XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e seguridade social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis, Maria Aurea Baroni Cecato– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-037-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Trabalho. 3. Seguridade. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Apresentação

GRUPO DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Editorial

A presente publicação é concebida como fonte de debates sobre os conteúdos das políticas e normas adotadas pelo ordenamento do trabalho e da seguridade social. Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade.

É esse o sentido que se pretende ressaltar, assinalando que Direito não é um fim em si próprio, mas um mero instrumento elaborado pelo homem para a vida em sociedade, instrumento esse que deve ter um único objetivo: lograr o melhor desenvolvimento de todos e cada um dos seres humanos, tornando-se realidade o princípio da igualdade com liberdade num mundo mais solidário.

Por outro ângulo, vale o registro de que somos cientes de que o direito do trabalho e a seguridade social, assentados, ambos, nos direitos sociais, são fortemente impactados por questões ideológicas e políticas, suscitando controvérsias sobre temas de calorosas discussões. Portanto, buscamos trabalhar no sentido de transformar o encontro dos pesquisadores da área em oportunidade de intercâmbio acadêmico, de difusão das doutrinas em voga, de correntes jurisprudenciais e de conhecimento das experiências forenses dos diferentes grupos de pesquisadores.

Esperamos que esta coletânea resulte em acessível leitura, pois trata de temas que podem ser de interesse geral, não só para os estudiosos do Direito do Trabalho e da Seguridade da Social, mas também para outros profissionais ou atividades vinculadas à defesa dos direitos dos trabalhadores. Nesse propósito, ela foi dividida cinco eixos temáticos, a saber: I - Intervenção estatal nas relações individuais do trabalho: II - Proteção à dignidade humana e novas pautas hermenêuticas no contexto do constitucionalismo contemporâneo; III - Proteção à integridade física e mental da saúde do trabalhador no meio ambiente laboral; IV -

Impactos da Globalização: terceirização e flexibilização e o futuro das normas internacionais e finalmente V - Seguridade e Previdência social.

I - INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Em atenção à intervenção do Estado nas Relações de Trabalho, não é recente a dialética entre os modelos negociado e legislado, expressões utilizadas pelo saudoso Amauri Mascaro Nascimento. Tendo em vista a matriz romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar uma normatização detalhada das relações de trabalho (modelo legislado) no fito de estabelecer a proteção social do hipossuficiente, através do estabelecimento de direitos mínimos, que servem de patamar civilizatório para a negociação coletiva, que tem o papel suplementar de estabelecer normas autônomas provindas dos interlocutores sociais representantes dos empregados e empregadores. Nesse eixo:

O artigo intitulado A CRFB/88 E O PROBLEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO: IDENTIFICANDO AS CONTRADIÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE RELAÇÕES DE TRABALHO é de autoria de Luiz Felipe Monsores de Assumpção. Nele, o autor informa que no Brasil, a análise da produção regulatória e jurisprudencial, no que concerne à temática do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento dá conta de um processo de flexibilização das antigas referências principiológicas e normativas, inclusive aquelas positivadas na própria CLT.

Em DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO, Jackson Passos Santos e Clarice Moraes Reis observam as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Ao mesmo tempo, discorrem sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e consideram, nesse contexto, os princípios da conservação dos contratos e da autonomia privada.

OS LIMITES JURÍDICOS FIXADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 103 DE 2000 PARA A INSTITUIÇÃO DO PISO SALARIAL ESTADUAL é o texto desenvolvido por Tacianny Mayara Silva Machado e Bruno Martins Torchia. Nele, os autores analisam os limites jurídicos do piso salarial estadual fixado em alguns Estados, em decorrência da outorga legislativa conferida pela Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000 e previsão no artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

II - PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA E NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em um viés consagrador de valores éticos da sociedade, a Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerado, por grande parte da doutrina, como um supra princípio. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação do Estado e da sociedade deve se pautar na pessoa como um fim em si mesmo, em uma perspectiva kantiana, sob pena de ser considerada inconstitucional. Esse é o eixo em que se acham:

Abordando OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO: NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS E TEÓRICO-FILOSÓFICAS PARA SUA RECONFIGURAÇÃO, NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, descrevem como a teoria jurídico-trabalhista crítica problematiza e refuta o trabalho contraditoriamente livre /subordinado como objeto do direito do trabalho e a maneira como a luta reformista monopolizou os movimentos sindicais contemporâneos. Elas têm como ponto de partida as pautas hermenêuticas e os fundamentos teórico-filosóficos propostos pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade no grupo de pesquisas Direito do Trabalho e teoria social crítica do PPGD/UFPE.

No texto PROFESSORES READAPTADOS: A BUSCA PELA IDENTIDADE, com o objetivo de investigar juridicamente os problemas vivenciados pelos professores que enfrentam a readaptação, Daniel Roxo de Paula Chiesse e Mariana Carolina Lemes analisam os direitos e situações cotidianas dessa parcela do professorado. A questão reveste-se de interesse, uma vez que a educação é reconhecida como meio de constituição da pessoa capaz, emancipada, confrontando-se o direito à educação com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

SUPEREXPLORAÇÃO, NEOLIBERALISMO E DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: A DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NOS PAÍSES DEPENDENTES é o estudo empreendido por Naiara Andreoli Bittencourt. A autora utiliza, como categoria central de análise, a superexploração do trabalho a partir da localização geopolítica latino-americana no sistema-mundo e sua atualização com os impactos das novas morfologias do mundo do trabalho no cenário neoliberal contemporâneo, em que predominam os postos de trabalho precarizados, informais, subcontratados, mal-remunerados e subalternizados.

Abordando O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi, considerando a aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, tratam do conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72 que divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas.

