

**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**

**Renato Rua de Almeida,** advogado trabalhista em São Paulo, professor de direito do trabalho da Faculdade de Direito da PUC-SP, doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), membro da ANDT e do IBDSJ.

Pela Resolução TST n. 185, de 14 de setembro de 2012, o Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho resolveu, entre outras medidas, alterar a redação do item III, da Súmula 244, inserir o item III, na Súmula 378, e editar as Súmulas 440 e 443.

Para uma compreensão do teor dessas quatro súmulas, é preciso relacioná-las com a função social do contrato de trabalho.

Mas, para tanto, impõe-se antes uma incursão nos direitos fundamentais e na constitucionalização do direito civil brasileiro, a partir do Código de 2002.

Primeiramente, uma incursão nos direitos fundamentais. Tal medida implica uma reflexão sobre a aplicação dos princípios normativos constitucionais sobre direitos fundamentais às relações de trabalho. Numa linguagem mais técnica, trata-se da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

A partir da metade do século XIX, surgiu o fenômeno do constitucionalismo social, em que as constituições contemplaram capítulo específico sobre os direitos trabalhistas, iniciando-se com a Constituição francesa de 1848, sendo que no Brasil um pouco mais tarde, com a Constituição de 1934.

Vivia-se o contexto do positivismo jurídico, razão pela qual esses princípios constitucionais eram apenas programáticos servindo como ideias fundantes na hermenêutica do sistema jurídico.

Com o advento do fenômeno da universalização dos direitos humanos em tratados internacionais, tendo como ápice a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ocorreu a seguir outro fenômeno jurídico conhecido como o da internalização

desses direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais.

As constituições alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, são exemplos de consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais.

Esses direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (direitos da cidadania), de segunda geração (direitos econômicos, sociais, trabalhistas), de terceira geração (direitos da solidariedade e da fraternidade) são formulados constitucionalmente como princípios normativos, na visão pós-positivista de Alexy (cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros Editores) e Dworkin (cf. Ronald Dworkin, *Levando o direito a sério*, Martins Fontes), com força normativa (cf. Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*, Sérgio Antonio Fabris Editor), a serem aplicados diretamente vinculando as entidades públicas e privadas, conforme previsto pelos arts. 18, 1, da Constituição da República Portuguesa, e 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esses direitos fundamentais, portanto, têm eficácia vertical em relação ao Estado e eficácia horizontal em relação às entidades privadas.

A eficácia horizontal em relação às entidades privadas dá-se de forma imediata e direta ou mediata e indireta.

A aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais expressados em princípios constitucionais normativos tem sua justificativa na proteção da dignidade da pessoa humana prevista pelo artigo 1º, inciso III, do texto constitucional brasileiro, tida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Já a aplicação mediata e indireta dos direitos fundamentais é justificada pelo fato de que deve ser preservada a liberdade nas relações privadas, além de que deve ser garantida a intermediação do poder legislativo na regulamentação dos direitos constitucionais, evitando-se o risco de uma exacerbação de poderes do judiciário na aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais.

Se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deva ser imediata e direta ou mediata e indireta, ela depende de uma análise tópico-sistemática, com soluções diferenciadas, segundo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (cf. A eficácia dos direitos fundamentais, Livraria do Advogado Editora).

Mas, mesmo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas seja mediata e indireta, deve-se buscar a sua máxima efetividade, em

razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se irradia por todo o ordenamento jurídico.

Chega-se, nesse momento, à necessidade de se fazer uma incursão no direito civil constitucionalizado, a partir do Código Civil de 2002.

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 implicou sua irradiação no ordenamento jurídico brasileiro, resultando o fenômeno da constitucionalização do direito privado, com a aprovação no Brasil do Código Civil de 2002.

Em decorrência, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas passou também a ser alcançada com as cláusulas gerais da boa-fé objetiva (artigos 187 e 422 do Código Civil), e seus deveres anexos, da função social do contrato (artigos 421 e 187 do Código Civil) e do equilíbrio econômico dos contratantes (expressada pelos institutos da resolução por onerosidade excessiva, artigo 478 do Código Civil, e da lesão, artigo 157 do Código Civil).

As cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico dos contratantes constituem os grandes princípios do direito civil constitucionalizado brasileiro, ao incorporar os princípios normativos dos direitos fundamentais, prevalecendo *prima facie* sobre os princípios positivistas

do Código Civil de 1916, traduzidos no princípio da autonomia da vontade, que se subdivide no princípio da liberdade contratual *lato sensu*, no princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais ou *pacta sunt servanda* e no princípio da relatividade dos efeitos contratuais, vinculando as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros ou *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*, conforme a lição de Teresa Negreiros (cf. Teoria do contrato. Novos paradigmas, Renovar).

Ademais, as cláusulas gerais são preceitos de ordem pública (parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil) dando liberdade ao juiz de aplicá-las ao caso concreto, inclusive como exceção ao princípio da congruência, sem que a decisão seja tida como *extra* ou *ultra petita*.

