

Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho

Renato Rua de Almeida, advogado trabalhista, doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e professor do curso de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da PUC-SP

O diálogo das fontes é o método de uma nova teoria do direito criado e desenvolvido pelo jurista alemão Erik Jayme. É um novo método de interpretação e aplicação das leis, pelo qual, em vez da identificação do conflito entre normas jurídicas, busca-se a sua coordenação. Entre nós, Cláudia Lima Marques - orientada por Erik Jayme no doutorado que obteve na Universidade de Heidelberg, Alemanha -, é quem aprofunda o estudo do diálogo das fontes (cf.

Cláudia Lima Marques, O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito : um tributo à Erik Jayme, *in* Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro, obra coletiva sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, págs. 17-66.

Como afirma Cláudia Lima Marques “o método do diálogo das fontes é valorativo e inovador: promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais” e mais “trata-se de uma visão atualizada e coerente do antigamente “conflito de leis no tempo”, e neste sentido serve a toda a teoria geral do direito. O intérprete pode dela se utilizar, não só no direito do consumidor, mas sempre que estiver presente um sujeito com direitos fundamentais ou em jogo valores constitucionais, pois fornece um caminho, um instrumento metodológico seguro e útil, a seguir”.

Ora, da mesma forma como o diálogo das fontes é utilizado na promoção dos direitos do consumidor, tema da especialidade de Cláudia Lima Marques, ele pode e deve ser também utilizado na promoção do trabalhador – em razão da sua dignidade como pessoa humana - e de seus direitos fundamentais.

É de se dizer, assim, que o método do diálogo das fontes vem completar a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, em especial a eficácia

horizontal dos direitos fundamentais e mais especificamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, objeto de nossa presente reflexão.

A máxima efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, vinculando sobretudo as empresas privadas, é decorrência da prescrição contida no texto constitucional brasileiro em seu artigo 5º, parágrafo 1º.

Mas a utilização do método do diálogo das fontes e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações do trabalho, como visão pós-positivista do direito, que busca em última análise a promoção da dignidade da pessoa humana da parte débil do contrato, que é o trabalhador, difere da visão positivista do protecionismo da legislação trabalhista, que tem na lei imperativa e no contrato suas fontes de direito por excelência. É que a imprescindibilidade da lei e o contrato, verdadeiros fetiches do positivismo jurídico para a normatização de direitos e obrigações nas relações privadas, e, em particular, nas relações de trabalho, deixa muitas vezes os trabalhadores desamparados, como, por exemplo, na falta de uma regulamentação legislativa complementar para as despedidas coletivas e na falta de uma legislação trabalhista diferenciada para as empresas de pequeno porte, por serem grandes promotoras da empregabilidade, o que resulta na prestação informal do

trabalho, quando esse regime diferenciado é constitucionalmente assegurado (cf. Renato Rua de Almeida, A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada, *in* Revista do Advogado, AASP, São Paulo, ano XXIII, julho de 2003, nº 70, págs. 72-74).

Ademais, quando o método do diálogo das fontes e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho visam à máxima efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como visão pós-positivista dos direitos - diferentemente da rigidez positivista da legislação trabalhista protecionista que muitas vezes gera efeito bumerangue em relação aos próprios trabalhadores – , fazem-no sob o crivo e a ponderação do princípio da proporcionalidade e dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade propriamente dita, quando sua aplicação implicar conflito com princípios normativos que assegurem valores constitucionais como a livre iniciativa e a livre concorrência.

Há, entre nós, estudos doutrinários sobre esse tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho (cf. Renato Rua de Almeida, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, *in* Revista LTr.-Legislação do Trabalho, LTr. Editora Ltda., São Paulo, ano 76, junho de 2012, págs. 647-650).

E a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho compreende não apenas os direitos fundamentais sociais e trabalhistas específicos dos trabalhadores, chamados de segunda geração ou dimensão, mas também os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores como o direito da personalidade e da cidadania do trabalhador (presunção de inocência na despedida sob alegação de justa causa, etc.), chamados de direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (cf. Renato Rua de Almeida, Direitos laborais inespecíficos, *in* Revista LTr.- Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 76, março de 2012, pág. 295-296).

Considerando que o texto básico da legislação trabalhista brasileira ainda é a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, é sabido que esse texto consolidado trabalhista fundamenta-se, como visto, na regulação das relações de trabalho no liberalismo jurídico positivista limitado apenas pelo intervencionismo jurídico do Estado.

Em outras palavras, o texto consolidado trabalhista brasileiro fundamenta-se na liberdade contratual limitada pela heteronomia estatal com a edição de uma legislação imperativa para a regulação das relações de trabalho.

De fato, os princípios do liberalismo jurídico contratual (liberdade contratual, *pacta sunt servanda* e o efeito relativo dos contratos alcançado apenas os contratantes, isto é, empregado e empregador) encontram-se subjacentes no texto consolidado trabalhista, limitados é verdade, como já dito, pela legislação protecionista imperativa.

A dicção do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho é nuclear na afirmação liberdade contratual condicionada pela heteronomia da legislação.

