

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**JEFFERSON ALEXANDRE DA COSTA**

**A AUTONOMIA PRIVADA SOLIDÁRIA E A DESPEDIDA  
COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO**

**MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO**

**SÃO PAULO**

**2017**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**JEFFERSON ALEXANDRE DA COSTA**

**A AUTONOMIA PRIVADA SOLIDÁRIA E A DESPEDIDA  
COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO**

**MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Doutor Renato Rua de Almeida.

**SÃO PAULO**

**2017**

**Banca Examinadora**

---

---

---

*[...] a salvação desejada deve ser principalmente o fruto de uma grande efusão da caridade, queremos dizer, daquela caridade que compendia em si todo o Evangelho, e que, sempre pronta a sacrificar-se pelo próximo, é o antídoto mais seguro contra o orgulho e o egoísmo do século.*

*Papa Leão XIII (Rerum Novarum)*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, que me capacitou para o ingresso e realização do curso de mestrado. Também por me fez trilhar por caminhos que me conduziram à excelência da experiência acadêmica, unindo-me à professores, alunos e amigos que foram essenciais para meu desenvolvimento pessoal e intelectual.

À CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) pela concessão da bolsa durante o período de realização deste Mestrado.

Aos meus pais, Ana e Joel, pelo apoio incondicional, os quais em sua simplicidade me motivaram a seguir adiante. Aos meus irmãos Natanael e Daniel, e também irmãs, Rosemary e Joelma Mendes pela torcida e elogios às conquistas obtidas. Ao meu sobrinho, Ariel Rodrigo, pelo apoio e compartilhamento dos conhecimentos culturais acerca de outras nações.

Ao Prof. Dr. Leonel Maschietto, que compartilhou sua experiência acadêmica e me incentivou, com entusiasmo, a dar os primeiros passos rumo a essa grande conquista, mostrando que, embora árduo o caminho, com determinação o objetivo pode ser alcançado.

Ao Prof. Dr. Renato Rua de Almeida, meu professor e orientador, a quem muito admiro e a quem também dedico este trabalho. Pela humanidade de sua conduta, pelo conhecimento transmitido, bem como pela forma como conduziu as atividades acadêmicas, que proporcionou experiências singulares para o meu crescimento intelectual e acadêmico.

A Dayane, minha companheira, que apensar de suas atividades diárias, dedicou-se à leitura e contribuição dos pensamentos contidos neste trabalho.

Aos professores de que tive a honra de ser aluno, os quais contribuíram, cada um a seu modo, para o aperfeiçoamento do meu aprendizado acadêmico: Prof. Dr. Paulo Sérgio João, Prof. Dr. Marcelo Figueiredo, Prof. Dr. Cláudio de Cicco, Prof. Ms. Dalton de Oliveira, Prof. Dr. Álvaro Luiz Gonzaga, Prof<sup>a</sup>. Dr. Carla Romar, Prof. Ms. Claudimir Supioni.

À Prof<sup>a</sup> Lene Nunes, pelas experiências compartilhadas, assim como pelo incentivo à busca de novos conhecimentos e aperfeiçoamento.

Gratidão especial à Prof<sup>a</sup>. Dr. Suely Ester Gitelman e Prof<sup>a</sup>. Dr. Adriana Calvo, as quais foram além do papel de professor acadêmico, tornando-se grandes amigas e parceiras durante essa jornada.

Aos amigos e parceiros de mestrado, em especial Lúcio Falce e Jorge Wagner, os quais me acompanharam nessa jornada, motivando e compartilhando valorosas experiências jurídicas e acadêmicas.

A todos os amigos e colegas que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão desta dissertação, registro aqui o meu muito obrigado.

## RESUMO

COSTA, Jefferson Alexandre da. **A autonomia privada solidária e a despedida coletiva no direito do trabalho.**

Uma das grandes celeumas do capitalismo e do mercado globalizado é a incidência das despedidas coletivas de trabalhadores, cujos efeitos atingem, além da pessoa do trabalhador, sua família e a sociedade. Alterações na situação econômica, tecnológica ou estrutural das empresas estão diretamente ligadas aos motivos de despedidas coletivas, contudo, nem sempre se verifica uma avaliação adequada das circunstâncias, tampouco, buscam-se alternativas para evitar a terminação dos contratos, ato que afronta diversos direitos fundamentais. As relações trabalhistas são estabelecidas por meio de contratos de trabalho, que por muito tempo se desenvolve no âmbito da autonomia da vontade e do positivismo jurídico. As relações sociais modernas evoluem rapidamente, ao passo que formalismo legislativo torna a legislação incapaz de acompanhar o dinamismo social, fortalecendo o uso do contrato. O conceito clássico de contrato se vincula ao *pacta sunt servanda*, que obriga o cumprimento do acordo, ignorando eventuais desequilíbrios, provocados por circunstâncias externas e que podem dificultar o cumprimento do contrato. Após a Segunda Guerra Mundial a acepção do Direito positivista e distanciado da moral passou por profundas modificações, que reforçada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, passou a considerar a pessoa humana como centro do sistema jurídico, propiciando também o fortalecimento do fenômeno da constitucionalização e funcionalização do Direito Privado. Esse conjunto de modificações está contido no paradigma do pós-positivismo jurídico, no qual se defende a aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas, inclusive as trabalhistas, abrangendo desde a fase pré-contratual até o pós-contratual. A autonomia da vontade cede lugar à autonomia privada solidária, fazendo com que toda relação contratual respeite a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva e seus deveres anexos, o dever de informação, a solidariedade, entre outros direitos e princípios. Nesse contexto, o presente trabalho acadêmico aproxima dois temas de saliente importância para o trato das relações trabalhistas contemporâneas: a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais e a autonomia privada solidária nas relações trabalhistas. Para tanto, foi adotado o método hipotético-dedutivo, associado à técnica de pesquisa bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras. A justificativa está ligada ao fato de que a doutrina e a jurisprudência ainda não adotaram a autonomia privada solidária como paradigma das relações contratuais no âmbito do Direito do Trabalho. Embora tenha sido alvo da Reforma Trabalhista, a regulamentação da despedida coletiva no Brasil não se mostrou adequada para atender as necessidades e os interesses sociais. O objetivo é apontar que a autonomia privada solidária é capaz de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e fomentar a postura solidária e cooperativa entre trabalhadores e empregadores, sugerindo a conclusão de que a aplicação da autonomia privada solidária possui condições suficientes para evitar ou minimizar os impactos das despedidas coletivas, assim como evitar abusos ou violações de direitos.

**Palavras-chave:** Efetividade dos Direitos Fundamentais, Autonomia da Vontade, Constitucionalização do Direito Privado, Autonomia Privada Solidária, Princípio da Solidariedade, Despedida Coletiva.

## ABSTRACT

COSTA, Jefferson Alexandre da. **The solidarity private autonomy and collective dismissal in labor law.**

One of the great issues of capitalism and the globalized market is the incidence of workers' collective dismissal, whose effects reach, beyond the worker himself, his family and the society. Changes in the economic, technological or structural situation of companies are directly related to the reasons for collective dismissals, however, an adequate evaluation of the circumstances is not always verified, nor are alternatives sought to avoid the termination of the contracts, which violates several fundamental rights. Labor relations are established through labor contracts, which has been developed for a long time within the scope of the autonomy of the will and legal positivism. Modern social relations evolve rapidly, while legislative formalism renders legislation unable to keep pace with social dynamism, strengthening contract use. The classic concept of contract is linked to the *pacta sunt servanda*, which enforces compliance with the agreement, ignoring possible imbalances caused by external circumstances and which may hinder compliance with the contract. After the Second World War, the sense of positivist Law and distant from morality went through profound changes, reinforced by the Universal Declaration of Human Rights, that began to consider the human person as the center of the legal system, also fostering the phenomenon of constitutionalisation and functionalization of Private Law. This set of modifications is contained in the paradigm of legal post-positivism, which advocates the application of constitutional principles in private relations, including labor relations, from pre-contractual to post-contractual phases. The autonomy of the will gives way to the private solidarity autonomy, making every contractual relation respect the dignity of the human person, as well as the objective good-faith and its associated duties, the information duty, solidarity, among other rights and principles. In this context, the present academic work approaches two issues of salient importance for the treatment of contemporary labor relations: the direct and immediate application of fundamental rights and the private solidarity autonomy in labor relations. For that, the hypothetical-deductive method was adopted, associated with the technique of bibliographical research of national and foreign works. The justification is linked to the fact that the doctrine and the jurisprudence have not yet adopted the private solidarity autonomy as a paradigm of contractual relations in the scope of Labor Law. Although it has been the target of the Labor Reform, the regulation of collective dismissal in Brazil was not adequate to meet social needs and interests. The objective is to point out that the private solidarity autonomy is capable of ensuring the effectiveness of fundamental rights and foster the solidarity and cooperative attitude among workers and employers, suggesting the conclusion that the application of the private solidarity autonomy has sufficient conditions to avoid or minimize the impacts of collective dismissal, as well as to prevent abuses or violations of rights.

**Keywords:** Effectiveness of the Fundamental Rights, Autonomy of Will, Constitutionalisation of Private Law, Solidary Private Autonomy, Principle of Solidarity, Collective Dismissal.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>  | <b>10</b> |
| <b>1. DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO</b>                                    | <b>14</b> |
| 1.1. Pensamento jurídico nos séculos XIX e XX                                  | 15        |
| 1.2. Crise do pensamento jurídico e a reinserção da moral à Teoria do Direito. | 18        |
| 1.3. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e as Constituições           | 22        |
| 1.4. A crise do Positivismo e a transição para o pós-positivismo               | 24        |
| <b>2. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>                                | <b>31</b> |
| 2.1. Histórico   | 31        |
| 2.2. Teoria da Eficácia Vertical   | 33        |
| 2.3. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais                               | 34        |
| 2.4. Teoria da eficácia Horizontal   | 35        |
| 2.5. Teoria da eficácia mediata e indireta                                     | 37        |
| 2.6. Teoria da eficácia imediata e direta                                      | 39        |
| 2.7. Os Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho                 | 41        |
| 2.7.1. Eficácia direta ou imediata nas relações trabalhistas                   | 47        |
| <b>3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO</b>                                    | <b>50</b> |
| 3.1. Constitucionalização do Direito: a era dos princípios                     | 52        |
| 3.1.1. O princípio normativo da Constituição                                   | 56        |
| 3.1.2. O Princípio da Proporcionalidade  | 58        |
| 3.2. A funcionalização dos institutos jurídicos                                | 61        |
| 3.2.1. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados                      | 64        |
| 3.2.1.1. Função Social da propriedade  | 66        |
| 3.2.1.2. A função Social do Contrato   | 68        |
| 3.2.1.3. Função Social da Empresa  | 70        |
| 3.2.1.4. A boa-fé objetiva   | 73        |
| 3.2.1.5. Equilíbrio econômico dos contratos                                    | 75        |
| 3.3. A constitucionalização do Direito brasileiro                              | 79        |
| <b>4. DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA SOLIDÁRIA</b>                | <b>84</b> |
| 4.1. A Autonomia da Vontade  | 85        |
| 4.2. Crise da Autonomia da Vontade   | 88        |
| 4.3. A Autonomia Privada   | 91        |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 4.4.      | Influência do Princípio da Solidariedade na Autonomia da Vontade                   | 96         |
| 4.5.      | A Solidariedade na Constituição brasileira   | 102        |
| 4.6.      | A autonomia privada solidária  | 104        |
| <b>5.</b> | <b>A AUTONOMIA PRIVADA SOLIDÁRIA E A DESPEDIDA COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO</b> | <b>111</b> |
| 5.1.      | Despedida coletiva   | 112        |
| 5.2.      | Despedida arbitrária ou sem justa causa  | 118        |
| 5.3.      | A proteção legal contra a despedida arbitrária ou sem justa causa                  | 119        |
| 5.4.      | Impacto social da despedida coletiva   | 124        |
| 5.5.      | Normatividade do Art. 7.º da Constituição Federal de 1988.                         | 126        |
| 5.6.      | A Reforma Trabalhista  | 127        |
| 5.7.      | O art. 477-A da CLT à luz do Direito constitucionalizado                           | 129        |
| 5.8.      | A solidariedade como instrumento de proteção contra a despedida coletiva           | 135        |
| <b>6.</b> | <b>CONCLUSÃO</b>   | <b>144</b> |
|           | <b>REFERENCIAS</b>   | <b>149</b> |

## INTRODUÇÃO

A adoção do tema escolhido decorre de calorosas discussões ocorridas durante as aulas do mestrado, nas quais era suscitada a necessidade de mudança dos paradigmas que envolvem as relações privadas, em especial as relacionadas ao Direito do Trabalho, que, independente do tema tratado, sempre desaguava na abordagem da teoria da vontade, visto sua condição de elemento central do ato jurídico estabelecido por meio do contrato.

Sabe-se que o contrato se evolui na medida em que a sociedade assim avança. Ocorre, no entanto, que o Direito fundado no positivismo não possui a mesma flexibilidade e dinamismo apresentados pelo contrato, tornando aquele incapaz de dar prontas soluções aos conflitos contemporâneos.

Os estudos realizados, abordaram diversos ângulos da eficácia dos direitos fundamentais, evidenciaram também que a aplicação de algumas de suas teorias encontram barreiras relacionadas ao modelo de concepção do ordenamento jurídico pátrio, que ora apoia-se no *civil law*, ora no *commom law*, além do conflito hermenêutico entre o positivismo e o chamado pós-positivismo jurídico.

Justamente por este motivo, via-se sempre presente nas discussões a noção teórica dos contratos e o ambiente em que se desenvolvem, pois, apesar das mudanças no Direito, continuam sob a luz da teoria da autonomia da vontade. Contudo, defende-se que seu melhor desenvolvimento ocorra no campo da autonomia privada solidária.

Para melhor compreender esse complexo dilema, importa considerar que a dinâmica evolutiva da sociedade e a modificação do ambiente socioeconômico exercem influência direta nas relações de trabalho, de modo que não se exige esforço para notar que as relações jurídicas se aperfeiçoaram com o passar do tempo, por consequência, evoluíram também os pilares teóricos que sustentam o contrato.

A revolução pós-industrial ocorrida no início do século XXI mostrou que as colunas clássicas que sustentavam as relações sociais e trabalhistas já não suportavam o dinamismo da evolução da sociedade moderna, que é caracterizada pela globalização e pelo constante alargamento dos limites, visto ser um elemento necessário à expansão e evolução.

Não se pode conceber, nessa realidade, um Direito do Trabalho em um sistema fechado, rígido e com princípios que nem sempre são capazes de solucionar os conflitos contemporâneos. Ademais, a espera pela atuação dos legisladores para regular matéria de cunho trabalhista, encerra a infeliz tendência de sucateamento da legislação laboral, que durante sua vigência experimentou modestas atualizações.

Considerando que a legislação trabalhista infraconstitucional encontra obstáculos que estagnam seu desenvolvimento, a necessidade de prover mecanismos que estejam aptos a acompanhar a dinâmica das relações sociais, impõe ao Direito a adoção de uma nova concepção das relações sociais e contratuais, a abertura de um novo caminho para que núcleo essencial tutelado pelo Direito do Trabalho, a dignidade da pessoa humana em sentido amplo, coexista de maneira harmônica com os objetivos do empresário, em uma real relação de solidariedade.

As relações de trabalho contemporâneas não possuem as mesmas características das relações surgidas à época da Consolidação das Leis do Trabalho brasileiro, porquanto as relações sociais se transformaram e as condições de trabalho mudaram. No entanto, presos a um ordenamento jurídico superado pelo tempo, muitos juízes e operadores do Direito não interpretam tais relações segundo a nova condição social e jurídica. Imperioso salientar a importância de que o Direito acompanhe o desenvolvimento social, amoldando-se às necessidades atuais, proporcionando obediência e efetividade aos princípios e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A omissão legislativa favorece o cometimento do abuso do Direito por parte dos empregadores, bem como propicia o desenvolvimento de mecanismos que favoreçam maiores lucros com o menor investimento e, conseqüentemente, a precarização das condições de trabalho que, em muitas ocasiões, resulta em violação da dignidade da pessoa do trabalhador.

O presente trabalho trata da atual e relevante questão da eficácia dos direitos fundamentais aplicados às relações laborais, em especial, sobre a mitigação do paradigma da autonomia da vontade para a autonomia privada solidária, no sentido de que seja alcançada perfeita harmonia com as mudanças promovidas pela constitucionalização do Direito Privado.

O assunto é polêmico e pouco desenvolvido pela doutrina no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, motivo pelo qual esta pesquisa possui destacada relevância quanto à clarificação do entendimento sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações

trabalhistas sob à ótica do pós-positivismo.

Tal cenário traz à tona a necessidade de um estudo pormenorizado do tema, que transpassa pelo histórico dos Direitos Humanos, a proteção constitucional dos direitos fundamentais, a constitucionalização do Direito Civil, a irradiação dos direitos fundamentais na esfera das relações trabalhistas e, por fim, abordagem do tema sob a perspectiva do Direito pós-positivista, a autonomia privada solidária e a noção pós-moderna do contrato. Para tanto, será analisada a percepção de doutrinadores clássicos e contemporâneos, a fim de que se possa fundamentar a efetividade dos direitos fundamentais.

Este trabalho possui por escopo à análise da autonomia privada solidária, no contexto do pós-positivismo jurídico, como meio de efetivação dos direitos fundamentais nos casos de despedida coletiva no âmbito do Direito do Trabalho, visto que a doutrina e a jurisprudência majoritárias estão fortemente enraizadas na concepção positivista do Direito, deixando o intérprete e aplicador do Direito refém da atuação do Poder Legislativo para a regulamentação de determinadas matérias.

Assim, para uma construção sólida do tema apresentado, este trabalho se desenvolverá por meio de capítulos iniciais destinados a estabelecer a visão pós-positivista do Direito, seguidos de capítulos voltados à efetividade dos direitos fundamentais e suas teorias, finalizando com a concepção da autonomia privada solidária como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador nos casos de despedida em massa.

No primeiro capítulo será tratado o fator histórico dos direitos humanos, a crise do Direito decorrente da Primeira e Segunda Guerra Mundial, nas quais houve um registro espantoso e sem precedentes de violações de direitos fundamentais, fato que afetou sensivelmente a credibilidade no Direito como fonte de proteção e justiça, obrigando a comunidade jurídica a repensar sua atuação sistemática. O mesmo contexto histórico colocou em pauta a eficácia do positivismo jurídico, teoria presente na ocasião das Grandes Guerras e que conferiu certa legalidade às atrocidades cometidas. A falta de elementos jurídicos que impedissem as consequências da guerra fomentou o desenvolvimento do pensamento pós-positivista, por meio do qual é destacada a necessidade da moralidade como elemento inerente ao Direito e à justiça, assim como o fortalecimento da normatividade da Constituição Federal como fonte de princípios essenciais do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo trataremos das teorias da efetividade dos direitos

fundamentais, com base na filosofia defendida pelo pós-positivismo jurídico, buscando a sedimentação do entendimento a respeito da aplicação dos direitos fundamentais às entidades privadas, segundo as teorias sobre a *Drittwirkung der Grundrechte*, as quais defendem a vinculação e observação obrigatória dos direitos fundamentais por parte das entidades privadas e, conseqüentemente, uma real tutela dos direitos contra ilicitudes.

No terceiro capítulo será abordado o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, que conferiu ao sistema jurídico uma percepção mais humanizada, consagrando importantes princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato e da propriedade, o equilíbrio econômico dos contratos, a função das cláusulas gerais, os conceitos legais indeterminados e a influência da constitucionalização do Direito Civil nas relações trabalhistas.

No quarto capítulo será realizado um estudo a respeito da mitigação da autonomia da vontade para autonomia privada solidária, perpassando pelas características da autonomia da vontade, seu histórico, sua consagração, sua crise e a evolução da autonomia privada. Será, ainda, analisada as particularidades do princípio da solidariedade, sua repercussão nas relações jurídicas entre particulares, sua incorporação no instituto da autonomia privada e os efeitos da autonomia privada solidária nas relações contratuais, desde a formação do contrato até sua extinção.

Por fim, no quinto capítulo analisaremos a despedida coletiva de trabalhadores, a proteção constitucional do trabalho, a polêmica questão da regulamentação da despedida coletiva no Direito do Trabalho e as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista. Será, ainda, explorado como a autonomia privada solidária e a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, aplicadas às relações trabalhistas, podem suprir a ausência legislativa e atuar como instrumento de minimização dos prejuízos sociais decorrentes das despedidas coletivas no Brasil, provendo a necessária proteção da dignidade da pessoa do trabalhador.

O presente estudo não pretende esgotar o tema, contudo, espera-se que seja instrumento apto a conferir um novo enfoque hermenêutico das relações contratuais trabalhistas, sob o olhar pós-positivista do Direito e a efetivação da autonomia privada solidária nas relações laborais, visando o equilíbrio e o desenvolvimento econômico e social por meio de uma conduta solidária entre o empresário e o trabalhador.

## 1. DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

Este capítulo trata da fundamentação teórica necessária para o desenvolvimento e conclusão do tema proposto, de maneira que sejam compreendidos os motivos pelos quais foram adotadas determinadas teorias, em especial no que tange ao pós-positivismo, teoria que destaca a relevância da integração entre Direito e moral, elemento indispensável para a conclusão pretendida, conforme veremos adiante.

Muitos estudos sobre a história da humanidade abordam as guerras, em especial a Segunda Guerra Mundial, que devido ao nazismo ocupam posição de destaque nos estudos acadêmicos. Nesse contexto, é evidente que no âmbito do estudo da filosofia jurídica não poderia ignorar tal acontecimento histórico, pois, a finalidade do Direito é compreender e possibilitar uma convivência pacífica entre os homens.

Neste contexto, a abertura deste trabalho é feita com a abordagem do contexto histórico da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), visto que essa compreensão é bastante relevante para o desenvolvimento dos capítulos seguintes. Assim, busca-se evidenciar que os fatos relacionados à Segunda Grande Guerra provocaram grande perturbação aos juristas no mundo, os quais se viram obrigados a desenvolver teorias jurídicas que se comprometessem com os direitos essenciais da humanidade, bem como assumir a árdua missão de recuperar a legitimidade da ciência do Direito, a qual foi profundamente abalada em razão da questionada legalidade que legitimou a guerra promovida pelos nazistas.

Nesse sentido, para adentrar ao contexto jurídico da história, oportunas são as palavras de Marmelstein, citadas em sua obra sobre Direitos Fundamentais:

Confisco de bens, esterilização, tortura, experimentos médicos com seres humanos, pena de morte, deportação, banimento: tudo isso era praticado de forma regular pelos membros do Terceiro Reich, sob o comando de Hitler, como se fosse algo perfeitamente normal. Essa prática mecanicista de atos de crueldade sem qualquer questionamento acerca de sua maldade intrínseca representa aquilo que a filósofa Hannah Arendt chamou de “banalidade do mal”. Havia, no caso, todo um aparato estatal, funcionando de forma burocratizada, montado para cometer as maiores atrocidades em nome do Estado.

E o pior é que, de certa forma, tudo isso estava protegido pelo regime legal vigente na Alemanha naquele período negro da história<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

As barbáries perpetradas pelos nazistas na ocasião da Segunda Guerra Mundial não foram decorrentes, exclusivamente, de uma imposição ditatorial, mas do resultado de um conjunto de fatores, que analisados como um todo possuía validade legal.

Para compreendermos melhor os fatores que conduziram ao nazismo e as graves violações dos direitos da humanidade, imperioso se faz a análise da condição social e o respectivo pensamento jurídico existente no contexto da Segunda Guerra Mundial.

### 1.1. Pensamento jurídico nos séculos XIX e XX

No período entre os séculos XIX e XX, imperava como teoria do direito o positivismo jurídico, resultante da Teoria Pura do Direito, a qual foi a principal obra de Hans Kelsen. Por meio dessa teoria, buscou-se o posicionamento do Direito como ciência jurídica independente no sistema das ciências. Para tanto, foi necessário reduzir o Direito a um sistema de normas logicamente encadeadas, objetivamente observadas, livre de conteúdo moral ou político, visto que esses últimos pertenciam a outras áreas da ciência.

Importante contribuição nos traz De Cicco, ao esclarecer, por meio de sua obra *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, o contexto político, o fundamento e a estratégia de Hans Kelsen para elevar o Direito ao nível de ciência autônoma:

Os historiadores do pensamento jurídico lembram que Hans Kelsen escreveu sua famosa obra *Teoria Pura do Direito* numa época em que os sociólogos postulavam ser o direito mero ramo da sociologia, negando sua autonomia como ciência. Diante dessa tendência, teria ele procurado elaborar uma teoria de um Direito puramente jurídico, sem nenhuma vinculação nem com a sociologia, nem com a moral, nem com a política<sup>2</sup>.

A ideia proposta por Hans Kelsen procura conferir um caráter científico ao Direito, desatrelando o Direito de questionamentos ligados ao seu aspecto valorativo, ou seja, proporcionar uma avaliação objetiva quanto a validade ou invalidade da norma.

Após a Primeira Guerra Mundial, ocasião em que foi elaborado o Tratado de Versailles<sup>3</sup>, foi imposta à Alemanha duras punições e outras medidas impositivas por conta

---

<sup>2</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito**. 7. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320.

<sup>3</sup> Assinado em 28 de junho de 1919, o Tratado de Versalhes foi um acordo de paz assinado pelos países europeus, após o final da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Neste Tratado, a Alemanha assumiu a responsabilidade pelo conflito mundial, comprometendo-se a cumprir uma série de exigências políticas,

dos estragos por ela provocados durante a guerra. Além da perda de suas colônias, a Alemanha foi submetida à imposição de desarmamento e redução do seu exército, bem como o pagamento de uma considerável indenização de guerra.

As penalizações e perdas suportadas pela Alemanha causou um forte sentimento de revolta em seu povo, que passou a conviver com uma crise econômica, inflação e taxas de desemprego sem precedentes. Assim foi estabelecido o ambiente perfeito para a defesa do ideal da Nova Ordem proposta por Hitler.

A esse respeito, esclarece De Cicco que:

É fácil ver como havia condições favoráveis para o sucesso de um partido político que se apresentasse como acendradamente nacionalista, contrário ao Tratado de Versalhes, favorável ao império colonial alemão, pregando um governo ditatorial para fazer frente às agitações comunistas.

Esse foi o programa do partido Nacional-Socialista, propagado pelo jornalista Josef Paul Goebbels e que encontrou o seu líder carismático em Adolf Hitler, austríaco, soldado na Grande Guerra de 14-18, onde se distinguiu em combate [...]

[...]

O apoio de setores importantes da sociedade e uma hábil propaganda conduziram Adolf Hitler ao cargo de Chanceler do Presidente Hindenburg.

[...]

O Reichstag alemão foi dissolvido e Hitler obteve poderes ditatoriais por quatro anos, com título de *Führer*, isto é, chefe supremo, em 1933<sup>4</sup>.

Deflagrada a guerra, deu-se início ao sangrento e trágico marco da história da humanidade. Inúmeros fatos ocorridos no período em que perdurou a Segunda Guerra Mundial colocaram em colapso a frágil proteção dos direitos humanos, deixando um triste legado da perda de mais de 45 milhões de vidas, bem como um clamor mundial quanto a necessidade imediata de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional.

O holocausto e todas as demais atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra provocou, após os conflitos, uma reação das nações que mobilizou a sociedade internacional, unindo filósofos, pensadores e juristas, os quais promoveram o desenvolvimento, sem precedente histórico, de inúmeros tratados internacionais relacionados aos direitos humanos.

Posteriormente, as crueldades observadas durante a Segunda Guerra conduziram a um posicionamento jurídico de que os Estados que violassem os direitos humanos deveriam sofrer sanções por parte do direito internacional. Deste modo, foi estabelecido, pelos aliados, o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), destinado a responsabilizar os alemães pelas violações

---

econômicas e militares. Estas exigências foram impostas à Alemanha pelas nações vencedoras da Primeira Guerra.

<sup>4</sup> DE CICCO, op. cit., 2013, p. 319.

cometidas durante a Segunda Guerra.

Ocorre que a Teoria desenvolvida por Kelsen provocou um grande descompasso entre o justo e o legal, de modo que o entendimento sancionatório encontrou um sério problema para sua aplicação, visto que os atos de violação dos direitos humanos foram praticados segundo previa a legislação.

O modelo jurídico adotado no período da guerra favoreceu os planos nazistas, conforme aponta De Cicco:

Não há qualquer baliza como o conceito de "justiça da norma", apenas o de validade formal da norma. A "pureza" epistemológica permitirá a juridicidade de qualquer regime, mesmo o nazista e o comunista, pois o que cabe averiguar é se o ato praticado pelo agente é autorizado por norma estabelecida por autoridade legalmente competente<sup>5</sup>.

Esse foi o maior problema enfrentado pelo Tribunal de Nuremberg, pois os alemães submetidos ao julgamento alegavam inocência, sob o argumento de que estavam apenas cumprindo as leis vigentes em seu país, cujo descumprimento poderia levá-los à pena de morte.

Como visto, a Teoria Pura do Direito apresentou alguns efeitos indesejáveis, pois, o único critério disponível para a avaliação da conduta dos alemães era a legalidade dos atos, que segundo a teoria de Kelsen era plenamente satisfeita, ou seja, formalmente legal.

Para dirimir a celeuma instalada no Tribunal de Nuremberg, e proceder a condenação dos criminosos de guerra, frente à contradição doutrinária verificada no direito positivista puro, foi necessário invocar o conceito de crime contra a humanidade, fruto da Teoria Jusnaturalista, que era severamente criticado pelos positivistas.

Em 1960, ao editar a segunda edição de sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen reconheceu que a posição científica e política da Teoria Pura do Direito resultaram em sérios abalos sociais e convulsões políticas. No entanto, não se afastou de sua ideia de conceber o Direito puro, livre de conteúdo valorativo, em contraposição ao defendido pelos jusnaturalistas. Kelsen acrescenta que o valor de justiça não se compatibiliza com uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como realidade jurídica.

---

<sup>5</sup> DE CICCO, op. cit., 2013, p. 320.

Digna de louvor a intenção de Hans Kelsen ao desenvolver sua Teoria, afinal, buscou métodos de conceder ao Direito, atributos da ciência, conferindo objetividade e exatidão à jurisprudência. No entanto, cabe esclarecer que a Teoria Pura do Direito, como o próprio autor citou, carece de desenvolvimento, complementações e outros aperfeiçoamentos<sup>6</sup>.

Os fatos decorrentes da questionável "legalidade" das leis do Nacional-Socialismo, abalou a moralidade do Direito, visto que o instrumento responsável pela pacificação das relações sociais foi, justamente, o mesmo utilizado para dar validade aos violentos golpes contra os direitos humanos.

É certo que a Segunda Guerra Mundial representou um marco em todos os âmbitos da história da humanidade, sendo, especialmente, um divisor de águas da história do Direito no que diz respeito à necessidade de resgatar sua relevância como instrumento de proteção dos direitos.

Assim, as consequências marcadas pela realidade sangrenta da guerra, motivou a busca por teorias do Direito que possibilitassem uma estrutura de real justiça, incluindo, neste caso, o elemento de valor moral. Pode-se, então, inferir que o olhar de muitos doutrinadores se voltou para a consideração da história social, da justiça e da moral como elementos indissociáveis do Direito.

## **1.2. Crise do pensamento jurídico e a reinserção da moral à Teoria do Direito.**

A questão dos valores se contrapôs ao positivismo puro, gerando o elemento que fortaleceu o argumento para reconhecer o ser humano como ponto central do ordenamento jurídico. Apesar de inegável a contribuição do formalismo para a construção ideológica da Ciência Jurídica contemporânea, resta claro que o Direito e sua hermenêutica não se resumem a subsunção pura do fato à norma.

