade contratual no direito do trabalho é frequentemente limitada, até pelo fenômeno da publicização do direito privado, pois há limites para o número de horas trabalhadas diariamente, para o intervalo interjornada de trabalho, para o horário das refeições, acerca das normas de segurança e saúde do trabalho, enfim, o direito do trabalho, efetivamente, limita bastante a denominada liberdade contratual porque o exercício da liberdade contratual já pressupõe a existência do vínculo jurídico entre as partes, ou seja, a parte exerce sua liberdade de contratar e, para dar substância a tal direito, exerce sua outra garantia, a de liberdade contratual. Esta última sim frequentemente limitada pelo direito do trabalho, mas não a primeira.

Reiteramos, portanto, que a Lei de Cotas opera em momento anterior ao do exercício da liberdade contratual, pois ela impõe uma limitação à própria garantia de

²³ Álvaro Villaça Azevedo, Liberdade contratual em Enciclopédia Saraiva do Direito, n° 49 (São Paulo: Saraiva, 1977), 370–371.

²⁴ Álvaro Villaça Azevedo, Contratos inominados ou atípicos (São Paulo: Bushatsky, 1975), 134.

²⁵ Giselda Maria F. Novaes Hironaka, Direito civil: estudos (Belo Horizonte: Del Rey, 2000), 108–110.

liberdade de contratar da empresa, impondo a contratação de um percentual de empregados dentro de um grupo específico de pessoas.

Por isso neste momento de nosso trabalho houve a necessidade de aprofundamento na doutrina civilista e empresarial, para que pudéssemos argumentar com propriedade acerca de temas que o direito administrativo e o direito do trabalho não conseguiram responder devidamente sozinhos.

O princípio da função social da propriedade possui âmbito de aplicação mais amplo do que o princípio da função social do contrato. A função social de um direito fundamental como o de propriedade engloba e obriga que diversos outros institutos jurídicos devam obedecer à mesma imposição constitucional. É o caso dos contratos. Devido ao fato da propriedade dever cumprir com sua função social, nada mais coerente e justo que os contratos também o devam, pois é por meio de contratos que a maior parte das propriedades, tangíveis ou intangíveis, circulam dentre as esferas patrimoniais das pessoas de uma determinada sociedade. A riqueza se transfere entre as pessoas e a economia de uma sociedade se movimenta, na sua maior parte, por meio de contratos; logo, deve também este importante instituto jurídico subordinar-se à cláusula constitucional que limita o exercício do direito de propriedade à função social desta.

Nossa ideia é simplesmente afirmar que como a empresa possui a titularidade da universalidade de fato e da universalidade de direito que constituem os meios de produção para a consecução dos objetivos sociais dela como empresa, todos os ativos da empresa passam a ser contabilmente registrados como de titularidade desta empresa, logo, ela possui ampla liberdade para, dentro dos limites legais, administrar estes ativos da melhor forma possível para fins da concretude de seus objetivos como empresa, para cumprir sua função social como empresa, e, para tanto, dentro do âmbito do direito de livremente dispor de seus ativos como melhor entender para atingir seus objetivos sociais, encontra-se a liberdade de contratar aqueles que ela, empresa, julga como as pessoas mais aptas para desenvolver as funções empresariais.

É neste sentido que a força de trabalho de determinada empresa se insere no contexto interpretativo que circunda o princípio da liberdade de contratar e de seu instituidor, o direito fundamental à propriedade, lembrando que ambos devem ser exercidos em razão e nos limites da função social.

Com estas considerações, conseguimos apreender um pouco melhor a relação existente entre os dois institutos ora cotejados, o princípio da liberdade de contratar e a garantia fundamental do direito de propriedade, com suas respectivas limitações jurídicas, a função social do contrato e a função social da propriedade.

Neste momento já decidimos que a obrigação decorrente da Lei de Cotas não constitui obrigação trabalhista e, logo, não deveria ser regulada pelos princípios inerentes ao direito do trabalho como ramo do direito privado. Cumpre-nos tentar esboçar uma resposta para nossa indagação científica inicial partindo do pressuposto de que rejeitamos a natureza jurídica para estes institutos da Lei de Cotas como de obrigação trabalhista.

Afinal, a obrigação decorrente da Lei de Cotas, na verdade, possui a natureza jurídica de limitação administrativa?

A Lei de Cotas é, afinal, limitação administrativa?

Ante o exposto, até para não nos repetir nos argumentos colacionados, cremos que a imposição que a Lei de Cotas traz às empresas de contratar sempre um determinado número de seus funcionários dentre pessoas portadoras de deficiências ou pessoas reabilitadas da Previdência Social possui natureza jurídica de limitação administrativa a direito, mas não ao direito de propriedade diretamente, e sim à garantia da liberdade de contratar.

Cabe-nos salientar, no entanto, que esta nossa conclusão é válida tão somente se nossos pressupostos forem tidos como aceitos. Explicamos. Para nós, e tomamos o devido cuidado em explicar detalhadamente nossa posição, o direito à liberdade de contratar da empresa é corolário do direito de propriedade. E, ademais, a garantia da liberdade de contratar da empresa é distinta da garantia à liberdade contratual da empresa. Esta última é frequentemente limitada pelo direito do trabalho, enquanto a primeira não o pode ser.

Conseqüentemente, se o direito de propriedade deve obedecer e cumprir a função social da propriedade, também deve o direito à livre contratação obedecer e cumprir a função social dos contratos.