Ora, como já falado, essa visão positivista possibilita uma interpretação de que a despedida coletiva constitui um direito potestativo do empregador, pela inexistência de uma legislação complementar disciplinando o direito fundamental da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, a teor do disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Mas é justamente uma visão pós-positivista pela utilização do método do diálogo das fontes e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho que permite a adoção das cláusulas gerais do Código Civil constitucionalizado de 2002, especialmente a boa-fé objetiva (artigo 442) e a função social do contrato (artigo 441), para chegar-se à

conclusão de que não mais subsiste no direito brasileiro o direito potestativo nas despedidas coletivas ou em massa, malgrado a inexistência de uma legislação complementar a respeito (cf. Renato Rua de Almeida, Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa ?, Revista LTr.-Legislação do Trabalho, LTr. Editora Ltda., São Paulo, ano 73, abril de 2009, págs. 391-393).

Com efeito, é o método do diálogo das fontes na promoção da coordenação das normas do direito brasileiro e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, por força de sua dimensão objetiva irradiando-se por todo o ordenamento jurídico brasileiro, que fazem uma releitura, por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato do direito civil constitucionalizado, do artigo 7, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de que, mesmo diante da ausência de uma legislação complementar que limite a liberdade contratual do empregador de unilateralmente romper o contrato de trabalho de vários trabalhadores por um mesmo motivo de ordem econômico-conjuntural ou de ordem técnico-estrutural, o direito potestativo do empregador nas despedidas coletivas não mais subsiste no direito brasileiro, pelo que a extinção contratual no caso depende de uma negociação prévia entre trabalhadores e seus representantes e o empregador na tentativa de

serem encontradas alternativas menos traumáticas que a despedida em massa, como férias coletivas, redução da jornada e do salário, suspensão do contrato de trabalho para os trabalhadores participarem de curso de qualificação profissional com o recebimento de ajuda compensatória sem natureza salarial, etc., aliás previstas pela legislação trabalhista brasileira.

Nesse sentido decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com sede em Campinas, em decisão paradigmática no caso Embraer (processo de dissídio coletivo jurídico n. 00309200900015004-DC), o que levou o TST (processo de dissídio coletivo jurídico n. TST-ES-27660/2009-000-00-7) a decidir que as despedidas coletivas doravante devem ser precedidas de negociação entre a empresa e os trabalhadores e seus representantes.

Outro exemplo de que uma visão positivista do protecionismo trabalhista agora fundado no contrato acaba por prejudicar o trabalhador nas relações de trabalho é a dicção do parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por tal dispositivo legal, o trabalhador só faria jus a uma compensação financeira na hipótese de acúmulo de funções caso haja previsão contratual.

No entanto, o método do diálogo das fontes e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho permitem fazer uma releitura do mencionado parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de que havendo acúmulo de funções, mesmo sem cláusula contratual expressa, o trabalhador fará jus a uma compensação financeira.

O direito fundamental a ser garantido nessa hipótese está previsto pelo artigo 7º, inciso V, do texto constitucional brasileiro, ao se ser prescrito que o piso salarial é proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

O acúmulo de funções acarreta uma maior complexidade ao trabalho prestado justificando um piso salarial compatível.

A contraprestatividade salarial nessa hipótese de acúmulo de funções é decorrência das cláusulas gerais do equilíbrio econômico entre os contratantes e da boa-fé objetiva do direito civil constitucionalizado, sob pena de enriquecimento sem causa do empregador.

A cláusula geral do equilíbrio econômico entre os contratantes é representada pelo instituto da lesão (artigo 157 do Código Civil) e pelo

instituto da resolução por onerosidade excessiva (artigos 478 e 480 do Código Civil).

Como última exemplificação da aplicação do método do diálogo das fontes e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho foi a prevalência da cláusula geral da função social do contrato do direito civil constitucionalizado em recentes decisões sumuladas do TST sobre a liberdade contratual mesmo sem legislação trabalhista que a previsse (cf. Renato Rua de Almeida, A função social do contrato e a nova redação do item III, da súmula n. 244, a inserção do item III, na súmula 378, e a edição das súmulas ns. 440 e 443, do TST, *in* Suplemento Trabalhista da LTr. 173/13, Editora Ltr. Ltda., São Paulo, 2013, ano 49, págs. 741-743).

Em conclusão, é de dizer-se que o direito do trabalho, com uma legislação imperativa mitigando a autonomia da vontade do liberalismo jurídico nas relações de trabalho, implicou ser uma evolução dialética em relação ao direito civil napoleônico. No entanto, no caso brasileiro, à falta de uma reforma legislativa em profundidade da Consolidação das Leis do Trabalho adaptando-a aos novos tempos, diferentemente do que ocorreu em Portugal, com os Códigos do Trabalho de 2003 e 2009, fez com que a lei trabalhista brasileira se fixasse num positivismo jurídico protecionista, amparado nos fetiches da lei e da autonomia das vontades, muitas vezes prejudiciais ao próprio trabalhador nas relações de

trabalho, pelo que é exigida uma nova hermenêutica das relações de trabalho resultante da síntese do método do diálogo das fontes e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, compreendendo as cláusulas gerais do nosso direito civil constitucionalizado, como nova etapa de uma evolução dialética.