José Washington Nascimento de Souza aborda o CRÉDITO TRABALHISTA: PRESCRIÇÃO E ATUALIZAÇÃO FERINDO A DIGNIDADE DO TRABALHADOR, têm em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, entre os direitos sociais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar e, ao mesmo tempo, consideram que, em não havendo lei complementar regulando a matéria, o empregador encontra-se liberado de obrigação de pagamento de qualquer indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa-causa.

PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA FASE "PÓS-CONTRATUAL" DE EMPREGO é o estudo sobre o qual se debruça Christine De Sousa Veviani. O referido estudo converge para a aplicação da extensão da proteção da dignidade da pessoa do empregado na fase pós-contratual, sugerindo a condenação do contratante em indenização por dano extrapatrimonial em razão do mero atraso na disponibilização do quantum rescisório. O objetivo da proposta é de estabelecer medida preventiva, educativa e punitiva contra ilegalidades, em um momento de aparente liberdade, que, ao revés, contempla abusos de poder.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Emerson Albuquerque Resende examinam O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO. No referido estudo, considerando Os Estados Unidos da América como berço das ações afirmativas e detentores de complexo sistema jurídico de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, as autores destacam dispositivos legais, decisões da Suprema Corte, doutrina e dados estatísticos do aludido país, informando o processo inclusivo ali construído. O trabalho é resultado de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

Adaumirton Dias Lourenço e Maria Aurea Baroni Cecato são os autores do texto intitulado PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS LABORAIS: DISTINÇÕES RELEVANTES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. Nessa

abordagem, os autores referidos consideram as naturezas jurídicas distintas dos dois princípios mencionados no título, além de outras diversidades entre eles existentes, malgrado as pretensões semelhantes de ambos. Têm como objetivo propor melhor adequação dos aludidos princípios para efeitos de aplicação dos mesmos, de grande relevância na proteção da dignidade do trabalhador.

III - PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Foi concebido um foco especial para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, de terceira dimensão, diante do constante desrespeito, nas relações de trabalho, de ordem pública e privada, revelado pelo alto índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais de natureza física e emocional, de sorte a merecer um tratamento especial, máxime em vista dos princípios da prevenção e precaução, salvaguardando as futuras gerações. Encontram-se nesse eixo:

No artigo ADICIONAL NOTURNO E SAÚDE: UMA TESE PELA DIGNIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, Sérgio Saes e Leda Maria Messias da Silva demonstram que o labor noturno deve ser considerado um serviço extraordinário, posto que representa ônus excessivo ao obreiro, trazendo, conseqüências no contexto familiar, no convívio social, no psicológico, na saúde e, por fim, porque impacta diretamente na produção.

Em O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL-BASF, Humberto Lima de Lucena Filho e Marcílio Toscano Franca Filho cuidam de analisar os detalhes de um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho. O texto aborda cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso.

Maria Aparecida Alkimin apresenta UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL À LUZ DA TIPIFICAÇÃO PENAL E AS VICISSITUDES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, onde o objetivo é partir da conceituação originária do fenômeno assédio moral, que remonta às pesquisas de campo com trabalhadores e estudos realizados na área da psicologia do trabalho, para inseri-lo no campo da ciência do Direito, estabelecendo os elementos caracterizadores do assédio moral para fins de enquadramento jurídico-legal e consequente busca da tutela jurídica, inclusive na órbita penal.

ASSÉDIO MORAL ASCENDENTE é texto de autoria de André Gonçalves Zipperer. Partindo de casos práticos, o autor analisa a figura do assédio moral no ambiente de trabalho, na sua modalidade ascendente, ou seja, aquele que parte de uma ou várias pessoas em condição de controle, subordinado uma pessoa em condição hierárquica superior.

Em A PRÁTICA DO MOBBING SOB A PERSPECTIVA DO AVILTAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Nivea Corcino Locatelli Braga analisa o mobbing e seus infaustos efeitos no ambiente laboral, nomeadamente no tocante à vileza ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO CAUSADO NO ÂMBITO DO AMBIENTE DO TRABALHO é a denominação atribuída ao artigo de autoria de Celciane Malcher Pinto e Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro. As autoras buscam explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial do meio ambiente do trabalho, bem como aquele referente à modalidade de dano moral, dando conta de que existem decisões que reconhecem a ocorrência do dano referido em respeito ao princípio da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente.

Mariana Gonçalves Gomes e Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis abordam OS ASPECTOS E DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ALÉM DOS MUROS DA EMPRESA, objetivando tratar da proteção à saúde e integridade do trabalhador sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho, não somente compreendido como o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva, mas também como o ambiente no qual a empresa tem o dever de assegurar a saúde dos seus trabalhadores através da adoção de medidas adequadas de segurança e proteção.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O ESTRABISMO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é o texto de autoria de Rodrigo Guilherme Tomaz e Zaiden Geraige Neto. Nele os autores consideram a saúde do trabalhador intrinsecamente ligada ao ambiente laboral. O estrabismo aludido no título refere-se ao fato de que o empregado, ao se reconhecer como titular de um adicional de insalubridade ou periculosidade, alimenta a falsa sensação de ter sua saúde protegida, imagina, em vão, tê-la juridicamente tutelada.

Sob o título A MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS, Fernanda Mesquita Serva e Marcela Andresa Semeghini Pereira, tratam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial aquele do trabalho, concluindo que, para a manutenção da ordem econômica e do trabalho digno, deve-

se considerar o Tripé da Sustentabilidade que destaca a interdependência de elementos econômicos, sociais e ambientais.

