

UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS  
Curso de Graduação em Direito (Bacharelado)

Denian Santos Castro

**A VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA COMO DESDOBRAMENTO DA  
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Lavras

2018

DENIAN SANTOS CASTRO

**A VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA COMO DESDOBRAMENTO DA  
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Me. Fellipe Guerra David Reis

Coorientador: Prof. Me. Daniel Teixeira Silva

Lavras

2018

DENIAN SANTOS CASTRO

**A VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA COMO DESDOBRAMENTO DA  
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA EM \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018

Me. Fellipe Guerra David Reis

Me. Daniel Teixeira Silva

Me. Thaís Fernanda Tenório Sêco

Orientador: Prof. Me. Fellipe Guerra David Reis

Coorientador: Prof. Me. Daniel Teixeira Silva

Lavras

2018

*Com grandes poderes vêm grandes responsabilidades  
(Tio Ben).*

## **RESUMO**

Este estudo investiga o conceito de função social da empresa dentro do atual paradigma de Estado Democrático de Direito, aproximando o conceito à regra constitucional da vedação à dispensa arbitrária, sob a hipótese de que, além de garantia do trabalhador, a vedação à dispensa arbitrária é um desdobramento da função social da empresa. Nesse sentido, pesquisa os elementos formadores do conceito de função social, passando por todos os paradigmas de Estado que o informam, para sua necessária precisão e correção, bem como aqueles elementos que levaram a Constituição a proibir a dispensa arbitrária, passando inclusive pelas faces econômicas de argumentos que tentam obstar a eficácia dessa garantia trabalhista. Investigadas doutrina e jurisprudência, o trabalho conclui que a vedação à dispensa arbitrária é sim um imperativo da função social da empresa, entendimento esse que serve de pano de fundo para futuras discussões sobre argumentações constitucionais que visem dar mais efetividade à proteção constitucional do emprego no Brasil.

Palavras-chave: função social da empresa; função social da propriedade; dispensa arbitrária.

## **ABSTRACT**

This research studies the concept of social function of the company in the actual paradigm of democratic state, relating the concept to the constitutional rule of prohibition of the arbitrary dismissal, under the hypothesis that, besides an employee guarantee, it is a consequence of the social function of the company. For that, this work researches the elements that constitute the concept of social function, passing by all the paradigms of state which compose it, for its necessary accuracy, as well as the elements that take the Constitution to prohibit the arbitrary dismissal, and the economic faces of the arguments which try to difficult the efficacy this labor guarantee. Investigated literature and jurisprudence, the work concludes that the prohibition is a commandment from the social function of the company, and this conclusion serves as a background for future discussions about constitutional arguments that aim to give more effectiveness to the constitutional protection of work in Brazil.

Keywords: social function of the company; social function of the property; arbitrary dismissal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
1 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA .....	8
1.1 Elementos históricos, sociais, econômicos e filosóficos na formação da ideia de Função Social .....	8
1.2 O novo paradigma .....	20
1.3 A função social da propriedade e da empresa no Estado Democrático de Direito brasileiro .....	27
2 A QUESTÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA .....	30
2.1 Panorama e raízes da vedação à dispensa arbitrária no Brasil .....	30
2.2 Eficiência alocativa, eficiência produtiva e rotatividade do emprego ..	35
3 A VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA COMO DESDOBRAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA .....	38
3.1 Abuso de poder econômico, abuso de direito e responsabilidade social	38
3.2 <i>It's a match!</i> .....	41
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	44

## INTRODUÇÃO

Pesquisar sobre a função social da empresa é sempre um grande desafio. Esse conceito de difícil precisão coloca o pesquisador por diversas vezes frente a questões que não possuem respostas simples, em fórmulas acabadas. No entanto, Ana Frazão parece ter encontrado um bom parâmetro para criar as fórmulas para cada situação de espaço/tempo.

O que a autora propõe é analisar o conceito de acordo com o paradigma de Estado vigente. Para isso, é necessário entender os paradigmas precedentes, pelo menos do que se entende por Estado modernamente. Não por uma praxe de abordagens históricas de conteúdo vazio, mas porque cada paradigma contribui com elementos atuais e pano de fundo para discussões cotidianas do conceito, ora para não voltar ao que já foi superado, ora para indicar caminhos a serem traçados, ou ainda para pontuar onde devem se estabelecer as divergências.

Há no Direito Internacional Público um autor de renome, Martti Koskenniemi, cujo pensamento, embora ele aplique ao analisar o argumento do Direito Internacional, a meu ver, serve para a maioria das discussões teóricas, seja qual for a matéria. O que Koskenniemi defende é que o Direito Internacional apresenta sempre formas de argumentos ascendentes-descendentes, isto é, numa espécie de movimento pendular, que varia sempre entre apologia – normalmente adotada pelas teses realistas, pessimistas, de sobreposição do poder político sobre a regulamentação jurídica, de modo que o Direito Internacional, em último caso, nunca estaria sujeito a alguma normatividade – e utopia – para os que acreditam na normatividade absoluta e que todo o Direito Internacional pode se transformar em *hard law*. O pêndulo tende a ir reduzindo seu ângulo e encontrando entre os argumentos extremos formas de descrever e normatizar de maneira harmônica cada aspecto dos dois lados<sup>1</sup>.

Ainda que sem rigor científico – até porque, claro, este não é o marco teórico do trabalho, tampouco é bibliografia utilizada; normalmente é possível estabelecer analogicamente, para coisas que não são Direito Internacional, “apologias” e “utopias” e o pêndulo que vai encontrando seu lugar entre elas. Não que sejam resoluções de “meios-termos”, mas formas de conciliar e harmonizar ideias que *a priori* parecem antagônicas, como é o caso da função social e a necessária harmonização entre liberdade e igualdade.

Pela brilhante obra da professora Ana Frazão – esta sim marco teórico deste trabalho – ver-se-á que depois de uma era de direitos subjetivos absolutos, que vieram de uma necessária

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, ver: KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: Cambridge, 2006.

contraposição do indivíduo ao Estado absolutista, surgiram as discussões sobre solidariedade, frente aos excessos do liberalismo egoísta. A função social surge dentro desse paradigma de Estado Social, embora mesmo os liberais clássicos já se preocupassem em discutir a harmonização entre indivíduo e sociedade. Com a derrocada do Estado Social e a insuficiência das repetições neoclássicas das teses neoliberais, o Estado Democrático de Direito surge com a necessária harmonização entre liberdade e igualdade através da autonomia pública e privada, como melhor parâmetro para trazer de volta as discussões morais sobre política e afastar o mito da neutralidade. Assim, os direitos subjetivos possuem uma função social marcada pelo igual direito de realização do próprio projeto de vida de cada um.

De outro lado, a vedação constitucional à Dispensa arbitrária encontra uma série de impasses no direito brasileiro, de modo que despedir imotivadamente atualmente é um verdadeiro direito potestativo do empregador no Brasil. No entanto, ver-se á que de acordo com as raízes e o significado da dispensa arbitrária, levando em conta a importância do trabalho na realização da autonomia, é correto o entendimento, inclusive constitucionalmente, de que a vedação à dispensa arbitrária, além de garantia do trabalhador, é também um desdobramento da função social da empresa, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, como deve ser entendida.

Não obstante, serão enfrentadas também faces econômico-políticas do argumento demonstrando que, a despeito do que dizem as teses neoliberais, o controle da rotatividade da mão-de-obra é algo desejável para o empregador, atingindo também estes indivíduos relacionados à empresa, ou, em outros termos, os *shareowners* que também integram os *stakeholders*; bem como a economia e a sociedade como um todo.

Para tal, o trabalho foi dividido em três capítulos: o primeiro delimitará o conceito de função social da empresa e todos os seus elementos informadores; o segundo, demonstrará o atual panorama e as razões que levaram a Constituição a vedar a dispensa arbitrária, bem como demonstrará a impertinência das razões econômicas que pretendem obstar a aplicação dessa regra constitucional; o terceiro, fará a ligação entre as duas matérias, demonstrando que a vedação à dispensa arbitrária decorre também da função social da empresa, bem como mostrará, inclusive, reflexos disso na literatura da administração e da economia.

# **1 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA**

## **1.1 Elementos históricos, sociais, econômicos e filosóficos na formação da ideia de Função Social**

Século XIX. As contradições do Estado Liberal permeiam sua insustentabilidade. Surgem diagnósticos e contrapontos aos problemas gerados e às falhas nos programas de justiça que o fez sobrepujar a sociedade feudal. Nomes como Marx, Comte, Durkheim e John Stuart Mill tentam resgatar o aspecto social da humanidade que foi deixado de lado no individualismo e no formalismo absolutos até então levados a cabo.

“O surgimento do Estado Liberal de direito está intrinsecamente associado ao reconhecimento do individualismo e à conseqüente aceitação do indivíduo como fim da organização política, da sociedade e do direito” (FRAZÃO, 2006, p. 30). Não por acaso, surge concomitantemente a ideia de direito subjetivo<sup>2</sup>, cujo pressuposto essencial é “exatamente o reconhecimento do valor autônomo do indivíduo, destacado do corpo social a que pertence” (FRAZÃO, 2006, p. 31).

Notadamente, o paradigma<sup>3</sup> liberal tem raízes no jusnaturalismo, preocupado, em contraponto ao absolutismo, com as garantias dos indivíduos contra a atuação do Estado, valorizando de sobremaneira a liberdade individual. Vale lembrar que,

entretanto, o enaltecimento das liberdades individuais não se mostrava incompatível com a reflexão a respeito das repercussões dessas liberdades. A questão da harmonia social estava presente nas considerações dos primeiros liberais e só não foi mais problematizada na época em razão do excesso de racionalismo, o que possibilitou a crença de que o simples reconhecimento formal das liberdades asseguraria, por si só, o equilíbrio social (FRAZÃO, 2006, p. 34).

Pensadores como Locke, Smith e Kant prestavam-se a associar as liberdades individuais com a vida em sociedade. O liberalismo nasceu, inclusive, com um forte conteúdo moral. Dessa forma, por exemplo, ao mesmo tempo que defendia a interferência mínima do Estado sobre as relações econômicas, Locke entendia que a preservação da propriedade era o motivo último de as pessoas se submeterem ao seu controle. Mas seu conceito de propriedade não era puramente econômico. Antes, era algo pressuposto da própria vida e da liberdade, cuja justificativa

---

<sup>2</sup> Ana Frazão se apoia em Bauman, Berlin, Roubier, Arnaud e Arendt ao posicionar o conceito de direito subjetivo como moderno. Sobre isso, ver FRAZÃO, 2006, p. 31.

<sup>3</sup> Sobre a importância da análise paradigmática, ver FRAZÃO, 2006, p. 24-25.

repousaria no seu trabalho e seu desfrute, sendo os excessos parte do direito de outras pessoas. (FRAZÃO, 2006, p. 33-38).

Adam Smith, por sua vez, também orientado pela ideia de que o ser humano pautava suas escolhas com base na realização dos interesses pessoais, “não hesitou em investigar circunstâncias econômicas nas quais restrições específicas pudessem ser propostas com sensatez” (SEN, 2000, p. 149), notadamente no que diz respeito às restrições legais à usura e os impactos negativos dos empresários imprudentes (SEN, 2000, p. 150). Smith, pois, acreditava que os múltiplos interesses individuais seriam compatibilizados pela *mão invisível do mercado*, de modo que, por exemplo, “mesmo quando age em seu próprio egoísmo, o rico, por meio da sua indústria, acaba ajudando os pobres a quem emprega” (FRAZÃO, 2006, p. 40).

Kant veio com o entendimento de a liberdade ser o único direito inato, sendo os demais compreendidos dentro dele. Pontos centrais de seu pensamento eram os conceitos de *autonomia* e *intersubjetividade*. Ao passo que os dois pensadores supra compunham a liberdade num aspecto negativo, de ser tudo o que a lei não proíbe, Kant “buscou definir a liberdade de forma positiva, relacionando-a à noção de autonomia, cujo cerne é a ideia de que os homens devem ser considerados como fins em si mesmos, e não como meios” (FRAZÃO, 2006, p. 42). Dessa forma, dada a intersubjetividade humana, “apenas há um homem livre se os outros homens são também livres” (FRAZÃO, 2006, p. 43), de modo que a finalidade do direito “seria exatamente a de assegurar a coexistência das liberdades dos diversos seres humanos” (FRAZÃO, 2006, p. 43).

O contexto, portanto, é o auge do iluminismo, a contraposição ao absolutismo e a separação de Estado e igreja, por meio dos preceitos da racionalidade que dão grande valor à liberdade face às intervenções estatais, sem olvidar, no entanto, as questões relativas à harmonização das liberdades das pessoas.

Na efetivação do Estado Liberal, no entanto, essa base ética e moral foi, primeiro, apenas considerada no seu aspecto de reconhecimento formal das liberdades individuais e depois, em algum tempo, ainda mais afastada da prática. Isto é, em um primeiro momento, acreditou-se que bastava ser o Estado neutro e reconhecedor de que cada indivíduo é livre e, por isso, deve intervir o mínimo possível, apenas para assegurar essa liberdade. O que já à época provocou críticas, pois “o simples reconhecimento das liberdades formais apenas poderia levar à harmonia social se, pelo menos, as pessoas pudessem partir de condições próximas” (FRAZÃO, 2006, p. 47). Neste sentido, Ana Frazão cita notável passagem da obra de Isaiah Berlin:

Oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar da sua

condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade (BERLIN, 2002, p. 231, *apud* FRAZÃO, 2006, p. 47).