No entanto, na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é preciso ter claro que eles não constituem princípios de aplicação absoluta, mas que devem ser sopesados face uma possível colisão com outros valores constitucionais, como a livre iniciativa, quando deve ser considerado o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade propriamente dita ou da razoabilidade.

Ora, a eficácia dos direitos fundamentais tem aplicação plena nas relações de trabalho, devido ao poder de direção do empregador, que muitas vezes afeta os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam os de primeira geração ou dimensão (os direitos laborais inespecíficos traduzidos nos direitos da cidadania e da personalidade), sejam os de segunda geração ou dimensão (os direitos trabalhistas específicos) (cf. José João Abrantes, Contrato de trabalho e direitos fundamentais, Coimbra Editora, Arion Sayão Romita, Direitos Fundamentais nas relações de trabalho, LTr. Editora Ltda., Renato Rua de Almeida, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, Revista LTr. Legislação do Trabalho, ano 76, junho de 2012, págs.647-650, Direitos laborais inespecíficos, Revista LTr. Legislação do Trabalho, ano 76, março de 2012, pág. 295-296, Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, Revista LTr. Legislação do Trabalho, ano 75, fevereiro de 2011, págs. 156-158).

Como exemplos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, podemos ilustrar com a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista como direito fundamental social pelo artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Em relação à despedida individual, a proteção da relação de emprego contra a despedida

arbitrária ou sem justa causa não deveria ser assegurada pelo controle prévio da despedida sob a alegação de justa causa, com sindicância interna na empresa, implicando a proceduralização do poder disciplinar do empregador, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência previsto pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, extensivo ao trabalhador como direito fundamental e laboral inespecífico, com direito ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF/88), que também é um direito fundamental e laboral inespecífico do trabalhador, sob pena de a empresa ser condenada no pagamento de indenização a ser arbitrada por abuso de direito e dano moral (cf. Cláudio Armando Couce de Menezes e outros, Direitos fundamentais e poderes do empregador – O poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador, Revista LTr. Legislação do Trabalho, vol. 73, n. 8, agosto de 2009, págs. 963-972) ?

De fato, a despedida sob a alegação de justa causa sem que seja dado ao empregado o motivo da despedida e sem que se lhe assegure o direito à ampla defesa e ao contraditório, que são direitos fundamentais, implica tornar a despedida abusiva da parte do empregador, por violação dos artigos 187, 422 e 472, do Código Civil, que consagram a cláusula geral da boa-fé objetiva, trazendo-lhe como consequência a obrigação de pagar indenização ao empregado a ser arbitrada judicialmente.



Na despedida em massa ou coletiva, a proteção contra a despedida arbitrária não deveria ser garantida ao se assegurar aos trabalhadores e seus representantes o direito prévio à informação dos motivos econômicos, financeiros ou tecnológicos da despedida, bem como a tentativa da negociação coletiva, na busca de alternativas menos traumáticas, uma vez que são princípios catalogados constitucionalmente, bem como por outros princípios não catalogados, mas previstos pela ratificação de convenções pertinentes da OIT, conforme prevê o artigo 5º, § 2º, do texto constitucional (cf. Renato Rua de Almeida, Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa ?, Revista LTr. Legislação do Trabalho, ano 73, abril de 2009, págs. 391-393) ?

A despedida em massa sem a prévia informação e negociação implicaria ilicitude por abuso de direito e por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, resultando a obrigação para o empregador de pagar indenização complementar à indenização compensatória já prevista no ordenamento jurídico.

Aliás, assim decidiu o Tribunal da 15ª Região, em decisão paradigmática no caso Embraer (processo de dissídio coletivo de natureza jurídica n. 00309200900015004-DC), o que levou o TST (processo de dissídio coletivo n. TST-ES-207660/2009-000-00-7) a decidir que as despedidas coletivas doravante devem ser

precedidas de negociação entre a empresa e os trabalhadores e seus representantes.

Para a hipótese trazida no presente estudo, a respeito da interpretação da redação de súmulas recentemente editadas pelo TST, a cláusula geral da função social do contrato de trabalho, consubstanciada nos artigos 421 e 187 do Código Civil, é o método adequado para se compreender a nova redação do item III, da Súmula 244, a inserção do item III, na Súmula 378, e a edição das novas Súmulas 440 e 443 do TST.

Com efeito, a estabilidade da gestante mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado, conforme a nova redação do item III da Súmula 244, do TST; a garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91, de empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado, em razão da inserção do item III, na Súmula 378, do TST; 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, conforme a nova Súmula 440, do TST, e a presunção discriminatória de despedida de empregado portador do vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito, resultando a invalidade do ato e o direito do empregado à reintegração no emprego, conforme a nova

Súmula 443, do TST, são todas hipóteses de aplicação da cláusula geral da função social do contrato.

Vê-se que o princípio da função social do contrato, consubstanciado nos artigos 421 e 187 do Código Civil de 2002 constitucionalizado pela dimensão objetiva e pela força irradiante dos direitos fundamentais, prevalece na redação das novas súmulas do TST sobre os princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, que, numa visão positivista, encontram-se subjacentes no 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.