IV - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A globalização, econômica em sua base, mas, por conseqüência, também social, política e cultural, produz nítidos impactos na vida em sociedade e, naturalmente, também no mundo jurídico. Tais reflexos se fazem, igualmente, e por óbvio, na seara dos direitos sociais. No âmbito destes, provavelmente de forma mais acentuada, são produzidos nas relações laborais. Dos impactos aludidos, conquanto não devam ser desconsiderados os de cunho positivo, devem ser destacados aqueles que se revelam como constritores de direitos e, nada infrequentemente, como redutores de condições de dignidade. Pode-se registrar, nesse quadrante, desde a retração do Estado diante do agigantamento do poder das grandes corporações, o que reduz a promoção e defesa de direitos sociais, até as repercussões na reorganização das empresas que visam às condições de competitividade no mercado. Os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal são, todavia, direitos fundamentais e devem ser preservados. Com efeito, fazem parte dos direitos firmados em princípios que convergem para o princípio nuclear da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade humana. Nesse eixo:

Ailsi Costa De Oliveira e Ivan Simões Garcia abordam A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais e, notadamente, o caráter essencialmente precarizador da terceirização.

O estudo de Mariana Mara Moreira e Silva e Guilherme Tavares Fontes Mol, denominado TERCEIRIZAÇÃO: A RELAÇÃO TRILATERAL, considera que o surgimento da terceirização está alinhado à busca, pelas empresas, de maior competitividade, lucro, eficiência e redução de custos, os quais são essenciais para sobrevivência da atividade empresarial no mundo globalizado.

A FLEXIBILIZAÇÃO POSITIVA: UMA FORMA DE TUTELAR E PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR é o texto de Maria Cecília Máximo Teodoro e Carla Cirino Valadão, onde os autores abordam a chamada flexibilização positiva, considerando que a flexibilização deve ser encarada como forma de ampliação de direitos e de promoção da dignidade da pessoa humana.

O artigo de Rodrigo Lychowski trata de BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e tem em conta o fenômeno em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, objetivando a análise da terceirização na seara pública, não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico. O texto tem, ainda, o intuito de considerar a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, dentre outras questões pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Kátia Cristine Oliveira Teles desenvolve o tema DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, CIDADANIA E TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS DE UM PAÍS GLOBALIZADO, analisando o impacto da globalização no desenvolvimento social, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e à cidadania. Aborda, no plano geral, o direito ao desenvolvimento para depois traçar os aspectos principais de proteção ao trabalhador e os efeitos da globalização no mercado de trabalho.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL é o tema sobre o qual Antonio Gomes de Vasconcelos e Gabriela de Campos Sena realizam um estudo crítico e exploratório da flexibilização trabalhista com o intuito de demonstrar a incompatibilidade do referido instituto com as bases principiológicas traçadas pela Constituição. Demonstram, através desse estudo, que o desenvolvimento da economia deve estar necessariamente atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Maior.

Flávio Filgueiras Nunes e Laira Carone Rachid Domith desenvolvem um estudo sobre FLEXIBILIZAÇÃO, INTENSIFICAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATO GERADOR DO AFROUXAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, com o objetivo é demonstrar que os efeitos deletérios da flexibilização e da intensificação laboral podem prejudicar de forma irreversível não apenas o trabalhador, mas todos que compõem o núcleo familiar no qual está inserido.

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE A OIT E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO é o tema abraçado por José Soares Filho e Lucas Barbalho de Lima. Nele, a Organização Internacional do Trabalho que, nas últimas décadas, em decorrência da globalização, deixou de ocupar um papel protagonista na produção das fontes formais, é analisada sob a perspectiva do seu futuro.

Sob o título GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA: A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES E AS CONVENÇÕES nºs 19, 97 e 143 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Ednelson Luiz Martins Minatti e Amanda

Tirapelli desenvolvem um estudo que se volta para a atuação da Organização Internacional do Trabalho no desenvolvimento das normas internacionais. Nesse âmbito, consideram, notadamente, a preocupação da Organização no sentido de evitar a concorrência desleal que grupos empresariais passam a desenvolver na busca da efetivação do lucro.

V - SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social é assente em princípios dos quais destaca-se a universalidade, posto que garantidora da extensão de sua não limitação a categorias determinadas. É sobre essa base democrática que foram perfilhados objetivos para os quais se volta um sistema composto por ações integradas dos Poderes Púbicos e da sociedade constituindo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme determinam os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Este é o eixo em que se apresentam:

O estudo de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Andre Studart Leitao, PROTEÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E COERÊNCIA: O EFEITO SANFONA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664/2014 versa sobre a importância de um planejamento cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social, de modo a prevenir retrações e descartes sociais inesperados que eventualmente podem caracterizar retrocesso social, mormente quando se observarem práticas estatais desalinhadas do propósito de economizar e reequilibrar as contas públicas.

A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PARA AS PESSOAS QUE NECESSITAM DE AUXÍLIO PERMANENTE DE UM TERCEIRO é o texto elaborado por Zélia Luiza Pierdoná e Carlos Gustavo Moimaz Marques. O trabalho aborda a dependência, caracterizada como a hipótese em que uma pessoa necessita da atenção e auxílio de uma terceira pessoa para realizar as atividades básicas da vida diária e apontada por organismos internacionais como objeto de proteção social. Vale-se do sistema de proteção espanhol, como exemplo e considera a inclusão da referida dependência, no sistema de proteção social brasileiro.

Maria Áurea Baroni Cecato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO

DIALOGUE OF SOURCES: APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SOCIAL FUNCTION UNDER ARTICLE 421 OF THE CIVIL CODE IN LABOR AGREEMENTS.

Jackson Passos Santos
Clarice Moraes Reis

Resumo

O artigo observa as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Discorre sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e faz ponderações acerca do princípio da conservação dos contratos e do princípio da autonomia privada, em decorrência da mudança de paradigma trazido pela Constituição de 1988, onde o princípio da Dignidade da Pessoa Humana ganhou destaque em detrimento do caráter patrimonialista das relações privadas. A aplicabilidade do princípio da função social ao contrato de trabalho é discutida a partir da aplicação do método hermenêutico do diálogo das fontes para utilização coerente e subsidiária do diploma civil na solução de conflitos de natureza trabalhista dispostos nos contratos de trabalho.