O que se verificou adiante foi uma mera troca de aristocracias, tendo a burguesia substituído a nobreza, de modo que a prática veio a comprovar a insuficiência do reconhecimento das liberdades formais para a harmonização da sociedade (FRAZÃO, 2006, p. 47-49).

O liberalismo, no entanto, longe de procurar refletir sobre seus próprios pressupostos, começou a assumir nova feição. Para manter o *status quo*, afastou-se de sua base ética e moral, separando-se da democracia e, como mostra DEWEY (1970, p. 45), passando a entender que a desigualdade econômica era uma consequência natural e justificável do livre jogo das diferenças humanas (FRAZÃO, 2006, p. 49).

Desde então, o formalismo cresceu, o direito reduziu-se à lei, que deu contornos absolutos aos direitos subjetivos. Estes que nasceram dentro do conteúdo moral de emancipação, valorização individual e intersubjetiva, acabaram por se tornar absolutas garantias formais contra o Estado (FRAZÃO, 2006, p. 50-57). Nesse contexto se colocou Bernhard Windscheid e a Pandektística, soldando direito subjetivo e objetivo, definindo o primeiro como o “poder jurídico de querer” (FRAZÃO, 2006, p. 56). Os códigos e leis que foram surgindo trouxeram caráter absoluto à propriedade, *status* de lei aos contratos, sendo inclusive a eles inoponíveis as leis posteriores, bem como “os instrumentos reconhecidos desde a Idade Média para conferir uma maior equidade aos contratos foram rejeitados”, além de que “se tornou impertinente qualquer consideração a respeito da justiça distributiva” (FRAZÃO, 2006, p.58-59).

Inevitável concluir que, “nesse contexto, cogitar de uma suposta finalidade social do direito subjetivo era algo que não fazia nenhum sentido” (FRAZÃO, 2006, p. 59). Qualquer pessoa poderia com ele fazer o que bem entendesse, apenas “utilizando-o em seu próprio benefício” (FRAZÃO, 2006, p. 59).

Ao formalismo servia bem o conceito da mão invisível de Smith, bem como as demais nuances do individualismo, separado da sua base ética e moral. “Chega a ser impressionante como a teoria de Smith, partindo de uma premissa frágil, jamais demonstrada e comprovada, chegou à categoria de dogma inquestionável” (FRAZÃO, 2006, p. 63). Assim se postulava o liberalismo econômico, que assumiu como verdade, sem nenhuma comprovação empírica, que a economia era capaz de se equilibrar sozinha, e veio a se completar com a noção utilitarista de maximização da felicidade geral. Esta, claro, seria alcançada com o segmento das “leis

supostamente naturais da economia”, que se colocava como ciência neutra e estritamente racional, atrelada à ideia do *homo oeconomicus*: “um homem que é um maximizador racional e egoísta de prazer, que orienta suas ações de forma estratégica e por meio de cálculos racionais de utilidade” (FRAZÃO, 2006, p. 63-65).

Esses postulados, no contexto da expansão dos mercados, geraram uma incrível acumulação de capital e, simultaneamente, a desigualdade na sua distribuição. O mercado autorregulado pelas suas próprias leis parecia não se equilibrar como previsto, e alguns traços da teoria econômica tiveram de ser revistos, dando origem à teoria neoclássica, assim chamada em virtude de manter a maioria dos dogmas que a teoria clássica suscitava (FRAZÃO, 2006, p. 66). Em suma, o que essa corrente fez foi inserir na equação econômica o consumidor. Isto é, não mais se tratava de relações entre capitalistas apenas, mas entre capitalistas e consumidores. Mas a teoria falhava em desconsiderar todas as condicionantes que diferenciavam essas duas figuras (FRAZÃO, 2006, p. 66-67).

Este é um ponto importante porque é neste contexto que nasce o conceito de empresa, como “a organização dos fatores de produção com finalidade de lucro” (FRAZÃO, 2006, p. 72). Isto é, o conceito não repousa sobre as bases do liberalismo ético e moral, não bebe na fonte dos seus princípios. Ele surge num arranjo em que a prática liberal era levada a cabo de tal maneira que já não se preocupava com suas fontes, usava de uma formalidade própria como alicerce redundante da sua própria justificação. O conceito é de um tempo específico e peculiar onde a economia conseguiu se desprender dos limites dos outros sistemas e se colocar de maneira absoluta apoiada na falácia do equilíbrio natural, que era conveniente a quem possuía o poder econômico. Esse primado foi tão bem fixado que ainda hoje, até certo ponto no senso comum, parece contra-intuitivo não entender dessa forma a empresa, de modo que a função social ganha traços caridade<sup>4</sup>.

Em verdade, mesmo o desenvolvimento do Estado Liberal não se deu pela auto-organização da economia. Para começar, era preciso que intervisse o Estado em nome da proteção da propriedade, da vida, e do próprio mercado, assegurando o cumprimento dos contratos. Mas a atuação estatal não se restringia apenas à proteção. Ana Frazão menciona o autor francês Georges Ripert, com a obra *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, onde ele

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, há ponto interessante em na pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), *A Iniciativa Privada e o Espírito Público: A evolução da ação social das empresas privadas no Brasil* (2006). Na seção de percepção dos empresários, há um dado que mostra que 80% das empresas entendem que “é obrigação do Estado cuidar do social e que as empresas atuam porque os governos não cumprem seu papel” e 34% acham que “basta que as empresas cumpram com suas obrigações de criar postos de trabalho, pagar seus tributos e garantir a qualidade do que é produzido para contribuir para o bem estar social da população”.

faz uma leitura de todo o aparato jurídico estatal que foi necessário para o desenvolvimento da economia ao longo da vigência do Estado Liberal na França.

A economia capitalista não pode ser utilmente estudada em estado puro; instalou-se num mundo que já tinha suas instituições e regras. Precisou, para se instalar, modificar o que existia e, para vencer, criar o que não existia. Fundou um regime jurídico (RIPERT, 1947, p. 16).

O autor menciona os diversos institutos jurídicos criados para possibilitar o desenvolvimento da economia, como a criação de um direito específico para o comércio, donde nasceram os títulos de créditos; os institutos de proteção aos sócios como as Sociedades Anônimas; os incentivos econômicos no setor de energia e mineração; e até mesmo a regulamentação da antes absoluta liberdade de contratar quando o capitalismo liberal se viu em apuros (RIPERT, 1947, p 17-50).

O fenômeno se repetiu no Estados Unidos e até mesmo no Brasil, onde, na verdade, nunca houve de fato o liberalismo econômico (FRAZÃO, 2006, p. 78). O mercado só se deu em virtude das intervenções estatais. Não se tem comprovação empírica de que a lógica do *laissez-faire* – o primado liberal econômico da intervenção mínima – é capaz de suportar o equilíbrio da própria economia, mas há a comprovação de que a regulamentação jurídica foi necessária para protegê-la e até para proporcionar o seu desenvolvimento.

O absolutismo dos direitos subjetivos foi se confirmando cada vez mais insustentável, pelo que o Estado Liberal se viu obrigado a realizar concessões, das quais destacam-se:

(i) o aumento considerável das limitações legais à propriedade e à livre iniciativa em nome do interesse público, (ii) o reconhecimento gradual, por meio da jurisprudência, do abuso de direito, especialmente no que se refere à proibição à *amulatio*, ou seja, ao exercício de um direito com a finalidade exclusiva de prejudicar alguém e (iii) a aceitação de que o Estado deveria intervir no mercado ao menos para o fim de prevenir e reprimir o abuso de poder econômico, hipótese em que estaria agindo a favor da manutenção do regime de mercado (FRAZÃO, 2006, p 81).

A essa altura, o paradigma liberal já recebia duras críticas, com destaque para Marx e Engels, bem como as demais correntes denominadas socialistas; a sociologia e a teoria da solidariedade social, encabeçada por Comte e seu aluno Durkheim; e o social liberalismo de John Stuart Mill. Esses pensamentos buscavam, dentre outras coisas, retomar o fundamento ético e moral nas discussões sobre a sociedade (FRAZÃO, 2006, p. 88).

Neste período, surge (na versão moderna) o conceito de importância central para este trabalho: a *função social*. Auguste Comte, ao contrário de Marx e Engels, não era contra a propriedade privada, “mas buscou mudar o seu sentido por meio da função social” (FRAZÃO,

2006, p. 95). Comte foi crítico ferrenho ao individualismo exacerbado: “O principal triunfo da humanidade consiste em retirar seu melhor aperfeiçoamento, sobretudo moral, da mesma fatalidade que parece antes nos condenar irrevogavelmente ao mais brutal egoísmo<sup>5</sup>” (COMTE, 1851-1854, p. 20). É neste contexto do egoísmo que o pensador francês concebe a filosofia positiva, pensamento dentro do qual chega a afirmar que o homem propriamente dito não existe, existindo apenas a Humanidade, já que nosso desenvolvimento provém da sociedade, a partir de qualquer perspectiva que se o considere” (COMTE, 1947, p. 191). Desta forma, Comte sobrepuja a *solidariedade social*<sup>6</sup> ao individualismo e por isso não possuiria a propriedade outra finalidade que não fosse a social.

A falha da teoria de Comte foi a de acabar caindo em um extremismo similar ao da teoria econômica, partindo do princípio de que o sistema de leis positivas da sociedade teria a resposta para todos os problemas da época (FRAZÃO, 2006, p. 96).

Durkheim tentou conciliar a solidariedade com a individualidade. Para isso criou, em contraponto à *solidariedade mecânica*, que foi como chamou aquela proposta por Comte, atribuindo-a às sociedades primitivas, o conceito de *solidariedade orgânica*, atribuindo-o às sociedades modernas. Essa solidariedade seria baseada na própria individualidade das pessoas (FRAZÃO, 2006, p. 97). Entretanto, importante ressaltar que “a grande preocupação de Durkheim era a de salientar que a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica, embora apenas ocorresse com a acentuação da individualidade, não poderia ser substituída pelo culto ao indivíduo”. (FRAZÃO, 2006, p. 98).

A construção do conceito de função social se inseriu nesse contexto da tentativa de compatibilizar individualismo e solidariedade. Importante a contribuição de Jhering, neste ponto. Para o autor, o Estado e o Direito possuíam um propósito, que não podia ser afastado da moral (JHERING, 1913, p. 29-32). No entanto, “Jhering ainda não falava propriamente em função social dos direitos. Tal terminologia viria a ser incorporada e difundida por Karl Renner” (FRAZÃO, 2006, 111).

Outra importante contribuição foi a do francês Léon Duguit. O autor também se posiciona na tentativa de mudar o paradigma de Estado, resgatando a intersubjetividade que define a sociedade. O francês associava o conceito de direito subjetivo àquele concebido no individualismo.

---

<sup>5</sup> Em tradução livre: Le principal triomphe de l'Humanité consiste à tirer son meilleur perfectionnement, surtout moral, de la même fatalité qui semble d'abord nous condamner irrévocablement au plus brutal égoïsme.

<sup>6</sup> “Que seria o elo natural entre os homens, reconhecido por meio da divisão do trabalho existente nas sociedades modernas” (FRAZÃO, 2006, p. 95).

Essa concepção puramente individualista do direito era tão artificial quanto a concepção metafísica de direito subjetivo. Uma vez que é um produto histórico, ela tem, de fato, seu valor em seu dado momento, porém não podia subsistir<sup>7</sup> (DUGUIT, 1912, p. 17).

Nesse sentido, assim como Comte, “Duguit partia do princípio de que o homem era um ser naturalmente social, levando o conceito de função social ao extremo de negar a própria existência dos direitos subjetivos” (FRAZÃO, 2006, p. 112).

Tudo isso se construía no curso do século XIX, mas foi no início do século XX que o Estado Social se firmou como paradigma, sobretudo após o advento da Constituição Mexicana (1917) e da Constituição de Weimar (1919), contemporâneas aos movimentos revolucionários ao redor do mundo (FRAZÃO, 2006, p. 107). A Primeira Guerra Mundial também foi importante para o cenário, na medida em que forçou a intervenção estatal na economia, visando à recuperação das nações, trazendo à tona o dirigismo econômico (FRAZÃO, 2006, p. 114). Nesse sentido, a União Soviética firmou-se com a consolidação da revolução, ao passo que as potências ocidentais buscaram conciliar o capitalismo com as demandas por igualdade (FRAZÃO, 2006, p. 115).