Nesse sentido, Miguel Reale e Simone Goyard-Fabre entendem não ser possível compreender a ordem jurídica sem reportá-la a sua fundação ontológica e ao seu teor

---

<sup>6</sup> Palavras de Hans Kelsen registrados no prefácio da segunda edição de sua obra Teoria Pura do Direito, datado de abril de 1960. In KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

axiológico, porquanto o Direito tem de estar calcado no valor atribuído à pessoa humana no epicentro normativo<sup>7</sup>.

Analisando alguns dos principais expoentes do direito do século XX, é possível verificar que muitos assumiram alguma modificação quanto à concepção do Direito, passando de um pensamento avalorativo, típico do positivismo jurídico, para uma concepção valorativa, que contempla a moral, a justiça e o histórico social.

Nesse prisma, a obra de Lon Fuller, inserida na literatura nacional por Dimitri Dimoulis, intitulado “O caso dos denunciante invejoso”, retoma essa antiga polêmica sobre a validade e a moralidade do Direito. No caso contextualizado na obra, é evidenciado que em uma ditadura o positivismo jurídico pode conduzir a resultados injustos. Assim, a reflexão proposta pelo autor salienta a importância da consideração da moral para o alcance do justo.

Por meio da obra de Fuller, Dimoulis aborda a controvérsia existente entre a justiça e a moral, suscitando relevante reflexão a esse respeito:

Em torno da definição da justiça e da moral se desenvolvem intermináveis controvérsias. Mesmo assim, a maioria dos doutrinadores modernos considera que a questão da justiça se confunde com a questão da moral. A moral estabelece os comportamentos justos, ou seja, os comportamentos adequados e aceitos em determinada sociedade. Nesse sentido, a moral impõe aos membros da sociedade determinados padrões de comportamento, seguindo o critério do justo. Por sua vez a pessoa que é moralmente correta deve fazer o justo adotando regras de comportamento conforme o ideal da justiça social.<sup>8</sup>

Nesse sentido, Dimoulis salienta a importância da obra de Fuller, considerando-o um excelente instrumento para a compreensão da importância da união entre o direito e a moral, destacando que a aplicação pura do direito positivo ao caso concreto, pode, por si só, conduzir a resultados evitados de injustiças.

Prossegue, o citado autor, em esclarecer que:

Os doutrinadores e os filósofos do direito discutem com paixão sobre esses problemas, existindo uma contínua polêmica entre os partidários das várias abordagens. Essas controvérsias podem parecer muito abstratas e de difícil entendimento para quem inicia o estudo do direito. Justamente aqui está o grande mérito do texto de Lon Fuller [...] Em vez de se limitar a análises teóricas, Fuller apresenta um caso concreto em que a aplicação do direito positivo leva a resultados injustos. O caso dos denunciante invejoso é um dos assim chamados casos difíceis (em inglês: hard cases). A solução não pode ser dada pela simples aplicação de uma

---

<sup>7</sup> CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010, p. 57.

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 3. ed. rev e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 16.

norma jurídica. É necessário fazer uma profunda reflexão que envolve o problema da definição do direito em suas relações com a moral e a justiça.<sup>9</sup>

Muitas vezes pode ser constatado um forte descompasso entre os mandamentos do legislador e a solução que é considerada justa pelo intérprete do Direito, assim como pela sociedade.

Esse descompasso ocorre, primeiramente, por conta das insuficiências do legislador, resultante do estabelecimento de um regulamento genérico, que não se ajusta a um caso concreto ou quando a evolução social tornou insatisfatório o próprio regulamento. Em segundo lugar, o descompasso entre o legalmente imposto e aquilo que é considerado justo pode ocorrer devido a uma legislação que protege interesses de determinados grupos sociais, prejudicando a maioria da população.<sup>10</sup>

Como visto, independentemente de qual seja o motivo do descompasso entre o Direito e a necessidade da sociedade, sempre haverá entendimentos antagônicos, propondo soluções ou apontando falhas uns aos outros.

Nesse universo de antagonismo jurídico e filosófico, vale destacar a participação de alguns expoentes que contribuíram para que a concepção do Direito se transformasse e chegasse à condição de como a conhecemos hoje. São eles: Jerome Frank, John Raws, Luís Recaséns-Siches, Gustav Radbruch, Karl Larenz, Miguel Reale, Jacques Maritain, Michel Villey, Ronald Myles Dworkin, Robert Alexy.

Dentre as principais produções intelectuais produzidas nesse período, podemos citar: o Realismo jurídico, de Jerome Frank; a Lógica do Razoável, de Luís Recaséns-Siches; Cinco minutos de Filosofia do Direito, de Gustav Radbruch; a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale; o Humanismo Integral, de Jacques Maritain; Definição, Fins e Métodos do Direito, de Michel Villey; o Sistema Jurídico Autopoiético, de Niklas Luhmann; o Princípio do Discurso, de Jürgen Habermas; os Princípios Jurídicos, de Ronald Myles Dworkin; o efeito perante terceiros dos direitos fundamentais, de Jürgen Schwabe; a Jurisprudência dos Valores e o Interpretivismo, de Robert Alexy, entre outros, que foram fundamentais para a mudança do pensamento jurídico.

A conexão da mudança de pensamento dos filósofos citados decorre das

---

<sup>9</sup> DIMOULIS, op. cit., 2006, p. 23.

<sup>10</sup> Ibid., p. 17-18.

consequências da Segunda Guerra Mundial, motivo pelo qual, inconformados com a vulnerabilidade dos direitos fundamentais no império do positivismo jurídico, desenvolveram teorias e percepções alternativas que propiciaram a reaproximação da moral à ciência do Direito.

Embora o positivismo jurídico tenha se estabelecido com o objetivo de explicar o que é e como é o Direito, como foi mostrado pela história, para que a justiça seja alcançada, não é possível adotar um sistema de regras de conduta que não leve em consideração os costumes e a moral.

Nesse diapasão, Ripert assevera:

Evidentemente o positivismo jurídico não nos pode dar completa satisfação, pois que não explica o respeito da regra de direito pelo próprio sentimento do direito, mas, para tomar uma mais clara consciência do fundamento do direito, é preciso penetrar num mundo moral onde a discussão científica não tem mais razão de ser.<sup>11</sup>

No mesmo sentido, seguia o pensamento de Hart:

As regras morais impõe obrigações e retiram certas zonas de conduta da livre opção do indivíduo de agir como lhe apetece. Tal como um sistema jurídico, obviamente contém elementos estreitamente ligados com os casos simples de ordens baseadas em ameaças, também contém óbvia e igualmente elementos estreitamente ligados com certos aspectos da moral. [...] Não só o direito e a moral partilham um vocabulário, de tal modo que há obrigações, deveres e direitos, quer morais, quer jurídicos, mas também, todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais.<sup>12</sup>

Os trágicos acontecimentos relacionados à Segunda Guerra Mundial, legitimados pelo positivismo jurídico, provocou uma mudança de postura de muitos filósofos do Direito, os quais assumiram a necessidade de adotar critérios que limitassem o Direito, impedindo seu emprego inadequado, motivando, portanto, a reconstrução de uma Teoria do Direito associado à valores.

Neste contexto, Barzotto aponta que no período pós Segunda Guerra, o posicionamento adotado por Kelsen, Ross e Hart, evidenciou uma crise de fundamentação da validade do direito<sup>13</sup>, ou seja, ficou claro que a Teoria do Direito baseado no Positivismo

---

<sup>11</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2.ed. trad. Osório de Oliveira. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p.39.

<sup>12</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 11-12.

<sup>13</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 125-134.

Jurídico, até então preponderante, não era eficaz para a proteção dos direitos fundamentais.

O movimento de mudança do pensamento filosófico e da fundamentação das Teorias do Direito fortaleceu o entendimento de que os valores morais são elementos necessários para o estabelecimento de um Direito justo, válido e socialmente aceito.

### **1.3. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e as Constituições**

A comoção mundial decorrente das atrocidades da guerra, levou jusfilósofos a repensar o Direito para que o tornasse em um efetivo instrumento de justiça, que destacasse o homem como o titular de bens que necessitam de maior atenção. Com esse objetivo e com foco na proteção dos direitos inerentes à pessoa humana é que foi concebido um dos mais importantes diplomas internacionais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que contou, em grande medida, com a influência do filósofo francês Jacques Maritain.

O pensamento de Maritain era fundado no Humanismo, corrente filosófica que apresenta quatro conceitos basilares: o homem como pessoa, a lei natural, os direitos humanos e o bem comum. O principal conceito diz respeito à dignidade humana, ou seja, o ser humano é pessoa humana porque é dotado de individualidade, valores humanos e um espírito que merece respeito e liberdade.

Em ocasião anterior a realização da II Conferência Geral da Unesco, Jacques Maritain, juntamente de outras personalidades, participou de uma pesquisa promovida pela Unesco em busca de soluções alternativas para os problemas teóricos advindos da preparação da futura redação de uma carta de direitos internacional. Em sua participação, Maritain reiterou os fundamentos explicitados num texto denominado “Sobre a filosofia dos direitos humanos”, cujo conteúdo era alicerçado em sua obra “Os direitos do homem e a lei natural”.

Em princípio, os membros da divisão encarregada de preparar a elaboração da Declaração ficaram surpresos com a semelhança das respostas à pesquisa, pois possuíam em comum menção aos direitos humanos. Contudo, a maior dificuldade encontrada estava na maneira de como justificar a escolha dos direitos humanos que iriam compor a Declaração, visto que se evitava uma escolha baseada em questões filosóficas, religiosas ou culturais, a fim de evitar as divergências a respeito de um mesmo direito humano, visto a existência argumentos justificadores assimétricos entre si.

Neste contexto, Maritain sugeriu uma solução pautada no valor fundamental dos direitos, assim como nos termos pelos quais são integrados por limitações mútuas. Deste modo, a escolha do valor fundamental foi o termo, “pessoa”, o qual comportaria a pessoa nos contextos sociais mais variados, tais como na família, no trabalho, na comunidade, nas associações, nos grupos religiosos, nas sociedades e nas nações.

Em 10 de Dezembro de 1948, a Organização das Nações Unidas aprova a redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, instrumento que foi marcado por uma forte esperança de que tais direitos abarcassem muitos Estados, rompendo à diversidade de sistemas de governo adotados por cada ente, conduzindo à sedimentação jurídica e política relacionada à promoção dos direitos humanos.

O grande efeito pedagógico das declarações de direitos, no plano interno e na esfera internacional, tem sido a receptividade dos valores éticos pelas nações, de modo que muitos dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem têm sido incorporados às Constituições.

Após a Segunda Guerra Mundial, as nações notaram a necessidade de assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana nos diplomas jurídicos mais elevados de seu sistema normativo, o que tem sido feito por meio da incorporação de preceitos constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em outros documentos internacionais.

Os princípios contidos na Declaração refletem os grandes valores éticos comuns a todas as nações, de modo que, ao incorporar direitos fundamentais propagados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Constituições assumem papel de relevo na ordem jurídica, sendo-lhes atribuída eficácia normativa direta.

Embora ocorram, ainda, graves violações dos direitos fundamentais em algumas nações, é notável a evolução dos sistemas jurídicos por conta da influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nesse trilho, ao abordar o desenvolvimento do Direito Constitucional em âmbito internacional, Barroso faz menção a algumas das Constituições que se destacaram pela valorização dos direitos fundamentais incorporados ao ordenamento jurídico:

A principal referência no desenvolvimento do novo Direito Constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma

fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.<sup>14</sup>

Atualmente, muitas Constituições consagram não apenas direitos individuais e políticos, mas também direitos sociais, o que lhes confere um caráter dirigente e garantidor contra o uso abusivo ou o não exercício do poder, além de conferir ao povo a garantia de um instrumento que impeça retrocessos e assegure avanços.

Vale lembrar que por meio do processo de constitucionalização ocorre também a solidificação da dignidade da pessoa humana como centro do sistema jurídico, a qual passa a ter prevalência sobre a lei e o contrato.

#### **1.4. A crise do Positivismo e a transição para o pós-positivismo**

Embora o foco desta pesquisa não seja o debate sobre o positivismo jurídico, a sucinta abordagem da teoria tem por objetivo descrever o contexto em que se instalou sua crise e o conseqüente surgimento de outras teorias jurídicas voltadas à proteção dos direitos fundamentais, em especial, o pós-positivismo, o qual foi adotado como supedâneo para este trabalho.

No decorrer do século XX, praticamente toda produção científica relativa ao Direito esteve voltada para o modelo positivista que, fundamentalmente, sustentava que a investigação científica nas áreas sociais deveria observar os mesmos pressupostos epistemológicos aplicados nas ciências naturais, com especial ênfase para a neutralidade axiológica e a objetividade do conhecimento.

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça concepção que dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. No entanto, a comoção social que sobreveio à guerra gerou grande instabilidade no Direito, forçando o mundo jurídico a apresentar uma nova solução para a proteção dos direitos fundamentais, ocasião em que a

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. THEMIS: Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez, 2006, p. 18.

ética e os valores passam a retornar ao Direito.

Conforme aponta Barroso, a decadência do positivismo jurídico está diretamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.<sup>15</sup> Por esses motivos, o Direito baseado no positivismo jurídico se tornou alvo de inúmeras críticas, pois, o instrumento que representava proteção, passou a ser visto como ferramenta para o cometimento de injustiças e legitimação de autoritarismos.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Nesse contexto, Cardoso enfatiza a necessidade da existência de equilíbrio entre o Direito e o interesse social, e vai além ao destacar que:

Reciprocidade, proporcionalidade e solidariedade, respectivamente, são os traços característicos da justiça. Por isso mesmo, a justiça tem ser enxergada sob uma visão aberta, preocupada não com o rigor da lei, mas com a transformação da sociedade em um ambiente mais equânime e igualitário.<sup>16</sup>

Verifica-se, então, uma grande produção intelectual que dá origem a diversas teorias, as quais competem entre si pela solidificação na doutrina, dentre as quais o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, que por vezes são apontados como sinônimos, porém, na prática apresentam algumas diferenças.

Assim surge o pós-positivismo, movimento jurídico que tem por objetivo destacar a importância de uma nova perspectiva para o Direito Constitucional, cujo princípio remonta ao segundo pós-guerra, iniciando na Alemanha e na Itália, e logo alcançando Espanha e Portugal.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, não despreza o direito posto, mas procura empreender uma leitura moral do Direito. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico passam a ser inspiradas por uma teoria de justiça que não comporta voluntarismos ou personalismos.

Neste paradigma, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a

---

<sup>15</sup> BARROSO, op. cit., 2006, p. 19-20.

<sup>16</sup> CARDOSO, op. cit., p. 82.

definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>17</sup>

Considerando que o pós-positivismo se trata de uma nova concepção do Direito, é natural que haja confusão acerca de sua definição na doutrina. Por este motivo, Barroso expõe seu entendimento sobre o assunto e assevera que:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito [...]<sup>18</sup>

Por outro lado, Pozzolo expressa seu entendimento a respeito do termo neoconstitucionalismo, apontando uma importante distinção sobre sua concepção e a terminologia adotada pela doutrina:

O termo "neoconstitucionalismo" é empregado no meu livro para indicar a perspectiva jusfilosófica que se propõe como um meio-termo entre o positivismo jurídico e jusnaturalismo: doutrina pelo qual o neoconstitucionalismo teria, por assim dizer, eliminado os defeitos e reunido as virtudes. Em particular, esta doutrina permitiria evitar o defeito do legalismo do positivismo jurídico (ou seja, o legicentrismo e a aplicação formalista do princípio da legalidade, que não olha para o conteúdo das regras, mas apenas para suas formas, ou seja, sua mera validade formal) através da importância jurídica atribuída e reconhecida na Constituição,

---

<sup>17</sup> V. Ricardo Lobo Torres, **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (Kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias".

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

destacando e incentivando a sua característica invasora. Observando as coisas por meio da perspectiva neoconstitucionalista, de fato, a "grande divisão" não surgiria entre o positivismo jurídico e jusnaturalismo, mas entre um tipo constitucionalista e um tipo legalista de conceber o direito e o sistema jurídico.<sup>19</sup>

Acrescenta, a autora que:

O vocábulo, caracterizado pela assunção de uma noção de constituição fortemente substancialista, que atua como programa e não como um limite - uma constituição - fim e não uma constituição - garantia -, o que exige a técnica interpretativa da ponderação e que, por tal meio, retoma as relações entre direito e moral, aparentemente cortado pelo positivismo jurídico.<sup>20</sup>

Por seu turno, Barberis, defensor do neoconstitucionalismo, aponta seu entendimento a respeito da definição e do modo como a teoria deve ser tratada:

[...] é apenas um título para as teses sustentadas, nos últimos cinquenta anos, por autores de diferentes nomes: circunstância que, contudo, não faz o neoconstitucionalismo menos interessante, sustentável e crítico quanto seja o jusnaturalismo, o juspositivismo e o jusrealismo. Assim, cada um dos partidários de tais teses deve ser interpretado e discutido singularmente: sem aderir-se aos títulos que - para alguns - sempre podem se revelar enganosas. Mas os títulos servem a mesma discussão teórica, selecionando temas e teses relevantes; assim como é necessário o mínimo de humildade interpretativa indispensável para levar a sério não só as opiniões alheias, inclusive a própria: caso contrário, todos seriam reduzidos a um monte de ideologias.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Trecho original: *El término "neoconstitucionalismo" es empleado en mi libro para indicar la perspectiva iusfilosófica que se propone como vía media entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo: doctrina de las cuales el neoconstitucionalismo habría, por así decirlo, eliminado los defectos y reunido las virtudes. En particular, esta doctrina permitiría evitar el defecto del legalismo iuspositivista (o sea el legicentrismo y la aplicación formalista del principio de legalidad, que no mira a los contenidos de las normas sino solo a sus formas, o sea a su mera validez formal) através de la importancia jurídica atribuida y reconocida en la Constitución, sobresaliendo y incentivando la invasividad. Observando las cosas desde la perspectiva neoconstitucionalista, en efecto, la "gran división" no se plantearía entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, sino entre un tipo constitucionalista y un tipo legalista de concebir el derecho y el sistema jurídico.* POZZOLO, Suzanna. **Metacrítica al neoconstitucionalismo. Una respuesta a los críticos de "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.** In: ORTEGA, Santiago. *Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos.* Lima, Peru: Jurista Editores: Centro de Estudios de Filosofía y Derecho, 2013, p. 55.

<sup>20</sup> No original: *"neoconstitucionalismo" no indica una manera de pensar el derecho adecuado al estado liberal democrático, y ni siquiera indica solo una posición genéricamente constitucionalista, que, obviamente, subraya la presencia de algunos principios políticos que informan de sí al derecho del estado constitucional. El vocablo, caracterizado por la asunción de una noción de constitución fuertemente sustancialista, que actúa como programa y no como límite - una constitución - fin y no una constitución - garantía -, que requiere la técnica interpretativa de la ponderación y que, por tal vía, reanuda los vínculos entre derecho y moral, aparentemente cortadas por el positivismo jurídico.* POZZOLO, Suzanna. **Metacrítica al neoconstitucionalismo. Una respuesta a los críticos de "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.** In: ORTEGA, Santiago. *Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos.* Lima, Peru: Jurista Editores: Centro de Estudios de Filosofía y Derecho, 2013, p. 59.

<sup>21</sup> Trecho original: *"es cierto solo una etiqueta para tesis sostenidas, en los últimos cincuenta años, por autores bajo nombres diferentes: circunstancia que, sin embargo, no hace al neoconstitucionalismo menos interesante, sostenible y criticable de cuanto sea el iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo. Ciertamente, cada uno de los partidarios de tales tesis merece ser interpretado y discutido singularmente: sin adherirse antes a etiquetas que - para algunos - pueden siempre revelarse engañosas. Pero las etiquetas sirven a la misma discusión teórica, seleccionando temas y tesis relevantes; así como sirve el mínimo de caridade interpretativa indespedible para tomar en serio no solo las opiniones ajenas, sino incluso las propias: de lo contrario, todas serían reducidas a un cúmulo de ideologías."* BARBERIS, Mauro. **Existe el Neoconstitucionalismo?** In: ORTEGA, Santiago. *Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos.* Lima, Peru: Jurista Editores: Centro de

Na mesma senda, segue de Moreira, para quem o termo pós-positivismo representa apenas uma "nomenclatura de transição", a fase inicial do chamado neoconstitucionalismo<sup>22</sup>.

Para o citado autor, o paradigma do Neoconstitucionalismo é mais amplo que o pós-positivismo, visto que esta última não enfrenta alguns conteúdos filosóficos julgados imprescindíveis para o estabelecimento da teoria como base hermenêutica definitiva em substituição ao positivismo jurídico. Nesse passo, assevera Moreira:

[...] o neoconstitucionalismo não pretende ser só uma orientação constitucional que se funda em teoria do direito, mas também exerce o papel de filosofia do direito, com base nos princípios e direitos fundamentais, que postula *reunião do direito e da moral*. Essa moral não é subjetiva nem objetiva, mas intersubjetiva, porque se tornou precedimentalizada e relativizada pelos participantes dos processos, que, guiados por uma pretensão de correção de racionalidade prática, formulam condições concretas, sob códigos preestabelecidos (mandamentos constitucionais).

[...] qualquer norma constitucional posta em conflito pode, dependendo das circunstâncias – princípios arguidos e fatores específicos do caso concreto -, derrubar a outra norma constitucional e ter reconhecido, de pleno, a sua aplicabilidade -, normas constitucionais programáticas ganharam aplicabilidade e normas constitucionais de eficácia plena não exercem mais sua plenitude.

[...]

As fontes do direito, outro elemento teórico que merece reformulação pela primazia da interpretação constitucional – pautada em princípios decorrentes de direitos, de políticas, e de garantias fundamentais -, passam por uma revolução e afastam-se do cenário jurídico de preocupação com a ordem das fontes supletivas à lei, e até mesmo esquecem o estudo das lacunas jurídicas e das antinomias do sistema; tudo pela força dos preceitos constitucionais, que têm de estar sempre presentes, em toda tarefa interpretativa, como força-fonte primária atrelada à decisão. Na sobreinterpretação da Constituição não há praticamente nenhum espaço para lacunas. O intérprete encontrará as respostas na construção do caso concreto, pelo preenchimento dos direitos fundamentais, com a argumentação jurídica, a Constituição irradia e completa o sistema na prática.<sup>23</sup>

Grifo no original.

Por fim, Moreira conclui seu entendimento esclarecendo que o Neoconstitucionalismo é uma teoria surgida nos anos 90 e não no pós-Segunda Guerra Mundial. Lembra, ainda, que o objetivo da teoria é a coordenação das novas teorias em busca de transformação do Estado, num ambiente de união entre o político, o Direito e à moral.<sup>24</sup>

Como visto, o neoconstitucionalismo é uma teoria ainda incipiente, carente de

---

Estudios de Filosofia y Derecho, 2013, p. 33-34.

<sup>22</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

<sup>23</sup> Id., **Os direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 591, 594-595.

<sup>24</sup> Ibid., p. 601.

desenvolvimento e aperfeiçoamento, portanto, é alvo de muitas críticas por parte dos partidários de outras teorias do direito. No entanto, conforme reconhece Barberis, o Neoconstitucionalismo não pode ser interpretado apenas como um agregado de ideologias<sup>25</sup>, pois, toda teoria tem seu motivo de ser, cabendo ao intérprete a identificação dos seus prós e contras para então aplicá-los ao fato concreto.

Pelo exposto, pode ser verificado que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo possuem propósitos e ideias comuns. Nesse compasso, embora equiparando os termos, afirmam Castanhato e Matsushita:

O neopositivismo ou pós-positivismo é o movimento que vem propondo esta reaproximação do Direito com a ética, a moral, a religião e a filosofia. Para tanto, eles propõem a força normativa dos princípios, reconhecendo, na aplicação do Direito, a força dos valores.<sup>26</sup>

Como visto, o pós-positivismo se trata de uma fase de transição da concepção do Direito. Por meio desta teoria se destaca a contribuição de Ronald Dworkin, na defesa da ideia de normatividade dos princípios constitucionais.

Apontam Atienza e Manero, que o objetivo de Dworkin foi contestar a versão mais poderosa do positivismo jurídico, ou seja, a teoria do Direito de H. L. A. Hart. Dworkin defendeu que a teoria de Hart era incapaz de conciliar a presença de normas distintas das regras no Direito. Em outras palavras, a teoria do Direito de Hart não previa a aplicação de princípios, circunstância que privaria a construção de Hart da possibilidade de compreender aspectos essenciais do raciocínio judicial nos denominados casos difíceis.<sup>27</sup>

A ausência da clara distinção entre direito e moral é, para Dworkin, uma das principais fraquezas do positivismo jurídico.

Para Dworkin, a normatividade dos princípios, frente à teoria positivista, atua como limitação da interpretação discricionária existente na teoria positivista. Conforme adverte o autor, tal concepção “trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal

---

<sup>25</sup> BARBERIS, Mauro. **Existe el Neoconstitucionalismo?** In: ORTEGA, Santiago. *Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos*. Lima, Peru: Jurista Editores: Centro de Estudios de Filosofía y Derecho, 2013, p. 40.

<sup>26</sup> CASTANHATO, Camila. MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Jus-humanismo**. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Paulo, Ano 14, n. 16, 2010, p. 23-25.

<sup>27</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 1996, p. 1.

modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente”.<sup>28</sup>

O pensamento pós-positivista privilegia a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma aplicação de uma hermenêutica focada na questão da justiça e da aplicação dos direitos fundamentais vinculados à dignidade humana, considerando o contexto e as situações concretas vividas no mundo fático, em detrimento de uma análise que se restrinja a mera aplicação dos textos legais.

A constitucionalização do direito se tornou característica comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos. Segundo Barroso, "a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico."<sup>29</sup> A grande novidade está justamente na mudança do papel ocupado pela Constituição, que deixa de ser um mero documento político e passa a possuir força normativa.

Assim, em função do pós-positivismo, são incorporados ao Direito métodos interpretativos que atribuem cargas normativas aos princípios<sup>30</sup>, o desenvolvimento de técnicas de ponderação de normas constitucionais, a máxima força normativa conferida aos direitos fundamentais, a afirmação da força vinculante da constituição, a consolidação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova abordagem para hermenêutica constitucional que se irradia por todo o ordenamento jurídico, características que serviram de fundamentação teórica para o desenvolvimento do pós-positivismo no Direito Constitucional.

A constitucionalização do Direito, decorrente do pós-positivismo, apresenta outra característica bastante relevante: a vinculação das normas constitucionais nas relações privadas. Este é um tema bastante vasto, contudo, podem-se destacar dois principais entendimentos que observam o tema sobre pontos de vista divergentes, quais sejam: as teorias da aplicação imediata (direta) e mediata (indireta), que veremos no próximo capítulo.

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 48.

<sup>29</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A constitucionalização do direito e o Direito Civil**. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

## 2. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreender a o tema proposto, necessário se faz a distinção entre os fenômenos da constitucionalização dos direitos sociais e a constitucionalização dos direitos humanos. No primeiro, tem-se a interpretação dos direitos como princípio do positivismo jurídico; no segundo caso, a constitucionalização dos direitos humanos, consagrados como direitos fundamentais, cuja eficácia se irradia no âmbito do pós-positivismo jurídico, vincula diretamente entidades públicas e privadas.

A eficácia dos direitos fundamentais diz respeito à aptidão que determinadas normas possuem para satisfazer a finalidade do objeto tutelado e a capacidade de garantir direitos e liberdades contra a interferência de poderes públicos ou privados. Assim, a teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais se ocupa em analisar o alcance, a forma e os sujeitos que se vinculam a tal grupo de direitos.

No âmbito do Direito do Trabalho, a aplicação da teoria acima citada é defendida por Almeida, que ensina sobre a "eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho"<sup>31</sup>, tema por meio do qual é defendida a vinculação e observação obrigatória das entidades privadas aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, uma real tutela dos direitos dos trabalhadores contra ilicitudes nas relações de trabalho.

Fundamentado no pensamento pós-positivista, abordaremos a seguir o entendimento acerca da aplicação dos direitos fundamentais às entidades privadas, a tese *Drittwirkung der Grundrechte*, desenvolvida, primeiramente, no ordenamento jurídico alemão.

### 2.1. Histórico

A origem dos direitos fundamentais é matéria que ainda suscita controvérsias, no entanto, alguns estudos apontam que os primeiros indícios do termo remontam ao mundo antigo, sendo conduzido através dos tempos pela religião e pela filosofia, influenciando de maneira mais direta o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano como

---

<sup>31</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.** in ALMEIDA, Renato Rua (Coord); CALVO, Adriana; ROCHA, Andre Presas (Org.). *Direito fundamentais aplicados ao direito do trabalho.* São Paulo: LTr. 2010, p. 143-149.

titular de direitos naturais.

A democracia ateniense constituía um modelo político fundamentado na ideia do homem livre e dotado de individualidade. Já, através da Bíblia, temos que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, de onde é extraída a ideia de que o ser humano representa o ponto central da criação divina. Por este motivo, conclui-se que os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, em especial, na greco-romana e no pensamento cristão.

Da doutrina jusnaturalista parte a ideia e a inspiração necessária para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, mas foi nos séculos XVII e XVIII que a doutrina jusnaturalista, por meio das teorias contratualistas, atingiu seu ápice de desenvolvimento. Os autores mais influentes na doutrina contratualista e da teoria dos direitos naturais do indivíduo foram: Rosseau (França), Tomas Paine (América) e Kant (Alemanha - Prússia), os quais desenvolveram suas teorias no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista.

Igualmente decisiva, foi a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704) ao reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem, tais como a vida, a liberdade, a propriedade e a resistência. Segundo Perez Luño, com Locke a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade se converteu na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo.<sup>32</sup>

As primeiras declarações que registraram a ideia de direitos fundamentais foram a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, esta que acabou sendo adotada como paradigma para o reconhecimento dos direitos fundamentais das constituições do século XIX. Nota-se, por conseguinte, que tanto a declaração francesa como a americana possuía como característica uma forte influência jusnaturalista, reconhecendo a todos os homens direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.

No decorrer do século XIX, o Estado Liberal cedeu espaço à fase do bem-estar social. Nessa época, foi concebida a constitucionalização dos direitos fundamentais, em

---

<sup>32</sup> No original: *Con Locke, la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad se convierte en el fin prioritario de la sociedad civil y en el principio legitimador básico del gobierno.* In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 31.

específico, dos direitos sociais, ditos trabalhistas.

Embora as constituições francesas de 1793 e 1848, a brasileira de 1824 e a alemã de 1849 tivessem, à sua época, incorporadas as prestações sociais estatais, somente no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, é que um número significativo de Constituições passou a reconhecer efetivamente os direitos fundamentais.<sup>33</sup>

Esse aumento considerável da constitucionalização dos direitos fundamentais ocorreu em face da “universalização dos direitos humanos em tratados internacionais, tendo como ápice a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948”, sendo a constituição alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988 exemplos de consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais.<sup>34</sup>

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais divide-se em dois grandes eixos: a eficácia vertical e eficácia horizontal, as quais veremos a seguir.

## 2.2. Teoria da Eficácia Vertical

A eficácia vertical está relacionada à vinculação dos poderes públicos, órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, aos direitos fundamentais, impondo-se como um verdadeiro mecanismo de defesa dos cidadãos em face dos poderes públicos, visto a natural situação de subordinação ou o desequilíbrio de forças entre o cidadão e o Estado; este último, historicamente considerado como o maior ameaçador dos direitos e liberdades sociais. Por este motivo, não há significativa controvérsia doutrinária a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre o indivíduo e o Estado.

A pacificação dessa interpretação nos resta clara quando analisamos o Direito Comparado. Nas constituições de Portugal e Espanha<sup>35</sup>, por exemplo, encontramos expressamente em seu conteúdo a vinculação dos direitos fundamentais a todos os poderes

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 47-48.

<sup>34</sup> ALMEIDA, op. cit., 2010, p. 145.