Para nos detalhar melhor uma das formas de exercer a função social, cumprindo com o objetivo constitucional que já antecipamos acima, adveio a Lei de Cotas e explicou que um dos limites ao exercício do direito de livremente contratar empregados que a empresa possui, em razão da função social que este contrato de trabalho deve cumprir, que, por sua vez, somente se aplica porque o próprio direito de propriedade possui limites na sua própria função social, deverá esta empresa contratar empregados necessariamente dentre um grupo de pessoas específico que a sociedade, por meio de seu corpo legislativo, elegeu necessitar de ajuda para se inserir socialmente, sendo o trabalho o meio eleito legislativamente para se o fazer.

Em outras palavras, partindo de nosso pressuposto de que o princípio da liberdade de contratar decorre diretamente da garantia fundamental do direito de propriedade (lembrando, sempre, que ambos devem cumprir sua função social), podemos concluir (passando por todo o raciocínio jurídico acima explorado) que a obrigação decorrente da Lei de Cotas possui natureza jurídica de limitação administrativa à garantia da liberdade de contratar, e, portanto, indiretamente, trata-se de limitação administrativa ao direito de propriedade.

Ressaltamos, contudo, que caso o intérprete do direito não assumas as mesmas premissas, a conclusão pode ser outra. Não cremos ser possível no âmbito de um artigo científico esgotar totalmente o tema, mas simplesmente introduzi-lo para que o debate seja instaurado.

Pensamos, neste momento, ser cabível tecer algumas breves considerações acerca da problemática do porquê pensamos que estamos diante de uma limitação administrativa à direito, e não diante de sacrifício de direito. Conforme já explanamos acima, a diferença fundamental entre a limitação de direito e o sacrifício de direito é que o segundo expropria o titular do direito em questão de seu núcleo essencial, ou de parcela deste núcleo essencial, esvaziando o direito e, portanto, necessitando que o Estado pague indenização ao titular expropriado.

Por essa razão que a obrigação decorrente da Lei de Cotas é aqui tratada como limitação administrativa a direito e não como sacrifício a direito. Trata-se de uma conformação do direito à regulação legislativa de seu exercício, ou seja, o núcleo essencial do direito não está sendo tolhido por meio de Lei ou qualquer outro ato.

Dessa forma, diante deste caso concreto, o perfil do direito à liberdade de contratar foi delimitado após a ponderação com o valor da igualdade. Em outras palavras, por meio desta ação afirmativa que a Lei de Cotas trouxe à baila, assegura-se o direito à inclusão social das pessoas que ela tutela ainda que parcialmente tolhido fique o direito da empresa em livremente contratar quem ela desejar. Assim, a empresa, a princípio, poderia livremente dispor sobre seus meios de produção, inerentes à atividade empresarial, o que a leva, inexoravelmente, ao seu direito de livremente contratar empregados dentro dos padrões que pensa cabíveis, não cabendo, *a priori*, ao Estado se imiscuir no âmbito de liberdade intrínseco à pessoa jurídica e a obrigá-la a contratar determinada pessoa. Contudo, a Lei de Cotas, visando objetivo constitucionalmente previsto, delinea o perfil desse direito de forma a intervir nessa liberdade de contratar, sem sacrificá-la, lembremos, e impõe que se contrate esse percentual de um grupo específico de pessoas.

Neste cenário, diante desta ponderação, a Lei de Cotas optou por fazer prevalecer o direito à inclusão social, o direito à igualdade, o princípio da isonomia material; e, por meio desta ação afirmativa, afastou, ainda que parcialmente, (pois somente empresas consideradas grandes estão obrigadas pela referida Lei e somente um pequeno percentual de seus empregados está abarcado pelo regime das Cotas), mas ainda assim, afastou a liberdade de contratar plena da empresa, conformando tal direito ao exercício de sua função social, quando impôs a obrigação que trouxe.

Quando a Lei de Cotas impôs que o direito de propriedade e, logo, o direito à liberdade de contratar, somente serão exercidos conformados aos princípios abarcados pelo ordenamento jurídico, ainda que isso traga uma limitação administrativa a tal exercício, como o regime de contratação trazido pela Lei de Cotas, ela somente delimitou o perfil do núcleo essencial de tais direitos, não estando, portanto, sujeita a quaisquer vícios de constitucionalidade, muito pelo contrário, mas afirmando a ordem jurídica como baseada em valores maiores do que a propriedade clássica, ilimitável.

Diferentemente seria se a Lei de Cotas, ao invés de impor um percentual de 5%, no máximo, para empresas com mais de mil empregados, impusesse um percentual de 50% (ou algum outro número absurdo) dos empregados contratados em todos os casos, independentemente do número de empregados total da empresa, em decorrência da obrigação por ela imposta.

Neste caso estaríamos claramente atingindo o núcleo do direito de propriedade da empresa em si, ainda que indiretamente, pois se estaria impedindo a livre contratação em níveis inaceitáveis, sacrificando tal direito da empresa em favor de outrem, logo, seria necessário que se indenizasse a empresa para que nenhuma inconstitucionalidade estivesse a se verificar. Caso não houvesse tal indenização, estaríamos diante de lei patentemente inconstitucional por violar o núcleo essencial da garantia fundamental ao direito de propriedade por violação da liberdade de contratar.

Referências

- Alexy, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008.
- Azevedo, Álvaro Villaça. Liberdade contratual em Enciclopédia Saraiva do Direito, n° 49 São Paulo: Saraiva. 1977.
- Azevedo, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos. São Paulo: Bushatsky. 1975.
- Delgado, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho, 10ª edição. São Paulo: LTr. 2011.
- Gomes, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Max Lemonad. 1955.
- Gomes, Orlando. A crise do direito. São Paulo: Max Lemonad. 1955.
- Hironaka, Giselda Maria F. Novaes Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 27ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2010.
- Sundfeld, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.
- Sundfeld, Carlos, Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.