As constituições vieram reconhecendo juridicamente os direitos sociais e a função social, porém, ao mesmo tempo, reconheciam a garantia à propriedade, razão pela qual ideias extremistas como as de Comte e Duguit tiveram de ser afastadas. O desafio consistia em compatibilizar “o aspecto funcional e o aspecto privado” da propriedade (FRAZÃO, 2006, p. 120). Nesse sentido, a maioria dos estudiosos mais importantes a esse respeito – como Perlingieri, Pugliatti, Barassi e inclusive no Brasil com Comparato e Orlando Gomes – concordava que o proprietário não teria “apenas limites ao exercício do seu direito, como também obrigações positivas em favor da coletividade”. Assim, ela funcionaria tanto como um limite de não causar danos quanto como uma imposição de deveres secundários de uso conforme o interesse público (FRAZÃO, 2006, p. 121-122).

De acordo com essa perspectiva, a teoria da função social da propriedade possibilitou que se resgatasse o próprio compromisso do direito subjetivo com a liberdade e a emancipação não apenas do titular como também dos demais membros da sociedade, adequando-o ao projeto de construção de uma sociedade mais justa e solidária (FRAZÃO, 2006, p. 122).

Por atrelar o conceito de propriedade àquele disseminado na doutrina liberal, alguns teóricos propuseram mudar a natureza jurídica da propriedade de direito subjetivo para *situação*

---

<sup>7</sup> Em tradução livre: Cette conception purement individualiste du droit était aussi artificielle que la conception métaphysique de droit subjectif. Comme elle se elle était un produit historique ; elle a eu sa valeur de fait à un moment donné ; mais elle ne pouvait subsister.

*subjetiva complexa*, na tentativa de englobar um escopo de direitos e deveres a ela atribuídos (FRAZÃO, 2006, p. 124). No entanto, “o que nem sempre é percebido é que a mudança paradigmática impõe uma nova reflexão a respeito do conceito de direito subjetivo” (FRAZÃO, 2006, p. 125). Quando emerge o Estado Social, o faz na tentativa de compatibilizar a solidariedade e individualidade, resgatando a intersubjetividade, razão pela qual o próprio conceito de direito subjetivo haveria de ser circundado por esse novo entendimento teórico. Nessa perspectiva não há incompatibilidade entre direito subjetivo e a função social, e a manobra de classificar a propriedade como situação jurídica se torna desnecessária (FRAZÃO, 2006, p. 125).

No intento de adequar os direitos subjetivos ao novo paradigma, contemporaneamente às discussões sobre função social, desenvolveu-se uma outra de particular relevância para este estudo, a respeito do *abuso de direito*. Fruto também da insustentabilidade dos direitos subjetivos absolutos, essa doutrina tem uma relação sensível com a ética e a moral, uma vez que “o seu fortalecimento ocorreu principalmente a partir da superação do paradoxo de Planiol, segundo o qual um ato não poderia ao mesmo tempo ser conforme e contrário ao direito” (FRAZÃO, 2006, p. 128). Nessa perspectiva, foi crucial a ideia de que “um ato poderia ser conforme à lei mas contrário ao direito como um todo, incluindo aí valores como a justiça” (FRAZÃO, 2006, p.128).

Nesse sentido, várias correntes surgiram para explicar o abuso de direito, dentre as quais destacam-se (i) as teorias subjetivas; (ii) as teorias finalísticas; (iii) as teorias do abuso de direito como corretivo de moralidade; (iv) as teorias sociológicas; (v) a teoria do equilíbrio de interesses e (vi) as teorias mistas.

As teorias subjetivas entendem o abuso de direito através do aspecto subjetivo de qualquer conduta ilícita. Aparecem sob a figura do dolo – intenção de causar dano – ou da culpa – exercer o direito de maneira culposa (FRAZÃO, 129-130). Certamente, é correta a ideia de que o exercício de um direito com a intenção de causar dano constitui abuso, mas não é só isso. Ademais,

o grande problema da teoria subjetiva, que igualmente abarcava a noção de culpa, era o de não se atentar para as particularidades do abuso de direito, tratando-o como um ato ilícito sem identidade própria. Isso porque, para efeitos de antijuridicidade, o que importaria seria a culpa, sendo irrelevante se o ato estava sendo praticado no suposto exercício de um direito, hipótese em que se poderia cogitar o abuso, ou se o ato estava sendo praticado sem nenhum direito, hipótese em que apenas haveria o ato ilícito comum (FRAZÃO, 2006, p. 130).

Claramente influenciadas pelo pensamento sociológico, as teorias finalísticas guardam grande proximidade com a ideia de função social dos direitos. Dentro dessa perspectiva, os direitos subjetivos possuem uma finalidade social, e o seu exercício em desacordo com essa finalidade constituiria abuso (FRAZÃO 130-131). Esta corrente enfrentou um problema de precisão sobre o critério de aplicação, no que diz respeito a como se determinar o desvio de finalidade. Dentre as soluções propostas, destacam-se a de Louis Josserand, que pretendia analisar a legitimidade do motivo da conduta, o que permitiria atualizar a ideia de legitimidade conforme se atualizasse as finalidades do direito; bem como a de Raymond Saleilles, que analisava a finalidade do direito sob o prisma da finalidade civil, pretendendo identificar o abuso como um uso do direito destoante daquele esperado de acordo com a moral média e os bons costumes (FRAZÃO, 2006, p. 130-133). Além disso, cabe destacar que a doutrina deu ampla aceitação para esta corrente (FRAZÃO, 2006, p. 134).

As teorias do abuso de direito como corretivo de moralidade entendiam que além do teste jurídico, o exercício do direito deveria passar por um teste moral, uma vez que não se poderia desprender direito e moral. Dessa forma, um exercício imoral “consistiria no exercício do direito para o mal do agente ou para o mal dos outros homens ou da humanidade, exame para o qual a legalidade não se mostraria suficiente (FRAZÃO, 2006, p. 135).

As teorias sociológicas buscavam caracterizar o abuso de direito quando o seu exercício resultasse numa “conduta não mais aceita ou mesmo reprovada pela sociedade” (FRAZÃO, 2006, p. 135). Isso significa que, embora estivesse um direito positivamente reconhecido, porque à época da positivação era conduta socialmente aceita; seu exercício seria abusivo em um momento posterior no qual essa conduta não é mais socialmente aprovada (FRAZÃO, 2006, p. 135).

A teoria do equilíbrio de interesses reuniu em um estudo jurisprudencial três critérios das teorias supra – o dolo, o motivo legítimo e a normalidade; conjugando-os como elementos do que seria o “único critério apto a definir corretamente o abuso: a ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito” (FRAZÃO, 2006, p. 136). Assim, o abuso de direito se constituiria quando não houvesse proporção entre os danos causados à sociedade e as vantagens percebidas pelo possuidor do direito, demonstrando, apesar de não o dizer explicitamente, a necessidade de um cálculo de proporcionalidade nas decisões (FRAZÃO, p. 136).

Finalmente, as teorias mistas entendem que todas as teorias possuíam relevantes contribuições que, de acordo com a análise do caso concreto, deveriam informar a decisão, analisando-se qual mais se adequaria. Essas teorias estavam preocupadas com a complexidade

e a dinamicidade dos direitos, de modo que “seria recomendável que o exercício do direito fosse analisado a partir dos critérios subjetivos de culpa e dolo, da anormalidade do exercício, da ruptura do equilíbrio entre os interesses envolvidos, do desvio das finalidades do direito, da boa-fé e da moralidade” (FRAZÃO, 2006, p. 137).

A reação ao egoísmo liberal trouxe a discussão sobre os direitos subjetivos a uma ética social. Esse debate por vezes ronda mais a propriedade, em virtude de sua ligação com a liberdade. No entanto, também outros direitos se viram circundados por essa ética. A doutrina social falava, por exemplo, sobre função social da propriedade, dos contratos, e posteriormente até da empresa (FRAZÃO, p. 113).

Conciliar individualidade e solidariedade era a missão do Estado Social, em transição do Estado Liberal.

É certo que essa transição não se deu sem percalços. A ênfase excessiva no aspecto social, muitas vezes confundido com os interesses do Estado, e também na dimensão funcional dos direitos subjetivos acabou sendo indevidamente utilizada pelos Estados totalitários, como justificativa para a opressão do indivíduo (FRAZÃO, 2006, p. 117).

Os problemas aos quais esse totalitarismo poderia levar são tão graves quanto aqueles gerados pelo individualismo egoísta. Mesmo o reconhecimento jurídico da expressão *função social* não deu conta de precisar a sua aplicação, uma vez que seu significado se mostrava largamente plural e aberto. Tanto o é, que até hoje persistem as discussões (FRAZÃO, 2006, p. 117).

Apesar de ser vasta a doutrina sobre a dimensão ética e moral dos direitos, não foi suficiente para afastar de vez o positivismo jurídico, que ganhou nova força e bases mais robustas com a teoria de Kelsen. Ao resgatar o formalismo, reconhecer a supremacia do direito objetivo, sendo a norma positivada o único fundamento de validade de algum direito, o alemão soldou novamente direito subjetivo e direito objetivo, porém com um aspecto mais grave: desta vez, no lugar do indivíduo, “o centro do sistema jurídico passa a ser o próprio Estado” (FRAZÃO, 2006, p. 144-145). O direito subjetivo perdeu seu aspecto emancipatório e intersubjetivo para se tornar a “mera possibilidade jurídica de provocar sanção” (FRAZÃO, 2006, p. 145).

Essa concepção serviu como uma luva para os Estados totalitários. Por outro lado, foi um duro golpe para as discussões que se haviam produzido acerca dos direitos subjetivos, com base em parâmetros para além do formalismo. Para Ana Frazão, esse pode ser um dos motivos do relativo insucesso na implementação real da função social no Estado Social. Ponto em que

cita particularmente precisa consideração deixada por Fábio Konder Comparato: “defender a função social da propriedade, sem especificações maiores, pode ser e tem sido um argumento valioso para a sustentação do *status quo* social em matéria de regime agrário e de exploração empresarial capitalista” (COMPARATO, 1986, p. 76 *apud* FRAZÃO, 2006, p. 146).

Em soma a isso, surgiram novas análises com o enfoque econômico, as quais foram priorizadas na estruturação do Estado Social. Destacam-se a teoria econômica de Keynes bem como o utilitarismo neoclássico, encabeçado por Pareto. Keynes, ao criar a macroeconomia, suscitava pela primeira vez uma base técnica para a intervenção racional do Estado na economia.

O argumento básico de Keynes é o de que o pleno emprego é determinado também pela soma do consumo e dos investimentos, de forma que o Estado deveria intervir para estimular essas duas funções, seja diretamente por meio de despesas públicas, seja indiretamente por meio da política fiscal (FRAZÃO, 2006, p. 155).

A aplicação prática do pensamento keynesiano, reforçando a centralização das discussões dos problemas sociais na economia, foi importante inclusive para a consolidação da crença de que o crescimento econômico é *per se*, um ideal a ser perseguido (FRAZÃO, 2006, p. 157), nuances que reverberam até nos debates contemporâneos.

Por outro lado, o utilitarismo ganhou força com o “ótimo de Pareto”. Para o autor Italiano, só seria recomendável uma mudança na situação econômica de alguma pessoa se esta não acarretasse em piora da situação para outra pessoa. Quando uma situação geral chegasse a um ponto em que não se fizesse possível alterar sem prejudicar alguém, ela estaria então no ponto ótimo, não sendo recomendável a sua alteração (FRAZÃO, 2006, p. 161). Esse pensamento é insensível às disparidades sociais, condicionando a melhora da condição dos menos favorecidos à não interferência na condição dos mais favorecidos. Isso decorria do fato de que Pareto era contrário aos juízos éticos e morais na economia, por entender que as pessoas tomavam decisões com base em seus interesses pessoais que não poderiam ser comparados e, sendo esses antagônicos, uma sociedade solidária seria impossível. (FRAZÃO, 2006, p. 158-160). Sendo impossível escolher quais interesses são mais valiosos, somente seria possível atendê-los quando não ferisse os de outras pessoas, sendo essa a forma de atingir o bem-estar geral.

O Estado Social, pois, se desenvolveu sob a ideia de que a intervenção na economia seria suficiente para a harmonização dos problemas sociais, acabando por concentrar em si responsabilidades que antes eram atribuídas ao mercado. Dessa forma, em vez de viabilizar a

solidariedade através da intersubjetividade, tentou ele próprio realizar a solidariedade para todos, se encarregando de uma tarefa que transcendia seus limites (FRAZÃO, 2006, p. 171). Deixou, por isso, de realizar a necessária reflexão acerca dos aspectos estruturais da sociedade, bem como das relações interpessoais. “O lado mais pernicioso de todo esse processo foi que, ao invés de produzir cidadania, o Estado Social gerou apenas clientela e dependência” (FRAZÃO, 2006, p. 172).

É neste contexto que outra ideia importante para este trabalho se desenvolve: a de repressão ao *abuso de poder econômico*. Com o enfoque na economia como o setor responsável para solucionar os problemas sociais, a repressão do Estado Social ao abuso de poder econômico se restringiu a “assegurar o livre funcionamento do mercado, punindo apenas as condutas ilícitas” (FRAZÃO, 2006, p. 174). Relevante delimitar no que consistia o poder econômico, caracterizado pela influência e pela independência do agente econômico, com base em critérios como

a estrutura e o acesso ao mercado, a tradição e a liderança empresarial do agente econômico, a fidelidade dos consumidores e fornecedores aos seus produtos e serviços, a elasticidade do mercado, a concorrência potencial, as barreiras à entrada de novos concorrentes, o grau de otimização produtiva dos demais competidores, o poder de barganha dos consumidores, a facilidade da importação independente de produtos similares, dentre outros (FRAZÃO, 2006, p. 176-177).