<sup>35</sup> Neste sentido, a Constituição da Espanha, em seu art. 53, n.1, dispõe que “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.*” Por sua vez, a Constituição de Portugal, ao tratar da sua força normativa, no art. 18, n. 1, estabeleceu que “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

públicos.

Embora, não haja na Constituição Federal brasileira disposição expressa quanto à vinculação dos entes<sup>36</sup> aos direitos fundamentais, é nítido o reconhecimento desses direitos, conforme pode ser observado no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, assim como de outros direitos, do mesmo tema, decorrentes da homologação de tratados internacionais.

Outrora, a vinculação do Estado se voltava apenas para a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, uma vinculação negativa, direcionada para a abstenção como sinônimo de proteção. Posteriormente, tal entendimento passou a abranger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de maneira que não bastava, apenas, a abstenção do Estado como forma de proteção, mas a adoção de uma posição positiva no sentido de proteger e promover os direitos fundamentais dos cidadãos.

### **2.3. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade de se comportarem como direitos de defesa do cidadão perante o Estado. Contudo, a noção de abstenção ou não intervenção dos poderes públicos nas liberdades sociais não se mostrava mais suficiente para suprir aos anseios da sociedade, à luz do Estado Social.

Neste contexto, defende-se, então, uma intervenção positiva do Estado, uma vinculação visando proteção, promoção e a plena realização dos direitos e garantias, que passou a ser conhecida como dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Para Canotilho<sup>37</sup>, a intervenção do Estado não deve ser vista como um limite, antes, essa atuação deve ser interpretada como uma finalidade a ser alcançada.

Por seu turno, na busca por essa finalidade, Batista Freijedo assevera que:

---

<sup>36</sup> Ao comentar o Direito Mexicano, Miguel Carbonell defende que os direitos fundamentais estabelecem relações jurídicas entre particulares, considerando, ainda, autoridade, todas as pessoas que dispõem de autoridade pública e que exerçam atos públicos, pelo fato de que a força envolvida decorre de uma força pública. CARBONELL, Miguel. **Los derechos fundamentales en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 132-133.

<sup>37</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1399.

a aplicabilidade direta que caracteriza os direitos fundamentais não é, pois, sinónimo de autossuficiência, senão unicamente se sua preexistência e imediata disponibilidade ante a ação ou a passividade dos poderes constituídos, e, portanto, sua indisponibilidade, com respeito à intervenção do legislador, o que não exclui que, em uma sociedade juridicamente organizada, a eficácia do conteúdo subjetivo daqueles direitos possa depender, pelo menos parcialmente, do desenvolvimento que promovam os poderes públicos de seu conteúdo objetivo.<sup>38</sup>

Como apontado, a vinculação relacionada aos poderes públicos, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário, deve ser interpretada como um dever jurídico estabelecido para que sejam eliminadas todas as barreiras que impeçam a plenitude do exercício dos direitos fundamentais, visto que qualquer esfera de poder tem o dever constitucional de proteger e promover a efetividade dos direitos fundamentais.

Esta vinculação é abordada por Díez-Picazo Ponce de León, segundo o qual a vinculação positiva carece ser compreendida como um dever de respeito e observância das normas de direitos fundamentais que assegure o conteúdo essencial dos direitos ou liberdades fundamentais aos seus titulares<sup>39</sup>.

#### 2.4. Teoria da eficácia Horizontal

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplica-se no campo das relações jurídico-privadas, reconhecendo o valor da constituição e sua dimensão objetiva como um conjunto de normas substanciais de proteção da divisão dos poderes e dos direitos fundamentais cerceados, notadamente, na época da segunda guerra mundial.

Em nítida oposição à eficácia vertical que ocorre entre o cidadão e o Estado, a vinculação da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares torna sua compreensão pouco mais densa e, portanto, mais suscetível a questionamentos e críticas, razão pela qual importa uma abordagem mais detalhada.

No ordenamento jurídico alemão, onde foi desenvolvida, a teoria da eficácia

---

<sup>38</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco; et al. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**, Madrid: Tecnos, 2004, p. 183.

<sup>39</sup> DIÉZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. **La jurisprudencia constitucional de dos derechos fundamentales. Fuerza normativa e interpretación de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales, en particular, en relación del poder legislativo**. In: LÓPEZ PINA, Antonio (coord.) et al. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991, p 290.

horizontal encontrou sua maior maturidade, sendo empregada a expressão de *Drittwirkung* como indicativo da irradiação dos direitos fundamentais aos demais ramos do ordenamento jurídico, destacando-se a possibilidade de reclamação desses direitos diretamente pelos particulares no âmbito de suas relações privadas.

Em 1954, Hans Carl Nipperdey, magistrado juísta-trabalhista do Tribunal Federal do Trabalho alemão, quando atuava como relator em um caso sobre a “igualdade salarial da mulher”, aplicou em sua decisão a homérica a vinculação dos direitos fundamentais ao lançar mão do princípio da igualdade, consagrando o instituto do *Drittwirkung*, que essencialmente se traduz como a vinculação de particulares aos direitos fundamentais.

Mais tarde, em 1958, foi a vez do antológico julgamento do caso *Luth*<sup>40</sup>, ocorrida no Tribunal Constitucional alemão, na qual se consagrou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como valores que devem ser garantidos e irradiados por todo ordenamento jurídico, de modo a alcançar todas as dimensões da vida social.

Em princípio, a teoria foi alvo de duras críticas, no entanto, o entendimento quanto à aplicação dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) se consagrou e se tornou essencial para a proteção dessa classe de direitos nas relações jurídicas, independente da

---

<sup>40</sup> Em 1940, o famoso diretor de cinema, Veit Harlan produziu um filme de propaganda antisemita, intitulado *Jud Süß (o Judeu Süß)*. Após a Segunda Guerra Mundial, um tribunal ordinário da Justiça alemã considerou que Harlan, por meio do filme, teria praticado crime contra a humanidade, devido a influência tendenciosa exercida por seu filme sobre o público ao promover a perseguição aos judeus. No entendimento do tribunal, o autor conhecia essa característica do filme, assim como suas consequências racistas. Contudo, o autor restou absolvido por sua conduta, visto que não poderia recusar uma ordem do ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels, nem poderia produzir o filme de modo menos impressionante ou eficaz para o público sem que colocasse sua própria vida em perigo. Depois da sua absolvição e logo após o início do primeiro filme de pós-guerra de Veit Harlan, Erich Lüth, o presidente de clube de imprensa de Hamburgo, durante uma palestra, convocou os empresários e a produtores cinematográficos presentes a boicotar o produtor do filme *Jud Süß*. Lüth afirmava que a absolvição de Harlan teria sido apenas formal, persistindo na fundamentação da sentença uma condenação moral, o que exigia dos empresários e dos proprietários das salas de cinema um comportamento moralmente digno. Em seu pronunciamento, Lüth, reafirmando sua antiga posição, afirmava, em carta aberta, ser um *direito* e uma *obrigação* de todo *alemão decente* colocar-se à *disposição da luta contra estes indignos representantes do filme alemão (...)* como também a favor do boicote (Menzel, Jörg (org.). (*Verfassungsrechtsprechung*, p. 97). Posteriormente, em razão de uma ação promovida pela produtora do novo filme de Veit Harlan, *Unsterbliche Geliebte (Amada Imortal)*, em que se pedia a condenação de Erich Lüth a omitir-se de expressar suas opiniões, resultou na proibição, pela Justiça estadual de Hamburgo, de que Lüth se manifestasse sobre o boicote do filme. Por conta disso, a Justiça de primeiro grau, em Hamburgo, com base no Código Civil alemão, arbitrou em desfavor de Lüth uma sensível pena pecuniária, caso descumprisse a decisão (BVerfGE 7, 198, 199, 203). Erich Lüth, então, interpôs recurso de apelação perante os tribunais superiores e, posteriormente, recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional (BVerfGE 7, 199/203). Por sua vez, o Tribunal Constitucional, fazendo prevalecer o *sentido dos direitos fundamentais* sobre as normas do Direito ordinário, *a partir de um juízo de ponderação de bens*, reformou a decisão do tribunal inferior, impondo o entendimento de que, a partir de então, toda a ordem jurídica deveria ser interpretada à luz do Direito Constitucional, especialmente a partir dos direitos fundamentais, ainda que se cuidasse, como no caso, de relações jurídicas entre particulares.

natureza das partes envolvidas.

Imperioso salientar que a aplicação do *Drittwirkung* apresentou como consequência à limitação da autonomia da vontade em decorrência da vinculação obrigatória dos direitos fundamentais às relações privadas. Entretanto, emergiu-se a dúvida quanto à forma como essa vinculação deveria ser operada, surgindo para tanto as teorias da negação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a teoria dos deveres de proteção, a teoria da convergência estatista, teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria da eficácia indireta ou mediata.

Não se pretende, neste estudo, esgotar todas as teorias relacionadas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, motivo pelo qual veremos a seguir apenas as duas principais: a teoria da eficácia direta e imediata e a teoria da eficácia indireta e mediata.

## **2.5. Teoria da eficácia mediata e indireta**

A eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) trata-se da aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, marcada pela necessária mediação do legislador (teoria dualista) na regulamentação dos direitos fundamentais, o que ocorre através do estabelecimento de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, para que seja alcançada a efetividade.

Por ser mediada pela lei, supõe-se que os direitos fundamentais não geram diretamente direitos subjetivos capazes de ser invocados no direito privado, portanto, conforme ensina Sarlet<sup>41</sup>, cabe ao Poder Legislativo dotar a lei de operatividade, submetendo-a a um processo de transmutação decorrente da aplicação, interpretação e integração de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, como um processo de recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.

Segundo a doutrina, na eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais ocorre a vinculação direta dos poderes públicos quanto aos direitos subjetivos; nas relações privadas essa vinculação ocorre de maneira indireta quanto sua dimensão objetiva, ou seja, como decisão de valor objetivo irradiado para todo ordenamento jurídico.

---

<sup>41</sup> SARLET, op. cit., 2015, p. 387.

Vieira de Andrade, ao citar Günter Dürig, criador da teoria da aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais, cuja concepção da eficácia dos direitos fundamentais se tornou o entendimento dominante no direito alemão, destaca o entendimento conservador do autor alemão, o qual defende que o princípio constitucional da liberdade deve manter-se como postulado básico, colocando os direitos fundamentais como mecanismo de defesa contra o poder do Estado. Para o autor, os preceitos constitucionais devem exercer apenas o papel de princípio de interpretação das cláusulas gerais, portanto, sem justificativa para que os direitos fundamentais fossem vinculados às relações privadas. Defende, ainda, que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas transformaria os direitos em deveres, invertendo o sentido original de defesa da liberdade contra o poder do Estado, ou seja, tornando o Estado em fiscal<sup>42</sup>.

Canaris, defende a teoria dos deveres de proteção, afirmando que por conta de uma questão lógica jurídica a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais é inaplicável, visto a existência de uma “impossibilidade intelectual” na pretensão harmonizar uma norma de direito privado com os direitos fundamentais. O autor também afasta o entendimento de que os direitos fundamentais expressam valores que se irradiam por todo o sistema jurídico, bem como atribuí a eficácia como um conceito não jurídico, tratando-se apenas de uma eficácia normal<sup>43</sup>.

Por seu turno, aponta Amaral<sup>44</sup> que a corrente doutrinária que defende a teoria da eficácia indireta não se opõe à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, no entanto, não admitem a possibilidade dessa aplicação de forma direta, devendo a eficácia dos direitos fundamentais ser estabelecida por meio da atuação do legislador.

Todavia, a teoria da eficácia indireta, conforme preceitua Sarmiento, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentabilidade<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 236-237.

<sup>43</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 30-31, 240-241.

<sup>44</sup> AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 86.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 220.

## 2.6. Teoria da eficácia imediata e direta

A eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais trata-se da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas (*Unmittelbare Drittwirkung*), sem a necessidade de qualquer intervenção do legislador. Teoria atribuída à Hans Carl Nipperdey, que procurava demonstrar que, além do Estado, violações de direitos fundamentais estavam, igualmente, suscetíveis de ocorrerem em qualquer âmbito de relação jurídica entre particulares, superando deste modo a teoria de George Jellinek sobre os direitos subjetivos, que eram oponíveis somente ao Estado, como uma autolimitação da soberania estatal.

Para Nipperdey, os direitos fundamentais não são oponíveis apenas aos poderes públicos, mas também aos particulares com os quais se possa estabelecer uma relação de poder, assim como ocorre com os poderosos grupos socioeconômicos, que possuem plena aptidão para vulnerar os direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, o autor ressalva que, mesmo na teoria da aplicação direta, a eficácia não é válida para todos os direitos fundamentais, devendo, portanto, ser analisado cada caso concreto e até que ponto cada direito específico vincula o comportamento dos particulares, para então se aplicar a proporcionalidade entre os direitos.

A defesa da eficácia imediata e direta é representada, entre outros autores, por Heirich Hörster, João Caupers, Jorge Miranda, Vasco Pereira da Silva, Vieira de Andrade<sup>46</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino e Daniel Sarmiento, os quais tomam por fundamento o caráter normativo da Constituição, adotando como principal eixo argumentativo a dignidade da pessoa humana, que está no plano de fundo dos direitos fundamentais, ressaltando a necessidade da proteção nas relações em que as diferenças de tratamento, ou seja, em que haja evidente desequilíbrio e potencial afronta aos direitos fundamentais, atinjam a dignidade das pessoas.

No mesmo pensamento seguem os autores brasileiros defendendo a necessidade da garantia da dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais consagrado no

---

<sup>46</sup> Autores que defendem teorias intermediárias, ou seja, defendem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais com fundamento nas relações de domínio entre sujeitos iguais (relações privadas). MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 56.

texto do Art. 1, inciso III, da CF/88, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Na visão pós-positivista de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Konrad Hesse, os direitos fundamentais são formulados constitucionalmente como princípios normativos que se irradiam por todo ordenamento jurídico e se aplicam diretamente, vinculando sua observância obrigatória às entidades públicas e privadas, conforme pode ser observado nos artigos 18, I, Constituição da República Portuguesa e 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

No entanto, em que pese à prevalência dos direitos fundamentais, importa que estes não sejam considerados como princípios de aplicação absoluta, visto a possibilidade de colisão com outros valores constitucionais, hipótese que se coloca em relevo a necessidade de ponderação dos direitos por meio do princípio da proporcionalidade<sup>47</sup> e de seus subprincípios da necessidade, da adequação e da razoabilidade.

Embora não comprometa a aplicação da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, em um contexto geral, a doutrina aponta quatro principais objeções à aplicação da teoria, são elas: i) a natureza da Constituição, sob o argumento de que esta se presta à regulação entre os órgãos do Estado; ii) a existência de uma assimetria nos riscos de erro do Poder Legislativo na regulação das relações entre o indivíduo e o Estado e nas relações entre particulares; iii) aumento da insegurança jurídica decorrente do aumento das colisões entre direitos constitucionais, e; iv) risco para a liberdade individual decorrente da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que poderia acarretar em limitação da autonomia privada individual.

No entanto, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não desnatura a Constituição, pois seu conteúdo contém valores fundamentais da sociedade, incluindo-se a preservação da ordem pública que justifica a intervenção estatal para a solução dos conflitos privados; a assimetria dos riscos de erro passa pelo controle judicial visando à redução dessa possibilidade de erro; a aplicação do princípio da proporcionalidade tem se mostrado eficaz na

---

<sup>47</sup> O termo “proporcionalidade” tem origem no vocábulo latim *proportio*, que se refere à divisão em partes iguais ou correspondentes a uma dada razão. Está ligada à ideia de quantidade, de justa medida, de equilíbrio. Sua introdução na Ciência Jurídica moderna ocorreu por influência do direito germânico, notadamente da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), que, na resolução de casos concretos, formulou uma teoria sobre o princípio. Por meio desse princípio, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

solução de colisão de princípios constitucionais, e; por fim, não há limitação da autonomia privada pelo respeito ao conteúdo essencial de cada direito fundamental nas relações jurídico-privadas.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, parágrafo 1º, que as normas que tratam de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A doutrina majoritária considera este dispositivo como forte argumento em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais vinculando os poderes públicos ao dever de assegurar a máxima efetividade e proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que deve ser irradiado a todos os ramos do ordenamento jurídico e da vida social.

Por fim, merece menção a grande contribuição aos direitos fundamentais sociais trabalhistas trazidas pela teoria *Drittwirkung der Grundrechte*, desenvolvida na Alemanha no período posterior a segunda grande guerra mundial, ocasião em que os direitos de cidadania foram violentamente atacados e violados. Por este motivo, resta cristalina a razão dos esforços empenhados pela sociedade jurídica e pelo Estado alemão em garantir os direitos fundamentais, o desenvolvimento de teorias e mecanismos de proteção e o seu pioneirismo quanto ao tema.

## **2.7. Os Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho**

Alguns fatos históricos tiveram participação decisiva no processo de desenvolvimento do Direito Internacional do Trabalho, assim como contribuíram para a irradiação do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

Os ideais que nortearam o período da Revolução Industrial, influenciados pela Revolução Francesa, buscavam à liberdade contratual, contudo, o resultado não se revelou favorável aos trabalhadores, visto que os empregadores não cumpriam as obrigações pactuadas. Esse fato contribuiu para o agravamento da precariedade das condições dos trabalhadores, fazendo com que os trabalhadores pressionassem o governo no sentido de que fossem criados mecanismos para a proteção e melhoria das relações de trabalho.

Em 1906, durante a Conferência de Berna, realizada na Suíça, surgiu o embrião das primeiras convenções internacionais de proteção, normas voltadas a unificar direitos

básicos dos trabalhadores. Ainda neste período, nasceu a Declaração Soviética do Povo Trabalhador Explorado, de 1918, que inseriu na Constituição da República Soviética a soberania do povo trabalhador, consagrando, assim, a autonomia privada coletiva.

É nesse contexto que surge o Direito Internacional do Trabalho, denominação que Süsssekind assim conceitua:

A expressão 'Direito Internacional do Trabalho' (DIT) empregada cada vez mais para identificar o capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção do trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho seja como ser humano, com a finalidade de: a) universalidade dos princípios de justiça social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas; b) estudar as questões conexas, das quais depende a consecução desses ideais; c) incrementar a cooperação internacional visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social.

[...] Normas de direitos humanos correlacionados com o trabalho, a política de desemprego, a seguridade social populacional, o exame de questões econômicas pelo prisma de seus reflexos sociais, a política social das empresas da administração do trabalho, [...] do combate ao desemprego e subemprego.<sup>48</sup>

Conforme apontado por Süsssekind, o Direito Internacional do Trabalho, fruto de um diálogo global, tem por objetivo a universalização dos princípios de justiça social, a uniformização das normas jurídicas dos diversos Estados e o desenvolvimento da cooperação internacional em busca da proteção de direitos essenciais da pessoa humana do trabalhador, em outras palavras, o estabelecimento e a efetividade dos direitos fundamentais.

Moreira destaca que a Alemanha foi à pioneira na criação da Teoria *Drittwirkung der Grundrechte*, a qual, devido a sua relevância, logo foi seguida por outros países, dentre os quais Itália, Espanha e Portugal, motivo pelo qual há vasta discussão sobre o assunto no direito comparado<sup>49</sup>.

Com o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho, surge a concepção do trabalhador como "trabalhador-cidadão"<sup>50</sup>, reconhecendo-lhe todos os direitos tutelados aos cidadãos, promovendo, deste modo, a dignidade humana no âmbito da relação de trabalho, superando, portanto, a ideia do trabalhador como mão de obra. O objetivo de se empregar essa dimensão dos direitos fundamentais é evitar que o trabalhador seja tratado como mercadoria, respeito conquistado por meio do Tratado de Versalhes, em 1919, quando foi criada a Organização Internacional do Trabalho, com o objetivo de assegurar a aplicação

---

<sup>48</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p 18.

<sup>49</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controle do Empregador**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 58-60.

<sup>50</sup> AMARAL, op. cit., 2014. p. 103.

de princípios do Direito do Trabalho, como a dignidade da pessoa humana do trabalhador, obrigando os Estados a impor limites ao poder econômico<sup>51</sup>.

A primeira fase da constitucionalização do Direito do Trabalho foi marcada pela consagração dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores. Já na segunda fase, surge a busca pela cidadania na empresa<sup>52</sup>, enfatizando os direitos fundamentais inespecíficos<sup>53</sup> e possibilitando a mudança de paradigma a respeito do trabalhador, que passa a ser considerado como um cidadão na empresa, trabalhador-cidadão ou cidadão-trabalhador.

Neste prisma, Almeida põe em relevo que os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores se referem aos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, aqueles relacionados à cidadania, tais quais: o direito de personalidade, o direito de informação, o direito de participação na vida da empresa, entre outros, expressados constitucionalmente como princípios normativos, vivenciados no contexto da empresa e garantidos em razão da eficácia dos direitos constitucionais fundamentais<sup>54</sup>.

Na concepção de Robert Alexy, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, são, portanto, mandamentos de otimização<sup>55</sup>.

Destaca Abrantes, que os direitos fundamentais dos trabalhadores somente poderão sofrer limitação em caso de absoluta necessidade, mediante razoável justificação, a fim de que não seja afetada “a extensão e o alcance do conteúdo essencial” dos direitos fundamentais.<sup>56</sup>

Considerando a hermenêutica dos direitos fundamentais, põe-se em relevo a evolução trazida pelo pós-positivismo. Neste compasso, afirma Marmelstein que a partir do momento em que se admite a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o jurista obriga-se a sempre buscar argumentos na própria Constituição. Ou seja, a norma

---

<sup>51</sup> VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 124-125.

<sup>52</sup> Termo adotado por ABRANTES, José João. *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>53</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Los derechos laborales inespecíficos**. Minerva - Revista de Estudos Laborais. Coimbra, n. 2, 2003. p. 173-194.

<sup>54</sup> ALMEIDA, Renato Rúa de. **Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores**. Revista TRT 8ª Região. Belém. v. 46, n. 90, jan/jun 2013, p.151-154.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 90.

<sup>56</sup> ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 233.

constitucional torna-se o principal parâmetro da argumentação jurídica<sup>57</sup>.

Por sua vez, Amaral pontua que

[...] os direitos fundamentais são reconhecidos como direitos constitucionais, sejam eles enunciados expressamente no texto de cada carta ou simplesmente reconhecidos, implicitamente, como parte da ordem jurídica. A Constituição brasileira de 1988 é até mesmo didática, neste ponto, a declarar que os direitos e garantias expressos não excluem outros "decorrentes do regime e dos princípios adotados" pelo seu texto do § 2º do art. 5º.<sup>58</sup>

Verifica-se no preâmbulo constitucional que o papel central da Constituição é a instituição de um Estado Democrático de Direito, edificado para assegurar os direitos fundamentais sociais e de liberdade, assim como o bem-estar coletivo, a igualdade, a justiça e a fraternidade.

Nesse sentido, Sarlet assevera que os direitos fundamentais se aplicam “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. O reconhecimento dos direitos fundamentais, no plano constitucional, possui como argumento o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o autor afirma que o Constituinte de 1988 consagrou expressamente uma gama variada de direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata<sup>59</sup>.

Por seu turno, Delgado defende que

Se o trabalho é um direito fundamental, deve-se pautar na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendendo que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno. Primeiro, devido ao nexos lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é que é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador<sup>60</sup>.

Para Marmelstein, os direitos fundamentais possuem supremacia formal e material e, por isso, gozam de uma normatividade potencializada, traduzida no princípio da supremacia dos direitos fundamentais. Acrescenta o autor que os direitos fundamentais podem gerar pretensões subjetivas, exigíveis judicialmente, cabendo ao Poder Judiciário, ao interpretar

<sup>57</sup> MARMELSTEIN, op cit., 2014, p. 355.

<sup>58</sup> AMARAL, op. cit., 2014, p. 19.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35, 83 e 281.

<sup>60</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006. p. 209.

normas definidoras de direitos fundamentais, buscar a solução que mais dê eficácia ao direito em jogo, segundo o princípio da máxima efetividade<sup>61</sup>.

Amaral reforça tal entendimento asseverando que

[...]somente por meio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, em face do dinamismo destas relações<sup>62</sup>.

Em se tratando de Direito do Trabalho, a doutrina apresenta pouca controvérsia sobre a incidência dos direitos fundamentais, entendendo que a Teoria *Drittwirkung der Grundrechte* se amolda com certa naturalidade no âmbito do contrato de trabalho. Isso se justifica por conta da desigualdade existente entre o empregador e o empregado, fato que torna as relações de trabalho um dos campos das relações jurídico-privadas em que os direitos fundamentais estão mais evidentes, conseqüentemente, mais vulneráveis, devido à situação de sujeição do trabalhador.

A relação jurídica existente no contrato de trabalho é um dos exemplos mais cristalinos de uma situação de real poder de um dos sujeitos contratuais sobre o outro. Por este motivo, a vinculação das entidades privadas prevalece sobre a autonomia privada. Segundo Moreira, essa condição de inferioridade é a razão da crítica dirigida aos poderes atribuídos ao empregador, de maneira que não se pode admitir que não estejam submetidos à observância obrigatória dos direitos fundamentais<sup>63</sup>.

Entendimento semelhante, apresenta a Bezerra Leite, o qual defende que a relação de emprego é uma relação de poder constituída em torno da assimetria firmada na contratação entabulada entre empregado e empregador:

No âmbito das relações de trabalho, especificamente nos sítios da relação empregatícia, parece-nos não haver dúvida a respeito da importância do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mormente em razão do poder empregatício (disciplinar, diretivo e regulamentar) reconhecido ao empregador (CLT, art. 2º), o qual, por força dessa relação assimétrica, passa a ter deveres fundamentais em relação aos seus empregados<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> MARMELSTEIN, op. cit., 2014, p. 361.

<sup>62</sup> AMARAL, op. cit., 2014, p. 134

<sup>63</sup> MOREIRA, op. cit., 2004, p. 60.

<sup>64</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego e a Responsabilidade do Empregador**. In: Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Rúbia Zanotelli de Alvarenga (Org.). *Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015. p. 23.

Nesses termos, conclui o autor que tal realidade justifica a forte aplicação dos direitos fundamentais nesse tipo de relação entre particulares.

Por seu turno, Sarmiento destaca que nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é primordial a consideração da existência e do grau da desigualdade fática entre os envolvidos, de maneira que quanto maior a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela conflitante<sup>65</sup>.

Para Caupers, a inferioridade substancial existente entre as partes do contrato de trabalho, bem como a dependência econômica que coloca o trabalhador em clara situação de desvantagem, acarreta na vinculação das entidades patronais às normas que reconhecem direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga dos trabalhadores e, em geral, os direitos, liberdades e garantias de todos os cidadãos<sup>66</sup>.

Também contribui para essa conclusão Borba, que afirma que no Direito do Trabalho há "real situação de poder do empregador sobre o trabalhador e, por isso, a eficácia dos direitos fundamentais tem plena aplicação"<sup>67</sup>.

Neste diapasão, Abrantes assevera que a disposição da mão de obra do trabalhador ao empregador, torna inevitável o conjunto de limitações à liberdade pessoal do trabalhador. Salaria o autor que a celebração de um contrato de trabalho não resulta na cessão ou privação de direitos dos trabalhadores assegurados na constituição. Deste modo, na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas, mantendo, portanto, a sua condição de "cidadão-trabalhador"<sup>68</sup>.

Segundo o entendimento de Rocha, a presença da subordinação jurídica na relação de emprego gera desigualdade entre trabalhador e empregador, colocando o trabalhador em situação de sujeição em face do poder diretivo do empregador. Por sua própria natureza, a

---

<sup>65</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 261.

<sup>66</sup> CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 173-175.

<sup>67</sup> BORBA, Joselita Nepomuceno. **Eficácia dos direitos fundamentais e a revalorização do contrato de trabalho**. Revista LTr. São Paulo, v. 75, nov. 2011, p. 1353.

<sup>68</sup> Terminologia adotada por João José ABRANTES em sua obra *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 107.

relação de emprego é um ambiente propício para que a liberdade e os direitos individuais do trabalhador sejam vulnerados, fato que evidencia uma relação manifestamente desigual, levando à necessária conclusão de que a vinculação do empregador aos direitos fundamentais é direta e imediata, inclusive quanto aos denominados direitos fundamentais de cidadania.<sup>69</sup>

Ressalva-se, entretanto, o fato de que na relação de emprego ambos os pactuantes são titulares de direitos fundamentais, de modo que é inevitável a colisão entre tais direitos. Portanto, essa questão somente poderá ser resolvida mediante a aplicação da técnica da ponderação de princípios constitucionais, constituído na análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Importa destacar a advertência feita por Alexy quanto à colisão entre princípios constitucionais, de modo que o resultado sempre dependerá da análise das circunstâncias presentes no caso concreto, tendo-se como premissa a validade de todos os princípios sem que haja precedência absoluta de um em relação ao outro.

### **2.7.1. Eficácia direta ou imediata nas relações trabalhistas**

A Teoria *Drittwirkung der Grundrechte* é bastante aceita pela doutrina e jurisprudência, pousando o entendimento sobre a validade da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho, visto ser o meio mais adequado e efetivo de proteção dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores no contexto da dinâmica relação trabalhista.

A corrente doutrinária que defende a eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais às relações de trabalho tem por fundamento a concepção do empregador como uma estrutura de poder, o qual se consubstancia em especial potencial lesivo para o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Adota-se ainda a ideia do trabalhador em uma permanente situação de desigualdade, inferioridade<sup>70</sup> ou desequilíbrio<sup>71</sup>, o que justifica a imposição de um mecanismo de equilíbrio para essa relação.

---

<sup>69</sup> ROCHA, Andréa Presas. **A efetividade dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta**. In: Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho, ALMEIDA, Renato Rúa de (coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (orgs.) São Paulo: LTr, 2010, p. 29-46.

<sup>70</sup> MOREIRA, op. cit., 2004, p. 60.

<sup>71</sup> CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 171-174.

Andrade aponta que autores como Paulo Mota, Canaris, Starck, Neuner, Canotilho, contestam o poder privado como critério de vinculação direta de particulares aos direitos subjetivos fundamentais, antes, entendem que o critério válido esteja relacionado especificamente à dignidade humana, condição que alcança todos os particulares<sup>72</sup>.

Como contraponto ao entendimento dos autores citados por Andrade, Caupers afirma que, até mesmo para a corrente doutrinária que rejeita a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em relação às entidades privadas, é comum o reconhecimento da aplicação da eficácia direta nas relações em que exista clara situação de desigualdade entre as partes<sup>73</sup>.

Essa vinculação prevalece sobre a autonomia privada, visto que no contrato de trabalho sempre há conflito decorrente da desigualdade de fato, que exige o reconhecimento e aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais. Contudo, não se pode olvidar da possibilidade de colisões entre direitos, bens e interesses, visto a existência de direitos fundamentais constitucionalmente tutelados aos dois polos da relação de trabalho. Deste modo, é preciso lembrar que os direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, é necessário ponderar a eficácia de cada um, conforme o caso concreto.

Ao analisar a Constituição Portuguesa, Andrade faz algumas considerações sobre os direitos, liberdades e garantias das relações privadas de poder, sintetizando o processo necessário para a aplicação da eficácia dos direitos fundamentais, são eles: i) a concepção dos particulares como sujeito passivo dos direitos subjetivos fundamentais, nos casos em que pessoas, sejam coletivas ou individuais, disponham de poder especial de caráter privado sobre outros indivíduos, fato que justifica a proteção dos vulneráveis. ii) as situações de poder social podem variar e assim a aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias, de modo que poderão ser determinados somente com a análise do caso concreto. iii) o critério da desigualdade ou do poder social, não deve ser classificatório, antes, deve ser compreendido como um critério teleológico que em concreto permite entender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas, possibilitando, então, a arguição da invalidade de atos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais, bem como reclamar a indenização dos danos causados. iv) a necessidade da ponderação dos direitos ou valores em conflito (aplicação do princípio da proporcionalidade), visto que as entidades

---

<sup>72</sup> ANDRADE, op. cit., 2001, p. 251.