Palavras-chave: Contrato de trabalho; diálogo das fontes; função social; solidariedade social

Abstract/Resumen/Résumé

This paper conceives the principle of social solidarity as fundamental to guarantee the Democratic Rule of Law and its effects on infra order. Discusses the concept of social function of the contract provided for in article 421 of the Civil Code of 2002 and is weighting on the principle of conservation of contracts and the principle of private autonomy, due to the paradigm shift brought about by the 1988 Constitution, where the principle of human dignity gained prominence over the patrimonial character of private relations. The applicability of the social function to the labor agreement is discussed from the application of the hermeneutic method of dialogue sources for consistent use and subsidiary of civil law in conflict resolution in labor willing to labor agreements.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor agreement; dialogue of sources; social function; social solidarity

Introdução

O estudo da função social insculpida no artigo 421 do Código Civil e da sua aplicabilidade no contrato de natureza trabalhista é um desafio ao aplicador do direito, isso porque não se pode pensar em direito apenas pela sua dogmática, ou pela sua estrutura lógica, ou ainda, como meio para a solução de conflitos, necessário se faz entender sua aplicação como norteador da sociedade.

O estudo pressupõe a compreensão da ciência do direito, que tem como sinônimo a expressão dogmática jurídica que, para Miguel Reale (ano), abrangeria o sentido de ciência positiva do direito positivo e que consiste na atividade do jurista de, ao interpretar o texto legal, tirar conclusões, as quais devem mostrar-se coordenadas e sistematizadas segundo princípios gerais, apreciando a aplicação da norma ao caso concreto, como relata Diniz (2013, p.219).

Nesta atividade, a ciência do direito emite, no mundo da lógica, proposições, as quais avaliadas e analisadas em conjunto formam o sistema de normas. O jurista terá que analisar as várias possibilidades de regulamentação comportamental que teve em mente o criador da norma jurídica (que é o poder competente) – logo o jurista analisa decisões e enuncia respostas aptas para demonstrar uma decisão solucionadora de um problema social.

Maria Helena Diniz assenta que dogmática jurídica é um estudo que possibilita a reflexão "com as quais a matéria normativa é controlada e dirigida para a solução de conflitos jurídicos"(DINIZ,2013: p.219), criando condições de decidibilidade para os conflitos. Não se restringe ao conhecimento do direito posto, mas sim à aplicabilidade da norma na solução de conflitos postos.

A decidibilidade revela uma visão da dogmática jurídica na sua esfera aplicada, pensando e aferindo o direito como uma realidade dinâmica e não apenas como uma figura estática, como a letra da lei morta e consignada no papel.

Nesse compasso, o jurista deve analisar os termos e obrigações contraídas através dos contratos firmados entre os diversos entes sociais, de forma que não fique restrito a leitura fria da letra da lei ou da letra contratual, há de se observar o alcance dessa norma jurídica, que não pode ser reduzida a autonomia privada, há de se observar a função social do contrato.

Assim, há de se buscar aferir os efeitos das relações contratuais na sociedade, a qual há de ser entendida como um sistema de interações múltiplas em que a complexidade de expectativas interativas é reduzida e se torna controlada e os próprios processos de conhecimento, obrigando a atuação com uma visão que limita a autonomia de vontade das partes contraentes.

É preciso estar atento à forma como as obrigações assumidas no contrato incidem na sociedade, pois o contrato há de ser um elemento de satisfação social no sentido de conferência de tranquilidade social, e não um entrave que para garantir a maximização da autonomia da vontade, acaba por causar um transtorno social.

I - A solidariedade social e autonomia de vontade

O preâmbulo da Constituição de 1988 dispõe que o objetivo da Assembleia Constituinte é a instituição de um Estado Democrático 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, fundada na harmonia social.

No afã de garantir o Estado Democrático de Direito e a construção de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social, o legislador constituinte delineou os fundamentos desse Estado no artigo 1º, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

No artigo 3º da Carta Magna estão dispostos os objetivos fundamentais do nosso Estado, destacando no primeiro inciso a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Diante dos objetivos traçados na Constituição Federal de 1988, com clara opção por uma mudança estrutural da sociedade brasileira, o princípio da solidariedade assume um papel central da ordem jurídica, a partir do qual devem ser interpretados os demais princípios e regras, percebendo-se que o Estado brasileiro somente se legitima se visar a substancializar a igualdade fática. A solidariedade social é o que torna possível a vida em sociedade, servindo de padrão para a fixação do necessário equilíbrio das relações sociais.

A visão individualista do papel de cada um dos indivíduos é ampliada pela solidariedade, que se configura como um elemento de coesão da estrutura social, pois o Estado liberal não atende as necessidades de socialização do mundo contemporâneo.

A perspectiva constitucional dá à livre iniciativa um valor social importante nas relações contratuais, onde o Princípio da Autonomia da Vontade, sustentáculo durante séculos da teoria contratual, cede espaço para uma visão mais humanista do direito privado.

A solidariedade implica a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus membros, configurando elemento de coesão da estrutura social. A relação entre a sociedade e o Estado sofre uma alteração, isso porque o Estado tem o dever de assistir a sociedade na garantia de um rol mínimo de bens para buscar a satisfação dos indivíduos e, por outro lado, a sociedade deve cumprir seus deveres de colaboração para com o grupo e a totalidade de seus membros.