A repressão ao abuso econômico ganhou um enfoque sobre a proteção da livre concorrência. Nesse ponto da história, a doutrina econômica já entendia que era impossível a concorrência perfeita, baseada na “homogeneidade dos produtos” e na “informação completa dos agentes” (FRAZÃO, 2006, p. 179). O reconhecimento dessa impossibilidade levou a ser cada vez mais tolerada a concentração de capital, os oligopólios e monopólios. Ora se justificavam pelo fortalecimento das companhias para a consolidação no cenário internacional, ora pela flexibilidade alocativa<sup>8</sup> de recursos enquanto fator de eficiência produtiva, o que não necessariamente reflete em benefícios para comunidade e consumidores (FRAZÃO, 2006 p. 180-194).

Como se vê, novamente o paradigma vigente se afastou das suas raízes éticas e morais, diante de uma nova onda positivista e formalista, que dessa vez centrava o estado no sistema jurídico, positivando em diversos casos o totalitarismo, confundindo público e estatal. O reconhecimento formal de certos institutos mais uma vez se mostrou insuficiente para a sua

---

<sup>8</sup> Há interessante consideração de Gustavo Gonzaga acerca do limite da flexibilidade alocativa enquanto fator de eficiência produtiva em GONZAGA, Gustavo. Rotatividade e qualidade do emprego no Brasil. Revista de Economia Política, vol. 18, n° 1 (69), janeiro-março de 1998.

efetivação, ao passo que expressões positivadas como a função social eram ambos: vazias de sentido e de conteúdo ilimitado. No entanto, também não foi capaz de se sustentar por muito tempo o Estado Social, dando origem a um novo paradigma, transição que será analisada a seguir.

## 1.2 O novo paradigma

Foi latente e notória a insuficiência econômica do Estado Social, ao passo que concentrava funções que iam além das suas capacidades. No entanto, não foi esse o principal problema. Ana Frazão mostra, em leitura do notável historiador francês Pierre Rosanvallon, que a maior razão da insustentabilidade do Estado Social foi a descaracterização da cidadania (FRAZÃO, 2006, p. 202-203). Ao assumir e monopolizar todos aqueles papéis, inclusive os que dizem respeito à solução dos problemas públicos e sociais; bem como ao dismantelar a individualidade, o Estado deixou o indivíduo de lado, criando problemas de identificação. Isto é,

se os indivíduos não assumem a responsabilidade pelo gerenciamento e soluções dos problemas sociais, também não se contentam com as decisões estatais, até porque são terceiros em relação a estas. Com isso, as políticas públicas do Estado Social passam a ser cada vez mais ineficazes, havendo o maciço descumprimento das normas jurídicas (FRAZÃO, 2006, p. 203-204).

Surgiram, pois, propostas de rearranjo das estruturas sociais. O liberalismo voltou com nova roupagem, pelo que se desenvolveram as correntes de pensamento chamadas neoliberais. Desta vez, não tentava negar os defeitos do mercado. Ao contrário, reconhece suas falhas, porém as entende como muito menos desastrosas que as da intervenção estatal na economia (FRAZÃO, 2006, p. 204). Em primeira análise não parece haver grande desassociação dos primados do pensamento neoclássico, do séc. XIX, em algumas vertentes. Porém, por outro lado, o pensamento avançou em uma discussão moral e jurídica acerca da liberdade de cada pessoa ter sua própria concepção de bem, suscitando, por isso, a igualdade formal e a neutralidade do Estado (FRAZÃO, 2006, p. 205).

Dentre as obras mais notórias dessa corrente que, como qualquer outra, não é homogênea, receberam destaque as de Mises, Hayek e Nozick. Embora seja difícil reunir todas resumidamente, é possível traçar algumas características que esses construtos neoliberais – ou libertários – apresentaram.

Adotando o modelo do *homo oeconomicus*, atualizado com um elemento de impossibilidade de controle das leis sociais e do mercado e, portanto, do próprio destino de cada pessoa, os neoliberais concluíram que nenhuma justiça seria possível ou desejável além do Estado formal de direito, mínimo e neutro, e toda tentativa de igualdade material resultaria em severos totalitarismos (FRAZÃO, 2006, p. 206-207). Esse foi um argumento bastante convincente, sobretudo em uma sociedade que acabara de enfrentar regimes totalitários violentos como nazismo e fascismo.

Diante dessa impossibilidade, o Estado apenas deveria garantir que os indivíduos possam realizar seus direitos subjetivos. Uma vez que cada indivíduo tem o direito a ter a própria concepção de bem, não poderia o Estado dizer sobre sua valoração. Da mesma forma, princípios de justiça distributiva teriam foco apenas nas pessoas que vão receber, esquecendo-se daquelas que irão pagar, o que, para Nozick, violaria inclusive a autonomia Kantiana, visto que estas últimas seriam tratadas como meios para os fins das primeiras. O Estado, pois, só deveria intervir na economia em favor da concorrência – para Hayek – ou mesmo apenas para garantir a segurança e o cumprimento dos contratos – para Nozick (FRAZÃO, 2006, p. 204-208).

Conhecidos são os problemas inerentes ao modelo do *homo oeconomicus*. Nesse sentido, diz SEN:

O egoísmo universal como uma realidade pode muito bem ser falso, mas o egoísmo universal como um requisito da racionalidade é patentemente um absurdo. O complexo procedimento de igualar a maximização do autointeresse à racionalidade e então identificar o comportamento real com o comportamento racional parece ser totalmente contraproducente se a intenção final é apresentar uma argumentação aceitável para a suposição da maximização do autointeresse na especificação do comportamento real na teoria econômica (SEN, 2002, p. 17).

Não obstante, é ainda forçoso concluir pela incoerência da ideia de Estado neutro.

Mesmo a proteção contra a força, o roubo e a fraude implica a exclusão dos projetos de vida daqueles que gostariam de praticar tais condutas, motivo pelo qual não se pode ser justificada sob a premissa de um Estado absolutamente neutro. Daí a insuficiência da teoria de Nozick, até porque a exclusão de ideias já pressupõe uma opção entre ideias (FRAZÃO, 2006, p. 210).

Sem embargo, o neoliberalismo recolocou o indivíduo nas discussões sociais, dissociando-se, em algumas vertentes de grande relevância, do utilitarismo, dando um importante passo na reinserção da autonomia individual no debate, sendo reconhecida pelos objetivos de justiça social (FRAZÃO 2006, p. 211). Inclusive, é interessante notar como apesar

de negar com veemência a justiça social, Hayek chega em sua teoria a conclusões a ela típicas (FRAZÃO, 2006, p. 213).

Por esses motivos, pensadores como Hayek e Nozick romperam com o liberalismo econômico neoclássico ao suscitarem as discussões morais. Porém a globalização<sup>9</sup> acabou por trazer ao foco a face econômica dessas teorias na prática do que vem sido implantado diante discursos neoliberais (FRAZÃO, 2006, p. 214). Para esse fim, serviu de sobremaneira o argumento da ineficiência da intervenção estatal na economia, corroborando projetos que visam principalmente à austeridade fiscal, a privatização e a liberação dos mercados (FRAZÃO, 2006, p. 215-216). Todavia, “o grande problema é que tais compromissos, que deveriam ser meios para outras políticas de maior equidade e crescimento sustentável, viraram fins em si mesmos” (FRAZÃO, 2006, p. 215). Essa receita se mostrou fraca em ambos os aspectos: social e inclusive o econômico. O economista estadunidense Joseph Stiglitz, que chegou a ser vice-presidente sênior e economista chefe do Banco Mundial, demonstra que observou no final do séc. XX como países que fugiram dessa lógica que era estimulada pelo Fundo Monetário Internacional obtiveram mais sucesso econômico do que aqueles que seguiram a receita indicada, dentre os quais cita os casos da Botsuana, China, Polônia, como outros (STIGLITZ, 2002, p. 23-90).

No entanto, certos dogmas econômicos sem nenhuma comprovação empírica, verdadeiras acepções ideológicas – dentre as quais, a mão invisível, a maior importância do crescimento econômico sobre a distribuição de riqueza, o absolutismo do princípio da eficiência e a relevância dos indicadores econômicos enquanto indicadores de progresso, a despeito da qualidade de vida – ganharam *status* de leis científicas, numa “nova onda de determinismo econômico”, com o impulso do fracasso do Estado Social e do intervencionismo (FRAZÃO, 2006, p. 216-217). Revigorou-se a ideia da economia como centro da sociedade. Mas a insustentabilidade dessas leis se mostrou na teoria e na prática, pelo que uma resposta mais satisfatória precisou emergir.

Dentro desse contexto o constitucionalismo se desenvolveu, trazendo o *Estado Democrático de Direito*, que busca na democracia a resolução das tensões entre igualdade e liberdade. Inclusive a Constituição brasileira endossa expressamente essa proposta, sobretudo no art. 1º: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, trazendo

---

<sup>9</sup> Sobre o conceito de globalização, ver ARNAUD, André-Jean. O Direito entre a modernidade e a Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Guillaume. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

logo adiante como fundamentos “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (FRAZÃO, 2006, p. 222). O Estado Democrático de Direito vem, pois, como um novo paradigma, que emana um sentido próprio e informa o ordenamento inteiro, exigindo novas leituras para as normas jurídicas (FRAZÃO, 2006, p. 223).

Seus modelos antecessores lhe entregam a primordial função de resolver a dicotomia entre liberdade e igualdade. Essa dicotomia se estende em razão da visão sobre os direitos subjetivos nos antigos paradigmas. Isto é, partindo de um ponto de vista atomista do indivíduo, consideravam os direitos subjetivos apenas na relação fechada entre estado e indivíduo, deixando à parte a intersubjetividade e a vinculação com a sociedade (FRAZÃO, 2006, p. 224). Essa visão produziu respostas antagônicas e extremas, diametralmente opostas, restando muito difícil harmonizar os opostos princípios da liberdade e da igualdade. Mas é exatamente neste ponto que o Estado Democrático de Direito demonstra seu principal avanço.

O curioso é que o avanço foi na verdade um retorno a uma das primeiras ideias que surgiram quando se começou a discutir a justiça dentre as funções do Estado. A literatura das teorias constitucionais e da filosofia política recolocou no debate a intersubjetividade e a autonomia, como o direito de cada pessoa ter e perseguir o seu próprio projeto de boa vida desde que não fira este mesmo direito das outras pessoas (FRAZÃO, 2006, p. 225). Dessa forma, a igualdade não é uma oposição, mas um aspecto da liberdade, e vice-versa. As ideias deixam de ser antagônicas para serem uma a complementação da outra. Esta não é essencialmente diferente da autonomia de que já dizia Kant.

Destacam-se, nas atuais discussões sobre definir a liberdade por meio da autonomia, os autores liberais Rawls e Dworkin. Essa vertente, também chamada de liberalismo igualitário, é uma clara manifestação da superação dos debates atomizados entre socialismo e liberalismo, como bem observa Will Kimlycka, ao analisar os dois autores:

Uma forma comum de descrever o panorama político é dizer que os liberais buscam um compromisso entre os libertários à direita, que creem na liberdade, e os marxistas à esquerda, que creem na igualdade. (...) Mas a descrição é insuficiente, pelo menos no que diz respeito aos liberais analisados. O mesmo princípio que para os liberais permite a liberdade de mercado – isto é, que faz as pessoas responsáveis pelas suas escolhas – lhes impele também a limitar o mercado onde ele prejudique as pessoas por motivos alheios às suas escolhas. A mesma concepção de igualdade subjaz tanto à liberdade de mercado como a suas limitações<sup>10</sup> (KIMLYCKA, 1995, p. 101-102).

---

<sup>10</sup> Em tradução livre: Una forma común de describir el panorama político es decir que los liberales buscan un compromiso entre los liberalistas por la derecha, que creen en la libertad, y los marxistas por la izquierda, que

Em que pesem particularidades de cada autor nas quais este trabalho não entende oportuno adentrar, os liberais encontram na autonomia a “necessária compatibilização entre a liberdade e a igualdade a partir de um critério de justiça (FRAZÃO, 2006, p. 232). Essa concepção muda os rumos dos debates sobre a liberdade, enxergando suas limitações como inerentes a ela própria, diante da perspectiva da igual liberdade (FRAZÃO, 2006, p. 232-233).

Dáí surgem duas questões fundamentais: quais desigualdades devem ser corrigidas e como isso deve ser feito. A esse respeito, Rawls e Dworkin concordam que as desigualdades oriundas da sorte bruta não devem prevalecer, isto é, “não podem ser aceitas as desigualdades arbitrárias, tais como as resultantes de contingências históricas, sociais e naturais, estas últimas vistas como os talentos e aptidões” (FRAZÃO, 2006, p. 234). Não por outra razão, Dworkin, por exemplo, procura uma teoria que seja sensível às dotações e indiferente às escolhas, isto é:

Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso (DWORKIN, 2012, p. 14).