<sup>73</sup> CAUPERS, op. cit., 1985, p. 171.

privadas também são titulares de direitos necessários ao desempenho da atividade econômica<sup>74</sup>.

Não se pode, contudo, adotar, cegamente, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sem que seja analisada a possibilidade de colisão de direitos fundamentais, situação em que é imperiosa a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, da adequação e da razoabilidade, para a solução dos conflitos.

Conclui-se, portanto, que a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, por conta da desigualdade existente na relação contratual entre empregador e empregado, encontra guarida na aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sendo este o meio adequado para a proteção dos direitos e liberdades constitucionalmente tutelados aos trabalhadores-cidadãos.

---

<sup>74</sup> ANDRADE, op. cit., 2001, p. 247-252.

### 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Após a Segunda Grande Guerra a Europa experimentou um processo de reconstitucionalização que se prolongou ao longo da segunda metade do século XX e redefiniu o posicionamento da Constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas, de maneira que a nova perspectiva entre o constitucionalismo e a democracia, influenciada pelo pós-positivismo, inspirou uma nova organização governamental que foi consagrada como Estado Democrático de Direito.

Como consequência, surgiu a chamada constitucionalização do Direito, que consistiu na irradiação da força normativa dos princípios da Constituição para todo o ordenamento jurídico. Seus principais efeitos foram: a aplicação direta da Constituição em diversas situações; a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com o texto constitucional; e, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme o disposto na Constituição, determinando o sentido e o alcance de tais normas.

A Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, a subsequente criação do Tribunal Constitucional e a reconstitucionalização de Portugal em 1976, são as principais referências no desenvolvimento dessa concepção do novo Direito Constitucional. Tardiamente, a Constituição brasileira de 1988 uniu-se ao fenômeno da constitucionalização.

O reconhecimento da superioridade da Constituição Federal e a irradiação das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico originou o que a doutrina passou a chamar de Constitucionalização do Direito.

Na medida em que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, a clássica separação outrora existente entre o Direito Constitucional e o Direito Civil dissipou-se, passando, então, a Constituição a servir de guia para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico.

A constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares, como bem evidencia Barroso:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente limitar-lhe a discricionariedade e impor a ela deveres de atuação, ainda fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.<sup>75</sup>

A história nos mostra que a grande contribuição para o desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização ocorreu na Alemanha, através do famoso caso Lüth, por meio do qual foi reconhecida a irradiação da dimensão objetiva dos valores<sup>76</sup> e direitos fundamentais nas relações privadas. O entendimento firmado serviu de base para a exteriorização dos efeitos da constitucionalização no Direito Privado, no sentido de que o sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores voltados ao interesse geral da sociedade, ou seja, as normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os poderes estatais.

Um dos efeitos mais notáveis da constitucionalização foi a mudança de concepção quanto aos princípios do Direito, em especial, os constitucionais, de maneira que institutos clássicos do Direito Privado, tais como a autonomia da vontade e da propriedade, passaram a possuir uma dimensão funcional com direta influência na coletividade. Essa perspectiva deve-se ao fato da compreensão de que não são mais os interesses individuais que sustentam as normas de Direito Privado, mas este é quem deve promover o ordenamento funcional de todos os interesses, seja de natureza coletiva, social, difusa ou mesmo pública.

A nova hermenêutica constitucional nos orienta no sentido da maior efetividade dos princípios constitucionais e é nesse contexto que se supera a pretérita visão de que os direitos fundamentais teriam apenas o objetivo de proteger o indivíduo dos abusos perpetrados pelo Estado. Hodiernamente, entende-se que os direitos fundamentais não são apenas dotados de um aspecto prestacional que exige a atuação do Estado para a

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. THEMIS: Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez, 2006, p. 31.

<sup>76</sup> Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o grande doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade, assevera que a eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se no sentido do alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 171.

implementação, mas possuem, também, eficácia perante terceiros, propiciando proteção contra ameaças e violações por parte de terceiros, seja o agente individual ou coletivo.

É por este motivo que o direito de propriedade, por exemplo, fundamento de parte significativa do sistema de Direito Privado, encontra-se em fase de adequação por conta dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais constituem o Estado Democrático de Direito.

Por conta da relevância do tema no contexto do direito contemporâneo, abordaremos neste capítulo a constitucionalização do Direito, a força normativa da constituição e os efeitos da irradiação dos seus valores principiológicos para todo o ordenamento jurídico, fenômeno que conferiu uma nova visão ao Direito Privado.

### **3.1. Constitucionalização do Direito: a era dos princípios**

O novo Direito Constitucional reflete um amplo conjunto de transformações ocorridas no Estado e no Direito, dentre as quais podemos apontar como marco histórico a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Como marco filosófico, temos o pós-positivismo, âmbito do qual se desenvolve a elevação dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética. Como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Os direitos fundamentais, então concebidos pela doutrina e a jurisprudência constitucionais modernos, passaram a desenvolver a base de todo ordenamento jurídico, como valores diretivos e informativos, que segundo Robert Alexy, atuam como normas de otimização da aplicação das regras jurídicas.

Desse entendimento surgem três acepções acerca da definição de constitucionalização do Direito. A primeira, no sentido da existência, num determinado Estado, de um ordenamento jurídico com Constituição soberana. A segunda acepção adota o entendimento de que a expressão constitucionalização do direito esteja relacionada ao fato de que as normas jurídicas infraconstitucionais integrem o conteúdo normativo da constituição.

A terceira define como um fenômeno de expansão das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico possui força normativa e se irradia sobre todo o sistema jurídico.

Os dois primeiros entendimentos são demasiadamente genéricos e não determinam o fenômeno em si, além de limitarem-se à compreensão da constitucionalização a partir de uma visão apenas positivista e restritiva.

Nesse diapasão, a terceira acepção acerca da constitucionalização do Direito mostra-se como mais adequada, pois destaca que os princípios constitucionais, em conformidade com seu conteúdo axiológico e força normativa, passaram a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento.

No âmbito do Direito Privado, a constitucionalização se mostra mais evidente através de limitações construídas sobre dois dos institutos mais relevantes do Direito Civil: a autonomia da vontade, a relatividade à liberdade de contratar e o uso da propriedade privada, os quais passam a ser funcionalizados e subordinados aos valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.

O marco divisor do pensamento jurídico contemporâneo, presente em autores como Josef Esser, Ronald Dworkin e Robert Alexy, está relacionado à importância conferida à manifestação dos princípios jurídicos positivados no ordenamento, seja expressa por meio da Constituição ou implícita em normas infraconstitucionais, as quais estão voltadas para a solução de problemas.

O atual pensamento exhibe de maneira muito clara a superação do legalismo que permaneceu no positivismo normativista de Kelsen, Hart e outros filósofos, para os quais as normas do direito positivo se reduziram à subsunção dos fatos por elas regulados.

Por meio da nova visão do Direito, mais próxima da realidade e influenciada pelos valores sociais e princípios universais, revela-se uma moderna e ampla faceta de proteção dos direitos da pessoa humana.

Nesse sentido, Bonavides pontua que:

A nova universalidade dos direitos humanos os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficiência. A universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva

adoção da igualdade e da fraternidade.<sup>77</sup>

Deste modo, os princípios constitucionais se encontram em um nível superior de abstração, se considerada a compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa, é também hierarquicamente superior, pois se os princípios não permitirem uma subsunção direta aos fatos, será possível a aplicação indireta, por meio da orquestração das regras normativas.

Segundo a acepção do pós-positivismo, nos casos em que o intérprete se depare com um vazio normativo, as normas constitucionais poderão ser aplicadas diretamente, a partir das quais deve ser extraída a máxima efetividade jurídica para a adequada solução do conflito, considerando que toda a matéria não regradada por lei específica encontra na constituição um mínimo de regulação, revelando, portanto, uma ferramenta reativa do sistema jurídico ante a inércia injustificada do legislador.

As lacunas normativas podem ocorrer tanto pela falta de detalhamento do conteúdo de uma lei, como consistir em um fato não previsto pelo sistema jurídico. Para o positivismo, as lacunas legais constituem uma oportunidade de discricionariedade ao magistrado, contudo, as constituições modernas preveem valores e normas gerais que impedem que fatos não previstos em lei fiquem ao mero alvedrio do intérprete. Nessas hipóteses, segundo propõe o pós-positivismo, o juiz deve buscar uma solução alinhada à Constituição, nunca a contrariando.

Partindo-se da distinção entre normas jurídicas e princípios, desenvolvida por autores como Karl Larenz, Josef Esser, Ronald Dworkin e Robert Alexy, pode-se afirmar que as normas constitucionais possuem estrutura de princípios, o que lhes confere natureza diferenciada dos valores.

Conforme aponta Guerra Filho, o modelo de ordem jurídica segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais proposto por Alexy contempla três níveis: princípios, regras e procedimentos. É neste último nível em que os interesses e bens da vida, traduzidos em valores, são consagrados e positivados como princípios, resultando em novas normas, aptas a incidirem sobre determinadas situações concretas.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 573.

<sup>78</sup> GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Proposta de Teoria Fundamental da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. N. 7, Vol.1, Jan/Jun - 2006. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional

Nesse sentido, a força vinculante da constituição pode ser compreendida como reflexo do seu correto reposicionamento dentre as fontes do direito, fortalecendo seu caráter normativo e afastando a clássica distinção feita às normas constitucionais por conta da estrutura de seus enunciados. Todas as normas constitucionais, ainda que tenham estruturas e aplicações diversas, não deixam de serem normas jurídicas, logo, estão aptas a produzir efeitos jurídicos.

A atual concepção da força normativa da constituição vincula a interpretação dos fatos à luz dos princípios constitucionais, de modo que se tornou necessário um critério para o estabelecimento de um equilíbrio, por assim dizer, uma valoração dos princípios. Esse equilíbrio é necessário porque um sistema baseado somente em regras conduziria a um positivismo exacerbado, pois o legislador não conseguiria prever todas as situações do cotidiano, ao passo que um sistema fundado apenas em princípios tornaria o sistema jurídico extremamente conflituoso, abstrato e com a possibilidade de enfraquecimento da força normativa da constituição, haja vista a ausência de regras imperativas para operacionalizar diretrizes ao Estado.

Para tanto, aplica-se o chamado princípio dos princípios, o princípio da proporcionalidade, que assume a função de harmonizar os princípios jurídicos e conferir à máxima efetividade ao direito fundamental tutelado pela constituição nos casos em que haja conflito em um caso concreto.

Os princípios possuem o condão de passar o direito da teoria para a prática, pois incorporam ao ordenamento jurídico referências sociológicas, consagram valores fundamentais tais como a liberdade, a democracia, a dignidade e, principalmente, a possibilidade de continuidade e desenvolvimento do sistema jurídico constitucional. Nesses termos, Canotilho assevera a importância dos princípios como elemento fundamental para a evolução do sistema jurídico:

Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos(...) os princípios tem uma função normogénica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional(...) o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para um *law*

*in action* para uma living constitutivo Esta perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional tendencialmente principialista, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (colisão de direitos fundamentais); mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios, a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios e valores programa, funções e pessoas [...] <sup>79</sup>

A partir da classificação dos princípios na Constituição, Canotilho esclarece que as Cartas constitucionais de garantia dão primazia aos princípios, à influência da moral como forma de tutela dos seres humanos e conseqüentemente dos direitos destes, convergindo para uma nova concepção sobre a Teoria do Direito e à hermenêutica constitucional.

Como visto, as mudanças proporcionadas pela constitucionalização do Direito, no âmbito do pós-positivismo, causaram grande impacto na concepção do Direito moderno. Embora, ainda, seja alvo de duras críticas, devem ser considerados os avanços experimentados pelo Estado Democrático de Direito propiciados pela nova hermenêutica constitucional.

A reintegração dos valores e da moral ao ordenamento jurídico consagrou a força normativa da constituição e, conseqüentemente, a vinculação dos princípios constitucionais a todos os âmbitos do direito. É inegável a importância dos princípios para o sistema jurídico, seja na fase de criação legislativa, seja na interpretação da norma e, principalmente, na atividade jurisdicional, em que se materializa a aplicação da lei ao caso concreto.

Tendo em vista a nova faceta principiológica, em que se destaca a constitucionalização do Direito e a era dos princípios, veremos a seguir alguns princípios e institutos jurídicos que dão embasamento a este trabalho.

### **3.1.1. O princípio normativo da Constituição**

A grande orientação trazida pelo princípio da força normativa da Constituição consiste na obrigatoriedade da norma abranger os fundamentos da nação e seus respectivos anseios para que seja considerada Lei Fundamental de um Estado, não sendo suficiente,

---

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1149.

portanto, sua mera expressão no texto constitucional.

Segundo defende Konrad Hesse, a força normativa da Constituição está relacionada ao fato de que toda norma constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de ser considerada letra morta. O autor afirma que a Constituição deve incorporar em seu conteúdo a realidade jurídica do Estado, bem como deve estar alinhada com a realidade social. Acrescenta, ainda, o autor que:

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.<sup>80</sup>

Para Hesse, a força normativa da constituição é uma forma pela qual as normas constitucionais alcançariam maior eficácia, independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo, consubstanciando uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.<sup>81</sup>

Desta forma, temos a acepção de que a Constituição não deve ser apenas teórica e utópica, mas possível de ser colocada em prática para atender os anseios e necessidades sociais do Estado. De maneira sucinta, para que a Constituição possua força normativa efetiva é necessário que sua interpretação seja realizada buscando sua plena eficácia na realidade social.

No Brasil, estudos relacionados ao princípio normativo da Constituição só foram ampliados ao longo da década de 80, tendo, por óbvio, críticas e resistências. Coube à Constituição de 1988 o papel de inaugurar a nova interpretação constitucional decorrente do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, ficando ao cargo da doutrina e da jurisprudência a missão de romper com a posição dominante.

A nova interpretação do direito constitucional, que inclui as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação, revelou que o sistema de interpretação tradicional não era mais suficiente para a resolução dos conflitos

---

<sup>80</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 20.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 27.

modernos, pois muitos dilemas jurídicos não encontram previsão na lei.

Deste modo, em muitos casos só é possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada quando o caso concreto e os fatos relevantes são analisados topicamente<sup>82</sup>. Por meio do novo método de interpretação, o juiz completa o trabalho do legislador, fazendo valorações de sentido para as cláusulas abertas e ponderando as soluções possíveis.

A respeito desse sistema jurídico aberto, Barroso aponta que:

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.<sup>83</sup>

Insta salientar que o reconhecimento do comando normativo dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo, assim como as cláusulas relacionadas à dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência, as quais também transferem para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.

### 3.1.2. O Princípio da Proporcionalidade

A ideia de proporcionalidade revela sua importância quanto à dinâmica de equilíbrio dos diversos princípios jurídicos, em especial pela expressão do justo e razoável. O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da relatividade, determina o estabelecimento de uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, de modo que a solução acolhida proporcione a máxima efetividade jurídica. Em outras palavras, a aplicação do princípio da proporcionalidade visa à proteção do conteúdo essencial de um direito fundamental.

---

<sup>82</sup> Nesse sentido, VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução da 5ª ed. Alemã, rev. e ampl., de Profª Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

<sup>83</sup> BARROSO, op. cit., 2006, p. 26-27.

Não há princípio cuja aplicação seja absoluta, pois, a aplicação unilateral e irrestrita a um determinado valor pode conduzir para a proteção de um direito individual ao passo que essa mesma garantia pode acarretar a violação de um direito coletivo.

Nesse contexto, não é difícil imaginar que a convivência dos princípios, na ocasião da defesa de direitos fundamentais seja conflituosa. Isso decorre da própria natureza dos direitos tutelados pela constituição, visto que muitos deles são positivados e não raramente são colocados em rota de colisão. A esse respeito, Barroso esclarece que:

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.<sup>84</sup>

No intuito de minimizar dificuldades de julgamento advindo do novo modelo hermenêutico do Direito, Alexy disseminou o Princípio da Proporcionalidade, a fim de auxiliar o intérprete a solucionar o conflito entre os princípios e a encontrar a solução mais eficaz para a aplicação dos preceitos constitucionais no caso concreto.

Nesse trilha, Guerra Filho ensina que:

Para resolver o grande dilema que aflige os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios e direitos dotados de fundamentalidade, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é incontornável o recurso a um “princípio dos princípios”, que em paráfrase a Edmund Husserl qualificamos assim, por representar algo assim como “a principialidade dos princípios”, enquanto decorrente de sua relatividade mútua. Trata-se do princípio da proporcionalidade, tal como concebido no campo jurídico na tradição germânica, como um princípio, também, de “relatividade” (*verhältnismässig*), o qual determina a busca de uma “solução de compromisso”, respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), sem jamais lhe(s) faltar minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes o “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e “axial” do contemporâneo Estado Democrático. O princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, assim como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CR), é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito

---

<sup>84</sup> BARROSO, op. cit., 2006, p. 27-28.

simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.<sup>85</sup>

O princípio da proporcionalidade possui um conteúdo que se divide em três outros subprincípios: o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máximo do sopesamento, princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave. O subprincípio da adequação determina que, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, se faça o possível, buscando o meio adequado para atingir o fim estabelecido. Já o subprincípio da exigibilidade nos orienta no sentido de que o meio adotado deve se mostrar exigível, de maneira que outra opção não seja igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais.

Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, passível de subsumirem fato e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro princípio, como recentemente se afirmou entre nós, pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que Ronald Dworkin refere como a “dimensão de peso” (dimension of weight) dos princípios, e Alexy como a ponderação (Abwägung) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras. E também, pragmaticamente, caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da ideia de Estado democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão-somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais – ou, mesmo, “fundantes” –, a exemplo deste princípio de proporcionalidade [...]<sup>86</sup>

Diante das considerações acima, podemos concluir que a constitucionalização do Direito conferiu aos direitos fundamentais um conteúdo intangível, que não pode ser transacionado. É esse núcleo essencial que deve ser protegido pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual define um limite para que não se ofenda a dignidade do homem. Deste modo, temos que o princípio da proporcionalidade é o instrumento que garante o caráter absoluto do princípio da dignidade humana.

Importa destacar que no ordenamento jurídico brasileiro os direitos e garantias individuais, ainda que apresentem relevante interesse público, não possuem caráter absoluto, de modo que, excepcionalmente, dentro de um determinado limite estabelecido pela própria

<sup>85</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. **Proporcionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>. Acesso em 15 Mai. 17.

<sup>86</sup> Ibid., Mídia eletrônica.

Constituição, possam os órgãos estatais adotar medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, visando a proteção contra a limitação de direitos específicos, a proteção da integridade do interesse social, bem como assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades.

Muito embora haja a preocupação em se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é previsível que no caso concreto ocorra a colisão de direitos fundamentais, situação em que deve ser levado em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, é por meio deste que todos os princípios serão harmonizados e hierarquizados, de acordo com a relevância de cada direito fundamental.

Não se pode, portanto, estabelecer, abstratamente, qual direito deve prevalecer, pois, apenas com a análise do caso concreto e a aplicação do critério da proporcionalidade é que será alcançada a definição de qual direito deve prevalecer buscando-se sempre a máxima efetividade aos dois direitos em conflito, sem que haja o sacrifício total de algum direito relacionado.

A aplicação de novos institutos e princípios hermenêuticos evidencia a contraposição do Direito Constitucional ao individualismo patrimonialista despersonalizado que dominou, por muitos séculos, a doutrina civilista. O que se constata com a constitucionalização do Direito são a repersonificação, a despatrimonialização e uma funcionalização do Direito Civil, na medida em que a proclamação da dignidade da pessoa humana, como valor fundamental do sistema constitucional, eleva as garantias e proteção ao sujeito de direitos.

Portanto, verifica-se que por força da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda que o caso concreto apresente situação de conflito entre direitos fundamentais, na hermenêutica normativa do Direito deve prevalecer o sentido que melhor atenda os princípios constitucionais de modo que seja conferida eficácia à Constituição.

### **3.2. A funcionalização dos institutos jurídicos**

A história nos mostra que a concepção individualista e econômica do direito conduziu parcela relevante da sociedade a adotar um comportamento egoístico e indiferente

em relação aos problemas e dificuldades de terceiros. A fim de estabelecer uma oposição ao desequilíbrio decorrente de tal comportamento, ergue-se a solidariedade como novo paradigma do Direito Privado contemporâneo.

Nessa esteira, destaca Lorenzetti que o Direito Privado moderno passa a se preocupar com as consequências públicas decorrentes das ações privadas, assim como seu impacto sobre os demais indivíduos e sobre os bens públicos, de maneira que passam a ser conferidos status jurídico a bens outrora irrelevantes. Essa nova concepção, que passa a ser envolvida por uma sociedade de instituições solidárias, atribuí ao Direito Privado uma funcionalização social nunca experimentada, que se contrapõe à noção do "sujeito isolado" e adotando o "sujeito situado", modificando o enfoque do sistema jurídico, que se vê obrigado a interpretar a função do Direito Privado sob a ótica da ética, da moral e, sobretudo, da solidariedade.<sup>87</sup>

Com o estabelecimento do novo paradigma gerado pela constitucionalização do Direito Civil, inicia-se o Estado Social, a função dos direitos fundamentais passa a ser tratada sob o enfoque da dimensão objetiva, positiva ou prestacional dos direitos fundamentais, em que destaca o dever do Estado de não apenas abster-se de violar tais direitos, mas também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros.

Ao publicar *Dalla struttura alla funzione*, Norberto Bobbio propôs a funcionalização do Direito, indo muito além da propositura estrutural de Hans Kelsen, cujo principal objetivo era regular a conduta dos indivíduos. Bobbio aponta que a estrutura do ordenamento jurídico envolve as normas e suas relações recíprocas, já a função, relaciona-se com a realidade concreta, onde cada elemento tem seu papel na realização do Direito. O autor prossegue em seu raciocínio, afirmando que:

Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um complemento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional.<sup>88</sup>

Assim, presente a função prestacional dos direitos fundamentais, impõe aos Poderes Públicos sua proteção e promoção, cabendo ao Estado, por meio da legislação, adotar

---

<sup>87</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 82-83.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da Teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2007, p. 41.

diretrizes para que os particulares guiem suas condutas sob o norte da proteção e promoção da dignidade humana.

Nesse sentido, afirma Silva que:

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadão foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.<sup>89</sup>

Assim, verifica-se, na ordem pública constitucional, a introdução de valores não patrimoniais de natureza social e voltados para a proteção da pessoa humana e a sua personalidade, os quais devem ser funcionalizados nas relações jurídicas privadas, de modo que sejam atendidos os interesses sociais. Por essa medida, buscou o constituinte evitar que a iniciativa econômica privada, bem como as demais relações no âmbito privado, desenvolva-se de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social.

A restauração da relevância do indivíduo como pessoa sujeita de direitos fundamentais, promovida pela Constituição Federal de 1988, foi um marco na história jurídica pátria, visto que a concepção formalista do Direito Privado foi considerada incapaz de manter a segurança jurídica por conta da falta de alinhamento com as mudanças socioeconômicas.

Segundo Lorenzetti, a Constituição impingiu ao atual Direito Privado uma forte perspectiva ética e social, visto que o próprio texto constitucional tratou de cuidar de situações antes destinadas, exclusivamente, ao sistema jurídico privado, redefinindo, pois, o modo e a legitimidade para que o particular possa exercer o direito de empresa, de contrato, de família, de ser indenizado, mas, sobretudo, de posse e de propriedade.<sup>90</sup>

Cardoso, consoante ao entendimento de Barroso, destaca que essa nova ordem constitucional conduz à reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica de solidariedade, de modo que à luz de tais premissas toda interpretação jurídica passa a ser, também, interpretação constitucional, vez que qualquer operação de realização do direito pressupõe um sistema de cláusulas gerais que, na verdade, atuam como ligação entre os

---

<sup>89</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

<sup>90</sup> LORENZETTI, op. cit., 1998, p. 252.

princípios adotados pela Constituição e o complexo normativo a ela submetido.<sup>91</sup>

Nesse contexto, a progressiva constitucionalização do Direito Privado, voltada à observância dos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade humana, visa atender aos anseios de justiça social, a mitigação da concepção individualista para o solidarismo, o pluralismo das fontes do direito e importância da consideração dos princípios jurídicos na criação legislativa, a individualização das normas jurídicas e a consideração de características peculiares dos casos concretos, a superação do formalismo jurídico, dentre outros, que são características não suportadas pelo Direito clássico, ou seja, pelo positivismo jurídico.

Para tanto, a operacionalização das mudanças propostas pela constitucionalização do Direito ocorre, principalmente, por meio das cláusulas gerais, que atuam como uma conexão entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, mantendo, contudo, a independência entre eles.

Nesse sentido, as relações jurídicas desenvolvidas no âmbito da autonomia privada devem atender a função social, favorecendo o entrelaçamento dos institutos do Direito Privado com o Direito Público, visto que a influência da Constituição sobre o Direito Privado criou uma série de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, fundados na mudança de paradigma, por meio do qual o ser humano passou a ser centro das preocupações jurídicas.

Dentre as consequências da influência do solidarismo e da funcionalização do Direito Privado, uma das mais relevantes foi a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, a qual será analisada mais adiante.

A seguir veremos alguns dos principais institutos funcionalizados do direito constitucional, os quais estão fundamentados sobre duas grandes linhas principiológicas: da solidariedade e da despatrimonialização do Direito.

### **3.2.1. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados**

Como dito anteriormente, a nova ordem jurídica propiciou o surgimento de novos institutos legais concebidos sob a influência das atuais ideias de socialidade e solidarismo.

---

<sup>91</sup> CARDOSO, op. cit., 2010, p. 165.

Dentre eles, a cláusula geral da boa-fé objetiva, do o equilíbrio contratual e a da função social, as quais foram incorporadas pelo novo Código Civil.

Definidos como termos legais vagos, imprecisos e genéricos, os conceitos legais indeterminados são expressões abstratas que possuem a função de efetivar os princípios jurídicos em determinados casos concretos, ao passo que as cláusulas gerais se referem a uma realidade fática, à descrição de um fato, cujo significado pode obtido segundo as regras gerais de experiência, tais com a lealdade e a boa-fé. Tais institutos não se confundem, visto que as cláusulas gerais permitem ao juiz criar o Direito no caso concreto. Por sua vez, os conceitos legais indeterminados permitem apenas a interpretação do fato, sem que haja espaço para a inovação ou criação de direitos.<sup>92</sup>

Segundo Steinmetz, a positivação por meio de cláusula geral é uma técnica legislativa que dá abertura e mobilidade ao sistema jurídico, a qual deve ser entendida em dupla perspectiva: como mobilidade externa, que abre o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos que viabilizam a adequação valorativa; e como mobilidade interna, que promove a dialética de elementos interiores ao sistema, ou seja, a cláusula geral é o enunciado normativo formulado em linguagem vaga com o objetivo de possibilitar o operador do direito a introdução interpretativa no Direito Privado de conteúdos oriundos do ordenamento jurídico, notadamente da Constituição, desumindo-se a vagueza da linguagem em suporte fático que torna possível o enquadramento jurídico de um amplo domínio de casos.<sup>93</sup>

Nesse sentido, verifica-se a aderência da Teoria Tridimensional do Direito defendida por Reale<sup>94</sup>, pois, tem-se que o interprete, além de sujeitar o fato à norma, deve avaliar as circunstâncias do caso concreto e compará-las com os valores e princípios jurídicos, para ao final, emitir um juízo não apenas legal, mas também justo. Nesses termos, o paradigma da solidariedade faz do sistema jurídico um conjunto constitucionalmente integrado, dinâmico e consentâneo aos valores éticos da solidariedade, que não decorre da simples característica comum dos elementos, mas das correlações funcionais focadas no bem comum e na justiça social.

---

<sup>92</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 326.

<sup>93</sup> STEINMETZ, Wilson Antonio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160-161.

<sup>94</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64-68.

Ao incumbir o intérprete do preenchimento do significado das normas, delimitando sua eficácia e alcance, as cláusulas gerais prolongam a aplicabilidade dos institutos jurídicos, orientando-os pela regência dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, aponta Martins-Costa que as cláusulas gerais são:

[...] conceitos que permitirão ao aplicador da lei visualizar a pessoa concreta em suas concretas circunstâncias, descendo, então, do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto, pois o método da concreção é apto para revelar a existência da diversidade entre fases de que é composto, dinamicamente, o *iter* obrigacional, permitindo assim que a diversidade material que esteja eventualmente na sua base conduza à adoção da tutela jurídica adequada à situação.<sup>95</sup>

Temos assim que a cláusula geral é uma abertura para que as normas e valores morais e sociais ingressem legitimamente no Direito Privado, onde poderão ser concebidos como pontos de irrupção dos direitos fundamentais, decorrente do princípio fundamental da solidariedade.<sup>96</sup>

É certo que a interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos gerais indeterminados deve ser realizada conforme o conteúdo valorativo estabelecido pela Constituição, de modo que o intérprete adequará a norma ao caso concreto a partir do sistema, com base nos valores e princípios constitucionais, garantindo a segurança jurídica.

### 3.2.1.1. Função Social da propriedade

Por muito tempo o direito de propriedade ostentou um perfil exclusivamente individualista, característica reforçada pelo Código Napoleônico e adotada pelo Código Civil de 1916. Porém, as exigências e necessidades da vida em sociedade passaram a exigir uma nova concepção do direito de propriedade, de modo a tornar esse direito mais social.

Para Sciorilli, a Constituição Federal de 1988 aludiu de forma explícita à função social da propriedade no art. 5.º, inciso XXIII, inserindo-a entre os direitos e deveres individuais e coletivos, e também no art. 170, inciso III, relacionando-a entre os princípios da ordem econômica.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

<sup>96</sup> STEINMETZ, op. cit., 2004, p. 161-162.

<sup>97</sup> SCIORILLI, Marcelo. **Direito de propriedade e política agrária: evolução, aspectos gerais, restrições,**

Anteriormente ao Código Civil de 2002, a função social da propriedade prevista na Constituição Federal de 1988 não passava de um princípio, que embora relevante, não possuía efeito prático. Com a vigência do novo Código Civil, o princípio constitucional passou a ter efetividade, bem como foram estabelecidas diretrizes para o seu exercício do direito de propriedade.

Por sua vez, o art. 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002, cuidou, expressamente, da função ética da propriedade, ao estabelecer que o direito de propriedade deverá ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, nos termos estabelecidos em lei, a flora, fauna, belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar poluição do ar e das águas.

Nos termos da lei, não basta que a propriedade se contenha nos limites da finalidade econômico-social, ela deve, ainda, respeito a outros valores, de modo que a sua utilização encontra obstáculo na tutela dos valores inseridos na parte final do § 1º, do citado art. 1228, do Código Civil.

Nesse sentido, Venosa explica que os princípios constitucionais buscam coibir o uso abusivo da propriedade, assim como a efetivação da obrigação social, se afastando, portanto, da clássica concepção individualista. O autor assevera que:

As vigas mestras para utilização da propriedade estão na Lei Maior. Cabe ao legislador ordinário equacionar o justo equilíbrio entre o individual e o social. Cabe ao julgador, como vimos, traduzir esse equilíbrio e apara os excessos no caso concreto sempre que necessário. Equilíbrio não é conflito, mas harmonização.<sup>98</sup>

O uso, que constitui exercício regular do direito de propriedade, não pode servir para fins ilícitos ou para causar dano a outrem. Deste modo, de acordo com a teoria do abuso de direito adotada pelo Código Civil, constitui ato ilícito o exercício irregular de um direito, que no caso da propriedade, trata-se de qualquer utilização que não se restrinja às suas funções. Em outras palavras, é abuso de direito a má utilização do bem, ou seu uso sem finalidade, ou ainda com finalidade meramente emulativa.

---

**proteção, função social. Conformação, instrumentos, limites.** 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 27.