Nesse sentido assevera Contipelli:

> Por decorrência lógica, a solidariedade social faz com que o Estado adote um papel ativo perante a sociedade, com a realização de ações interventivas positivas e concretas voltadas para melhoria da situação de vida de toda comunidade, especialmente, os grupos menos favorecidos, garantindo-lhes conteúdo mínimo de sobrevivência digna,

> em que se procura evitar posições econômicas, políticas, culturais e morais degradantes de alguns em relação ao tratamento direcionado à totalidade dos membros. Por outro turno, a solidariedade social acaba por intervir na seara das relações privadas, de interesses dos direitos subjetivos, área demarcada pelas concepções clássicas do valor liberdade, estabelecendo limitações ao pleno exercício da vontade individual, ao prescrever a necessária relação de ajustamento/compatibilidade entre referida esfera de autonomia privada ao atendimento de sua função social, geralmente, determinada no plano normativo constitucional. (CONTIPELLI, 2010, p. 146)

É a solidariedade social que possibilita a vida em convívio social, que serve como padrão para o estabelecimento do equilíbrio das relações sociais, considerando os aspectos de natureza coletiva que conduzem à satisfação dos interesses envolvidos, efetivando assim a valorização da pessoa humana, sobrepondo-se os interesses coletivos sobre os individuais.

O Supremo Tribunal Federal afirmou ser esse princípio a espinha dorsal para o planejamento, instauração e cumprimento de políticas públicas, sustentando que o reconhecimento desse princípio como fundamento é o que pode garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais de terceira geração, como se verifica da análise da ADI 2649, sob o relato da Ministra Carmen Lúcia, no qual é explicito o reconhecimento do princípio da solidariedade, que afirma em seu voto:

> "[...]Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o principio jurídico da solidariedade. Esse princípio projeta-se e afirma-se já no tít. I, art. 3°, no qual se fixam os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se tem o de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inc. II), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inc. III), e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inc. IV).
> [...] O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de "a cada um o que é seu", mas "a cada um segundo a sua necessidade". E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade" (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.)

Dessa forma, tem-se que a solidariedade social é um princípio jurídico, conforme Diniz (2007), ou seja, há incidência sobre toda a ordem jurídica, como fonte de obrigações positivas e negativas e de direitos correlatos, e ainda se impõe como um critério hermenêutico:

> A realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação (DINIZ, 2007, p. 173-174).

O princípio da solidariedade social é, portanto, determinante e condiciona a interpretação do ordenamento jurídico, de tal sorte que as regras impostas aos contratos em espécie não podem ser interpretadas de forma dissociada ao referido princípio.

A partir da conceituação do princípio da solidariedade social, cumpre destacar questões relativas à teoria geral dos contratos, abordando sua concepção clássica, fundada na autonomia da vontade e aplicada comumente até a promulgação do atual Código Civil, preconizava três princípios: a amplitude da liberdade contratual, a intangibilidade do pactuado e a relatividade dos efeitos do pactuado.

A sistematização aposta por Azevedo é esclarecedora quanto aos princípios do direito contratual que incidiam em torno da *autonomia de* vontade, antes da vigência da nova carta civil:

> São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da *autonomia da vontade* e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu;* b) o contrato faz lei entre as partes (art.1134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – principio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter altos acta tertio neque nacet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da *ordem pública*, acrescentando-se, pois, segundo alguns, um quarto princípio, dito "princípio da supremacia da ordem pública" (na verdade antes um *limite* que um princípio)" (AZEVEDO, 1998, p. 115)

A leitura do Código Civil deve se dar a partir dos termos dispostos na Constituição Federal, diante do que lhe são atribuídos novos contornos na interpretação das normas ali dispostas, em especial, no que concerne a autonomia de vontade.

Dessa forma, pelo prisma da constitucionalização, noções e ideais como justiça social e solidariedade, passam a fazer parte da interpretação das cláusulas contratuais, sofrendo a autonomia da vontade limitações na sua aplicabilidade.

Segundo Negreiros com a promulgação do Código Civil, suas disposições devem ser lidas sob o signo da funcionalização, diante do que é necessário observar os preceitos constitucionais para sua melhor exegese.

> Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento." (NEGREIROS, 2006, p.106/107)

É, portanto, a solidariedade o fundamento norteador para a construção da nossa sociedade, para a garantia dos princípios basilares constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

Nesse sentido, Nabais observa que a solidariedade se refere à relação ou sentimento de pertencer a um grupo ou formação social:

> [...] a solidariedade pode ser entendida quer em sentido objetivo, em que se alude à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e de co-responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidades, quer em sentido subjetivo e de ética social, em que a solidariedade exprime sentimento, a consciência desse mesma pertença à comunidade (NABAIS, 2005, p. 112).

Esse conceito solidariedade vincula a ideia de deveres fundamentais que devem ser retomados e entendidos, buscando a harmonia social, limitando, portanto, a autonomia da vontade expressa no contrato firmado, isso porque os efeitos do contrato ultrapassam as partes contratantes, chegando a alcançar terceiros que sequer imaginam que o referido contrato tenha sido efetivado.

Azevedo expressa a relação entre a liberdade individual e a solidariedade social:

> O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada

> justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social.* É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros. (AZEVEDO, 1998, p. 119-120)

II – O princípio da função social do contrato

A ordem constitucional prevê o respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade, e para dar efetividade a esses preceitos utiliza-se da solidariedade social em harmonia com a autonomia da vontade.

Na visão do sociólogo Leon Duguit (1975), o ser humano não seria autossuficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável. A atividade particular de cada ser humano deveria harmonizar- se com as atividades dos demais, resultando numa divisão geral do trabalho, de tal forma que todo ser humano teria uma função social a desempenhar e deveria desenvolver sua individualidade física, moral e intelectual o máximo possível.