Embora os dois autores forneçam métodos distintos para a correção das desigualdades, as discussões mostram a inevitável e enorme dificuldade em dar essas respostas por fórmulas acabadas, o que fica nítido quando enfrentam-se, por exemplo, desigualdades arbitrárias e não-arbitrárias. Quer dizer, é complexo estabelecer, por exemplo, quando certo resultado provém de talento ou mérito (FRAZÃO, 2006, p. 236). Ou ainda, perceber se certa decisão pode ser considerada uma livre escolha ou uma escolha condicionada por estímulos inevitáveis e incontrolláveis do meio em que uma pessoa vive<sup>11</sup>. “O problema comum a Rawls e a Dworkin é o de tentarem, em uma sociedade plural e complexa, definir critérios de justiça a partir de discursos unilaterais” (FRAZÃO, 2006, p. 236). O próprio Dworkin enxerga esse problema e vê como solução a atuação de um “juiz Hércules”, que teria a função de conciliar os princípios de justiça com o contexto social de cada tempo e lugar. No entanto, “resta o problema de saber

---

creen en la igualdad. (...) Pero la descripción es insuficiente, por lo menos respecto a los liberales que he analizado. El mismo principio que les dice a los liberales que permitan la libertad de mercado – esto es, que hace a la gente responsable de sus elecciones – les impele también a limitar el mercado donde éste perjudique a las personas que no tengan que ver con sus elecciones. La misma concepción de la igualdad subyace tanto a la libertad de mercado como a sus limitaciones.

<sup>11</sup> Há recentes discussões que questionam a própria existência de uma possível livre escolha. Nesse sentido, ver: GAZZANIGA, Michael S. *Who's in Charge? Free Will and the Science of the Brain*. Harper Collins: Nova Iorque, 2011; YARAK, Aretha. *O livre-arbítrio não existe, dizem neurocientistas*. Revista Veja: São Paulo, 27 fev. 2012. Disponível em <https://veja.abril.com.br/ciencia/o-livre-arbitrio-nao-existe-dizem-neurocientistas>. Acesso em 17/12/2017 às 14:31.

porque apenas o Poder Judiciário teria o monopólio do debate a respeito da justiça” (FRAZÃO, 2006, p. 236).

Detectando esse problema, o comunitarismo tenta resgatar as preocupações de Rousseau no que diz respeito à autodeterminação, como aspecto de uma autonomia pública. Com destaque para Walzer, esse modelo quer, também contrário à visão atomizada do indivíduo, defender a pluralidade dos princípios de justiça, de modo as tradições que compartilham os membros de uma comunidade é que devem orientar os critérios de justiça. Assim, busca ver a liberdade pela autodeterminação no sentido de ser a “capacidade que os membros de uma determinada coletividade possuem de escolher as suas próprias leis e os seus critérios de justiça” (FRAZÃO, 2006, p. 239).

Ao propor isso, a tese comunitarista abarca um aspecto da autonomia que foi de certa forma deixado de lado pelos autores liberais, fornecendo uma resposta ao impasse encontrado, no sentido de atribuir à comunidade a escolha dos critérios de justiça (FRAZÃO, 2006, p. 240).

Levada a cabo, no entanto, a autodeterminação, apresentam-se igualmente riscos à liberdade, sobretudo no que diz respeito ao aspecto privado da autonomia, que é o de escolher e perseguir o seu próprio projeto de boa vida. Isto é, as decisões coletivas podem desconsiderar por completo um individual dissidente, que pode ter todas as suas vontades para um projeto de vida negadas. Esse modo permite também um total relativismo e uma perigosa neutralidade, ao não fazer diferenciações sobre tradições que devem ou não persistir, sendo uma escolha de total critério da comunidade (KIMLYCA, 1995, p. 242-247). Tanto o é, que Walzer reconsiderou sua teoria, admitindo a existência de uma moralidade mínima, a qual seria universal não estaria disponível a transações pela comunidade. Nesse sentido, “se a autodeterminação é um aspecto importantíssimo da democracia, certamente não é o único e não pode ser visto em um esquema de oposição em relação à autonomia privada e aos direitos fundamentais” (FRAZÃO, 2006, p. 242).

A questão chave do Estado Democrático de Direito se revela, nesse diapasão, como a de encontrar legitimamente um critério de justiça para compatibilizar liberdade e igualdade, na forma de assegurar a autonomia e a intersubjetividade a ela inerente. É por isso que a obra de Habermas mostra evidentes essas tensões, dizendo que

um programa político resulta discriminatório quando às sequelas restritivas da liberdade que decorrem das desigualdades fáticas, tal como ocorreu no Estado Liberal, mas é paternalista e insensível às restrições de liberdade que decorrem da compensação, como foi o caso do Estado Social (FRAZÃO, 2006, p. 243).

O aspecto mais evidente da obra de Habermas nessa matéria é justamente o de equilíbrio entre autonomia pública e privada, ressaltando que não pode haver o exercício de uma sem a outra: “nem se pode simplesmente abafar os direitos básicos liberais da práxis autodeterminadora como sendo restrições externas, nem se pode instrumentalizá-los em prol dessas mesmas restrições” (HABERMAS, 2002, p. 83). Dessa forma, somente pode exercer a autonomia pública a pessoa que tiver garantida a sua autonomia privada, ao passo que a autodeterminação é ao mesmo tempo meio para a pessoa conseguir essa garantia (FRAZÃO, 2006, p. 245). É por isso que a autonomia pública assume “o papel de procedimento, que assegura a comunicação, a deliberação e a escolha dos melhores argumentos, sempre por meio de e tendo em vista a autonomia privada” (FRAZÃO, 2006, p. 246). Esta, principalmente no que diz respeito aos seus direitos fundamentais. Ora, uma vez que um indivíduo se vê furtado de seu direito de ter um próprio projeto de boa vida, não será capaz efetuar plenamente seus pleitos no âmbito da autonomia pública. O que fica evidente é que não há oposição entre direitos fundamentais e democracia, mas antes, uma relação intrínseca e necessária (FRAZÃO, 2006, p. 246).

Isso vem sendo traduzido nas constituições pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como bem analisa Ingo Wolfgang Sarlet. O jurista brasileiro destaca a tendência na releitura da literatura kantiana, no que diz respeito à autonomia da vontade, no aspecto da livre decisão dos indivíduos acerca de suas pretensões existenciais, de modo a respeitar o seu valor intrínseco (SARLET, 2001, p. 51). O princípio assume um valor normativo por estar positivado na Constituição brasileira. Não obstante, sobretudo por constar no art. 1º, como fundamento do Estado Democrático de Direito, assume inclusive uma “função instrumental integradora hermenêutica” (SARLET, 2001, p. 83). Esta que o coloca como fundamento de unidade informador não só dos direitos fundamentais, mas de toda norma jurídica constante no ordenamento (FRAZÃO, 2006, p. 249). A positivação do princípio funciona, portanto, como catalizadora da autonomia em seus aspectos público e privado, alterando dentre os demais institutos, um de singular relevância para este estudo: o de direito subjetivo.

Como sintetiza Habermas, os direitos subjetivos não podem mais se restringir a uma relação entre indivíduo e Estado, como se a sociedade fosse composta por sujeitos atomísticos e estranhos que, autopossessivamente, se empenham uns contra os outros. Se a sociedade supõe o reconhecimento recíproco de uns aos outros como sujeitos de direito, livres e iguais, a responsabilidade que decorre dos direitos, longe de ser uma restrição à autonomia, é uma consequência necessária da mesma (FRAZÃO, 2006, p. 250).

A razão dos direitos subjetivos, inclusive os fundamentais, não reside senão na realização da autonomia, sendo esses direitos instrumentos para tal, o que se repete na propriedade e, claro na propriedade dos meios de produção, ou da empresa. Este é exatamente o parâmetro interpretativo adequado para a função social da propriedade e da empresa no Estado Democrático de Direito, de modo que este direito subjetivo encontra proteção de nível constitucional, na medida em que exercido com observância dos deveres e limites inerentes à intersubjetividade (FRAZÃO, 2006, p.250-251). Acresce que, como visto, algo parecido com esse entendimento de direito subjetivo esteve o tempo todo presente nas discussões, desde a fundação dos ideais liberais, passando pela construção do paradigma social, e encontrando hoje a sua melhor forma até então. Entretanto, em todos os momentos nos quais esses parâmetros morais e éticos se viram afastados da teoria e da prática, levando a cabo entendimentos excessivamente utópicos ou demasiado apologéticos, noções dicotômicas e incompatíveis entre si, as contradições e as insustentabilidades conduziram à ruína os projetos que se propunham.

### **1.3 A função social da propriedade e da empresa no Estado Democrático de Direito brasileiro**

Há que, antes de tudo, se ressaltar a peculiaridade do contexto brasileiro no que diz respeito à dignidade da pessoa humana. Em que pese a complexa discussão sobre a justiça, “não pode haver, pelo menos no contexto brasileiro, questão mais prioritária que a miséria” (FRAZÃO, 2006, p. 251). Afinal, a primeira condição para se discutir autonomia de alguém é a de que essa pessoa não esteja morrendo de fome.

Nessa perspectiva, ganha lugar a necessidade de até mesmo um mínimo essencial, como pretendia Hayek, e a justiça distributiva ganha uma dimensão inicial e primordial de emancipação dos cidadãos e realização da dignidade da pessoa humana, ficando a distribuição de recursos “subsidiária ao verdadeiro projeto, que é o de emancipação” (FRAZÃO, 2006, p. 252).

É nessa senda que se inserem os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro, presentes, respectivamente, no art. 1º e 3º da Constituição Federal, sobretudo nos valores da Dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa, redução das desigualdades e erradicação da pobreza e o desenvolvimento nacional. No mesmo sentido se coloca, por óbvio, a ordem econômica, de que trata o artigo 170, cuja íntegra convém transcrever:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ressalte-se que a Constituição menciona expressamente a valorização do trabalho, existência digna, função social, justiça social, redução das desigualdades e busca do pleno emprego. Como visto, tudo isso deve ser interpretado sob o prisma da dignidade da pessoa humana enquanto princípio realizador da autonomia pública e privada. É por isso que não se deve ver sentenças como “livre concorrência” e “justiça social” enquanto forças antagônicas compondo a constituição, mas antes, complementares entre si.

Isso significa dizer que a ordem constitucional escolheu assegurar a livre iniciativa e a propriedade privada, enquanto meio de realização da justiça social e da redução das desigualdades, sob o parâmetro da função social da propriedade, cuja “decorrência necessária é a função social da empresa” (FRAZÃO, 2006, p. 279). Dessa forma, apenas é legítimo o exercício da atividade empresarial na medida em que for realizadora da autonomia, “*enquanto o projeto do empresário compatibiliza com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida*” (FRAZÃO, 2006, p. 278).

Por conseguinte, será o princípio da função social da empresa aquele capaz de conferir a unidade entre os princípios da ordem econômica, uma vez que visa condicionar a realização da atividade empresarial aos objetivos da justiça social (FRAZÃO, 2006, p. 280). Dessa forma, a finalidade da função social é de, para além dos deveres já previstos expressamente na constituição, “resgatar, de forma geral e ampla, a intersubjetividade da liberdade de iniciativa e

do direito de propriedade, mostrando que ambos estão relacionados à emancipação do homem e, portanto, à dignidade da pessoa humana” (FRAZÃO, 2006, p. 281).

Isso não quer dizer, porém, que a empresa se torna um mero instrumento para a realização da justiça social. Afinal, também está na equação a dignidade e a autonomia do empresário, também deve ser considerado o seu próprio projeto de vida. Quer dizer, antes, que a empresa é também considerada no âmbito da solidariedade, e os indivíduos tidos como fins em si mesmos, e não como instrumentos para o sucesso econômico, ou mesmo recursos como outros quaisquer, e que apenas respeitar o consumidor e a concorrência não é o bastante para tal (FRAZÃO, 2006, p.281).

O entendimento de que a atividade empresarial não é legítima quando visa apenas satisfazer a realização individual do empresário é endossado pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI 319, de 1993, o STF reconhece ter a empresa compromisso com a justiça social, inclusive no tocante à justiça distributiva. O julgado traz logo na ementa:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros (ADI 319, pub. 30/04/1993, Ministro Relator: Moreira Alves).

O que se vê, portanto, é que deve a função social da empresa, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, orientar a livre iniciativa de modo a concilia-la com os objetivos da justiça social, levando em conta os parâmetros da dignidade da pessoa humana no que diz respeito à realização da autonomia, respeitada a intersubjetividade, considerados para tal tanto o proprietário como os demais envolvidos, tais quais sociedade, consumidores e inclusive trabalhadores.

## 2 A QUESTÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA

### 2.1 Panorama e raízes da vedação à dispensa arbitrária no Brasil

O art. 7º, inciso I da Constituição Federal confere aos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

No Brasil, percebem-se 4 tipos de dispensa na legislação trabalhista: a dispensa arbitrária (ou imotivada); a dispensa motivada; a dispensa sem justa causa; a dispensa com justa causa (SILVA, 2015, p. 17). Interessa, por óbvio, a primeira a este estudo.