<sup>98</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais.** 2ª Edição. São Paulo. Atlas, 2002, p.154.

### 3.2.1.2. A função Social do Contrato

Em decorrência das transformações sociais posteriores à Segunda Guerra Mundial, o contrato sofre uma substancial modificação, passando de uma livre manifestação das vontades das partes para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições. Essa mudança é o registro da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, no qual se intensificou a preocupação com a coletividade e a busca pela igualdade.

Para tanto, era necessária a existência de uma força impositiva aos indivíduos isoladamente, a qual passou a ser exercida pelo Estado através de interferências nas relações privadas, objetivando a proteção da parte mais fraca da relação contratual.

A respeito da intervenção estatal nas relações privadas, expõe Rotta e Fermentão:

Haverá um intervencionismo, cada vez maior, do Estado nas relações contratuais, que deixa conceitos como o individualismo e o voluntarismo, símbolo do liberalismo decadente, do século XIX de lado, e passa a ter preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva e a busca do Estado Social.<sup>99</sup>

O modelo individualista e voluntarista de contrato cede, então, lugar a um modelo que privilegia os princípios e valores constitucionais voltados à efetivação da dignidade da pessoa humana, deixando o contrato de ser apenas um instrumento de realização da autonomia da vontade privada, passando a desenvolver uma função social.

Para Negreiros, o princípio da função social do contrato encontra respaldo constitucional no princípio da solidariedade, ao exigir que contratantes e terceiros cooperem entre si, respeitando situações jurídicas anteriormente já constituídas, ainda que pendentes de eficácia real, mas desde que sejam conhecidas as existências das mesmas pelas pessoas envolvidas.

A sobrevivência do homem sempre dependeu da coexistência no amplo cenário da sociedade humana. A dimensão social do homem impõe que o direito proteja o indivíduo também no contratar, quando ele adquire bens para o seu desenvolvimento e manutenção pessoal ou de sua família. O homem é um ser único, mas que se apresenta em várias dimensões, a saber: a materialidade, a espiritualidade, a individualidade e a sociabilidade. A presença de cada uma delas não se dá de forma

---

<sup>99</sup> ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O pacta sunt servanda: cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade**. Paraná: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 8, n. 1, p. 193-218, jan/jul. 2008, p.207. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/729/566>. Acesso: 19 Fev. 2017.

isolada. Antes, exige interação completa, um entrelaçamento entre os quatro aspectos mencionados, necessários para que o ser humano cresça e se desenvolva em harmonia, tendo a compreensão dos demais e do ordenamento jurídico em particular de que o perfeito equilíbrio está no respeito a cada uma das extensões do ser do homem.

Com o processo de constitucionalização do Direito, o núcleo do contrato passou a seguir a orientação dos princípios constitucionais, tornando-o compatível com o Direito contemporâneo.

O Princípio da função social do contrato foi inserido no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, quando então ganhou destaque ao conciliar a livre iniciativa à justiça social.

Por sua vez, a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil de 2002, dispõe que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Assim, o dispositivo em comento não elimina o princípio da autonomia privada, contudo, a cláusula geral da função social afasta o caráter individualista do contrato, impedindo o exercício abusivo de direito e da vantagem desproporcional, limitando os princípios do *pacta sunt servanda* e da relatividade dos efeitos do contrato.

Nas palavras de Melo, passou a ser exigido nos contratos "uma postura mais humana e menos egoística das pessoas ao entabularem as suas convenções."<sup>100</sup>

No mesmo trilha, segue o entendimento de Guimarães:

A função social do contrato surge para proporcionar maior equilíbrio nas relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça, através da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente os contratos que cumprem a sua função social são dignos da tutela do Direito.<sup>101</sup>

Resta claro que o cumprimento da função social do contrato está condicionado atendimento dos valores constitucionais. Neste contexto, afirma Nery Junior que a função social dos contratos possui a condição de cláusula geral, de maneira que:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170, caput), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: contratos**. v. III. t. I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 7.

<sup>101</sup> GUIMARÃES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5814>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

<sup>102</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 336.

Deste modo, a violação do princípio da função social do contrato ocorre nas hipóteses em que o pacto venha a prejudicar os interesses sociais, ou até mesmo o de terceiros que não tenham relação direta com o contrato estabelecido entre as partes.

A esse respeito, Nery Junior aponta alguns casos em que ocorre violação da função social no contrato, tais como a existência de prestação exagerada ou desproporcional; vantagem exagerada para uma das partes, ou; quebra da base objetiva ou subjetiva do contrato.<sup>103</sup>

Por fim, resta sedimentado o entendimento de que a função social dos contratos é reconhecida como norma geral de ordem pública. Assim, a liberdade de contratar não pode ser exercida desconectada da função social do contrato, cujo alcance deverá considerar o interesse coletivo e a solidariedade constitucional, de modo que qualquer convenção particular contrária à função social deve ser afastada no momento da interpretação contratual.

### **3.2.1.3. Função Social da Empresa**

Não há na Constituição expressão literal ao princípio da função social da empresa, contudo, entende-se que esta é derivada do princípio da função social da propriedade privada, conforme aponta Grau:

[...] incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa.<sup>104</sup>

O princípio está relacionado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, dispositivo encontrado dentre aqueles que dispõem sobre a ordem econômica e financeira nacional, a qual deverá ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa.

Assim como no texto constitucional, a menção à função social da empresa encontra-se em diversas normas de regulamentação da atividade empresarial, dentre as quais se destacam os artigos 116 e 154, da Lei 6.404/76; o artigo 47, da Lei 11.101/05; e o artigo 421, do Código Civil.

---

<sup>103</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., 2003, p. 336.

<sup>104</sup> GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 258.

Coelho conceitua como função social da empresa o seguinte:

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.<sup>105</sup>

Por sua vez, Wald destaca o relacionamento da função social da empresa em atendimento às normas do Direito do Consumidor, Direito Concorrencial e Direito do Trabalho:

A importância da empresa, entretanto, não está apenas na disciplina especificada pelo novo Código Civil e nas formalidades previstas para o regular exercício da atividade empresarial. Na sociedade contemporânea, a figura da empresa, em especial, da grande empresa, extrapola os interesses exclusivamente privados, uma vez que concilia interesses aparentemente divergentes de investidores, administradores, empregados, consumidores, do mercado e do Estado. Ressalta-se que todos, em sua medida, são dignos de tutela pelo ordenamento jurídico. Assim, a disciplina da empresa está relacionada com os consumidores (direito do consumidor), com o bom funcionamento do mercado (direito concorrencial) e com os trabalhadores (direito do trabalho). Nesses ramos do direito, o conceito é formado com a interpretação das regras, pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista o fim que se pretende atingir e os interesses a serem tutelados. Ademais, a própria Constituição Federal brasileira determina, em seu art. 170, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, observando, entre outros, o princípio da função social da propriedade. De fato, a empresa representa um importante elemento na economia, que gera riquezas e está relacionada com o funcionamento do mercado e, em virtude disto, é relevante verificar a sua função social, isto é, o seu papel dentro da comunidade e a forma como está sendo usada.

[...]

Assim, a empresa que desempenha uma função social traz alguns ditames para a conduta de quem é seu titular, relevando o seu perfil institucional e demonstrando que não tem apenas uma relevância para o direito comercial e privado, mas para outros ramos do direito, em especial, para o direito econômico e o direito do desenvolvimento.<sup>106</sup>

Silva ensina que a função social da propriedade “consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana”.<sup>107</sup>

A função social da empresa estará cumprida se seus bens de produção tiverem uma destinação compatível com os interesses da coletividade, realizando a produção e

<sup>105</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. volume 1: Direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

<sup>106</sup> WALD, Arnoldo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. vol. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. Ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 1955, p. 744.

distribuindo estes bens à comunidade, fazendo circular riquezas e gerando empregos.

Neste trilho, o princípio da função social da empresa influi diretamente no princípio da preservação da empresa, o qual determina a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor a ser protegido, pois, os efeitos negativos da extinção de uma atividade empresarial afetam não só aos investidores, mas toda a sociedade.

Cabe trazer à baila o entendimento de Arnoldi e Michelin, os quais trazem uma visão moderna e profunda do princípio da função social da empresa, ressaltando, ainda, a importância de um relacionamento harmônico entre o Estado e a empresa:

Podemos afirmar que atribuir alguns deveres a essas entidades não significa esquivar o Estado de funções que lhe são próprias. Na economia moderna, ambos devem trabalhar juntos, pois é notório que a atividade empresarial assumiu dimensões extraordinárias que cada vez mais vêm se acentuando nesta época de globalização. A crescente concentração de riquezas que estamos presenciando com os grandes conglomerados empresariais tornará, em não muito tempo, insustentável o ciclo produtivo, caso permaneça essa visão antiquada da empresa capitalista. Importante ressaltar que sua contribuição à sociedade não significa uma diminuição dos lucros. Pelo contrário, podemos felizmente constatar uma sensível melhora nas condições econômico-financeira das instituições que têm adotado medidas de caráter social. São alternativas viáveis e necessárias a esse novo contexto mundial. A sociedade está cobrando cada vez mais essa atuação”.<sup>108</sup>

Com o reconhecimento da importância da empresa para a vida social, foi exaltado o instituto da recuperação judicial da empresa em detrimento à falência, sendo adotada como premissa a preservação da empresa, princípio este que tem fundamento constitucional o princípio da função social da propriedade e dos meios de produção, principal escopo da lei nº 11.101 de 2005. Desta feita, o artigo 47<sup>109</sup> da mencionada lei, traz menção expressa da necessidade de se manter, sempre que possível, a fonte produtora do emprego dos trabalhadores, a manutenção da atividade econômica, de modo a promover a preservação da empresa, e por consequência sua função social.

Nesse sentido, é a lição de Calças:

<sup>108</sup> ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. **Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XXXIX, nº 117, janeiro/março de 2000 – pág. 157/162

<sup>109</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. In: Brasil. Lei Nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em 23 jun. 2017.

Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas”.<sup>110</sup>

É de relevo a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento da nação, contudo, para que o crescimento seja sustentável e socialmente correto, deve-se salientar que o exercício do direito à propriedade esteja também cumprindo sua função social.

#### 3.2.1.4. A boa-fé objetiva

Um dos institutos mais relevantes para o direito contratual é a cláusula geral da boa-fé objetiva. Adotada pelo código de 2002, diverge do conceito de boa-fé previsto no Código Civil de 1916, no qual era concebida como estado de desconhecimento sobre determinada situação, logo, voltado ao elemento subjetivo, razão pela qual não deve ser confundida.

A boa-fé objetiva tem por fundamento constitucional a cláusula geral de tutela da pessoa humana, por meio da qual se busca a construção de uma sociedade solidária, voltada ao respeito pelo próximo. Segundo o entendimento de Negreiros:

[...] a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e sobretudo de desenvolvimento da personalidade humana.<sup>111</sup>

O Código Civil de 2002 consagrou a boa-fé objetiva ao mencioná-lo, expressamente, como critério de interpretação da declaração de vontade no artigo 113<sup>112</sup>, como limitador, relacionada à teoria do abuso de direito no artigo 187<sup>113</sup> e, como regra de

<sup>110</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A nova lei de recuperação de empresas e falências: Repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. Nº 4. Out/dez 2007, p. 40.

<sup>111</sup> NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 281-282.

<sup>112</sup> Código Civil. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>113</sup> Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

conduta imposta aos contratantes no artigo 422<sup>114</sup>.

Como pode ser verificado na leitura do art. 422, ali são encontrados dois princípios: probidade e boa-fé. O primeiro, de caráter subjetivo, guarda relação com o contratante probo, honesto e cumpridor de seus deveres, exigindo-se lealdade para que não frustrate expectativas contratuais legitimamente estabelecidas. Quanto ao segundo, aponta Santos que a boa-fé de que trata o Código Civil de 2002 é a boa-fé objetiva, a qual impõe certos deveres às partes contratantes, constituindo, assim, em regra de conduta, um dever, uma obrigação socialmente recomendável.<sup>115</sup>

Por sua vez, Rosenthal afirma que as partes devem agir de forma a que possam alcançar maior proveito da relação contratual, e acrescenta que:

[...] a visão solidária da relação obrigacional, porém, demonstra que os contratantes assumirão a postura de parceiros e não simplesmente de polos opostos em um vínculo negocial. Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affectio contractus*, pois a existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e indispensável de lealdade e cuidado para com o outro.<sup>116</sup>

Além dos deveres de conduta que devem ser seguidos pelos contratantes, há, ainda, a obrigação destinada à terceiros, ou seja, o dever geral de agir segundo a boa-fé, do qual decorre o dever de respeito ao ajuste de vontades alheios.

A esse respeito, aponta Rosenthal:

[...] a necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato.<sup>117</sup>

Importa destacar que na teoria contratual moderna o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no Código de Defesa do Consumidor e também no Código Civil, possui a função de fonte de novos deveres de conduta durante o vínculo contratual, são os chamados deveres anexos de informação, de cooperação e de cuidado.

O dever de informação está ligado à necessidade de exposição das reais condições da contratação, tais como os riscos, cobertura, limitações e exclusões de responsabilidade

---

<sup>114</sup> Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>115</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. **Função social do contrato: elementos para uma conceituação**. In: Revista de Direito Privado, n. 13, jan./mar.2003, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 99-111.

<sup>116</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e a boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 95.

<sup>117</sup> Ibid., 2005. p. 116.

contratual que envolve a negociação. A informação visa assegurar a transparência da relação, para a obtenção de um consentimento refletido e consciente, ao passo que o dever de cooperação impõe a obrigação de colaboração recíproca, além de afastar obstruções ou impedimentos que frustrem o cumprimento das obrigações contratuais ou causem danos, ainda que após o término do vínculo. Por sua vez, o dever de cuidado visa à preservação das partes da relação contratual contra danos à sua integridade pessoal, moral e patrimonial.

A partir do Código de Defesa do Consumidor, o sistema jurídico brasileiro passou a contar com a cláusula geral de boa-fé, a qual, segundo Negreiros, tornando-se “um significativo elo entre as relações negociais privadas e a normativa constitucional”, o que justifica a aplicação desse princípio em outras relações que não as de consumo.<sup>118</sup>

Os deveres anexos decorrentes da aplicação da boa-fé objetiva representam uma reação contra o individualismo, exigindo das partes um comportamento que leve em conta o interesse do parceiro contratual.

Nesse contexto, Martins-Costa aponta os principais deveres criados pela incidência da boa-fé objetiva, quais sejam: deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; dever de prestar contas; deveres de colaboração e cooperação; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; deveres de omissão e de segredo.<sup>119</sup>

Por fim, importa dizer que as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato são frutos do princípio da solidariedade.

### **3.2.1.5. Equilíbrio econômico dos contratos**

Como já mencionado alhures, o instituto do *pacta sunt servanda* imperava de forma absoluta no século XIX, fonte da ideia de que o contrato fazia lei entre as partes, devendo, portanto, ser cumprido. No entanto, durante a execução do contrato, muitas vezes as condições fático-econômicas se alteravam, gerando “situações injustas”<sup>120</sup>, pois mesmo surgindo evidentes dificuldades para o cumprimento do seu objeto, não havia meio de

---

<sup>118</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos. Novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 129.

<sup>119</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, p. 439.

<sup>120</sup> GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980, p.95.

amenizar o dever contratual de adimplemento.

Nesse contexto, assevera Bandeira de Mello que

Esta visão estreita, que rendia homenagem idólatra às aparências em detrimento da substância real do pactuado, não resistiu, entretanto, ao peso das razões que se lhe antepunham e ao advento de novas realidades sociais e econômicas.<sup>121</sup>

Surgia, assim, a teoria da imprevisão, que possibilitou a revisão das obrigações assumidas quando sobreviesse fato superveniente substancialmente lesivo para o equilíbrio contratual, com potencial lesivo para uma das partes e de enriquecimento sem causa para outra.

Contudo, o problema decorrente dos efeitos da autonomia de vontades não foi resolvido, pois, implicitamente, persistia a equivocada ideia de igualdade de condições entre os contratantes, afastando a possibilidade de intervenção estatal, sob pena de injustificável contaminação do ajuste. Para tanto, foi necessária a superação da ideia da atuação estatal meramente garantista dos direitos relativos à liberdade e à propriedade, passando, então, o Estado a realizar uma intervenção equiparadora dos negócios jurídicos.

Nesse sentido, leciona Godoy:

[...] cuida-se mesmo de o Estado invadir a autonomia da vontade para, em primeiro lugar por meio da lei, garantir uma desigualdade que faça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes intrinsecamente envolve.<sup>122</sup>

Desta feita, não se mostrava mais aceitável a rigidez contratual e a indiferença do Direito e do Estado às diferenças substanciais entre as partes. Com as mudanças decorrentes da constitucionalização do Direito, a autonomia da vontade passou a ser interpretada de forma relativa e não mais absoluta, conferindo-se maior importância à boa-fé, à equidade e ainda à função social do contrato.

Nesta senda, afirma Marques que:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 199.

<sup>122</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

<sup>123</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor : o novo regime das relações**

Na nova perspectiva do direito dos contratos, fundada no Estado Social, eleva-se o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ao nível de princípio, objetivando a proteção dos contratantes contra lesões ou onerosidades excessivas que impossibilitam o cumprimento do ajuste.

Nesse mesmo diapasão, Lotufo assevera que:

[...] o contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento de cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que preservar a igualdade dos sacrifícios que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização conjunta dos princípios fundamentais.<sup>124</sup>

O princípio do equilíbrio contratual se apresenta como um limitador do *pacta sunt servanda*, estando, contudo, condicionado à ocorrência de fato superveniente, imprevisível, causador de onerosidade excessiva a uma das partes, capaz de minar a equivalência entre as prestações. Em outras palavras, o princípio do equilíbrio contratual atua como um dever de renegociação que é imposto aos contratantes, objetivando o restabelecimento da equação econômica do contrato, balizado pelo princípio da boa-fé e pelos deveres de lealdade e cooperação, a fim de atingir o fim econômico e social do contrato.

Cabe ressaltar que o Código Civil de 2002, tornou a teoria da imprevisão aplicável no regime jurídico de direito privado para fundamentar a revisão do contrato pela quebra do equilíbrio econômico e financeiro. Conforme consta, o artigo 317<sup>125</sup> prevê a revisão das prestações ajustadas, assim como o artigo 478<sup>126</sup>, dispõe sobre a possibilidade de resolução do contrato, caso seja imposta a uma das partes onerosidade excessiva, decorrente de circunstâncias supervenientes e imprevisíveis, conduzindo, conseqüentemente, ao enriquecimento ilícito da outra parte.

A este respeito, assevera Martins:

A onerosidade excessiva caracteriza-se como um evento inesperado no curso da

---

**contratuais.3.ed rev., atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 100.

<sup>124</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. v. 2: obrigações, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.

<sup>125</sup> Código Civil. Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>126</sup> Código Civil. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

execução de um contrato de longa duração e que afeta drasticamente sua base negocial, tornando a entabulação prejudicial a uma das partes, já que a equivalência entre a prestação e contraprestação, em virtude de fato superveniente, é quase que totalmente rompida. Por isso que o sistema jurídico admite dois remédios excepcionais para essa patologia: a revisão (modificação) do contrato, para o retorno da normalidade, ou sua resolução.<sup>127</sup>

Merece, ainda, destaque o artigo 479<sup>128</sup> o qual dispõe sobre o princípio da conservação dos negócios jurídicos, ao prever a possibilidade de revisão ou alteração do contrato, a juízo da parte em posição de privilégio por conta de fato superveniente, a fim de se readequar a equação rompida sem que resulte em resolução, preservando assim a função social do contrato.

Outro importante instituto relacionado ao princípio do equilíbrio econômico dos contratos é o instituto da lesão, prevista no Código Civil de 2002, o qual evidencia a mudança de entendimento do legislador. A esse respeito, Serpa Lopes expõe que:

[...] a ideia de lesão é um dos movimentos tendentes a restaurar a equidade nas obrigações, posta de lado, como se encontrou, pelos princípios do liberalismo econômico preponderante ao tempo da feitura do nosso Código Civil. Visa impedir a injustiça usuária, sendo certo que o credor abusa do seu direito se, no exercício do seu crédito, consegue obter um enriquecimento injusto.<sup>129</sup>

Desta forma, ainda que um contrato seja livremente pactuado pelas partes, ele pode ser rescindido ou modificado judicialmente, caso se caracterize como injusto.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado foi impingido a interferir no âmbito econômico, estabelecendo mecanismos de proteção aos que se encontram em situação de inferioridade, ressurgindo, então, o instituto da lesão, juntamente com o movimento que pregava a constitucionalização de normas tidas antes como exclusivamente de Direito Privado.

Encontra-se em situação de inferioridade qualquer pessoa sujeita a circunstância apta a reduzir consideravelmente a efetividade da autonomia negocial. Outrossim, a situação de necessidade não está vinculada, exclusivamente, ao fator econômico, mas sim a necessidade de se firmar um contrato no momento e para específica finalidade em que seja extremamente necessária para a pessoa lesionada.

---

<sup>127</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 374.

<sup>128</sup> Código Civil. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

<sup>129</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. III, p. 73.

A lesão difere da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, pois esses institutos se fundam na imprevisibilidade de mudanças ocorridas após a celebração do contrato, causando desequilíbrio naquilo que foi originalmente estipulado pelas partes.

No Brasil, o instituto só ganhou força com a Constituição Federal de 1988, que além de vedar a usura, consagrou o princípio do equilíbrio entre as prestações contratuais, sem, contudo, denominá-lo de lesão. Contudo, apenas em 2002 o Código Civil passou a prever, em seu artigo 157, o instituto como defeito do negócio jurídico<sup>130</sup>.

Por fim, conclui-se que o princípio que inspira a lesão é o do equilíbrio econômico e seu mais importante corolário é a defesa do contratante em posição de inferioridade.

### 3.3. A constitucionalização do Direito brasileiro

Inicialmente, a previsão de direitos e princípios no conteúdo da Constituição Federal de 1988 foi de extrema relevância, pois sua posição superior no ordenamento jurídico favoreceu a irradiação dos valores guias para a atividade do intérprete da lei.

Nesse contexto, algumas importantes modificações proporcionadas pela Constituição de 1988 são apontadas por Verbicaro, o qual assevera que:

No contexto brasileiro, entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política, destacam-se: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Código Civil. Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

<sup>131</sup> VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. In Revista Direito GV, Sao Paulo, jul./ dez. 2008, p. 390.

Além das modificações citadas por Verbicaro, cabe destacar também algumas alterações pontuais como no caso do direito à propriedade, antes absoluto, passa a ser interpretada sob uma ótica fundada em preceitos de dignidade e justiça social. De igual modo, o artigo 170 da Constituição é claro em dizer que a ordem econômica e, portanto, os contratos, devem ser regulados por princípios que destaquem a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Por conta de sua característica disciplinadora das relações jurídicas pessoais, patrimoniais, familiares, entre outras, por muito tempo o Direito Civil reinou como centro do Direito Privado e estrutura fundamental do sistema jurídico.

Há de se destacar que o Código Civil de 1916, representava um documento jurídico que efetivamente disciplinava as relações entre os particulares, contudo, possuía um caráter exclusivamente individualista e patrimonialista. Em contrapartida, os poderes da Constituição sofriam muitas limitações e não possuía força normativa própria e nem aplicabilidade direta e imediata.

Em decorrência do tratamento diferenciado conferido pela Constituição Federal de 1988 à vários institutos jurídicos, o Direito Civil passou a experimentar uma intensa modificação relacionada à funcionalização social, os quais passam a atuar em função do valor fundamental atribuído pela Constituição ao ser humano.

A alteração mais relevante no processo de constitucionalização no Direito brasileiro é a verificada no Código Civil de 2002, que banuiu o posicionamento do Código de 1916, na qual imperava a *pacta sunt servanda*, passando a incorporar a equidade e boa-fé nas relações contratuais, conferindo, inclusive, legitimidade ao Poder Judiciário para modificar ou anular cláusulas objetivando alcançar o equilíbrio entre as partes contratantes. Artigos como os 157 (instituto da lesão), 170 e 171 (nulidade dos negócios jurídicos), 186 e 187 (dano e abuso de poder), 317 e 478 (equilíbrio econômico dos contratos), todos do Código Civil de 2002, são manifestos exemplos da permeação dos valores e princípios constitucionais nas relações privadas, resgatando, sobretudo, a ideia de justiça, por meio da noção de equilíbrio substancial, em detrimento da autonomia da vontade cultuado no Código Civil de 1916.

Os artigos citados acima atuam diretamente na formação do contrato, prevenindo o cometimento de lesão, ainda que esta seja percebida de maneira superveniente, como o que se verifica com a onerosidade excessiva do contrato. Cabe destacar, também, que o Código

Civil de 2002 traz consigo como diretriz básica a sociabilidade, que segundo Nanni, decorre dos princípios constitucionalmente tutelados da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça social e da solidariedade, os quais são materializados pelas cláusulas gerais, tais como a função social do contrato e a boa-fé. São estes os pilares que abrem a possibilidade de revisão ou resolução dos contratos quando verificada a onerosidade excessiva e a anulação dos negócios jurídicos quando defeituosos pela lesão.<sup>132</sup>

Nesse contexto, Lorenzetti afirma que o Código Civil transfere à Constituição Federal a função unificadora do sistema jurídico, motivo pelo qual a doutrina contemporânea passa entender o Direito Civil Constitucionalizado<sup>133</sup> como sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, sempre voltada a proteção da pessoa humana.

Dentre os institutos que passaram a impactar significativamente nas relações contratuais, merece lugar de destaque o instituto da lesão, definido por Lotufo como “uma situação de desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação grave, que autoriza o prejudicado a anular o negócio pela simples existência da lesão.”<sup>134</sup>

Por sua vez, no tocante ao equilíbrio das relações contratuais, Negreiros aponta que:

Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade<sup>135</sup>

Como visto, a equidade tornou-se um dos pilares do direito privado, cujo principal objetivo é a justiça por meio do equilíbrio dos efeitos econômicos do contrato e da nulidade de cláusulas consideradas abusivas, tendo em vista que a lei não consegue prever todas as situações jurídicas que a sociedade se sujeita, de modo que lacunas na legislação podem deixar direitos sem amparo legal. O objetivo pretendido é a eficácia do contrato, o qual tem sua eficácia alcançada quando é devidamente cumprido e respeitado por todos os envolvidos, inclusive pela consideração dos seus efeitos econômicos e sociais na comunidade.

---

<sup>132</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 380-381

<sup>133</sup> LORENZETTI, op. cit., 1998, p. 253.

<sup>134</sup> LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. v. 1, 2. ed Parte geral. Saraiva. p.439.

<sup>135</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos. Novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.161.

Assim, a constitucionalização do Direito Civil alcança seu ápice, passando a Constituição a ocupar, efetivamente, o centro do sistema jurídico e a irradiar os valores que devem orientar a criação, interpretação e a aplicação do Direito, deixando o legislador vinculado aos valores constitucionais para a elaboração normativa de todo o Direito, incluindo, portanto, o Direito Privado.

No prisma, destaca Tepedino que:

Não há dúvidas que as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal.<sup>136</sup>

Assim, a elaboração normativa deve, obrigatoriamente, observar os princípios constitucionais, de maneira que o novo regramento expresse os valores da Constituição que são relacionados ao tema legislado, a exemplo do que ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor, norma criada com o objetivo de conferir eficácia aos princípios constitucionais fundamentais que tratam da proteção e defesa do consumidor nas relações jurídicas de direito privado. O mesmo deve ocorrer com o aperfeiçoamento da legislação vigente, a qual deve ser otimizada de modo a conferir maior aplicabilidade dos valores constitucionais.

Estabelecida a superioridade da Constituição sobre o ordenamento jurídico e o condicionamento da interpretação de toda norma à luz dos princípios constitucionais, emerge a necessidade de que os intérpretes do direito reconheçam tal vinculação obrigatória, conforme ensina Barroso:

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.<sup>137</sup>

Como visto, não há mais lugar para a simples aplicação de silogismo jurídico, pois, a estrutura principiológica e valorativa da Constituição se irradia por todo ordenamento jurídico, repercutindo sobre as demais normas constitucionais e infraconstitucionais, fato que confere ao intérprete maior liberdade operativa, ainda que limitada pela própria essência da

---

<sup>136</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**. Separata de *Studia Jvridica*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 48, p. 330.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 141.

Constituição.

Foi superado, assim, o legicentrismo que imperava no positivismo europeu e conduziu ao desprestígio dos princípios, afastando os valores, a justiça ou a legitimidade que deveriam estar contidos na norma, bastando, para tanto, que ela fosse elaborada em conformidade com o processo legislativo preceituado na Constituição.

## 4. DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA SOLIDÁRIA

Primeiramente, importa destacar que o contrato é um conceito central do Direito Civil e que irradia sua influência à todas as relações obrigacionais com viés econômico. Caorsi, citando Simental Franco, destaca que a evolução do contrato acompanha a da humanidade, portanto, torna-se conceito jurídico central sobre o qual gira a ordem jurídica<sup>138</sup>.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a concepção individualista do Direito cedeu lugar à concepção solidária, com um olhar voltado à plenitude da realização do ser humano na sociedade, em um ambiente de justiça, que somente pode ser alcançada por meio da solidariedade.

Normas rígidas apresentam dificuldade para alcançar a paz social, a justiça e a liberdade em uma sociedade complexa, dissimétrica e conflituosa. Portanto, não é difícil de imaginar a ocorrência de fatos supervenientes que alterem as condições contratuais estabelecidas preteritamente, deixando-o em descompasso com a realidade econômica ou, ainda, prejudicando demasiadamente uma das partes.

Deste modo, evidencia-se, então, uma crise entre a concepção clássica do contrato e a dinâmica evolutiva da sociedade, que aspira por uma harmonização entre as relações jurídico-privadas e o ordenamento jurídico, visto que o instituto da autonomia da vontade trata de maneira rígida os acordos contratuais, não prevendo situações de variação típicas da atualidade, fato, portanto, que exige outra concepção jurídica para sanar as desigualdades, um contrato constitucionalizado, solidário.

Neste capítulo será abordado o ambiente interno e externo dos contratos e a influência do princípio da solidariedade na autonomia privada solidária à luz do Direito Civil constitucionalizado.

---

<sup>138</sup> CAORSI, op. cit., 2016, p. 27.

#### 4.1. A Autonomia da Vontade

Durante seu governo, em 1804, Napoleão Bonaparte editou seu Código Civil, o Código Napoleônico, estabelecendo a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e a proteção ao direito de propriedade. Contudo, por ter sido levado ao poder pelos burgueses, por óbvio, o Código Civil de Napoleão favorecia amplamente os interesses burgueses, pois, defendia a liberdade de comércio, proibia a formação dos sindicatos e as greves, bem como estabelecia que em caso de líderes trabalhistas, a palavra do empregador prevaleceria.

Com a queda do Estado Absolutista e o apogeu da propriedade privada no Código Napoleônico, a Revolução Francesa, para fazer valer a vontade dos indivíduos no novo contexto social, que ensejava a circulação de riquezas, foram retomados os ideais romanos quanto à obrigatoriedade do *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade como referencial para o novo sistema jurídico do Estado Liberal em desenvolvimento.

O brocado *pacta sunt servanda*, carrega consigo a ideia de que os contratos devem ser cumpridos, ou seja, as partes devem cumprir, rigorosamente, os termos estabelecidos no contrato, como se lei fossem. Essa rigidez do contrato era fundamentada na presunção de que condições acertadas era resultado da vontade livre das partes, portanto, justa, ainda que, por situações adversas, sobreviesse injustiça para um dos contratantes.

Por meio do seu poder econômico, a burguesia, neste momento histórico, alcança a liberdade em relação à nobreza e conquista a tão almejada liberdade contratual. A respeito deste momento, em que ocorre o estabelecimento do Estado Liberal, Tepedino aponta que:

O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiram senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entaves legais.<sup>139</sup>

Instaura-se, então, o liberalismo jurídico, cujo valor fundamental se ancorava no indivíduo, na propriedade e na liberdade contratual, sob a premissa de ser esta a expressão máxima do livre arbítrio do homem, cabendo ao Estado apenas garantir o cumprimento das vontades.