A solidariedade social está arraigada aos princípios inscritos na Constituição Federal de 1988, que alçou ao patamar constitucional o valor social da livre-iniciativa – artigo 1º, IV - e a função social da propriedade – artigo 5º, XXIII.

Diante da limitação da propriedade pela função social na ordem constitucional, não há dúvidas de que o contrato acabaria por ser atingido pelo mesmo instituto, isso porque a autonomia privada de contratar tem correlação direta à propriedade privada, é o contrato o instrumento de circulação de serviços e bens, nos quais se inclui a propriedade objeto do preceito constitucional.

Paulo Nalin (2011) defende a ideia de que a função social do contrato é corolário lógico da vigente normativa constitucional brasileira, mais precisamente do valor da solidariedade, previsto no art. 3º, inc. I, e que conduz aos objetivos fundamentais (princípios) da República Federativa do Brasil, expressamente anotados no inc. III, do mesmo artigo de lei: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Com a inserção do princípio da função social da propriedade como preceito constitucional, necessário se fez, quando da promulgação do Código Civil de 2002, a inserção de dispositivo específico tratando da temática, vez que o Código Civil de 1916 não tinha qualquer menção ao instituto. A função social do contrato teve, então, sua previsão no artigo 421 que assim dispõe: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

O princípio da função social foi então inserido no ordenamento jurídico brasileiro, contudo não trouxe o dispositivo legal qualquer conceito sobre o instituto, restando a doutrina a tarefa da conceituação, que de forma uníssona admitem ter a função social do contrato um caráter condicionante de submissão do interesse privado ao interesse coletivo, limitando a autonomia privada. Essa é a concepção exposta por Teresa Negreiros:

> Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um 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. (NEGREIROS, 2006, p. 208)

A ideia de função social está interligada à de harmonização dos interesses e direitos individuais com os interesses e direitos da coletividade. O exercício desses direitos deve ser socialmente útil, observando sua aplicação na empresa, na propriedade, no contrato e nos demais bens de produção, diante do que a leitura do contrato não pode ter caráter individualista, e sim com o olhar para a coletividade.

> Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente. (NEGREIROS, 2006, p.211)

A discussão doutrinária acerca do conceito de função social do contrato foi objeto da Jornada de Direito Civil que ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, na qual restaram consignadas as seguintes disposições:

> Jornada STJ 22: A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.
>
> Jornada STJ 23: A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

O princípio da conservação dos contratos citado na Jornada de Direito Civil do STJ, foi tema de estudo de Nelson Nery que tratou da necessidade de revisitar o referido princípio, aplicando os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, entendendo que por conservação do contrato deve se compreender a manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

> É nesse sentido que se tem de aplicar o princípio da conservação dos contratos. Falar-se em *pacta sunt servanda,* com a conformação e o perfil que lhe foram dados pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX, é, no mínimo, desconhecer tudo o que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos. O contratante mais forte impõe ao contratante mais débil, determina tudo aquilo que lhe seja mais favorável, ainda que em detrimento ao outro contratante, procedimentos que quebram as regras da boa-fé objetiva e da função social do contrato, e ainda quer que esse seu comportamento seja entendido como correto pelos tribunais, invocando em seu favor o vetusto brocardo romano *pacta sunt servanda*. (NERY JUNIOR, 2006, p.444)

Assim, não há se falar em contrariedade ao princípio da conservação dos contratos ao aplicar o princípio da função social do contrato, pelo contrário, há uma nova exegese daquele princípio.

A aplicação do princípio da função social do contrato é resposta a necessidade de buscar novos paradigmas para a solução dos conflitos decorrentes das desigualdades sociais que assolam o nosso país, na busca da paz social e da harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, que nas palavras de Paulo Nalin seria o próprio fundamento do contrato.

> [...] No meu pensar, divide-se a função em intrínseca e extrínseca. A primeira, intrínseca, é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, no art. 1.165 do *Code* ("as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...") corolário lógico do princípio da liberdade contratual. Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompem com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das elações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito. (NALIN, 2011, p. 135)

A autonomia privada não deixou de existir, ao contrário sua existência é a razão de ser do próprio instrumento contratual, contudo passou a sofrer limitações, dentre as quais, nas palavras de Santiago , "surgiu o princípio da função social do contrato, dentro da nova concepção de que é pelo equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais que obtém uma relação jurídica de fato justa"(SANTIAGO,2005, p.72).

III. Diálogo das fontes - a aplicação do princípio da função social ao contrato de trabalho.

O contrato de trabalho é um negócio jurídico de natureza bilateral, que estabelece regulamentação de interesses entre o empregado e o empregador, com a finalidade de estabelecer, alterar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial, que tem sua previsão legal no artigo 442 da CLT.

A temática desse estudo não nos permite a discussão sobre os elementos caracterizadores da relação de emprego, de toda sorte é preciso pontuar que para que estejamos diante de um contrato de trabalho é imprescindível que os elementos previstos no artigo 3º da CLT – pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade – estejam presentes naquela relação jurídica estabelecida.

A caracterização do contrato de trabalho, por ser um negócio jurídico, prescinde de elementos essenciais formais, que são classificados como elementos extrínsecos e intrínsecos, sendo que os primeiros existem independentemente da relação de emprego, enquanto os últimos são condicionais à caracterização do vínculo empregatício.

Os elementos essenciais extrínsecos estão dispostos no artigo 104 do Código Civil – a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei; – e devem ser observados na relação jurídica de forma concomitante.

A ausência de qualquer dos requisitos essenciais extrínsecos enseja a declaração de nulidade do negócio jurídico, ou seja, tornam nulo o contrato de trabalho e, consequentemente, não há se falar em qualquer direito trabalhista, com exceção ao pagamento de salários, se ainda não foram pagos.