Importante estabelecer, no entanto, a diferenciação entre dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa. *A contrario sensu*, constitui dispensa sem justa causa aquela que não se enquadra em nenhum dos motivos elencados no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que traduzem faltas graves cometidas pelo empregado. De outro lado, a dispensa arbitrária é aquela que não é fundada em nenhum motivo, a não ser a mera liberalidade do empregador (SILVA, 2015, p. 18). Os motivos considerados válidos são trazidos pela própria CLT, no artigo 165, e são os de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira (MAIOR, 2004, p. 50). Nesse sentido, a doutrina costuma citar como exemplo as crises financeiras, a renovação tecnológica que causa a diminuição nos postos de trabalho, ou mesmo a improdutividade do trabalhador.

A despedida arbitrária então é aquela que provém pura e simplesmente da liberalidade do patrão. Como coloca Daniel Teixeira Silva, “porta alta carga de subjetividade, tem origem na vontade e caprichos do empregador” (SILVA, 2015, p. 17). Nesse sentido, assevera Jorge Luiz Souto Maior: “a dispensa que não for por justa causa ou não se embasar em motivo suficiente, como dito, considerar-se-á arbitrária e, portanto, não está autorizada ao empregador” (MAIOR, 2004, p. 50). Maior defende inclusive que essa modalidade constitui verdadeiro abuso de direito e violação da boa-fé, da função social dos contratos, e da própria regra do *pacta sunt servanda* (MAIOR, 2004, p. 45-47).

Provisoriamente, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu no art. 10 que, até que se edite a lei complementar referida pelo art. 7º, I, da Constituição, aplicar-se-á multa indenizatória referente a 40% sobre o valor total depositado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aos casos de dispensa arbitrária. No entanto, boa parte da doutrina

entende que essa multa se refere apenas à dispensa sem justa causa, não abarcando a despedida imotivada.

Quanto aos efeitos não se pode entender que à dispensa arbitrária aplica-se a indenização de 40% do FGTS, pois que isto equivaleria a dizer que dispensa sem justa causa e dispensa arbitrária são a mesma coisa, e, evidentemente, não são. A dispensa sem justa causa não tem base em uma causa considerada "justa" pela lei (art. 482, CLT), mas deve possuir uma causa, (um motivo), sob pena de ser considerada arbitrária (MAIOR, 2004, p. 50).

Não deveria, portanto, a dispensa arbitrária ensejar a multa de 40% sobre o FGTS, mas sim a reintegração do trabalhador no posto de trabalho, visto que seria modalidade expressamente vedada pela constituição. Se, porventura, não fosse possível a reintegração, culminaria a relação em pagamento de indenização compensatória, que não poderia ser confundida com aquela de 40% do valor do FGTS (SILVA, 2015, p. 18), que teria natureza reparatória (MAIOR, 2004, p. 51).

Em que pesem as considerações doutrinárias, o trato jurídico da dispensa arbitrária no Brasil vem sendo o de um verdadeiro direito potestativo do empregador (SILVA, 2015, p. 15). É que a jurisprudência não conhece do referido entendimento doutrinário, aplicando, por falta de regulamentação, tão somente o artigo 10 do ADCT.

REINTEGRAÇÃO. CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT. O artigo 7º, I, da CF/88 prevê indenização compensatória, protegendo o empregado da dispensa arbitrária ou injustificada. No entanto, para que se realize a tutela apregoada na Lei Maior, é mister o advento de lei complementar disciplinando a concessão da referida indenização compensatória, sendo que, no momento, ainda que de forma transitória, o escopo do citado artigo 7º, I, da Carta Magna, vem se corporificando mediante a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. A Convenção nº 158 da OIT não supre exigência constitucional por possuir "status" de Lei Ordinária. Logo, na espécie, depreende-se que a Reclamante não tem direito à postulada reintegração, bem como sua transformação em indenização correspondente prevista no art. 10 da referida Convenção (Recurso de Revista nº TST-RR-423.321/98.7, Ministro Relator: Rider de Brito).

Teria, no entanto, a convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) o necessário conteúdo para regulamentar adequadamente o instituto, visto que versa justamente sobre a dispensa dos trabalhadores dizendo, inclusive, especificamente sobre a dispensa arbitrária. Não obstante, são suscitados, em geral, dois motivos para que não seja aplicada a convenção no direito brasileiro: primeiro, que ela não estaria vigente devido à denúncia realizada em 1996 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso; segundo, que é formalmente inconstitucional, por não respeitar o quórum de lei complementar previsto na constituição.

Sobre o primeiro motivo, o Brasil ratificou o referido tratado em janeiro de 1995, após seguir todos os trâmites constitucionalmente definidos, incluindo a aprovação parlamentar, sendo ela promulgada pelo decreto 1.855 de 10 de abril de 1996. Em dezembro do mesmo ano, com receio de que a convenção gerasse desconfortos, afugentando o capital estrangeiro do Brasil, o então ministro do trabalho, Paulo Paiva, recomendou a denúncia à convenção, o que foi acatado pelo presidente, que enviou nota à OIT em 20 de novembro de 1996, passando a denúncia a valer no Brasil por meio de decreto presidencial logo depois (SILVA, 2015, p. 69).

A doutrina questiona largamente a validade da denúncia, por principalmente duas razões: uma de direito interno, uma vez que não teria autoridade o presidente da república para denunciar a um tratado sem a chancela parlamentar – a Constituição não prevê um procedimento para a denúncia, mas a doutrina alega, por interpretação analógica, que se é necessária a aprovação parlamentar para a ratificação do tratado, seria atropelar a soberania popular denunciar a ele sem nova aprovação. Além disso, não consta dentre as atribuições do decreto presidencial qualquer coisa parecida com denúncia a tratados internacionais<sup>12</sup>. Outra, de direito internacional, por prever a convenção que somente é possível a denúncia no ano subsequente aos seus dez primeiros anos de vigência, o que ocorreria somente no período de 2006 a 2007 (SILVA, 2015, p. 69-74).

Ainda, há um processo em curso no pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a mesma matéria. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, provocada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), questiona a constitucionalidade da referida denúncia, pedindo a revogação dos seus efeitos. O processo se encontra suspenso, em virtude de um pedido de vista pelo ministro Dias Toffoli em 14 de setembro de 2016. Até o momento, votaram: Teori Zavascki, reconhecendo a inconstitucionalidade, mas com efeitos para atos como este praticados a partir da publicação do acórdão; Nelson Jobim julgou improcedentes os pedidos; Maurício Corrêa, acompanhado por Ayres Brito, votou pela não produção de efeitos do decreto sem a devida chancela parlamentar; Joaquim Barbosa e Rosa Webber concederam total procedência dos pedidos. Nota-se, pois, que

---

<sup>12</sup> Maior faz interessante apontamento ao notar que “todo o Decreto do Presidente da República inicia-se com os termos ‘O Presidente da República no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV, do art. 84 da Constituição Federal’ ou ‘no uso da atribuição que lhe confere o inciso VI, (alínea ‘a’ ou ‘b’) do art. 84 da Constituição Federal’, decreta... Mas no caso do Decreto 2.100/96 apenas se disse de forma um tanto quanto marota que O PRESIDENTE DA REPÚBLICA tomava público que “deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT n. 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996” (MAIOR, 2004, p. 56).

por 4 votos a 2, até o momento, vence o entendimento de que o decreto não produz efeitos atualmente.

No que diz respeito à inconstitucionalidade formal, há inclusive uma súmula do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 17ª região:

SÚMULA Nº 42 DO TRT DA 17ª REGIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.

Este é o entendimento majoritário na jurisprudência<sup>13</sup>. O principal argumento é o de que a partir do momento em que a convenção assegura o direito de o trabalhador pleitear a reintegração diante de uma dispensa arbitrária, vai contra o disposto no art. 10 da ADCT, que, na ausência de lei complementar reguladora, é a regulamentação correta para o inciso I do artigo 7º da Constituição. Ainda, uma vez que o tratado não foi incorporado pelo quórum exigido pela Carta Magna para lei complementar, ele não poderia também ser a regulamentação que prevê o dispositivo constitucional, sendo, portanto, formalmente inconstitucional.

Este não é, porém, o entendimento da maior parte da doutrina trabalhista. Como coloca Maior, a ausência de lei complementar não pode obstar a aplicação de um direito fundamental (MAIOR, 2004, p. 57), que, conforme notório entendimento do próprio STF, é de eficácia plena e imediata. Além disso, a Convenção é capaz de dar eficácia a uma norma de direito fundamental da Constituição, e a formação de um tratado internacional é de formalidade ainda maior que a de lei complementar. A isso acresce o fato de que, conforme o entendimento do STF, tratados sobre direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº45/2004 entram no sistema jurídico interno com hierarquia infraconstitucional, porém supralegal (SILVA, 2015, p 49). Dessa forma, um tratado de direitos humanos no Brasil é ambos: formal e materialmente superior a uma lei complementar.

Como se pode ver, essa é uma questão repleta de divergências no cenário nacional. Os conflitos entre a classe trabalhadora e a classe patronal se refletem, inclusive, com bastante

---

<sup>13</sup> A exemplo, conferir Recurso de Revista nº TST-RR-423366/98.3, Ministro Relator José Luciano de Castilho Pereira.

nitidez na Constituição. Na verdade, retrato da pluralidade de forças constituintes é a própria presença de José Sarney, liderança civil do regime militar, e Tancredo Neves, líder da oposição à época, na proposição da assembleia com poderes constituintes (SARMENTO, 2009, p. 9).

Particularmente em matéria trabalhista, é possível notar como a constituição se preocupou em garantir os direitos dos trabalhadores e ao mesmo tempo atender aos anseios da iniciativa privada. Sindicalistas, empresários, grupos antagônicos compunham as forças e pretendiam ter suas garantias com proteção constitucional, numa república em que a lei não parecia dar a necessária segurança, quando mais em se acabando de passar por um regime totalitário e repleto de arbitrariedades Estatais (ASSIS, 2013, p. 7-9). Talvez o FGTS seja o maior retrato dessas condições. Tido como uma importante garantia para o trabalhador, o FGTS surgiu em 1966 e, dentre seus principais objetivos, visava facilitar a rotatividade de empregos no Brasil, uma vez que substituiu a estabilidade que a CLT antes conferia a empregados com tempo de serviço maior de 10 em uma empresa, flexibilizando o mercado de trabalho e barateando o passivo trabalhista das firmas (CARVALHO, PINHEIRO, 1999, p. 7-9).

A constituição incorporou o FGTS, garantiu a livre iniciativa e a propriedade privada. Mas trouxe também um enorme rol de garantias para o trabalhador – dentre as quais, a proibição da dispensa arbitrária. Fundou a república sob o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, atribuindo distinta importância ao valor social do trabalho. Como visto supra, o projeto constitucional é o de consagração da autonomia por meio da Dignidade da pessoa humana, emancipação dos cidadãos e justiça social. A assembleia constituinte tinha a perfeita noção disso e compreendeu a importância do trabalho para tais objetivos, conferindo-o inúmeras proteções e desviando do seu trato como mera mercadoria. Em verdade,

os direitos trabalhistas não podem ser visualizados como dívida, mas como conquista. O ponto crucial no Brasil a ser entendido sobre a legislação nesta área é a sua estreita ligação com a cidadania. Por meio da intervenção do Estado, os direitos trabalhistas deram acesso à cidadania aos trabalhadores, que foram incorporados à política a partir da década de 1930. Portanto, os operários alcançaram a cidadania em nosso país não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais (SILVA, 2015, p. 13).

Não raro, são econômicas as razões que tentam obstar essas garantias. A exemplo, a vedação à dispensa arbitrária encontra resistência das grandes confederações da classe empresária, por temerem a redução da eficiência alocativa de recursos. Como bem coloca Silva, os detentores do capital de produção temiam que a aplicação da Convenção nº 158 da OIT fosse implicar a redução da competitividade do mercado brasileiro, pois criaria, na prática, um regime de estabilidade para os empregados da iniciativa privada. Dessa forma, a economia nacional

encontraria sérias dificuldades no mercado globalizado, diminuindo os postos de trabalhos formais e aumentando a informalidade (SILVA, 2015, p. 88).

São relevantes tais argumentos e merecem análise. Afinal, por mais que seja a economia um instrumento de realização da justiça social, é preciso garantir a saúde do instrumento para que ele demonstre sua utilidade. No entanto, uma análise mais detida pode revelar importantes aspectos dessa face econômica do argumento.

## **2.2 Eficiência alocativa, eficiência produtiva e rotatividade do emprego**

As investidas neoliberais aliadas à globalização do capital têm reivindicado ao redor do mundo projetos de política econômica com a perseguição de objetivos como a flexibilização e desregulamentação dos mercados de trabalho (MANZANO, 1996, p. 253). De outro lado, algo concorde nas análises econômicas sobre o emprego no Brasil é que o fluxo de trabalhadores nacional é um dos mais altos do mundo.

O mercado de trabalho brasileiro é classificado por alguns estudiosos como “hiperativo” (WorldBank, 2002; Gonzaga, 2003). As taxas de rotatividade e realocação estão entre as maiores do mundo, mesmo controlando por outros fatores como composição setorial (indústria, comércio e serviços) e distribuição de tamanhos das empresas (RIBEIRO, 2010, p. 402).