Nesse sentido, destaca Segundo Sarmiento:

---

<sup>139</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

O direito de propriedade era o direito por excelência, e a principal liberdade reconhecida ao indivíduo consistia no poder de adquirir, manter e transmitir seus bens, só interferindo o Estado para impedir que terceiros prejudicassem o gozo dessas sacrossantas faculdades. Proteger a propriedade privada – essa era a principal finalidade do Estado, sua missão mais nobre, segundo a ótica então prevalecente.<sup>140</sup>

O pensamento dominante neste momento se fundamentava na vontade social, conforme defendido por Kant, para quem a vontade de todo ser humano deve ser concebida como vontade legisladora universal.<sup>141</sup>

Além disso, o intervencionismo estatal era visto como prejudicial à autonomia, de maneira que as relações entre particulares deveriam se desenvolver em uma situação de hipotética igualdade.

Bessone explica que, para a teoria clássica:

[...] o contrato é sempre justo, porque se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. O sujeito era livre para contratar e definir os termos do contrato.<sup>142</sup>

Consoante o entendimento de Cláudia, foram os principais reflexos da autonomia da vontade no direito privado:

(a) o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); (b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes.<sup>143</sup>

O princípio da autonomia da vontade para a liberdade contratual representou o ápice do liberalismo.<sup>144</sup> Era o princípio máximo do Estado burguês, em que todos eram iguais perante a lei e detinham liberdade de escolha.

Pela concepção clássica do contrato, estes existem para ser cumprida, máxima derivada da expressão *pacta sunt servanda*, segundo a qual os contratos uma vez celebrados

<sup>140</sup> SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005, p. 188.

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 137.

<sup>142</sup> BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31.

<sup>143</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66-69.

<sup>144</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

livremente, incorporam-se ao ordenamento jurídico e passam a vigorar como se fossem verdadeiras normas jurídicas que obrigam as partes contratantes ao seu fiel cumprimento.

A característica mais relevante do liberalismo, em relação ao presente estudo, foi seu exacerbado individualismo e o apego aos princípios da autonomia da vontade e da defesa da propriedade privada, elementos que, contrariamente ao que se pretendia com a Revolução Francesa, agravou a desigualdade social e a miséria.

O conceito de autonomia da vontade é sinteticamente apresentado por Diniz, a qual o define como:

[...] o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.<sup>145</sup>

Por seu turno, Couto e Silva expressa o conceito como

[...] possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar, associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.<sup>146</sup>

Berti faz uma abordagem diferenciada, que envolve a impressão psicológica da liberdade individual. Deste modo, destaca a autora que:

[...] a autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contratantes [...] era, pois, o poder do indivíduo de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa: o contrato era uma esfera de livre atuação dos particulares.<sup>147</sup>

Também presta sua contribuição Amaral, que considerando a realidade histórica do preceito, aponta que o princípio da autonomia da vontade revela

um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é negócio jurídico.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40-41

<sup>146</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 17.

<sup>147</sup> BERTI, Natália. **Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque Sob o Paradigma da Pós-Modernidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.57, p. 69-94, jan/mar 2014, p. 83

<sup>148</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338

Assim, a autonomia da vontade encerra seu significado como a liberdade de realizar negociações, sem interferência do Estado, para a satisfação de interesses pessoais, em que os termos estabelecidos no ajuste são válidos como lei entre os contratantes, devendo, portanto, serem cumpridos, obrigatoriamente, independente de alteração das condições iniciais.

#### 4.2. Crise da Autonomia da Vontade

O ideal que inspirou as relações contratuais no século XVIII encontra-se em disparidade com a nova ordem social do século XX, de tal forma que o Direito Privado carecia de adequação para possibilitar relações mais justas e seguras para sustentar o progresso econômico e social<sup>149</sup>.

Embora tenha sido cultuada por muito tempo, a forma rígida expressada pela autonomia da vontade era fator impeditivo, que impedia o instituto de acompanhar as mudanças sociais. Bem mais explícito quanto à forma da autonomia da vontade, é a contribuição de Ripert:

Para quem se lembra do culto da lei durante o período revolucionário, esta fórmula parece extraordinariamente forte. Para chegar a esta vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta do séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundando a própria sociedade sobre o contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre bem público. Pode então reinar a doutrina da autonomia da vontade, que é ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato.<sup>150</sup>

A teoria clássica era fundada na noção de justiça individual e considerada ideal por sua grande liberdade e ausência de interferência estatal. Por conta da influência da filosofia de Kant, havia na autonomia da vontade certa presunção de validade dos atos praticados, de maneira que todos os contratos eram tidos por justos.

Nesse contexto, esclarece Magalhães:

<sup>149</sup> MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa Fé-Objetiva no Novo Código Civil**. Revista dos Tribunais. Ano 91. Volume 801. Julho de 2002, pg.12

<sup>150</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2.ed. trad. Osório de Oliveira. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p. 53-54.

O corolário da teoria clássica do negócio jurídico se deu pela filosofia moral kantiana, pela soberania e poder imensurável do indivíduo. A palavra de ordem era, então, autonomia.

Segundo o incomparável filósofo alemão, o imperativo supremo da moralidade seria autonomia da vontade, esta entendida como a mais legítima e autêntica forma de legislação moral universal, pois respaldada na vontade do indivíduo.

Em forma sucinta, a autonomia para Kant tinha a concepção de um princípio moral, de ser legislador das leis que a si próprio eram submetidas, e de respeitar a legislação não por mero respeito à lei (fato que se identificaria com a heteronomia), mas por que a própria noção de regra moral se identificasse com a lei exterior. Assim, por intermédio de atos de autonomia nunca se poderia haver dúvidas quanto a sua legitimidade, pois, quando alguém decide algo para outrem, poder-se-ia vislumbrar alguma sombra de injustiça a este; mas, uma vez que o indivíduo é seu próprio legislador, nenhuma injustiça seria possível, já que ninguém decide um mal para si próprio.<sup>151</sup>

As modificações introduzidas no cenário jurídico pela constitucionalização do Direito Civil e conseqüente consagração da função social do contrato e a boa-fé, tornou a autonomia da vontade incompatível com os modernos institutos.

A fusão entre o contrato e a responsabilidade culminou no processo de decadência e desintegração da autonomia da vontade. Deve-se destacar, contudo, que tal crise não diz respeito ao contrato como criador de obrigações, mas, de sua concepção clássica caracterizada pelo conjunto de regras e princípios que o orientavam. Na realidade, o que ocorre é uma crise da concepção individualista e liberal de contrato na medida em que a desigualdade contratual, já apontada anteriormente, passa a ser preenchida por uma doutrina voltada à valorização social, ou seja, ocorre o abandono da concepção do contrato como um instrumento de dominação dando lugar à consideração do contratante como pessoa, com o objetivo de evitar abusos.

Neste contexto, surge a necessidade sobre a reflexão de mecanismos que possam conferir maior solidez e efetividade às relações contratuais, sem que haja o sacrifício do objeto contratual ou abusos que ofendam os direitos fundamentais e a boa-fé.

Em decorrência da valorização dos direitos humanos, a autonomia da vontade passa a ser relativizada, ocorrendo a despatrimonialização do contrato em prol da adequação às exigências jurídicas das relações que se formavam no novo contexto social e político. Assim, o contrato, fonte criadora de direitos e obrigações, passaram a ser limitado e harmonizado com as normas jurídicas modernas, propiciando segurança, estabilidade às

---

<sup>151</sup> MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé e teoria da confiança**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11.

relações jurídicas e o cumprimento da finalidade social.

Neste sentido, esclarece Hironaka:

Na verdade, trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do Conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada. Além disso, a liberdade contratual poderá encontrar, na função social que é inerente ao contrato, uma limitação à sua extensão meramente volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão, sem estes freios, fixar livremente as cláusulas de seu contrato.<sup>152</sup>

Surge, neste momento, o binômio causalidade-finalidade do contrato<sup>153</sup> voltado ao cumprimento da ordem social. Neste contexto, ocorre um desenvolvimento doutrinário destinado a modificar a autonomia da vontade, adotando-se, então, a denominada autonomia privada, caracterizada pelas mudanças de postura econômica, política e social.

No âmbito dos negócios jurídicos, a vontade não pode ser tomada como preceito fundamental absoluto, assim como era considerada no período do liberalismo, em que era adotada como expressão máxima da liberdade humana. A vontade é condicionada por necessidades diversas. Por isso, vislumbra-se que a ideia de autonomia da vontade deve ser substituída pela ideia de autonomia privada, autorregulação de interesses privados envolvidos em uma rede de relações jurídicas que fazem parte de um sistema socioeconômico e que carece de proteção estatal para a defesa e promoção da dignidade da pessoa humana.

Tartuce, ao tratar da crise dos contratos, faz menção às palavras de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, o qual afirma que:

Há alguns anos, a decadência do direito contratual é apregoada num tom fúnebre, que anuncia iminente desenlace. Há inclusive quem já tenha lavrado seu atestado de óbito. Grant Gilmore, em 1974, publicou um livro com título provocador – *The Death of Contract* (Columbus, Ohio) – onde assinalou a ação demolidora dos novos tempos no edifício conceitual do contrato. O fenômeno da padronização das transações, decorrente de uma economia de *mass production*, teria subvertido inteiramente o princípio da liberdade contratual, transformando o ‘contrato’ numa norma unilateral imposta pela empresa situada numa posição dominante. Teria ocorrido assim um retorno ao status.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

<sup>153</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. **Autonomia da Vontade Contratual**. In: NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords). Revista do Direito Privado nº 27, jul-set, 2006, pg. 286.

<sup>154</sup> TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, p. 33.

Por fim, Tartuce se afilia a corrente doutrinária que propõe a “substituição do velho e superado princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, condição que conduz a um caminho sem volta da adoção do princípio da função social dos contratos”.<sup>155</sup>

Neste contexto, Coutinho expõe que “O Estado passa a intervir massivamente nas relações sociais e, nesse contexto, o contrato assume uma visão solidarista”<sup>156</sup>, adquirindo agora a preocupação com o direito justo e que coincida os interesses privados e da coletividade.

A partir desse novo viés, alguns doutrinadores chegaram ao consenso que o termo autonomia da vontade não se adequava neste novo cenário, surgindo, portanto, um novo conceito, da autonomia privada.

#### 4.3. A Autonomia Privada

Com o advento do Estado Social e, principalmente, com o Estado Democrático de Direito, as relações entre particulares passam a sofrer interferências do Estado, o qual, à luz dos princípios constitucionais, busca a materialização da igualdade e da justiça social, haja vista que a liberdade contratual não pode se estabelecer como um instrumento de dominação, motivo pelo qual o liberalismo econômico cedeu lugar para a socialização do Direito Privado.

Importa destacar que o advento da Constituição Federal de 1988 foi acompanhado pelo movimento de constitucionalização do Direito Civil, o que impulsionou consideravelmente a mudança da concepção hermenêutica a respeito dos princípios constitucionais, que passaram de princípios gerais para normas autoaplicáveis.

A esse respeito, esclarece Magalhães:

Como balizas para a edição das regras do Código Civil adotaram-se os princípios da socialidade, eticidade e da operabilidade, fato que propiciou ruptura extraordinária entre a visão que se tinha da sistemática civil pré e pós Código de 2002. O individualismo liberal vigente na órbita negocial quando da vigência do código de 1916 foi substituído pela exaltação da pessoa, o que gerou divergências estruturais

---

<sup>155</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 536

<sup>156</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181.

em normas que, formalmente, continuam a possuir a mesma diagramação. Foi em virtude de tais transformações, e em consequência da atualização normativa das regras civis otimizadas pelo Código Civil de 2002, cadenciados com a principiologia da Carta Maior, que discussões acerca de institutos jurídicos já há muito considerados estabilizados foram reavivadas.<sup>157</sup>

Acrescenta o autor que:

A adoção, pelo Código Civil, da teoria intermédia da confiança foi resultado de um movimento muito maior, derivado daquele de constitucionalização do direito privado e da consequente elevação da boa-fé a princípio constitucional.<sup>158</sup>

Por conta do fenômeno da constitucionalização do Direito, os princípios constitucionais, tais como da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, passaram a irradiar seus valores a todo ordenamento jurídico, de modo que o caráter absoluto do princípio da liberdade contratual passa a ser limitado. Como consequência, as relações contratuais entre particulares se afastam da autonomia da vontade e passam a adotar o princípio da autonomia privada, que assegura a liberdade contratual, contudo, com obediência aos limites legais.<sup>159</sup>

Sob a proteção do Estado Liberal e fundamento na igualdade formal, a autonomia da vontade não encontrava obstáculos no ordenamento jurídico para que o indivíduo exercesse sua liberdade contratual, transformando o pacto contratual em uma “prisão” cuja única saída era o adimplemento integral das prestações estipuladas, e acrescenta-se, sem a possibilidade de revisão em caso de desequilíbrio superveniente das condições.

Assim, a autonomia privada, impregnada de valores constitucionais, se mostra como um corolário do princípio da igualdade substancial, do solidarismo e da funcionalização do direito, os quais passam a limitar o caráter absoluto dos direitos subjetivos por meio da imposição de parâmetros legais limitadores para o exercício da liberdade contratual.

No tocante as diferenças entre autonomia da vontade e autonomia privada, Tartuce cita Amaral como quem melhor observou o significado das expressões, o qual diz:

A autonomia privada é o poder de que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e sua respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre

<sup>157</sup> MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé e teoria da confiança**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

<sup>158</sup> Ibid., 2011, p. 6.

<sup>159</sup> PACHECO, Keila Ferreira. **Abuso de direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 163-173.

ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder de vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.<sup>160</sup>

Acrescenta, ainda, o autor:

Essa diferenciação entre autonomia da vontade e autonomia privada é precisa, reforçando a tese da superação da primeira. Ora, não há dúvida de que a vontade perdeu a importância que exercia no passado para a formação dos contratos. Outros critérios entram em cena para a concretização prática do instituto. Concluindo, à luz da personalização do Direito Privado, pode-se afirmar, na esteira da melhor doutrina espanhola que a autonomia não é da vontade, mas da pessoa humana.<sup>161</sup>

Importante significado também é dado por Fachin, o qual, por sua vez, explica:

É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, na medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica.<sup>162</sup>

Embora permaneça como essência do negócio jurídico, o princípio da autonomia da vontade passa por um processo de reavaliação crítica devido a intervenção crescente do Estado. Deduz-se, portanto, que a expressão autonomia privada designa muito mais a quebra de um paradigma do sistema liberalista burguês, apontando a evolução de um conceito do que a extinção da autonomia contratual.

Noronha, com base na construção do conceito de Larenz, também oferece sua contribuição quanto o conceito de autonomia privada. O autor destaca a necessária ressalva ao limite à liberdade, de maneira que:

[...] pode-se dizer que autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços. Na lição de Larenz e mais concretamente, “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”.<sup>163</sup>

<sup>160</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 537

<sup>161</sup> Ibid., 2013, p. 537

<sup>162</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54.

<sup>163</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115.

Com base nos argumentos que visam definir a autonomia privada, Tartuce conclui:

Por todos esses fatores, conceitua-se o princípio da autonomia privada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregular os seus interesses, decorrente da dignidade da pessoa humana mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.<sup>164</sup>

Tem-se, portanto, que a autonomia privada é o poder dos particulares de criarem normas jurídicas privadas que regulamentem situações a eles relacionadas. Esse poder, no entanto, não é absoluto, posto que o conteúdo das normas privadas deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

A autonomia privada se mostra limitada, portanto, pelos princípios constitucionais, pelo valor da dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais, pelo princípio da solidariedade e, a nível infraconstitucional, pela proteção aos direitos da personalidade e pela função social dos contratos, entre outras normas de ordem pública, além dos bons costumes.<sup>165</sup>

De acordo com Diniz, a autonomia privada encontra fronteiras em normas legais e na ordem pública. A autora adverte, ainda, que:

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo.<sup>166</sup>

Ainda, de acordo com o que se sustentou acima, outro limite à autonomia privada, atualmente observada, é a aplicação da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que o contrato não pode dispor de cláusulas que atinjam negativamente os direitos fundamentais.

---

<sup>164</sup> TARTUCE, op. cit., 2013, p. 539.

<sup>165</sup> CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: *Obrigações e Contratos: princípios e limites*. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

<sup>166</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

Constata-se que na esfera do Direito Civil, o princípio da autonomia privada é restringido, também, pelo dirigismo contratual, que regula as medidas restritivas do Estado visando à supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais dos contratantes, com o propósito de administrar o equilíbrio contratual, prevenir abusos e proteger os economicamente mais fracos, além de conciliar aos interesses da sociedade.

Sobre o dirigismo contratual, Hironaka o define como:

[...] uma técnica destinada a revelar melhor a proteção dos interesses do elemento economicamente fraco, restringindo a liberdade contratual do elemento economicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio. Trata-se da sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual.<sup>167</sup>

Por sua vez, Diniz expõe:

O Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas de ordem pública, mas também com a adoção da revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado.<sup>168</sup>

Por seu turno, Tartuce assevera que a existência de uma norma restritiva da autonomia privada não resulta, obrigatoriamente, em diminuição de sua abrangência, como muito se tem falado. Nessa perspectiva, acrescenta o autor que:

Deve ser somada a essa conclusão uma constatação também fundamental; a de que, eventualmente, uma norma restritiva da autonomia privada pode admitir a interpretação extensiva ou a analogia, visando proteger a parte vulnerável da relação negocial, caso do trabalhador, do consumidor e do aderente. Para reforçar essa constatação, é importante lembrar da proteção constitucional dos vulneráveis, mais especificamente dos trabalhadores (art. 7.º) e dos consumidores (art. 5.º, XXXII).<sup>169</sup>

Pode-se afirmar que o contrato deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses públicos. O contrato passa a ter relevância para toda a sociedade em razão do valor social da livre iniciativa. Nesse sentido, foram aprovados os enunciados<sup>170</sup> atinentes à função social do

<sup>167</sup> HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **A função social do contrato**. In: *Obrigações e Contratos: princípios e limites*. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 747.

<sup>168</sup> DINIZ, op. cit., 2011, p. 45.

<sup>169</sup> TARTUCE, op. cit., 2013, p. 540.

<sup>170</sup> Enunciados n.22 e 23 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>.

contrato na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Jurídicos do STF. Desses enunciados, infere-se que o principal objetivo da função social do contrato seria, portanto, a proteção da parte hipossuficiente da relação contratual, ancorada também na dignidade da Pessoa Humana.<sup>171</sup>

Enunciado 22 - Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado 23 - Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Importa salientar que a constitucionalização do Direito Privado provocou a adoção de uma nova postura por parte do Estado, de tomar a responsabilidade para si e intervir nos contratos, podendo modificá-los, rescindi-los e até definir uma solução diferente do acordado.

Podemos, assim, inferir que ocorreu uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.<sup>172</sup>

Assim, os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida pela boa-fé, a função social do contrato e a equidade entre as partes.

#### **4.4. Influência do Princípio da Solidariedade na Autonomia da Vontade**

Segundo consta nos dicionários, a solidariedade é basicamente definida como um sentimento de que os homens se ajudam mutuamente.

---

Acesso em: 05 jan. 2017.

<sup>171</sup> SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo (Org.). **Direitos Fundamentais: Direitos privado e inovação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 72.

<sup>172</sup> VALE, op. cit., 2015, p. 83.

Em uma visão jurídica, Avelino descreve a solidariedade como:

Atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo.<sup>173</sup>

Sob outra perspectiva, em alusão à fraternidade da Revolução Francesa, temos solidariedade como ideia de caridade e filantropia. Esta, por sua vez, trata-se de um sentimento próprio do ser humano, presente em todos os tipos de sociedades.

Bastante prestigiada no período da Revolução Francesa, a fraternidade tem sido empregada em conformidade com a filosofia cristã, ao passo em que a solidariedade provém de origem latina, porém, com viés coletivo, diverso do conteúdo individualista da fraternidade francesa.

A noção de solidariedade foi introduzida no plano jurídico fundamentalmente por três grandes juristas, conforme demonstra Casabona:

A noção jurídica de solidariedade foi construída basicamente por Leon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch. [...] Duguit retoma a ideia de solidariedade como norma de direito objetivo, enquanto Maurice Hauriou pretende dar sentido à solidariedade através da noção de instituição enquanto organismo-representativo. Por sua vez, Georges Gurvitch retoma a solidariedade como fato normativo, sistematizando a ideia do direito social.<sup>174</sup>

Nessa abordagem, Casabona destaca que para Duguit o Direito é legitimado em função do seu conteúdo, de sua destinação, de sua finalidade de assegurar o funcionamento do sistema social que estiver fundado na solidariedade social enquanto espaço de socialização e de individualização, de movimentação e ação<sup>175</sup>.

O emprego da solidariedade encontra maior sentido quando confrontado, por exemplo, com a desigualdade, elemento de característica social que é combatido pela solidariedade. Desta maneira, compreende-se a aproximação do valor da solidariedade ao Direito moderno, área em que a solidariedade é concebida como um princípio constitucional, com status de direito fundamental.

---

<sup>173</sup> AVELINO, Pedro Buck. **Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT. n.53, out/dez. 2005, p. 250.

<sup>174</sup> CASABONA, Marcial Barreto. **O princípio constitucional da solidariedade no direito de família**. Tese de Doutorado, São Paulo: PUC-SP, 2007, p. 87

<sup>175</sup> Ibid., 2007, p. 88

É inconcebível uma sociedade justa sem que esteja presente um Direito que conduza no sentido da cooperação e da responsabilidade de cada um de seus integrantes pelo bem-estar da coletividade. Conforme ensina Steinmetz, a solidariedade é um direito fundamental e deve ser entendida como limitador de outros direitos fundamentais e como dever de responsabilidade social<sup>176</sup>, o dever de ajuda mútua.

Os principais filósofos da teoria contratualista, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, partem da mesma ideia de que o homem vivia em Estado de Natureza, sem qualquer noção de sociabilidade, contudo, as conclusões de suas teorias são fundamentadas em diferentes premissas, como veremos a seguir.

Na concepção de Hobbes, os indivíduos viviam isolados e em constante conflito. Nesse sentido, constata-se a ausência de paz e segurança, bem como o predomínio de interesses egoístas, conforme se abstrai do excerto:

Observa-se que a natureza fez os homens tão iguais, no que se refere às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem visivelmente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que o outro, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com razão nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Quanto à força corporal, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.<sup>177</sup>

Segundo Hobbes, nenhum homem é superior ao outro, de modo que a defesa dos interesses era caracterizada pela guerra. Assim, conclui o autor que o único caminho para superar o estado de guerra e alcançar a paz social e a segurança, seria por meio de um Contrato Social constituído pela renúncia da liberdade, propriedade e poder, os quais seriam transferidos para um terceiro que passaria a reger as relações sociais.

Na visão de Locke, o Estado de Natureza todos os homens eram iguais em liberdade e posses, de modo que a renúncia destinada a constituição de uma sociedade só seria possível por meio de um acordo conjunto, com livre consentimento de todos. Esse acordo coletivo diverge do contrato social, pois neste caso, não ocorre a renúncia dos direitos individuais. O que ocorre é a instituição de um corpo político soberano, porém, limitados

---

<sup>176</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 121.

<sup>177</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.96.

pelos direitos individuais da sociedade.

Por sua vez, Rousseau afirma que, no Estado de Natureza, os homens viviam isolados e pacificamente, até o momento em que surge o egoísmo, estabelecendo um processo de domínio de propriedade privada, quando surge, então, o Estado de Sociedade, marcado por interesses egoísticos e guerras. Nesse sentido, Rousseau encontra como solução o contrato social, uma forma de associação destinada a proteger as pessoas e os bens dos associados, sem, contudo, abrir mão da liberdade.

Como visto, o fim das guerras proposto por Hobbes, a almejada segurança dos bens por Locke e a paz natural de Rousseau só é possível por meio da renúncia de um a favor do próximo, ou seja, é necessária a constituição de um Estado Civil.

Qualquer que seja o fundamento filosófico para a formação da sociedade, podemos concluir que o valor da solidariedade é encontrado na essência dos argumentos dos três pensadores, visto ser unânime o entendimento de que a constituição do Estado em prol do bem comum depende da renúncia de algo de cada indivíduo em favor da coletividade.

Obviamente, a forma de legitimidade de governo vislumbra por cada autor é diversa, sendo que para Hobbes o ideal seria o absolutismo, para Locke o liberalismo e por fim, para Rousseau a democracia, contudo, em todos prevalece a importância da solidariedade.

Mais adiante, já no período do Iluminismo - movimento filosófico burguês fundado em ideais que questionavam os antigos regimes, absolutistas e aristocráticos - os pensamentos de Locke e Rousseau se tornaram fonte de justificação moral, política e ideológica para várias Revoluções, dentre elas a Francesa que, fundamentada nos valores da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, conquistou a abolição dos privilégios feudais, a aprovação da Constituição Civil do Clero, a descentralização da administração na França, a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a disseminação dos valores iluministas pelo mundo e o fim do antigo regime absolutista.

Após a Revolução Francesa, o Estado passou a ser um Estado Liberal de Direito, caracterizado pela separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), o império das leis, consagração dos direitos fundamentais (direito à vida, à liberdade e à propriedade) e pelo Estado não interventor das relações privadas.

Todavia, com a ascensão da burguesia ao poder e a defesa apenas dos interesses da classe detentora de poder econômico, os direitos individuais relacionados aos princípios da igualdade e fraternidade ficam apenas no campo formal, acarretando, deste modo, grandes desigualdades sociais. Esta fase, em que foi instituído o capitalismo, ficou registrada na história como o período de maior exploração do homem.

Apesar da promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, da Constituição da República de 1791 e da Constituição Girondina de 1793, garantindo direitos naturais, nenhuma tratou dos direitos sociais, razão pela qual o Estado Liberal de Direito foi conduzido à decadência, abrindo caminho para um Estado Social de Direito.

Por sua vez, o Estado Social de Direito propiciou o surgimento de uma fase constitucionalista social, nos termos da Constituição Mexicana de 1917 e da Alemã de Weimar de 1919, as quais tiveram como objetivo resgatar e materializar os direitos adquiridos no Estado Liberal, que ficaram apenas no aspecto formal.

Na busca pela efetivação das leis, o Poder Executivo ganhou maior prestígio, visto sua função precípua de assegurar os direitos sociais. No mesmo caminho seguiu o Poder Legislativo, que passa a ser fiscal da atuação do Estado, e o Poder Judiciário, que adota o método da hermenêutica jurídica, passando a aplicar o Direito à luz de princípios e valores fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é um elemento essencial do princípio da solidariedade, fonte orientadora da nova hermenêutica jurídica e fundamento da Constituição em suas mais variadas manifestações. Vale destacar que além da dimensão ideológica, o princípio da solidariedade possui um valor técnico que se projeta em determinadas regras do direito positivo, tais como, a hipossuficiência do consumidor, o princípio da boa-fé objetiva, a função social da propriedade, a função social do contrato e a função social da empresa.<sup>178</sup>

Nota-se, portanto, uma aproximação do público com o privado e a atuação interventora do Estado. Nesse diapasão, afirma Sundfeld:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o *desenvolvimento* (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a

---

<sup>178</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: a luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 291.

mudança social) e a realização da *justiça social* (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).<sup>179</sup>

Grifo no original

Durante o estudo do princípio da solidariedade, Comparato expõe seu entendimento quanto ao valor axiológico da solidariedade e afirma que:

[...] é o fecho de abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode realizar-se em sua plenitude quando cada qual zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um dos seus membros.<sup>180</sup>

A adoção do valor da solidariedade como ideal de comportamento coletivo não importa em renúncia de direitos individuais, antes, busca valorizar a proteção da pessoa. Nesse sentido, Cardoso assevera que:

[...] a solidariedade não se trata de uma imposição à liberdade individual, antes, um valor focado na dignidade humana que deverá ser valorada conforme os interesses e bens envolvidos, visto que a ideia de uma sociedade livre, justa e solidária se contrapõe à competição desmedida e do lucro desenfreado, assumindo então, uma perspectiva de cooperação, responsabilidade social, igualdade substancial e justiça distributiva e social.<sup>181</sup>

Como é sabido, o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor central da Constituição, a partir do qual atuam os demais princípios. Ocorre que o princípio da solidariedade expressa um valor coletivo, com o mesmo objetivo de proteção do homem presente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, Peres observa que:

A solidariedade é um direito fundamental que está até mesmo acima do dito sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, a solidariedade é um valor coletivo, enquanto a dignidade é valor individual – ainda que o mais alto valor individual que ganhou proteção nos textos constitucionais (a dignidade é considerada o maior direito de todo o direito central de todos os direitos assegurados pelo Direito). Importante salientar que o valor coletivo não é apenas a soma dos valores individuais ou um agrupamento daqueles, mas a eles transcende.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55.

<sup>180</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e região no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

<sup>181</sup> CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010. p. 94.

<sup>182</sup> PERES, Tatiana Bonatti. **Solidariedade e abuso do Direito: A urgente necessidade de retomada dos valores morais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 6.

Por complementar e aperfeiçoar a liberdade e a igualdade, a solidariedade é considerada como o núcleo da conexão entre os princípios éticos, pois apresenta como característica a aproximação das pessoas sob a premissa do bem-comum, abrangendo todas as partes de um todo social, gerando uma consciência comportamental moral e de boa-fé que evita a lesão a si próprio e à sociedade.

Com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, o Estado passa a limitar a liberdade existente na autonomia da vontade, fazendo com que as relações jurídicas, mormente as contratuais, tenham observância obrigatória aos mandamentos constitucionais. Além do mais, com a introdução do princípio da solidariedade no ordenamento jurídico, a proteção que até então prestigiava, individualmente, a pessoa humana, passa a ter abrangência coletiva.

#### **4.5. A Solidariedade na Constituição brasileira**

A Constituição Federal de 1988 inseriu o valor solidariedade no título I – Dos Princípios Fundamentais, no inciso I do art. 3º, *in verbis*: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inciso I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

O dispositivo em comento expressa uma ordem voltada para toda a sociedade brasileira no sentido de que todas as ações sejam pautadas no valor da solidariedade, a fim de que se construa uma sociedade livre, justa e solidária. Deste modo, a mencionada norma determina o sentido a ser seguido, possuindo, portanto, um caráter impositivo, para a realização de tais ideais como sociedade.

Diante disso, a norma descrita no inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988 carrega um caráter de prevalência axiológica abstrata, contudo, impõe que as ações públicas ou privadas devem buscar os ideais de dignidade e solidariedade. Afinal, importa destacar que a intenção dos constituintes era a construção de uma sociedade fraterna, em que a igualdade e justiça fossem consideradas como valores máximos.

A solidariedade é, ainda, dotada de dois efeitos, o vertical e o horizontal. A

solidariedade vertical está relacionada com o dever do Estado, pelo qual os órgãos públicos buscam minimizar as desigualdades por meio da implementação de benefícios em prol dos cidadãos, objetivando corrigir os desníveis sociais. Por outro lado, a solidariedade horizontal diz respeito aos deveres de toda a sociedade civil, de maneira que cada cidadão esteja vinculado à ideia de solidariedade.

Presente em toda a ordem constitucional, a solidariedade estabelece regras de ação para que o Estado e a sociedade atinjam seus objetivos constitucionais, certo que esse sistema aberto possui uma espécie de “força expansiva”<sup>183</sup> capaz de exprimir ulteriores princípios e de preencher lacunas.

O princípio da solidariedade exerce a função de unir os demais princípios constitucionais para permitir a existência da dignidade da pessoa humana na vida conjunta.