A declaração de nulidade do contrato de trabalho, encontra, contudo, diferentes gradações como preleciona Bomfim:

> A doutrina, propondo diferentes gradações quanto aos efeitos das nulidades do contrato de trabalho, discute a aplicabilidade rígida desta regra ao menor ou a qualquer outro incapaz, em face do caráter protetivo que lhe é dispensado. [...] Os efeitos da nulidade também são atenuados quando se trata de trabalho proibido, que fere a norma de ordem pública, mas que não importa em atividade criminosa. Quanto a ilicitude do objeto a tendência deve ser restritiva, pois o Judiciário é o guardião da lei e deve privilegiar a sociedade como um todo, protegendo-a dos ilícitos. (BOMFIM, 2014, p.561)

A constatação dos elementos essenciais intrínsecos decorre da análise dos termos e condições do contrato de trabalho, para verificação da inexistência de qualquer dos defeitos do negócio jurídico previstos nos artigos 138 a 165 do Código Civil – erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. A observação de qualquer dos defeitos do negócio jurídico implica em declaração de nulidade relativa daquele contrato de trabalho, o que, na prática tem pouca aplicação, ante a demora na produção de seus efeitos, vez que prescinde da declaração do Judiciário.

Assim a existência dos elementos essenciais é condição para a validade do contrato de trabalho, negócio jurídico que é, implicando dizer que as normas que lhe são aplicáveis são aquelas dispostas no Código Civil, naquilo que não for incompatível com a legislação trabalhista, na forma prevista no artigo 8º, § único da CLT.

Diante da natureza jurídica do contrato de trabalho, é o direito comum plenamente aplicável de forma subsidiária e complementar ao contrato de trabalho, em manifesta aplicação da teoria hermenêutica do "diálogo das fontes" criada Erik Jayme[1], e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, que assim aduz:

> Como afirma Erik Jayme, no que tange à teoria, "o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito de evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes...com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes...que no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei dos planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelbeg, tem campos de aplicação convergentes, mas não totalmente coincidentes ou iguais. (MARQUES, 2014, p.20)

Marques (2014) ao tratar do novo modelo hermenêutico afirma que aplicar a lei, com olhos a afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje, uma vez conhecido o método interpretativo criado por Erik Jayme, que é um importante instrumento na busca de uma solução justa aos conflitos estabelecidos.

A autora, que analisa as implicações na seara consumerista, aduz serem três espécies de diálogo das fontes como instrumentos para a coordenação de fontes no sistema de direito brasileiro, quais sejam, diálogos de coerência, de subsidiariedade e de adaptação:

> Nestes estudos, ao refletir quais seriam os "diálogos" possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (art.48 do ADCT-CF/1988) e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública (art.2035, parágrafo único), pensei em que três são os tipos de "diálogo" entre essas leis: a) uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra de um microssistema específico; b) uma lei pode complementar a

[1] Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg.

> aplicação da outra, a depender do seu campo de aplicação (diálogo de complementariedade e subsidiariedade), tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, "diálogo" este exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era superada ou "retirada" do sistema pela outra; e, por fim, c) há o diálogo das influencias reciprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática). (MARQUES, 2014, p. 32)

Nesse contexto, aplicando a teoria hermenêutica do "diálogo das fontes" e ainda com fulcro no disposto no artigo 8º, parágrafo único, da CLT, entende-se ser plenamente aplicáveis os efeitos decorrentes da aplicação do artigo 421 do Código Civil ao contrato de trabalho, a uma porque é o Código Civil a fonte conceitual que determina a natureza jurídica desse acordo, seja porque é fonte subsidiária que complementa a legislação trabalhista naquilo que não há contemplação especifica.

Com efeito, o primeiro tipo de "diálogo" exposto por Marques (2014)) – o diálogo sistemático da coerência – está presente quando se fala em aplicação do instituto da função social no contrato de trabalho, isso porque é o próprio Código Civil que apresenta o fundamento teórico que possibilita a classificação do contrato de trabalho como espécie contratual submetida às condições de validade expostas na teoria geral dos contratos disposta na referida carta.

Não há dúvidas, portanto, de que o contrato de trabalho previsto no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho tem sua validade condicionada aos pressupostos extrínsecos e intrínsecos dispostos no Código Civil de 2002, e que essa relação, esse diálogo entre fontes, é desprovido de contradições, é absolutamente coerente.

A utilização do Código Civil como fonte para solução de conflitos decorrentes do contrato de trabalho, ainda encontra fundamento no segundo tipo de diálogo das fontes, qual seja, o diálogo da complementariedade ou subsidiariedade, isso porque não há na legislação especial trabalhista qualquer disposição sobre as características e cláusulas gerais que devem regulamentar o contrato de trabalho, de tal sorte que há de se dialogar com a fonte civil, e aplicar ao contrato de trabalho a cláusula geral insculpida no artigo 421 do Código Civil, revelando a necessidade de interpretar o contrato à luz de sua função social.

A função social alcança, portanto, o contrato de trabalho, nos mesmos moldes que se aplica aos contratos civis, e a sua observância se dá a partir da análise do contrato de trabalho em espécie, observando se há abuso de direito entre as partes (eficácia intrínseca), ou ainda se aquelas cláusulas contratuais acabam por produzir externalidades, por atingir a coletividade (eficácia extrínseca).