Em tese, a alta rotatividade – fluxo de destruição e criação<sup>14</sup> – dos postos de trabalho flexibiliza a economia e melhora a eficiência alocativa. Com maior liberdade para alocar e realocar recursos, os agentes econômicos têm mais liberdade para melhorar a produtividade.

Todavia, algo a se considerar é que a alta rotatividade gera insegurança para o trabalhador, devido ao baixo tempo de permanência no emprego (RIBEIRO, 2001, p. 253), além de perdas de bem-estar devido à redução de salários pela troca de emprego e a inadequação entre capacidades e função. Essa face da questão merece uma análise mais profunda.

Existe uma relação entre a produtividade e a qualidade do emprego. Como defende Gonzaga, “a qualidade do emprego depende fundamentalmente da produtividade da mão de obra” (GONZAGA, 1998, p. 126). Isso porque

uma vez que os trabalhadores rodam muito de emprego em emprego, as empresas preferem informalizar para poupar nos custos de demissão, que são menores quando os trabalhadores não têm carteira assinada. Alta rotatividade, portanto, gera mais informalização. Como mais informalização deixa ainda

---

<sup>14</sup> Conforme RIBEIRO, 2010, p. 402.

mais fluida a relação firmas-trabalhadores, há um efeito de volta, que desemboca em mais rotatividade (GONZAGA, 1998, p. 122).

O economista prossegue dizendo que existe um ponto ótimo entre para a flexibilidade alocativa e que ultrapassá-lo pode trazer efeitos perversos para a produtividade da economia. Assim, por piorar a qualidade do emprego, o excesso dessa flexibilidade alocativa impacta na produtividade do trabalhador, sobretudo porque as companhias deixam de investir na capacitação e na qualificação de seus funcionários, e estes deixam de criar vínculo com o seu posto de trabalho (GONZAGA, 1988, p. 122 – 130). Para Gonzaga, isso ocorre devido a uma percepção de que “a rotatividade gera ganhos de curto prazo positivos” (GONZAGA, 1988, p. 122).

Em verdade, segundo Ribeiro, são três os componentes da rotatividade no mercado de trabalho: a alteração no tamanho da força de trabalho na firma; mudanças na estrutura ocupacional da força de trabalho; ou questões de vínculo (*match*) insatisfatório entre a companhia e o trabalhador (RIBEIRO, 2010, p. 402). Esse fluxo é facilitado pelo baixo custo de demissão que existe no mercado brasileiro (MANZANO, 1996, p. 1 a 13).

Marcelo Manzano faz um estudo comparativo entre os custos de demissão de um empregado proporcionalmente à remuneração mensal.

Para entendermos mais claramente o que determina a legislação brasileira a respeito dos encargos referentes à rescisão do contrato de trabalho e como isso onera as empresas que demitem sem justa causa, podemos calcular os custos de demissão em relação a uma remuneração mensal hipotética de 100,00 unidades monetárias. Compreende-se por remuneração mensal a soma do salário, do décimo-terceiro proporcional e do adicional de férias proporcional. Aplicando-se sobre a remuneração mensal a multa correspondente a 40% sobre o F.G.T.S. recolhido e considerando-se que o mês de aviso prévio é concedido integralmente ao trabalhador (como de praxe no mercado), observa-se que a empresa que demitir trabalhadores com três a seis meses de serviço pagará, a título de indenização por trabalhador, o montante de \$ 102,48. Ou seja, o custo de demissão para estes casos equivale aproximadamente à remuneração total por um mês de trabalho (MANZANO, 1996, p. 6).

A priori, parece um alto valor em termos absolutos. No entanto, o autor cita um exemplo hipotético em que um empregador estaria prevendo para um futuro de 3 meses uma queda na demanda que tornaria possível dispor de parte de sua mão-de-obra. É razoável supor que este empregador demitiria antes os empregados, porque o valor poupado pelo não pagamento desses três meses de salário é maior do que o passivo trabalhista rescisório gerado.

Ainda, interessante a lembrança do autor de que “dado o baixo custo laboral realizado no Brasil, o impacto efetivo dos custos de demissão sobre o chamado *custo Brasil*<sup>15</sup> é substancialmente minorado” (MANZANO, 1996, p. 11).

Como se vê, a rotatividade do emprego no Brasil é de tal maneira exacerbada que pode estar influenciando negativamente a própria produtividade econômica, a despeito da flexibilização alocativa gerada. De qualquer sorte, mesmo que a proteção do emprego gerasse um efeito negativo no custo Brasil, afugentando o capital estrangeiro, esse efeito seria mínimo. Esses argumentos não são suficientes para fundamentar satisfatoriamente o óbice à vedação da despedida arbitrária. Ademais, a alta rotatividade gera, claro, um alto número de destruição de postos de trabalho, e “se o problema do desemprego for de grande destruição de postos de trabalho, políticas de geração de emprego (pela criação de empresas) serão menos eficientes que políticas de sustentação de postos de trabalho existentes, focando as empresas que já existem”. (RIBEIRO, 2010, p. 404).

---

<sup>15</sup> Termo usualmente aplicado para retratar as dificuldades de investimentos no Brasil devido a custos políticos, burocráticos, fiscais, e etc., influenciando fortemente a segurança e o valor do crédito.

### **3 A VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA COMO DESDOBRAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

#### **3.1 Abuso de poder econômico, abuso de direito e responsabilidade social**

Como iterado supra, para Jorge Luiz Souto Maior, a dispensa imotivada é flagrante manifestação de abuso de direito (MAIOR, 2004, p. 48-49). Com a base teórica demonstrada no Capítulo 1 deste trabalho, é possível analisar essa afirmação mais profundamente.

Adiante dos princípios da ordem econômica trazidos no art. 170 da Constituição, no art. 173, § 4º, a Lei Maior determina a repressão ao abuso do poder econômico, notadamente àquele que vise “à eliminação da concorrência, ao domínio de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros”. Não define, no entanto o que é abuso de poder econômico. Por óbvio, não há vedação ao poder econômico, mas apenas ao seu uso abusivo (FRAZÃO, 2006, p. 285). Por conseguinte, o exercício abusivo do poder econômico nada mais é do que o exercício abusivo de um direito – por exemplo, à livre iniciativa; razão pela qual há a necessária semelhança para tratar a questão segundo os parâmetros dessa teoria.

O Código Civil de 2002 traz, no art. 187, a definição do abuso de direito para o ordenamento brasileiro, dizendo ser abusivo o exercício quando “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Como visto, esse conceito tem profunda relação com a função social, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, a finalidade de um direito subjetivo é a de realização da autonomia, isto é, a de permitir que o indivíduo realize seu próprio projeto de vida sem que por isso atrapalhe o projeto dos outros. Isto é, “a autonomia pode orientar, de forma mais coerente e segura, a verificação do exercício desproporcional de um direito, uma vez que implica um juízo de comparação (...) entre o igual direito dos membros da sociedade de serem livres e iguais” (FRAZÃO, 2006, p. 288). Isso faz com que o exercício da atividade empresarial enfrente dois aspectos do abuso: um de atuação positiva e outro de atuação negativa (FRAZÃO, 2006, p. 286-300).

O primeiro, em apertada síntese, quer dizer que a empresa não somente deve abster-se de certas práticas abusivas, mas também agir ativamente em favor da sociedade, da dignidade e da correção das desigualdades (FRAZÃO, 2006, p. 294).

O segundo, de maior relevância para este estudo, diz respeito justamente às condutas das quais a atividade empresarial deve se abster, por irem no caminho oposto da realização da

autonomia, dignidade, correção das desigualdades, etc. Há que se lembrar de que, de acordo com a sistemática constitucional arguida supra, isto é, uma vez que a ordem econômica está a serviço do valor social do trabalho e da livre iniciativa, bem como da justiça social, é exemplificativo o rol de efeitos trazidos pelo art. 173, §4º. Deve, portanto, esse dispositivo ser sempre interpretado conforme os princípios trazidos no art. 170 (FRAZÃO, 2006, p 290).

Dentre as três modalidades exemplificativas, a que notadamente é mais polêmica é a de aumento arbitrário dos lucros. Há quem diga que esta não é uma modalidade em si, mas mera consequência do domínio dos mercados e da eliminação da concorrência. Não merece prevalecer, porém, este raciocínio.

A discussão sobre o aumento arbitrário de lucros diz respeito exatamente à questão do delicado equilíbrio que existe entre a liberdade da empresa para fixar os lucros e sua responsabilidade em relação às liberdades dos demais membros da sociedade. Diante de uma ordem econômica que condiciona o exercício da propriedade à sua função social e submete a ordem econômica à realização da justiça social, não se pode confundir a liberdade empresarial com a arbitrariedade (FRAZÃO, 2006, p. 292).

Logo, a questão sequer envolve somente o aumento arbitrário de preços, uma vez que não é só o consumidor que possui relações com a empresa. Para que não venha a se tornar arbitrariedade, a liberdade empresarial precisa equilibrar corretamente a sua igual liberdade com as dos demais membros da sociedade, conforme a ideia da autonomia. Dado que a empresa não serve apenas para atender aos interesses dos sócios e aumentar seus patrimônios, os lucros arbitrários são os que atropelam a ordem econômica constitucional e, de novo, a finalidade dos direitos subjetivos, seja qual for ação que leve a esse resultado.

Um aspecto relevante dessa discussão é que a própria literatura da administração e da economia vem trazendo debates semelhantes desde o século XX. Dentro de uma teoria geral que pode ser chamada de *Responsabilidade Social das Empresas (RSE)*, várias correntes surgiram para debater parâmetros éticos sobre as atuações das companhias, a despeito de posições como a de Friedman, por volta dos anos 70, que dizia ser a maximização dos próprios lucros a única responsabilidade social da empresa.

Parece haver-se criado um amplo entendimento no sentido de que, enquanto ator social excepcionalmente poderoso e influente, a empresa deve não apenas autodisciplinar-se, mas colocar-se formalmente a serviço do bem comum, de modo a remediar as falhas de funcionamento do mercado e o atual encolhimento do Estado (BANCO MUNDIAL, 2002; COMISSÃO EUROPÉIA, 2001; ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS - OCDE, 2000; INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL - ETHOS, 1998) (KREILTON, 2004, p. 3).

Embora esse consenso não esteja ainda satisfatoriamente se tornando prática, entendimentos como o de Friedman parecem estar teoricamente superados. Essa superação está principalmente ligada a uma legitimação e uma construção sociais progressivas, que avançam como resposta aos excessos do capitalismo desenfreado que triunfou contra o Estado Social (KREILTON, 2004, p. 3).

Sem embargo, antes mesmo da ascensão do Estado Social a RSE já era discutida, sobretudo após a quebra da bolsa de Nova Iorque de 1929 e da subsequente Grande Depressão. Daí em diante, diversas correntes, cada vez mais atualizadas, foram surgindo, muitas vezes compartilhando das mesmas fontes das teorias informadoras da função social, como Kant e Rawls (KREILTON, 2004, p. 4-6). É forçoso perceber que o próprio fato de essas teorias surgirem como resposta aos excessos do capitalismo indicam o conhecimento secular de que a liberdade empresarial precisa de parâmetros para ser e estar dentro da sociedade.

A certeza desse conhecimento apenas se acentua a partir da década de 80, quando o capitalismo ganha novas roupagens baseadas principalmente no mercado financeiro especulativo e, “sob o ponto de vista social, a pobreza, o desemprego e outros tipos de exclusão marcam tanto o cenário norte-americano quanto o europeu, e grassam também nos países menos desenvolvidos” (KREILTON, 2004, p. 6).

Dentre as abordagens sobre a RSE, é possível destacar três tipos: uma, de cunho filosófico-normativo, que analisará a sujeição ou não da empresa (ou da sociedade empresária) ao julgamento ético, perguntando se ela deve ser considerada um sujeito livre, consciente e responsável. Outra, de cunho sociológico-contratual.

A abordagem contratual à RSE apóia-se, basicamente, sobre três grandes pressupostos teóricos: a) empresa e sociedade são parte de um mesmo sistema, e estão em constante interação; b) ambas estão ligadas entre si por um contrato social; c) a empresa está sujeita ao controle por parte da sociedade (KREILTON, 2004, p. 7).

Há ainda uma terceira abordagem, de cunho estratégico-gerencial, cujo cerne é, em geral, a ideia de que é rentável ser ético (KREILTON, 2004, p. 8).

Permeando dentre os três tipos de abordagem e, notadamente, com maior destaque na literatura, aparece a teoria (ou as teorias) dos *Stakeholders*. Embora seja vasto o campo de pesquisa sobre o assunto, é possível resumir em algumas teses principais. Este conceito envolve todos os agentes que são de alguma forma afetados e, portanto, possuem interesse nas atividades de uma empresa, como os próprios sócios, os empregados, sociedade civil, fornecedores, Estado, etc.