Farias reforça a compreensão acerca da solidariedade ao afirmar que "o direito de solidariedade é um conjunto de práticas jurídicas vistas como espaço fático, valorativo, normativo e cognitivo, no qual se procura fazer a articulação entre o direito e o social."<sup>184</sup>

A solidariedade prevista na Constituição Federal de 1988 não possui um caráter meramente orientativo, mas também normativo, pois se trata de um princípio norteador da sociedade brasileira, cujo valor finalístico é a construção de uma sociedade em que os cidadãos zelem pela adoção de ações solidárias.

A solidariedade é considerada como elemento essencial para a existência da isonomia e da liberdade, pois a efetiva igualdade decorre da solidariedade, motivo pelo qual este valor foi trazido para o campo jurídico, objetivando humanizar o Direito e as relações jurídicas.

O processo de constitucionalização do Direito possibilitou que o contrato fosse dotado de função social capaz de refletir, por meio do respeito recíproco, o anseio da sociedade por uma justiça substancial na regulamentação das relações contratuais. Deste modo, conforme aponta Mariguetto, ocorre uma redefinição da autonomia privada, que garante a harmonia no contrato ao conciliar os interesses dos contratantes, evitando o colapso

---

<sup>183</sup> Expressão adotada por Martins-Costa acerca do sistema jurídico aberto, em que os princípios desempenham papel relevante na solução de novos conflitos. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 70.

<sup>184</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.5.

da confiança no sistema em decorrência de injustiças no seu conteúdo<sup>185</sup>.

No presente estudo, a influência mais significativa da solidariedade ocorre no campo contratual, conferindo à autonomia privada um teor de responsabilidade social, ou seja, um comprometimento coletivo em relação à função social do contrato, que passa a ser desenvolvido no âmbito da autonomia privada solidária.

#### **4.6. A autonomia privada solidária**

Para Martins-Costa, a expressão autonomia privada contém, explicitamente, um valor coletivo ou comunitário que é exercido pela sociedade civil, cujos limites são estabelecidos pela função social do contrato, princípio do qual se abstrai um aspecto ativo e positivo da personalidade, no âmbito em que a pessoa pode atuar como ser autônomo e responsável<sup>186</sup>.

A autonomia privada solidária traz uma nova noção de contrato para o qual se exige lealdade recíproca como base ética do acordo. Tem-se o estabelecimento da boa-fé quando autonomia privada solidária foi devidamente exercida. Nessa concepção da vontade privada, torna-se possível o controle de condutas desonestas, desleais, fraudulentas e abusivas, por meio da adoção de uma postura de solidariedade, que favorece a proteção da parte mais fraca.

Segundo o entendimento de Caorsi, o objetivo central perseguido por essa noção de solidariedade é que cada parte se preocupe com a outra e colabore com a realização da prestação recíproca<sup>187</sup>. Mais do que uma renovação do conceito de contrato, que limita a autonomia privada, houve também uma verdadeira transformação resultante da incorporação da função social em sua essência, de maneira que a conduta solidária se apresenta como um limitador do seu conteúdo.

---

<sup>185</sup> MARIGUETTO, Andrea. **O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 105, 107 e 124.

<sup>186</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código civil e o seu sentido ético e solidarista**. In: NETO, Domingos Franciulli, MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord). **O Novo Código civil: homenagem ao professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo, LTr, 2006, p.366-367.

<sup>187</sup> CAORSI, Juan J. Benítez. **Solidariedade contratual: noção pós-moderna do contrato**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2016, p. 40 e 47.

Quanto à transformação decorrente da boa-fé objetiva, importa destacar que esta não está em contraste com a autonomia privada. Uma não prescinde a outra, de modo que o aumento da relevância da boa-fé não diminui o campo de atuação da autonomia privada. Trata-se, portanto, de uma maneira de evitar possíveis abusos, sem impedir a liberdade contratual.

Vale lembrar que a boa-fé objetiva corresponde a um dever de conduta ético, alheio às boas ou más intenções das partes contratantes, mas que exige um comportamento conforme estabelecido pelo Direito.

Nesse sentido, Pereira ensina que a boa-fé objetiva vai além do dever negativo de abstenção para que não se prejudique a contraparte, mas, compreende, também, o dever positivo de cooperação para a consecução dos efeitos práticos que justificam o próprio contrato, destacando que “o agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado”<sup>188</sup>.

A boa-fé objetiva possui tríplice função: i) atuar como guia interpretativo-integrativo, evitando que o contrato extrapole seus interesses socioeconômicos, lícita e razoavelmente esperados para a relação jurídica; ii) criar deveres jurídicos colaterais, como os deveres de lealdade, deveres de informação e deveres de proteção; e, ainda, iii) limitar o exercício de direitos subjetivos no interior da relação jurídica, aproximando os excessos da figura do abuso de direito<sup>189</sup>.

Por sua vez, a função social do contrato trata-se de um princípio que exige que os interesses individuais sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais. Assim, não há sustentação para o contrato que se apoia apenas nos interesses individuais, visto que tais interesses se sujeitam ao crivo da justiça social. A função essencial dos contratos na perspectiva social é a redução das desigualdades materiais e a exploração dos vulneráveis, promovendo a justiça comutativa<sup>190</sup>.

Paulo Nalin vai além e afirma que o contrato celebrado sem a observância da boa-

---

<sup>188</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 18

<sup>189</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

<sup>190</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

fé será inexistente, tendo em vista trata-se de um elemento de materialização do negócio e não um simples princípio informativo da vontade contratual<sup>191</sup>.

Nesse contexto, tem-se que a justiça contratual pressupõe a reciprocidade e a comutatividade de direitos e obrigações, ou seja, toda prestação assumida por uma das partes deve corresponder uma contraprestação igual ou equivalente, sem onerosidade excessiva para uma das partes.

No mesmo sentido é o entendimento de Torres, a qual assevera que, considerando os efeitos sociais dos negócios jurídicos, espera-se das partes uma conduta pautada na lealdade e transparência, de forma justa, sem abusos e sem causar prejuízo, com respeito às legítimas expectativas da contraparte e de cooperação com o interesse alheio<sup>192</sup>.

A busca pela valorização da dignidade da pessoa e a socialização das relações jurídicas provocou relevantes modificações na estrutura normativa e principiológica do contrato. Na tentativa de explicar o solidarismo, resultado da transformação do contrato, Caorsi aponta Bourgeois como um dos pioneiros em oferecer uma argumentação dogmática refinada, exaltando a transcendência do solidarismo como forma de regular as relações interpessoais. Por esta concepção, a solidariedade concilia a liberdade e a justiça como uma alternativa entre as duas, de maneira que o contrato não deve apresentar oposição, sob o risco de desnaturação, antes, deve apresentar uma dependência recíproca das partes, cuja expressão prática é a distribuição equitativa dos benefícios e as obrigações da associação<sup>193</sup>.

Apoiada nesta nova perspectiva de solidariedade ocorre a valorização da consideração dos contratantes como ser humano, estabelecendo um mínimo ético nas relações contratuais. Nesse sentido, na medida em que sua função social exige um comportamento guiado pela boa-fé objetiva, verifica-se que a solidariedade, a confiança e a lealdade passam a ser imperativas no direito dos contratos, possibilitando, portanto, combater-se as desigualdades substanciais. Além disso, a solidariedade contratual apresenta duas finalidades: uma promocional, que busca a execução de atos socialmente desejáveis; e, outra repressiva, que impede a realização de injustiças substanciais<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 139.

<sup>192</sup> TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 17 e 49.

<sup>193</sup> CAORSI, Juan J. Benítez. **Solidariedade contratual: noção pós-moderna do contrato**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2016, p. 109.

<sup>194</sup> HENTZ, André Soares. **Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 25 e 92.

É saliente que a solidariedade exerce uma atenuação na subordinação de interesses, impondo aos contratantes um comportamento não limitado ao dever de não prejudicar o interesse da contraparte, mas, também, o dever de preservar o resultado econômico convencionado. Com efeito, a liberdade contratual implica no respeito mútuo à liberdade de cada um dos contratantes, favorecendo o estabelecimento de um equilíbrio que só é alcançado quando há justiça no contrato.

Neste prisma, Tartuce acrescenta que o princípio da boa-fé verifica a existência de deveres jurídicos de solidariedade como os de colaboração, lealdade, confiança, assistência mútua e fidelidade. Percebe-se, portanto, uma íntima relação entre boa-fé objetiva e solidariedade, uma verdadeira simbiose entre a eticidade e socialidade, conexão que forja uma autêntica ética contratual, que não é restrita a uma simples limitação negativa da autonomia privada, mas valoriza a relação negocial através de uma tendência personalizante do Direito Civil, tudo o que evita as grandes disparidades entre contratantes<sup>195</sup>.

O espírito de colaboração deve ser a motivação de cada uma das partes no cumprimento das expectativas alheias, ou seja, deve existir uma atitude de cooperação entre cada uma das partes. Portanto, encontramos na boa-fé, essencialmente, um critério de reciprocidade, manifesta na solidariedade que liga os participantes e que deve ser observado mutuamente nas relações, enquanto é imposto às partes, não só fazer o que foi prometido, mas, tudo que for necessário para assegurar à parte contrária o resultado útil da prestação.

No que tange ao alcance dos efeitos da autonomia privada solidária, o contrato celebrado solidariamente não pode ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes, isolado das condições sociais, na medida em que a liberdade negocial de um deve ser exercida de modo convergente entre os contratantes e destes com a sociedade. Desta maneira, a insatisfação contratual pode ser de um comportamento imputável à própria parte ou a um terceiro; e, neste último caso, pesa o fato de que o vínculo jurídico criado com base na cooperação social deve ser respeitado por todos, sendo que ignorar tal fato pode resultar em ato ilícito.

Nesse sentido, Caorsi afirma que a falta de solidariedade contratual, isto é, o egoísmo intransigente na defesa dos interesses individuais inerentes ao negócio jurídico, pode se tornar uma fonte de responsabilidade, caso seja verificada uma transgressão do dever de

---

<sup>195</sup> TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 202 e 243.

cooperação. Portanto, não resta dúvida que a conduta não cooperativa se torna relevante para definição do injusto<sup>196</sup>.

O pensamento pós-moderno exige do contrato a coexistência de um plano interno, de comunicação entre as partes, que deve estar em sintonia com o plano externo, relativo à ordem institucional e social. Sob outra perspectiva, afirma Xavier que o contrato passa de uma função econômico-individual para uma função econômico-social, ou seja, a realização do negócio jurídico deve estar preocupada com a relação interna, entre os contratantes e, ao mesmo tempo, com sua relação externa, atento com a harmonização dos valores sociais do contrato com a sociedade<sup>197</sup>.

Assim, trata-se o contrato de uma relação jurídica que não se refere unicamente às partes diretamente envolvidas, mas que, concomitantemente, gera consequências para a sociedade. Em vista disso, reconhece-se que seus efeitos transcendem ao âmbito interno dos contratantes, motivo pelo qual não devem ser contrariados interesses sociais, contudo, deve ser concluído e executado de forma socialmente responsável, sem causar danos injustos a terceiros.

Outra relevante característica no âmbito da autonomia privada solidária destaca-se o dever de informação, um dos deveres anexos do princípio da boa-fé, por meio do qual se impõe às partes contratantes uma obrigação geral de informação a respeito de qualquer fato capaz de influenciar no desenvolvimento do contrato.

Nesse mesmo sentido, Schier assevera que os contratantes são obrigados a prestar, mutuamente, informações necessárias para o correto conhecimento da situação fática e jurídica envolvidas, concorrendo, deste modo, para uma execução pacífica do objeto pactuado. Neste prisma, o princípio da boa-fé, aliado à função social do contrato, surge como fonte da obrigação de informação que visa garantir o exercício da liberdade negocial, bem como a valorização da dignidade da pessoa, que passa a ser protegida pelos deveres de informação, cooperação e solidariedade<sup>198</sup>.

Imperioso enfatizar o valor da solidariedade na ocasião da rescisão contratual.

---

<sup>196</sup> CAORSI, op. cit., 2016, p. 268.

<sup>197</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. UFRGS, Porto Alegre, 2006, p. 130 e 174.

<sup>198</sup> SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Juruá: Curitiba, 2007, p. 40.

Sobre esse aspecto, Caorsi traz à baila os ensinamentos de Marie-Eve Pancrazi-Tian, a qual sustenta que o contratante interessado na ruptura do contrato, não deve ficar insensível à situação da contraparte, antes, deve informar sobre sua intenção e as circunstâncias que o levaram a tal decisão, concedendo, concomitantemente, um período de tempo razoável para que a parte contrária possa encontrar uma solução alternativa. No entanto, a autora aponta que o dever de informação, cooperação e solidariedade, encontra exceção nos casos em que se verifica um comportamento gravemente condenável<sup>199</sup>.

Quanto ao fundamento jurídico, foi bastante frequente a referência à perspectiva do Direito Civil Constitucional. A Constituição Federal de 1988, no art. 3.º, I, definiu como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ao lado do art. 170, que, ao disciplinar a ordem econômica, garantiu a livre iniciativa, a qual tem por fim assegurar existência digna a todos, em especial, pela observância da função social da propriedade.

Dessa maneira, o contrato torna-se funcionalizado tanto do ponto de vista da produção quando do consumo,<sup>200</sup> ou que a autonomia privada deveria ser entendida como "autonomia privada solidária", posto que a liberdade não é abstrata, exercida no vazio, mas, sim, situada, exercida na comunidade.<sup>201</sup> Com isso, a função social do contrato já podia ser sustentada mesmo antes da promulgação do Código Civil de 2002, porque este apenas teria dado maior concretude ao mandamento constitucional.

Tradado como clássico fenômeno volitivo baseado na autonomia da vontade, a nova ordem jurídica, fundada no valor da solidariedade, impôs ao contrato contemporâneo uma sujeição aos princípios da ética, da moral e, principalmente, da abstenção dos contratantes do estabelecimento de um contrato desequilibrado, por meio do qual se valendo de uma eventual situação de vantagem, viole os direitos fundamentais de terceiros e os interesses sociais.

Desta maneira, a solidariedade agregou ao contrato a função de estabelecer um concreto equilíbrio entre as partes, o balanceamento entre as prestações, a vedação da onerosidade excessiva, bem como a fiel observância do princípio da boa-fé objetiva e seus

---

<sup>199</sup> CAORSI, op. cit., 2016, p. 317.

<sup>200</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 231.

<sup>201</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. Revista Direito GV. vol. 1. n. 1. p. 41-66. São Paulo, maio 2005, p. 43 e 47.

deveres anexos.

Assim, o Direito Privado mostra-se mais flexível e adaptável às realidades sociais, gerando um desapego às antigas cláusulas do *pacta sunt servanda* e favorecendo o desenvolvimento da função social e ética a ser exercida pelo direito. A incidência da cláusula geral da função social sobre a autonomia privada afasta o caráter individualista do contrato, impedindo o abuso de direito e da onerosidade excessiva.

## 5. A AUTONOMIA PRIVADA SOLIDÁRIA E A DESPEDIDA COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO

A evolução da sociedade e a modificação do ambiente socioeconômico influenciam profundamente as relações de trabalho. Deste modo, não é forçoso notar que equilíbrio das relações jurídicas e a solução de conflitos delas decorrentes são diretamente afetados pela deficiência da atualização legislativa e a resistência a uma nova hermenêutica normativa.

As principais fontes jurídicas empregadas no Direito do Trabalho brasileiro estão inseridas na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, criada em 1943, pelo Decreto 5.452. No entanto, como se sabe, as relações laborais contemporâneas não possuem as mesmas características das relações surgidas à época da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual, embora tenha se sujeitado a algumas atualizações, não pacifica alguns temas polêmicos, assim como não atente a plenitude do interesse público.

Com a evolução das relações sociais e tecnológicas, a situação de desigualdade entre os contratantes tende a se agravar, visto a crescente pressão por competitividade, bem como as instabilidades no cenário político e econômico influenciam diretamente as relações contratuais.

Presos a uma interpretação jurídica clássica, muitos magistrados e operadores do direito encontram dificuldades para adequar as novas relações de trabalho à luz do Direito constitucionalizado. Deste modo, para que a solução dos conflitos contemporâneos seja alcançada, torna-se fundamental que, a doutrina e a jurisprudência estejam alinhadas ao desenvolvimento social, propondo soluções modernas, fundada nos preceitos do Direito constitucionalizado.

Neste trilho, válida a afirmação de Mello, em face de que “a normatização heterônoma traz a proteção de diversos direitos, no entanto, não é capaz de acompanhar os desafios das sociedades complexas”<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> ALMEIDA, Renato Rua de (org). MELLO, Cristiane. **Direitos Fundamentais aplicados ao direito sindical**. São Paulo: LTr, 2014. p. 28.

As relações contratuais de trabalho, guardadas suas distinções específicas, sujeitam-se às mesmas normas das demais relações obrigacionais privadas, devendo, portanto, obediência ao ordenamento jurídico que, de maneira direta ou indireta, impõe-lhes limites.

Assim, a regulamentação das normas trabalhistas deve atentar para a proteção dos direitos dos trabalhadores, visando proporcionar condições dignas para o trabalhador-cidadão, mas não só isso, deve também buscar a justiça e o equilíbrio para todas as partes abrangidas pelas relações de trabalho.

### **5.1. Despedida coletiva**

A doutrina majoritária aponta que a dispensa coletiva é um instituto do Direito Coletivo do Trabalho, que possui princípios e normas diversas do Direito Individual do Trabalho, pois, encontra-se no ramo do Direito que abrange os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conforme aponta Fernandes, a dispensa coletiva ocorre quando afeta uma pluralidade de trabalhadores da empresa e a ruptura dos contratos por razão única, de modo que o fundamento para a despedida coletiva se pautar na organização da empresa, ou seja, exteriores ao comportamento subjetivo dos trabalhadores.<sup>203</sup>

A proporção adequada para o elemento numérico do conceito é muito discutida entre os estudiosos do ramo, contudo, conforme pode ser observado no direito comparado há uma variedade de critérios relacionados à definição da coletividade ou pluralidade de trabalhadores afetados pela dispensa. De modo geral, o entendimento segue no sentido de que a despedida coletiva independe de proporção ou quantidade para ser assim considerada, bastando que ocorra dois ou mais, simultaneamente ou sequencialmente, considerando a totalidade de trabalhadores afetados em um determinado período de tempo, desde que todos os casos estejam fundados no mesmo motivo, relacionado ao empregador e não à pessoa do trabalhador.

Considerando o potencial nocivo das despedidas, a Constituição Federal brasileira de 1988 passou a dispor em seu art. 7.º, inciso I, que "a relação de emprego é protegida contra

---

<sup>203</sup> FERNANDES, António Lemos Monteiro. **Direito do Trabalho**. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 575.

despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Por meio deste dispositivo, ficou estabelecida a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, considerando-a, ainda, como ato ilícito cujo cometimento impõe ao infrator a obrigação de indenizar pelos direitos violados.

Segundo o entendimento de Silva, “essa garantia visa tornar a relação de emprego um bem jurídico constitucional duradouro, e mantê-la constante para que irradie seu efeito construtor e benéfico para a vida social.”<sup>204</sup>

O caráter protetivo contra a despedida arbitrária também encontra respaldo no art. 165, da CLT, o qual dispõe que o empregador somente poderá despedir um empregado mediante um motivo não arbitrário, ou seja, fundado em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

No mesmo sentido segue o art. 13 da Convenção 158 da OIT, o qual estabelece que os motivos legitimadores de dispensa do empregado são os relacionados às necessidades econômicas, tecnológicas e estruturais da empresa. Dentre as orientações da Convenção da OIT encontram-se, ainda, procedimentos específicos a serem observados nos casos de previsão de término da relação de trabalho, tais como a prestação de informação quanto aos motivos, o número e categorias dos trabalhadores afetados e o período durante o qual seriam efetuadas as despedidas, de modo que seja possibilitado o estudo de medidas destinadas a evitar ou atenuar as consequências adversas das despedidas aos trabalhadores afetados.

As regras previstas no artigo 165, da CLT, assim como na Convenção 158 da OIT, convergem com o enunciado protetivo presente no art. 7.º, inciso I, da Constituição Federal, de maneira que a inobservância dessas regras nos atos de despedida coletiva resulta em abuso de direito, ou seja, ato ilícito enquadrado no art. 187 do Código Civil de 2002.

O entendimento protetivo não busca a perpetuação do trabalhador no mesmo emprego a qualquer custo, mas sim o equilíbrio nas relações de trabalho segundo os ditames decorrentes da solidariedade e da boa-fé recíprocas, de modo que a ocorrência da violação de tais preceitos se configura como elemento justificante da terminação do contrato de trabalho.

---

<sup>204</sup> SILVA, Antônio Álvares da. **Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário**. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 06, Jun. 2009, p. 651.

Neste sentido, entende a doutrina que os motivos da despedida lícita devem estar aliados aos aspectos técnicos, econômicos ou financeiros do empregador, os quais são diretamente vinculados ao desempenho da empresa, de forma que a necessidade de despedida coletiva seja uma condição ligada à sobrevivência ou ao não comprometimento do progresso do negócio.

Citam-se como despedidas lícitas aquelas ligadas a motivos de ordem econômica, tais quais: a recessão, a inflação, a limitação de crédito, a diminuição brusca da demanda, a perda de domínio do mercado, a limitação da produção, problemas de venda, distribuição, liquidez, a restrição de acesso à matéria-prima, dentre outros.

As despedidas por motivos tecnológicos estão relacionadas à informatização e à robótica destinadas à automatização de processos. Já os motivos estruturais possuem caráter mais amplo e implicam em transformações de segmentos significativos da empresa, em sua parte orgânica, finalística e relacional.

Segundo a lição de Nascimento, despedida por motivo técnico “é aquele que se relaciona com a organização e a atividade empresarial, como a supressão necessária de seção ou de estabelecimento”, ao passo que motivo econômico ou financeiro “coincide com a força maior que atinge a empresa para torná-la insolvente em suas obrigações negociais”<sup>205</sup>.

Em que pese à relevância social do tema, por muitos anos, o Poder Legislativo brasileiro permaneceu inerte à necessidade de regulamentação da despedida coletiva, de tal modo que as discussões relacionadas ao tema eram realizadas com base em normas internacionais e no direito comparado, dentre as quais se destacam as Convenções da OIT.

Nesse contexto, cabe memorar a polêmica relacionada à ratificação da Convenção 158, da OIT, que teve os artigos 4.º ao 10 considerados inconstitucionais na decisão da ADI n. 1.480-DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual firmou o entendimento de que, embora ratificada, a Convenção possuía o valor de lei ordinária, não servindo para tratar da matéria referente ao art. 7.º, I, da Constituição Federal de 1988, visto que o referido dispositivo requer sua regulamentação por meio de lei complementar.

No julgado citado, a Suprema Corte declarou que a Constituição Federal de 1988

---

<sup>205</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 55.

consagrou o sistema de “garantia compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador”, e que a citada Convenção possui apenas caráter “programático”<sup>206</sup>.

Em decorrência de uma interpretação superficial do entendimento estabelecido pela Suprema Corte, em 13 de janeiro de 2009, sob a alegação de redução de custos decorrente da crise econômica global e da necessidade de preservar 17 mil postos de trabalho, a Embraer decidiu despedir mais de quatro mil trabalhadores, sem que fossem observados seus direitos básicos, como, por exemplo, o direito de informação.

Sobre este fato, Vale esclarece que:

O ato empresarial provocou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar preteando a cessação dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já demitidos. Na oportunidade, os Sindicatos afirmaram que o ato praticado pela empresa era antijurídico, por contrariar o disposto no art. 7.º, I, da CF/88, bem como por se mostrar antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal [...] <sup>207</sup>

No caso referenciado, ficou evidenciada a violação do dever de informação por parte da empresa, no entanto, embora justificasse a necessidade da despedida coletiva por motivos econômicos, não comprovou a real necessidade da medida. Posteriormente foi verificado que o lucro do período era muito superior ao estimado, não sendo, portanto, confirmados os motivos financeiros apontados. Em outras palavras, a ausência de negociação prévia e a falta de informação sobre a real situação da empresa provocaram a desnecessária e radical medida de despedida de milhares de trabalhadores.

Em que pese as tentativas de conciliação terem fracassado, o dissídio coletivo foi julgado como parcialmente procedente pelo TRT da 15ª Região, o qual se fundamentou nos princípios constitucionais e trabalhistas e, particularmente, nos ensinamentos de Dworkin, Alexy, Bonavides, entre outros que defendem a força normativa dos princípios.

Com base nos ensinamentos dos doutrinadores citados, firmou-se o entendimento

---

<sup>206</sup> STF - ADI: 1480 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/06/2001, Data de Publicação: DJ 08/08/2001 PP-00003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 05 fev. 2017.

<sup>207</sup> VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 136.

que conduziu os magistrados a uma histórica decisão jurisprudencial, que declarou a despedida coletiva abusiva por conta da ausência de negociação prévia e a clara ofensa à boa-fé objetiva e seus deveres anexos, bem como fixou a obrigatoriedade da negociação para os futuros casos de despedida coletiva, fato que evidenciou a necessidade de modificação do alcance da proteção contra a despedida arbitrária.

O mesmo entendimento alcançado no julgado acima, já era estabelecido pela Recomendação n. 163 da OIT, que orienta empregadores públicos e privados a disponibilizarem informações, mesmo que confidenciais, sobre a situação econômica e social da empresa, quando necessárias para a obtenção de negociações significativas entre as partes, evitando a judicialização dos casos de dispensa coletiva, bem como proporcionando a adoção de medidas menos prejudiciais aos trabalhadores, tais como a redução provisória dos níveis de produção da empresa; redução limitada e temporária de salário e jornada; suspensão do contrato de trabalho para capacitação e requalificação profissional; concessão de férias coletivas; adoção de licença remunerada e remanejamento de empregados para outros setores ou empresas do mesmo grupo, quando possível.

Nesse compasso, quando a empresa estiver comprovadamente com dificuldades financeiras e não houver meio alternativo à despedida dos empregados, deve-se buscar a minimização dos efeitos sociais provocados pelo ato empresarial, tendo como critério a razoabilidade e a proporcionalidade, lembrando que os princípios não são normas absolutas e devem, portanto, ser interpretados sistemática e teleologicamente, considerando a unidade do ordenamento jurídico.

Por outro lado, arraigados em um pensamento positivista, a doutrina majoritária adotou o entendimento de que a despedida arbitrária ou sem justa causa, tratada na Constituição Federal de 1988, não assegurou a garantia de emprego, mas, criou um sistema de desestímulo ao desemprego involuntário, fornecendo mecanismos de compensação financeira, conforme se verifica no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual dispõe que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”, bem como a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa para cipeiros e gestantes<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 1187.

Em que pese entendimentos contrários, é certo que a jurisprudência avançou no sentido de conferir melhor proteção contra a despedida coletiva, principalmente por passar a observar que a proteção ao trabalhador tem previsão constitucional como direito fundamental de aplicação imediata.

Cabe ressaltar o avanço também experimentado pela doutrina que, sob a égide da interpretação constitucionalizada do Direito, passou a considerar de maneira mais efetiva métodos como o diálogo das fontes do Direito, que abrange as normas e os princípios internacionais constantes em Tratados e Convenções, trazendo considerável avanço ao modo de solução dos conflitos trabalhistas contemporâneos.

Em decorrência da constitucionalização do Direito Privado, são fortalecidos institutos jurídicos como o princípio da solução pacífica das controvérsias, o princípio da dignidade da pessoa humana, a função social do contrato, a função social da empresa, a negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, a proteção, a melhoria da condição social e continuidade da relação de emprego, a democracia na relação capital-trabalho e interveniência sindical na negociação coletiva, propiciando a atuação do sindicato ou a representação por comissão de trabalhadores em toda e qualquer discussão que envolva uma pluralidade de trabalhadores.

Com o objetivo de resguardar o trabalhador das ameaças de despedida desmotivada, Almeida aponta que foram criadas técnicas a serem observadas pelo empregador quando do desligamento do empregado, tais como a prévia comunicação do motivo por escrito, a validação da despedida pelo representante dos trabalhadores eleito ou delegado sindical, a apuração da falta em inquérito judicial caso a dispensa seja mantida, a inversão do ônus da prova e, por fim, a indenização correspondente ao ato ilícito cometido pelo empregador.<sup>209</sup>

Portanto, por força do princípio da continuidade do emprego, a despedida coletiva deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica, econômica ou estrutural e, ainda, precedida de negociação coletiva, mediante adoção de critérios objetivos e com observância dos direitos fundamentais e os princípios do Direito, buscando sempre, nos casos de despedida coletiva a adoção de medidas menos impactantes aos trabalhadores e à sociedade.

---

<sup>209</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. **Estabilidade e fundo de garantia: uma abordagem atual da garantia no emprego**. Revista LTR, ano 42, janeiro de 1978, p. 41.

Por fim, Almeida assevera que a inobservância das garantias legais previstas, assim como ausência de justo motivo, torna a despedida nula ou ilícita, possibilitando, deste modo, a reintegração do trabalhador no emprego ou, alternativamente, o pagamento da correspondente indenização.<sup>210</sup>

## 5.2. Despedida arbitrária ou sem justa causa

Para uma clara compreensão sobre o tema, cabe uma breve distinção entre a estabilidade e a garantia de emprego.

A estabilidade é definida como direito do trabalhador de manter-se no emprego enquanto inexistir causa relevante que justifique sua dispensa.

Segundo o entendimento de Nascimento, existem duas acepções para a estabilidade:

Primeira, a de estabilidade do emprego, fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo destinadas a fazer com que não falte trabalho na sociedade. Sendo um dever social, o trabalho deve merecer posição especial nos programas estatais, com a abertura de frentes de trabalho, serviços públicos de emprego, assistência pecuniária ao desempregado etc.. É a estabilidade no sentido econômico. Segunda, a de estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico.<sup>211</sup>

A garantia de emprego, por sua vez, apresenta uma amplitude maior que a estabilidade, pois está relacionada com políticas de empregos, que abrangem aspectos econômicos e demográficos, voltados à facilitação do acesso ao primeiro emprego, a estabilidade e a conservação do trabalhador no posto de trabalho.

Diferencia-se despedida arbitrária de despedida sem justa causa, com base no artigo 165 da CLT, que trata da estabilidade dos empregados integrantes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de modo que despedida arbitrária é aquela realizada por

---

<sup>210</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. **O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.** Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 3/2007, p. 338.

<sup>211</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 981.

iniciativa do empregador não fundamentado em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, sendo este conceito aplicado tanto para dispensa individual quanto coletiva.

Por outro lado, a doutrina majoritária aponta que a despedida sem justa causa se consubstancia na terminação do contrato, por iniciativa do empregador, desprovida de qualquer motivação objetiva, ou seja, não há falta cometida pelo empregado. Salienta-se que a despedida por justa causa decorre de conduta incorreta do empregado, que dá ensejo à ruptura do vínculo empregatício nos termos da lei.

### **5.3. A proteção legal contra a despedida arbitrária ou sem justa causa**

Como visto no capítulo anterior, os acordos realizados com base na autonomia da vontade gozavam de certa presunção de validade, de maneira que o direito de resilição do contrato era considerado justo, pois era recíproco e cada um podia defender seus próprios interesses.

Conforme o magistério de Mannrich, o estudo sobre a dispensa coletiva possui relação com o modelo de ruptura dos contratos no período do Liberalismo. Deste modo, para melhor compreensão do assunto, o autor separa sua abordagem em dois importantes períodos: o liberal e o contemporâneo, como veremos a seguir.

No período Liberal, o regime da ruptura do contrato de trabalho correspondia ao direito de resilição unilateral inspirado nos contratos de arrendamento de serviços, regulados pelo Código Civil. Nesse modelo havia liberdade tanto para contratar como para rescindir o contrato, estando presente, inclusive, um período de pré-aviso<sup>212</sup>.