A aplicação dos preceitos da função social previstas nos artigos 421 e 187 do Código Civil de 2002 se sobrepõe numa visão pós-positivista aos princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, como observa o Prof. Renato Rua de Almeida:

> [...] o princípio da função social do contrato, consubstanciado pela dimensão objetiva e pela força irradiante dos direitos fundamentais prevalece na redação das novas súmulas do TST sobre os princípios da liberdade contratual ou do *pacta sunt servanda*, que, numa visão positivista, encontram-se subjacentes ao artigo 444 da CLT, mas que uma visão pós-positivista da força normativa dos princípios constitucionais sobre os direitos fundamentais impõe uma releitura do mencionado dispositivo consolidado a partir das cláusulas gerais do Código Civil de 2002. (ALMEIDA, 2014, p.11)

O Tribunal Superior do Trabalho, apesar de não explicitar a utilização do método hermenêutico do "diálogo das fontes", entendeu pela sua utilização ao aplicar a o princípio da função social do contrato nas situações em que a manutenção ou aplicação de determinadas cláusulas contratuais, acabam por atingir o princípio da dignidade da pessoa humana, como se observa do teor das súmulas 244 e 378 do TST, que tratam da garantia de emprego para as gestantes e para os beneficiários de seguro acidentário.

A aplicação do princípio da função social do contrato também é facilmente visualizada no teor das súmulas 440 e 443 do TST, cuja transcrição se faz necessária:

> Súmula nº 440 do TST
> Auxílio-Doença Acidentário. Aposentadoria por Invalidez. Suspensão do Contrato de Trabalho. Reconhecimento do direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica - Res. 185/2012, DEJT Divulgado Em 25, 26 E 27.09.2012
>
> *Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.*

> Súmula nº 443 do TST
>
> Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> *Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.*

Em decisão mais específica sobre a aplicação da função social no contrato de trabalho, entendeu o TRT da 1ª Região:

> RECURSO DA RECLAMADA. PRINCÍPIO DA BOA FÉ. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. JUSTA CAUSA NÃO RECONHECIDA. O Código Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (inteligência do artigo 113). Ademais, prevê, ainda, o artigo 422 do diploma legal referido que -os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé-. Não se pode olvidar da previsão inserta no artigo 421, no sentido de que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Isso tudo porque, conforme preceitua o art. 170 da Carta Magna, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, deve observar, além de outros, os seguintes princípios: a função social da propriedade, bem como a busca pelo pleno emprego. Recurso das reclamadas conhecido e não provido." (RO 01039000720095010074 – 5ª Turma – Relatora Desembargadora Marcia Leite Nery – publicado no DOE em 15/10/2010).

Nesse diapasão, tem-se que há de ser utilizado na solução dos conflitos de natureza trabalhista, decorrentes do contrato de trabalho, o princípio da função social do contrato, preconizado no artigo 421 do Código Civil de 2002, evidenciando um diálogo entre as fontes e propiciando a garantia dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito, diante do que toda a ordem infraconstitucional deve ter a inspiração na solidariedade para alcançar a paz e harmonia social.

O princípio da função social do contrato tem a sua previsão no artigo 421 do Código Civil de 2002 e deve ter sua aplicabilidade em todos os contratos em espécie, restando a indagação sobre a aplicação nos contratos de natureza trabalhista, nos contratos de trabalho.

O contrato de trabalho tem seu conceito previsto no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, contudo suas condições de validade remetem aos dispositivos do Código Civil, que tratam sobre os elementos essenciais dos contratos, enquadrando a carta civil como fonte subsidiária do direito do trabalho.

O método hermenêutico denominado "diálogo das fontes" criado por Erik Jayme, jurista alemão da Escola de Helderberg, possibilita a utilização do Código Civil como fonte do direito do trabalho, também no que concerne a aplicação do princípio da função social do contrato prevista no artigo 421 daquela carta, isso porque far-se-á um diálogo coerente e complementar entre as fontes, para garantir o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho preconizados constitucionalmente.

O princípio da função social exerce uma tensão dialética sobre o princípio da autonomia da vontade, e seu exame é uma provocação ao Poder Judiciário, para que construa soluções justas, coerentes à realidade da vida, harmonizando, trazendo a paz social para cada caso, e que não proporcionem a aniquilação de quaisquer valores que orientam o ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Renato Rua de. "A função social do contrato e a nova redação do item III, da Súmula 244, a inserção do item III, na Súmula 378, e a edição das Súmulas 440 e 443, do TST". (http://www.institutocesarinojunior.org.br/texto8renatofuncaosocial.pdf), Acesso em 24/03/2015

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual." *in Revista dos Tribunais* nº 750, São Paulo: Revista dos Tribunais,1998.

BOMFIM, Vólia. “Direito do Trabalho”. 9ª ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CONTIPELLI, Ernani de Paula. “Solidariedade social tributária”. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. “Estado Social e Princípio da Solidariedade”. In *Revista do Curso de Mestrado da UFC: Nomos* v. 26 jan. Fortaleza/Ceará: ed. Universidade Federal do Ceará,– 2007/1.

DINIZ, Maria Helena. “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

DUGUIT. Leon. “Las transformaciones del derecho”. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1975.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Função Social da Dogmática Jurídica”. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Claudia Lima (org.). “Diálogo das Fontes, Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MATIAS, João Luis Nogueira. “A Ordem Econômica e o Princípio da Solidariedade na Constituição Federal de 1988”. *In: Revista do Curso de Mestrado da UFC – Nomos* v. 29.2 – jul/dez. Fortaleza/Ceará: ed. Universidade Federal do Ceará,– 2009/2.

NABAIS, José Casalta. “Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal”. *In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NADER, Paulo. “Filosofia do Direito”. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

NALIN, Paulo. “Princípios do Direito Contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade”. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NEGREIROS, Teresa. “Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas”. 2ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. “Contratos no Código Civil: apontamentos gerais”. *In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coords.). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale.* São Paulo: LTr, 2006

REALE, Miguel. “Filosofia do Direito”. 20 ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. “O princípio da função social do contrato”. Curitiba: Juruá, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “O contrato e sua função social / Humberto Theodoro Júnior”. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.