(a) *Stakeholders* são pessoas ou grupos com interesse legítimo em aspectos procedimentais e/ou substantivos da atividade empresarial. São identificados pelos seus interesses na corporação, se ela tem algum interesse funcional correspondente neles. (b) Os interesses de cada *stakeholder* têm valor intrínseco. Isto é, cada grupo de *stakeholders* merece consideração por si próprio, e não apenas por causa de sua habilidade de realizar os interesses de algum outro grupo, como os dos *shareowners*<sup>16</sup> (DONALDSON, PRESTON, 1995, p. 67).

A teoria costuma apresentar quatro aspectos: um descritivo, um instrumental, um normativo e um gerencial. Ela é descritiva porque apresenta um modelo sobre o que uma companhia é. Instrumental, porque estabelece uma base de atuação para o sucesso produtivo e econômico, sua estabilidade e crescimento. É normativa porque busca parâmetros éticos para balizar julgamentos sobre a atuação das corporações. E, finalmente, gerencial, porque recomenda ações e decisões a serem tomadas pelos administradores, e não só descreve e analisa o cenário (DONALDSON, PRESTON, p 66-71).

A principal sentença desse pensamento é a de que, como explícito na citação supra, *o interesse de cada stakeholder tem valor intrínseco*, e que, por isso, deve ser levado em consideração em cada decisão tomada pela firma, e não apenas pela sua capacidade de contribuir para os interesses dos *shareowners* (sócios proprietários). Note-se que esse pensamento é sensivelmente semelhante à ideia de autonomia kantiana, bem como apresenta várias relações com pensamento sociológico, ao analisar a empresa enquanto agente dentro da sociedade, e não por acaso, pois também a literatura da RSE bebe nessas fontes. Tamanhas são as paridades, que não seria errado dizer que se constroem em diferentes áreas do conhecimento, mas tentando resolver os mesmos problemas e chegando a respostas parecidas.

### 3.2 *It's a match!*

Após as necessárias digressões, de volta ao problema proposto no início deste capítulo, sobre o apontamento de Jorge Luiz Souto Maior. A essa altura, o leitor (ou a leitora) já deve ter feito algumas conexões que se mostram evidentes entre as matérias, mas ainda assim são necessárias algumas explicações.

Como assinala Comparato,

---

<sup>16</sup> Em tradução livre: (a) Stakeholders are persons or groups with legitimate interests in procedural and/or substantive aspects of corporate activity. Stakeholders are identified by their interests in the corporation, whether the corporation has any corresponding functional interest in them. (b) The interests of all stakeholders are of intrinsic value. That is, each group of stakeholders merits consideration for its own sake and not merely because of its ability to further the interests of some other group, such as the shareowners.

a noção de *função*, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica (COMPARATO, 1986, p. 76).

Esse poder-dever tem o conteúdo de realização da justiça social. Essa possível (e necessária) compatibilização só pode ser alcançada através da autonomia pública e privada, entendidas no sistema brasileiro dentro da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, seja para Marx e Engels, do materialismo histórico, em que o trabalho é aquilo que define o ser humano; ou para Durkheim, da divisão do trabalho social, onde dada a extrema divisão das funções e capacidades cada ser humano está inserido em um sistema de interdependência; como para outros incontáveis pensadores, o trabalho é uma parte importante na definição de cada indivíduo. Mais do que isso, o trabalho é fundamental na realização da autonomia e da dignidade de cada pessoa.

De qualquer modo, sabe-se que cumprir a função social da empresa implica a concretização dos direitos fundamentais, eis que promove melhor redistribuição de suas riquezas, paga salários justos e dignos, oferece condições dignas de trabalho e atua em harmonia com seu entorno (CARMO, 2014, p. 344).

Não é sem motivo que a Constituição trouxe um artigo com trinta e quatro incisos, mais diversas normas e princípios norteadores como o valor social do trabalho. A sociedade brasileira e a constituinte percebiam e percebem a importância do emprego e isso está traduzido na Constituição.

Quando um empregador interrompe a relação de emprego baseado em algum motivo como os de ordem econômica, disciplinar, ou de produtividade, isso pode talvez ser entendido como dentro de seu direito de buscar a própria autonomia pela propriedade dos meios de produção, por estar o empregado prejudicado a atividade ou embaraçando sua sustentação. Mas quando essa interrupção não tem nenhum motivo relevante, é flagrante conhecer que isso é uma forma arbitrária de tentar aumentar os próprios lucros. Não por acaso, esse tipo de dispensa carrega o adjetivo de “arbitrária”.

A dispensa arbitrária é um uso egoísta do poder econômico. É coerente dentro da lógica liberal dos direitos subjetivos absolutos e do formalismo, mas completamente descabida dentro da lógica da intersubjetividade. Mesmo dentro da ideia dos *stakeholders*, não é absurdo pensar

que, no aspecto normativo da teoria, a despedida imotivada seria considerada como errada e, no aspecto gerencial, não seria recomendada.

A vedação à dispensa arbitrária existe porque o emprego é uma importante dimensão da realização do projeto constitucional, um incontestável instrumento de concretização da autonomia e da dignidade, do combate à miséria, da diminuição das desigualdades e da busca da justiça social. Demitir só por uma questão de alocação de recursos é um exercício egoísta e abusivo do poder econômico – podendo ser encaixado dentro da modalidade “aumento arbitrário dos lucros”<sup>17</sup> – e do direito subjetivo, deturpando sua função dentro do Estado Democrático de Direito e, por tudo isso, um severo ataque à função social da empresa, porque o empregado não é apenas mais um recurso, mas um ser humano com autonomia. É devido a essas razões que *a vedação à dispensa arbitrária é um imperativo da função social da empresa*, estando aquela regra em perfeita combinação com este princípio.

Ainda, uma vez que o direito potestativo de despedir imotivadamente gera um excesso de rotatividade da mão de obra, o que traz prejuízos não só aos empregados, mas à própria produtividade da companhia, à economia, e toda a ordem econômica, é interesse até dos próprios *shareowners* que tal prática seja coibida, sendo uma questão quase homogênea a todos os *stakeholders*. Ou mesmo, dentro da doutrina da função social, a todas as pessoas e grupos que estão de alguma forma envolvidos pela atividade empresarial.

---

<sup>17</sup> Embora não haja pretensão neste trabalho de discutir essa classificação.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese e a conclusão deste estudo têm natureza descritiva-classificatória. Em verdade, fui resistente em me limitar a este fim, mas acabamos decidindo por assim fazer para garantir a profundidade correta e o necessário recorte para caber dentro de uma monografia. Além disso, há que se ter consciência de que é preciso dar um passo de cada vez, dando a devida atenção a cada etapa para concluí-la com excelência e dando base para as próximas.

A conclusão é a de que, dentro do Estado Democrático de Direito, a função social da empresa enseja um significado de efetivação da justiça social, por meio da autonomia e da autodeterminação, concretizando a dignidade das pessoas, no aspecto do igual direito de cada pessoa a ter e perseguir o seu próprio projeto de boa vida, sem que, por isso, interfira nos projetos das outras pessoas. Dentro disso, uma vez que o trabalho é um elemento fundamental para a realização da autonomia pública e privada, bem como da dignidade, a dispensa arbitrária se coloca como desvio de finalidade do direito à livre iniciativa, configurando abuso do direito e do poder econômico, já que, no atual paradigma, os direitos subjetivos possuem uma função social. Logo, é contrária, também, à função social da empresa, ou à função social dos meios de produção. Dessa forma, a vedação à dispensa arbitrária, além de garantia para o trabalhador, é algo que está englobado pelas obrigações geradas pela função social da empresa.

A configuração da vedação à dispensa arbitrária como desdobramento da função social da empresa serve como pano de fundo para iniciar uma nova linha de discussão. Isto é, como visto, o disposto no art. 10 do ADCT não tem sido capaz de dar a necessária proteção ao emprego. De outro lado, a convenção nº 158, que poderia contribuir para esse panorama, encontra severa resistência para vigorar no direito brasileiro, e outros entendimentos sobre o mandamento constitucional da vedação à dispensa imotivada não são conhecidos pela jurisprudência. A função social da empresa tem amparo constitucional e seus fundamentos são fundamentos da própria república. Aproximar a regra constitucional da vedação à dispensa arbitrária ao princípio constitucional da função social da empresa pode dar apoio a novos entendimentos sobre a aplicação do art. 7º, inciso I da Constituição, frente à ineficácia dos atuais institutos para cumprir o verdadeiro programa constitucional de proteção ao emprego.

Não cabem, entretanto, neste trabalho, esses novos entendimentos, que serão matérias de pesquisas futuras. Sem embargo, parece estar soldado um importante pilar para o que virá adiante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a modernidade e a Globalização**: Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Roberta Maria Corrêa de. **A proteção constitucional do trabalhador**: 25 anos da Constituição Federal de 1988. Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Textos para Discussão 127. Maio/2013. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-127-a-protecao-constitucional-do-trabalhador-25-anos-da-constituicao-federal>. Acesso em 01/01/2018.

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**. Uma antologia de ensaios. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código Civil** (2002). Lei nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Súmula. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª região. **Súmula nº 42**.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319**. Ministro Relator: ALVES, Moreira. Publicado no DJ de 30/07/1993, p. 36. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>. Acesso em 20/12/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no Recurso de Revista nº TST-RR-423.321/98.7**. Ministro Relator: BRITO, Rider de. Publicado no DJ de 21/11/2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no Recurso de Revista nº TST-RR-423366/98.3**, Ministro Relator PEREIRA, José Luciano de Castilho. Publicado no DJ de 17/04/2002.

CARMO, Patrícia Santos de Sousa. Função social da empresa: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e do valor social do trabalho. Goiânia: Rev. TRT18, ano 14, 2014, p. 335 – 347.

COMTE, Auguste. **Système de politique positive**. Extraits des tomes II et III du Système de politique positive publié entre 1851 et 1854. Édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay. Disponível em <http://anthropomada.com/bibliotheque/COMTE-auguste-Systeme-de-politique-positive.pdf>. Acesso em 11/12/2017, 03:00 UTC

\_\_\_\_\_. **Curso de filosofia positiva**; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista / Auguste Comte; seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro. Ano XXV, nº 63, jul/set 1986, p. 71/79.

DONALDSON, Thomas; PRESTON, Lee E. **The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications**. The Academy of Management Review, Vol. 20, No. 1 (Jan., 1995), p. 65-91. Publicado por: Academy of Management. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/258887>. Acesso em: 05-11-2017, 03:28 UTC.

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon**. Paris : Librairie Félix Alcan, 1912.

DURKHEIM, Émile. **Coleção Grandes Cientistas Sociais**. Organizador José Albertino Rodrigues. São Paulo: Ártica, 2001.

\_\_\_\_\_. **Da divisão do trabalho social**. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Edições Almedina: Coimbra, 2012.

FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. QuartierLatin, São Paulo: 2006.

GONZAGA, Gustavo. **Rotatividade e qualidade do emprego no Brasil**. Revista de Economia Política, vol 18, nº 1 (69), janeiro-março de 1998.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Speber. Edições Loyola: São Paulo, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). **A Iniciativa Privada e o Espírito Público: A evolução da ação social das empresas privadas no Brasil**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/acaosocial/IMG/pdf/doc-44.pdf>. Acesso em 14/12/2017, 17:33 UTC.

JHERING, Rudolf von. **Law as a means to an end**. Tradução de Isaac Huisk. Boston: The Boston book company, 1913).

KIMLYCKA, Will. **Filosofia política contemporânea: una introducción**. Barcelona: Ariel, 1995.

KREILTON, Maria Priscila. **Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial**. XXVIII ENANPAD, Curitiba, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, Campinas, nº 25, 2004, p. 47-63.

MANZANO, Marcelo Prado Ferrari. **Custo de Demissão e Proteção do Emprego no Brasil**. In Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado. Oliveira, C.A.B; Mattoso, J. E. L. (org.). São Paulo, SP: Scritta, 1996. P. 253-268.

RIBEIRO, Eduardo Pontual. **Fluxo de empregos, fluxo de trabalhadores e fluxo de postos de trabalho no Brasil**. Revista de Economia Política, vol. 30, nº 3 (119), p. 401-419, julho-setembro/2010.

\_\_\_\_\_. **Rotatividade de trabalhadores e criação e destruição de postos de trabalhos: aspectos conceituais**. Texto para discussão nº 820 para o projeto Criação e Destruição de Emprego no Brasil, do IPEA/DISOC, coordenado por Carlos Henrique Corseuil. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução de Gilda G. de Azevedo. Livraria Editora Freitas Bastos, São Paulo: 1947.

SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988**. Revista da Defensoria Pública da União Nº 30 – Nov-Dez/2009. Disponível em [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/667/Direito%20Publico%20n302009\\_Daniel%20Sarmiento.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/667/Direito%20Publico%20n302009_Daniel%20Sarmiento.pdf?sequence=1). Acesso em 01/01/2018, 21:46 UTC.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de: Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras: 2000.

\_\_\_\_\_. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Edição virtual. Companhia das Letras. Editora Scwarcz. ISBN 978-85-438-0133-9.

SILVA, Daniel Teixeira. **Vedação à despedida arbitrária: o contexto e a perspectiva brasileira a partir das dimensões constitucional e internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalization and its discontents**. W. W. Norton & Company: New York, 2002.