Não havia, nesse período, a necessidade do empregador indicar a causa justificadora da dispensa, visto que a exemplo do que ocorreu na França, Alemanha e Itália, era o Direito Civil que regulava as relações entre particulares, de maneira que os contratos, inclusive os de trabalho, eram regidos pela regra geral, sendo que os contratos de trato sucessivo e com prazo indeterminado cessavam, a qualquer momento, pela simples vontade das partes, sem a necessidade de justificação e livres de qualquer ônus.

---

<sup>212</sup> MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual a responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 238.

Nesse contexto, Mannrich aponta que:

Apesar das ressalvas impostas pela teoria do abuso do direito, conjugada com a obrigação de aviso prévio, podia o empregado por fim ao contrato, pois não se admitia a contratação perpétua. Por sua vez, o empregador podia livremente escolher seus colaboradores, assim como dispensar os que bem entendessem.<sup>213</sup>

Por outro lado, no período contemporâneo ocorre a mudança na orientação clássica e liberal, cedendo lugar aos imperativos sociais focados nas relações de trabalho e com a estabilidade do emprego, visto que o princípio da autonomia da vontade se mostrou inadequado para reger o contrato de trabalho e, principalmente, sua rescisão.

A correção do tratamento conferido aos contratos de trabalho foi possibilitada por meio da influência da Organização Internacional do Trabalho, o qual teve papel fundamental na introdução da ideia de dispensa controlada, especialmente por meio da Convenção n.º 158, medida que apresentou impacto direto na liberdade das partes, que passaram a se submeter a um dirigismo de suas atividades negociais.

A primeira grande inovação no controle da despedida mediante justificção ocorreu com a Constituição mexicana, de 1917, na qual foi introduzida a ideia de dispensa condicionada a motivos justificados. Esse princípio acabou influenciando os demais países da América Latina, de maneira que algumas legislações passaram a limitar o poder do empregador em relação à terminação do contrato de trabalho.

Assim, devido à falta de controle das consequências do exercício desse poder, o modelo liberal de despedida foi perdendo seu vigor, fato que proporcionou, entre outros exemplos, o aumento do prazo do aviso prévio<sup>214</sup>, o direito à indenização, assim como a limitação imposta pelos conceitos de abuso de direito e a terminação abusiva do contrato.

Nesse caminho de modificações voltado para o atendimento dos anseios sociais contemporâneos, Mannrich aponta que:

Surge um verdadeiro direito de despedida, consistente num conjunto de regras imperativas, impondo condições e formas a serem observadas pelo empregador por ocasião da ruptura dos contratos de prazo indeterminado, especialmente quando o motivo estiver desvinculado da pessoa do trabalhador. Em outras palavras, o antigo sistema segundo o qual se conferia ao empregador o direito potestativo de rescisão contratual, que se limitava apenas quando abusivo, cede lugar a um sistema de

---

<sup>213</sup> MANNRICH, op. cit., 2000, p. 239.

<sup>214</sup> Nesse sentido, ALMEIDA, Renato Rua de. **Proteção contra a despedida arbitrária. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.** Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 56, n. 10, out. 1992, p. 1200.

despedida como ato jurídico. A dispensa passa a ser objeto de controle, devendo-se observar formas e procedimentos, os quais devem, com muito mais razão, ser aplicadas às dispensas coletivas.<sup>215</sup>

Tamanha era a repercussão da dispensa na vida do trabalhador, de sua família e na sociedade como um todo, que o problema foi atraído para a esfera governamental, passando-se a exigir do empregador a causa justificadora da despedida, bem como com a introdução de procedimentos complementares a serem aplicados nos casos de redução de pessoal por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais.

Nesse contexto, Almeida aponta que, atualmente, o instituto do aviso prévio, corolário do princípio da proteção, estabelecido no art. 7.º, XXI, CF/88, é entendido como uma técnica contra a despedida arbitrária, assim como um instrumento de limitação do direito do empregador de romper imotivadamente o contrato de trabalho por prazo indeterminado. O objetivo do instituto é a proteção dos trabalhadores contra os efeitos negativos da extinção abrupta do contrato de trabalho, incluindo ao contrato a exigência de conduta fundada na igualdade e na reciprocidade entre as partes.<sup>216</sup>

No decorrer dos tempos, alterações legislativas sobre o tema tem sido implementadas, de modo que desde 1935 já se buscavam mecanismos legais de estabilidade, destacando-se a estabilidade decenal, que garantia estabilidade aos trabalhadores com mais de dez anos de serviços prestados a uma mesma empresa, excetuando-se os casos de cometimento de falta grave, devidamente apurada, conforme a Lei.

Em 1967, com a entrada em vigor da Lei n. 5.107, que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, excluiu-se a estabilidade no emprego, visto que os contratos de emprego passaram a ser optados ou submetidos ao novo regime do FGTS, causando o aumento da instabilidade no emprego.

Na Constituição Federal de 1988, foi consagrada a previsão constitucional do art. 7.º, inciso I, garantindo ao trabalhador uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 substituiu o regime da estabilidade

---

<sup>215</sup> MANNRICH, op. cit., 2000, p. 246.

<sup>216</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. **Proteção contra a despedida arbitrária. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.** Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 56, n. 10, out. 1992, p. 1199 e 1201.

decenal por algumas estabilidades especiais, passando o novo regime de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa a adotar o pagamento de uma indenização compensatória, além de prever a inclusão de outros direitos por meio de lei complementar.

No entanto, a norma constitucional afastou o direito do empregado à estabilidade decenal e de ser despedido apenas por motivo de falta grave, como era idealizado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Atualmente, a indenização compensatória, prevista no artigo 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é a única garantia de proteção da relação de emprego.

A Lei 8.036/90, que dispõe sobre a Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS unificou os regimes do FGTS e da CLT, estabelecendo que a partir do dia 05 de outubro de 1988, todos os trabalhadores teriam direito a uma conta vinculada ao FGTS, na qual os seus respectivos empregadores deveriam recolher, mensalmente, o importe de 8% da remuneração paga no mês anterior ao empregado.

No entanto, à luz do Direito constitucionalizado, o art. 7.º, inciso I, da Constituição, expressa claramente que é direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, ou seja, o dispositivo constitucional possui função de proteção que inibe atos patronais, interpretações e leis infraconstitucionais que sejam contrárias ao seu comando.

Contudo, a simples previsão de lei complementar que disponha sobre a indenização compensatória e outros direitos não é o suficiente para uma efetiva proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Nesse trilho, pode-se concluir que o silêncio do legislador não tem o condão de impedir a aplicação dos direitos previstos na Constituição, tampouco que os princípios e as normas constitucionais sejam aplicáveis diretamente, a exemplo do Direito Civil constitucionalizado, que institui o direito à informação, a vedação do abuso de direito e a boa-fé, os quais devem, também, ser interpretados em sentido amplo, abrangendo o plano contratual trabalhista.

Ocorre que a omissão relativa à delimitação legal do conceito de dispensa arbitrária ou sem justa causa, prejudica um tratamento diferenciado para tais modalidades de despedidas, facilitando, indiretamente, as despedidas por qualquer motivo ou mesmo sem

motivo, visto que não há qualquer exigência de fundamentação ou motivação ao empregador, bastando o pagamento dos direitos respectivos e uma indenização genérica equivalente a 40% do FGTS, fato que denota um total desapego aos princípios e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Considerando que a proteção ao emprego possui natureza de direito fundamental, o ressarcimento compensatório sobre o FGTS, embora seja classificado como garantia contra as despedidas arbitrárias ou sem justa causa, termina por esvaziar a realização do direito que pretendeu assegurar, visto que efetivamente não protege o emprego, distanciando-se, portanto, da efetividade do comando constitucional.

Defende-se, portanto, que em face do disposto no art. 7.º, inciso I, da Constituição de 1988, todo ato patronal objetivando a despedida de empregado deve ser motivado e comprovado, adotando-se, ainda, medidas progressivas com base em critérios objetivos, buscando a alternativa que apresente o menor impacto social, além do devido respeito aos direitos fundamentais.

Assim, considerando que o Direito não admite a denúncia vazia, as despedidas coletivas fundadas em dificuldades financeiras não comprovadas ou em um suposto direito potestativo absoluto do empregador, constituem verdadeira afronta aos institutos do Direito constitucionalizado, em especial, ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Importa lembrar que o princípio da boa-fé objetiva abrange deveres anexos de conduta, tais como a colaboração e cooperação entre as partes, a lealdade, a transparência, a probidade, a equidade, a confiança e a razoabilidade, os quais persistem na fase pós-contratual, fazendo com que o seu descumprimento provoque a responsabilização por culpa *post pactum finitum*.

A boa-fé e seus deveres anexos atuam como instrumento de garantia que impõe às partes a necessidade de um comportamento voltado à plena realização do objetivo contratual, sem que seja comprometida a livre iniciativa do empregador, antes, torna-a socialmente mais responsável e juridicamente mais ajustada às normas constitucionais.

A fim de minimizar os efeitos nefastos da despedida, mecanismos como o aviso prévio, indenização e seguro-desemprego foram criados, todavia, sob a luz do Direito constitucionalizado, não é possível prosperar o argumento que defende a imprescindibilidade

da lei complementar mencionada no art. 7.º, I, da CF/88, para que haja proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, visto que o 5º, § 1º do próprio texto constitucional, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

#### **5.4. Impacto social da despedida coletiva**

A dinâmica social fez com que as relações jurídicas se distanciassem dos padrões normativos estabelecidos à época da promulgação da CLT, de modo que, atualmente, as normas estatuídas para regulamentar as relações trabalhistas permanecem sem a necessária coesão com os princípios constitucionais e sem a harmonização com os interesses sociais relacionados ao regime de despedida coletiva.

Como se sabe, as despedidas coletivas acarretam graves consequências econômico-sociais aos trabalhadores, às suas famílias e à sociedade, fato que sempre despertou a atenção do Estado e da própria sociedade. Convém lembrar que o trabalho, mais que a fonte de sustento, constitui fator fundamental de integração e identificação social do indivíduo na sociedade. No entanto, o Brasil permanece desprovido de posturas eficientes para a proteção do emprego, de modo que uma mudança de paradigma se torna premente.

Se a despedida individual traz consequências devastadoras para o trabalhador, com muito mais rigor é a despedida coletiva de empregados, cuja dimensão é bem mais ampla, logo, com maior impacto para a sociedade.

A esse respeito, assevera Mannrich:

Na verdade, a perda do emprego tem graves consequências sociais, pois subtrai do trabalhador sua principal, quando não única fonte de renda, com reflexos em sua vida pessoal e familiar. Os mecanismos inibidores da dispensa, como o aviso prévio, indenização, levantamento do FGTS e o próprio seguro-desemprego são transitórios e insuficientes.

[...]

A importância da dispensa coletiva reside no fato de afetar um grupo considerável de empregados, com reflexos na própria comunidade. As normas implantadas têm por objetivo encontrar saídas para um acontecimento tão importante na vida da sociedade, seja para impedir a dispensa, seja para diminuir o número de empregados envolvidos e, nesse caso, minorar seus efeitos e, com isso, evitar conflitos maiores. Problema de tal magnitude não pode ficar à margem de uma regulamentação, por mínima que seja. A ausência generalizada de normas regulamentando a dispensa coletiva acaba afetando diretamente as empresas, que preferem refugiar-se em locais onde a redução do pessoal seja menos onerosa. A harmonização, relativamente às

dispensas coletivas, constitui mecanismo destinado a evitar o *dumping* social.<sup>217</sup>

Além de gerar desgaste pessoal para o trabalhador, a demissão acarreta outros prejuízos para a sociedade, como provocar o encarecimento da produção, a perda de qualidade técnica dos trabalhos, o aumento dos gastos com programas de assistência social, bem como a influência para o crescimento da violência decorrente do aumento dos conflitos sociais.

Nesse compasso, cabe destacar que, com o objetivo de diminuir os efeitos danosos das despedidas coletivas, a União Europeia estabeleceu Diretivas específicas, que complementam a legislação de cada país integrado à União, que é, ainda, complementada pela negociação coletiva. Por tratar especificamente da dispensa coletiva, destacam-se as seguintes Diretivas da Comunidade Europeia: a Diretiva nº 75/129/CEE de 17 de fevereiro de 1975, a Diretiva nº 92/56/CEE de 26 de junho de 1992, e a Diretiva nº 98/59 de 20 de junho de 1998.

As regras adotadas no âmbito da OIT por meio da Recomendação n. 119, da Recomendação n. 166 ou mesmo da Convenção 158, exerceram forte influência na disciplina relacionada às dispensas coletivas, alcançando, inclusive, as dispensas de um modo geral.

A Recomendação 119 da OIT dispõe sobre a adoção de regras quando da cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador. A Recomendação 166 da OIT prevê procedimentos prévios e posteriores que devem ser observados nos casos de dispensa, como a assistência ao empregado. Por fim, a Convenção 158 da OIT, trata do término da relação de trabalho por iniciativa do trabalhador e traça diretrizes da despedida individual e os procedimentos a serem adotados na dispensa coletiva.

Nesse sentido, temos que as premissas adotadas na Constituição Federal de 1988 possuem um importante valor que deve ser observado e interpretado à luz do Direito Constitucionalizado, qual seja, a solidariedade, que está voltada à construção de uma sociedade verdadeiramente justa.

Observa-se, portanto, a imperiosa necessidade de mudança de postura do Estado brasileiro, para que dê a merecida atenção acerca do impacto econômico e social das dispensas coletivas, regulamentando elementos básicos, como a adoção de critérios objetivos para as despedidas, a introdução de medidas alternativas para evitar sua ocorrência ou mecanismos oficiais de subsídios substitutivos do salário em período de crise ou de adaptação

---

<sup>217</sup> MANNRICH, op. cit., 2000, p. 14.

da empresa às novas tecnologias, fomentando a postura solidária entre o empregador e o empregado.

### **5.5. Normatividade do Art. 7.º da Constituição Federal de 1988.**

A mais relevante característica do Direito Constitucional contemporâneo é a atribuição de força normativa ao texto constitucional, no sentido de que as Constituições deixam de ser caracterizadas como meras cartas políticas e passam a ser o centro de todo o Direito.

A consecução desse fenômeno é devido a Hesse, o qual fortaleceu a noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados. Para defender seu entendimento, Hesse indica proposições, como a relação entre a Constituição e a realidade político-social, os limites, bem como o raio de aplicação e eficácia da mesma, propondo que:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e um sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realisierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.<sup>218</sup>

Nesse sentido, pode-se inferir que o dispositivo constitucional possui claro propósito protetivo dirigido diretamente ao empregador, vinculando-o a todos os direitos fundamentais de forma direta. Pelo mesmo motivo, as propostas do Poder Legislativo para a regulamentação da matéria não poderão seguir no sentido de permitir a despedida, caso contrário, estar-se-ia afastando os princípios constitucionais, bem como negando a objetividade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, vale destacar que a Constituição de 1988 dispõe em seu art. 5º, parágrafo 1.º, que as normas que tratam de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, aliado ao entendimento sobre a teoria da eficácia das normas constitucionais,

---

<sup>218</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição. Die Normative Kraft der Verfassung.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 25.

pode-se concluir que a regulamentação de que trata o inciso I, do artigo 7.º da Constituição, sobre a despedida arbitrária e sem justa causa, não é essencial para que o dispositivo tenha efetividade, visto o nítido objetivo protetivo contra a despedida arbitrária.

Nesse diapasão, a recente regulamentação trazida pela Lei 13.467/2017, a respeito da despedida arbitrária ou sem justa causa, que veremos melhor adiante, não pode ser recebida como instrumento limitador do mandamento constitucional que versa sobre a necessária proteção.

Assim, nos casos de despedida coletiva, os direitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, do pleno emprego e da proteção da relação de emprego, da propriedade, da livre iniciativa e da livre concorrência, devem ser sopesados conforme o caso concreto, a partir da análise de procedimentos prévios ao ato patronal de despedir.

Ainda que a despedida coletiva seja fundada em ordem técnica, estrutural ou econômica, o processo de negociação prévia deve ser observado para que medidas destinadas a evitar ou amenizar o impacto social das dispensas sejam adotadas, em estrito cumprimento ao dever da boa-fé objetiva, da função social do contrato e dos valores decorrentes da solidariedade.

Por outro lado, a dispensa que não observar as premissas acima expostas, será ilícita pelo flagrante abuso de direito e a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, do pleno emprego e da proteção da relação de emprego, os quais serão balizados à luz das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

## **5.6. A Reforma Trabalhista**

Ainda no ano de 2017, era frequente o argumento de que a Consolidação das Leis do Trabalho estaria desatualizada, portanto, inadequada para a pacificação dos conflitos atuais. Por tal motivo, o Poder Legislativo envidou esforços para conferir à CLT a necessária atualização.

Assim, publicada em 14 de julho de 2017, com vigência prevista a partir de 12 de

novembro do mesmo ano, a Lei 13.467/2017<sup>219</sup>, que confere algumas alterações à CLT, busca adequar a legislação às relações de trabalho modernas.

Embora não seja o objeto deste trabalho de pesquisa, merece menção algumas das alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 que podem influenciar nos casos de despedidas coletivas, conforme veremos a seguir:

O art. 484-A, I e II, da CLT, passa a prever a possibilidade de acordo entre empregado e empregador para rescisão do contrato de trabalho com consequente flexibilização de alguns direitos como as verbas relativas ao aviso prévio indenizado e a indenização sobre o FGTS que serão devidas pela metade, assim como a perda direito ao seguro desemprego.

Já o art. 611-A e seus incisos, dispõem sobre temas que os sindicatos poderão dispor ou regulamentar por meio de Convenção Coletiva de Trabalho, a qual, nos casos permitidos, terá prevalência sobre a lei. Por sua vez, o art. 620, da CLT, estabelece que os Acordos Coletivos de Trabalho sempre prevalecerão sobre o que for estipulado em Convenção Coletiva de Trabalho.

Por meio da atualização da legislação trabalhista e da previsão das hipóteses de flexibilização, o legislador busca atender uma histórica reivindicação empresarial voltada para a produção com menores custos sociais e maior governabilidade do trabalho, adaptando a atividade empresarial as flutuações constantes do mercado.

No entanto, na mesma Lei que trata de atualização legislativa, persiste a presença de institutos clássicos, como a autonomia da vontade, citada no § 3 do art. 8.º, *in verbis*:

“Art. 8º [...]”

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na **autonomia da vontade coletiva**.” Grifo nosso.

Importa mencionar que na recente redação legislativa o instituto da "autonomia da vontade", característico do positivismo jurídico, parece persistir no pensamento dos

---

<sup>219</sup> LEI Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 17 ago. 2017.

legisladores e de muitos doutrinadores. Em que pese o objetivo da lei ser da mínima intervenção do Estado nas relações entre particulares, imperioso salientar que qualquer forma de negociação baseada na vontade das partes, não pode afastar a aplicação dos direitos e princípios previstos na Constituição.

Sob a ótica da nomogênese jurídica, Amaral Neto ressalta que a autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, ao passo que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real. Enquanto a primeira destaca a formação e manifestação da vontade com vistas à prática de um ato jurídico, a segunda aponta para a vontade como expressão do poder dos particulares de criar normas jurídicas.<sup>220</sup>

A intervenção do Estado nas relações de trabalho não elimina a função da autonomia privada solidária. Essa condição não poderia ser diferente, pois, o Estado não tem meios para regular, minuciosamente, as condições de trabalho para cada caso concreto, assim como é fato que o processo de elaboração das leis é mais lento e rígido do que o processo negocial por meio de contrato.

Nesse sentido, torna-se imprescindível a adoção da autonomia privada solidária como terreno de desenvolvimento dos negócios jurídicos relativos às relações de trabalho, ocasião em que se destaca o incentivo à negociação coletiva, instrumento por meio da qual será possível ajustar as demandas trabalhistas não reguladas suficientemente pela legislação.

Importa destacar que a redação da Reforma Trabalhista não se mostrou integralmente adequada aos conflitos trabalhistas, em especial no que tange à polêmica despedida coletiva, como veremos a seguir.

## 5.7. O art. 477-A da CLT à luz do Direito constitucionalizado

A recente Reforma Trabalhista proposta por meio da Lei n. 13.467/2017, promoveu sensíveis alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive quanto à despedida coletiva de trabalhadores, realizada por meio da inserção do art. 477-A, cuja redação evidencia claros prejuízos aos direitos dos trabalhadores, *in verbis*:

---

<sup>220</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, n. esp., estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, v. 2, p. 14, 1989.

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Como verificado, a redação do novo artigo equipara as dispensas individuais, plúrimas e coletivas, ignorando as diferentes naturezas jurídicas destes institutos, além de afastar a necessidade de prévia negociação coletiva nos casos de dispensas.

Em que pese a proteção da relação de emprego estar prevista na Constituição, a norma trazida pela Reforma Trabalhista afasta o Brasil do ideal existente nos países mais avançados na defesa dos direitos e garantias relacionados à proteção contra a dispensa arbitrária ou imotivada do trabalhador.

Ocorre que a novel disposição legislativa fragiliza as relações de emprego à medida que não estabelece mecanismos de vedação para eventuais arbitrariedades do empregador. Além disso, o novo artigo 477-A, da CLT, se contrapõe ao entendimento sedimentado do TST, que considera a negociação coletiva imprescindível nos casos de despedida coletiva de trabalhadores, bem como segue no caminho contrário das modernas normas e diretivas, como as observadas nos países membros da União Europeia.

Sem adentrar no mérito quanto à competência do Tribunal Superior do Trabalho para fixar premissas, o que restou sedimentado foi que toda dispensa coletiva deve ser precedida de negociação coletiva, tendo em vista que, para proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária, é necessária a definição de critérios voltados à proteção de um direito social. Nesse compasso, proteger direitos trabalhistas significa criar condições para que os mesmos sejam efetivados e, na inobservância desse preceito, ter-se-á abuso do exercício regular de um direito.

A tentativa de regulamentação da despedida arbitrária ou sem justa causa, não foi realizada de modo harmônico com os princípios constitucionais e os anseios sociais, pois, a alteração proposta pela Lei n. 13.467/2017 resumiu-se a igualar os conceitos das despedidas individuais às coletivas, conferindo o mesmo tratamento para todas as modalidades de despedida, ignorando o potencial nocivo das despedidas coletivas, principalmente as que envolvam grande número de trabalhadores.

Embora recente, a Reforma Trabalhista já é causadora de diversos conflitos de

entendimento. Neste diapasão, com a mesma orientação presente no texto da Reforma Trabalhista, segue o entendimento de Mallet, que em artigo, de sua autoria, denominado “Crise e dispensa coletiva”<sup>221</sup>, contrapõe-se à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no tocante ao entendimento da invalidade da dispensa coletiva que não haja negociação prévia com o Sindicato dos trabalhadores.

Com nítida orientação positivista, Mallet direciona críticas ao pós-positivismo jurídico pela menção “abusada” a princípios. Em suas palavras, o autor aponta:

[...] os princípios que são concretamente invocados no caso das dispensas coletivas não bastam para justificar a conclusão que se pretende alcançar. Aliás, é difícil compreender como tais princípios (dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e especialmente do emprego, submissão da propriedade à sua função socioambiental), com a abrangência que apresentam, possam ser utilizados para afirmar a proibição, sem negociação prévia, apenas de dispensas coletivas, não de dispensas individuais. [...] e a dignidade da pessoa humana, em particular, não tem índole meramente coletiva. [...] Logo, fosse bom o argumento, também as dispensas individuais ou não coletivas teriam de ser precedidas de negociação, o que ainda não se vê proposto.<sup>222</sup>

Como pode ser observado, o pensamento de Mallet caminha em sentido oposto ao proclamado pelo pós-positivismo, pois, como demonstrado, importa que o princípio da dignidade humana assuma uma abrangência coletiva ao se unir ao princípio da solidariedade para que os direitos fundamentais individuais, coletivamente considerados, sejam igualmente preservados.

Em outro ponto do seu artigo, Mallet assevera que não existe lacuna no dispositivo constitucional que trata da participação obrigatória dos sindicatos na negociação coletiva, de modo que não se justificaria a exigência de negociação anterior às dispensas coletivas. Acrescenta-se ao seu argumento o fato da indeterminação sobre o conceito de dispensa coletiva, de modo que não seria possível estabelecer critérios aceitáveis quanto a obrigatoriedade ou não da negociação prévia à despedida, assim como à ausência de previsão de sanção pelo descumprimento da obrigação.

Por fim, o autor conclui seu pensamento com base no art. 5º, inciso II, da Constituição, apontando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

---

<sup>221</sup> MALLET, Estevão. **Crise e dispensa coletiva**. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 81-01, n. 01, jan. 2017, p. 24-32.

<sup>222</sup> Ibid., p. 26.

Contra-pondo-se ao entendimento de Mallet, insurge-se Almeida, posicionando-se em defesa dos direitos fundamentais:

Na despedida em massa ou coletiva, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária está assegurada direito à informação do motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural que justificasse a despedida e à negociação coletiva, como princípios normativos catalogados constitucionalmente como direitos fundamentais, bem como por outros princípios não catalogados, mas assegurados pela ratificação pelo Brasil de convenções pertinentes da OIT, conforme prevê o artigo 5º, parágrafo 2º do texto constitucional [...]

[...]

De fato, o direito à informação é catalogado como direito fundamental de primeira geração pelo artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988, bem como o direito à negociação coletiva como direito fundamental pelo artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, da mesma Constituição Federal de 1988.<sup>223</sup>

Verifica-se, claramente, a peculiar característica do positivismo jurídico com que Mallet se posiciona, o demasiado apego à letra da lei e a ausência de consideração dos valores sociais e morais que sustentam os princípios da Constituição e a unidade do ordenamento jurídico. Assim, conforme visto nos capítulos anteriores, a mudança de postura na hermenêutica jurídica foi motivada, justamente, pela ausência de ponderação entre os valores morais e direitos fundamentais, fato que resultou no estabelecimento do princípio da dignidade humana como direito fundamental prevalente sobre os demais, característica própria do pensamento pós-positivista.

Por outro lado, necessário se faz apontar a inconstitucionalidade da aparente regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, presente na redação do artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho, conferida pela Reforma Trabalhista.

Nesse contexto, Almeida aponta que:

[...] está eivada de inconstitucionalidade a nova redação do artigo 447-A (sic) da Consolidação das Leis do Trabalho, dada pela Lei Ordinária nº 13.467, de 13 de julho de 2017, sobre a reforma trabalhista, quando prescreve que as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo para sua efetivação, a regulamentar, de certa forma, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo certo que o texto expresso a respeito do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal prevê que a tal regulamentação ocorrerá por lei complementar e não por lei ordinária.<sup>224</sup>

<sup>223</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. **Eficácia dos direitos fundamentais e seus impactos teóricos e práticos nas relações de trabalho à luz de questões trazidas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 sobre a reforma trabalhista**. Revista LTr. São Paulo: LTr, ano. 81, n. 8, ago. 2017, p. 912.

<sup>224</sup> Ibid., p. 912.

Renato Rua de Almeida aponta a presença de grosseiro vício formal no processo legislativo do art. 477-A, que dispõe sobre a equiparação entre as despedidas individuais e coletivas, pois, conforme prevê o mandamento constitucional, a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa deverá ser regulamentada no termos de lei complementar e não lei ordinária, fato que torna, *prima facie*, inconstitucional o disposto no novo art. 477-A, da CLT.

Cabe lembrar que por conta do mesmo motivo, o fato de ter sido considerada como lei ordinária, os artigos 4 à 10 da Convenção 158, da OIT, não foram aceitos pelo Supremo Tribunal Federal, como norma regulamentadora do art. 7, da Constituição Federal.

A esse respeito, Almeida ressalta que:

[...] essa nova lei ordinária conflita com os dispositivos constitucionais acima elencados e representa um retrocesso social em relação à máxima efetividade dos direitos fundamentais, a teor do artigo 5º, § 1º, e em relação à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, na conformidade do disposto no caput do artigo 7º, ambos da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que se formara em sentido contrário em relação à diferença a respeito do conceito da proteção contra a despedida sem justa causa (individual) e arbitrária (coletiva) e suas consequências jurídicas.

Equiparar a despedida coletiva à individual mostra-se desproporcional e em desacordo com as necessidades dos trabalhadores, pois as motivações, condições e impactos sociais que envolvem as duas modalidades de despedida são distintos. Assim, conforme entende a melhor doutrina, a despedida coletiva sem a prévia informação e negociação torna-se ilícita por abuso de direito e violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, com consequente obrigação à indenização compensatória, devida pelo empregador.

No mesmo compasso, expõe Fachin que será inconstitucional toda regra, positivada ou proposta, que privilegie uma visão patrimonialista em detrimento de uma concepção vinculada à proteção do ser humano, ou seja, que colida com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>225</sup>

Definição semelhante é empregada na Diretiva 98/59 da União Europeia, a qual define como dispensa coletiva aquela cujos motivos não sejam inerentes à pessoa dos trabalhadores. Por seu turno, a jurisprudência acrescenta dois elementos caracterizadores da

---

<sup>225</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no código civil brasileiro de 2002**. Revista do advogado, v. 28, n. 98, jul. 2008. p. 145.

despedida coletiva: elemento motivador único e redução definitiva ou não substituição dos trabalhadores dispensados.<sup>226</sup>

Ao discorrer sobre o tema e a hermenêutica moderna própria do pós-positivismo, Mallet afirma que a aplicação de princípios é excessivamente utilizada como instrumento destinado a contrariar a regra positivada na Constituição, conduzindo a uma falsa conclusão de que o pós-positivismo estaria relacionado a uma aplicação descabida e desarrazoada dos princípios jurídicos.

Ocorre, no entanto, que a aplicação dos princípios do Direito presta-se a orientar a aplicação das regras no caso concreto, de modo que seja preservado o núcleo essencial dos direitos colidentes e a integridade do ordenamento jurídico.

A condição de excepcionalidade das despedidas coletivas reforça a necessidade de observação dos direitos fundamentais, em especial ao direito de informação, consagrado no art. 5.º, inciso XIV, da Constituição Federal, fato que, mais uma vez, destaca a necessidade de uma postura solidária entre o empregador e os empregados, que mediante a realização de negociação prévia, busquem medidas menos traumáticas para ambos.

Como exemplo da importância do direito à informação, vale mencionar o entendimento da Suprema Corte Nacional decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário 589998/PI, sobre a obrigatoriedade da motivação para a despedida de empregado público, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que empregados públicos não gozam da estabilidade constitucional, contudo, é clara a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho, em homenagem aos princípios e regras constitucionais aplicáveis à Administração Direta e Indireta.

Empregado público é aquele que, aprovado em concurso público, presta serviço para Administração Pública, com regime jurídico idêntico ao aplicado nas relações de emprego no campo privado. No entanto, há o entendimento de que a despedida imotivada de empregado público viola o instituto do concurso público, bem como os princípios da impessoalidade, moralidade, finalidade, motivação e, fundamentalmente, do interesse público.

Embora a Administração Pública indireta usufrua de regime jurídico próprio das

---

<sup>226</sup> MALLETT, op. cit., 2017, p. 30.

empresas privadas, conforme o art. 173, § 1º, II, da Carta Magna, inclusive no que diz respeito às obrigações trabalhistas, a decisão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que é necessária a motivação do ato demissional. Isso porque, a liberdade de que gozam as empresas públicas, em razão do interesse público, não é absoluta, sendo limitado pela própria Constituição Federal.

Desta feita, sob a premissa de garantia dos princípios e direitos fundamentais estatuídos na Constituição, o Supremo Tribunal Federal fez acertada interpretação do Direito ao apontar que a motivação é obrigatória nos casos de demissão de empregado público concursado, sob pena de ser o ato considerado ilegal e abusivo em razão do interesse público subjacente, equiparando-se, ainda, como sem motivação a despedida insuficientemente motivada.

Ora, se para a Administração Pública indireta os princípios aplicáveis aos trabalhadores celetistas são também aplicáveis aos empregados públicos, com mais razão devem os princípios e direitos fundamentais, segundo a teoria da eficácia imediata e direta, vincular as partes das relações trabalhistas privadas.

Nas dispensas coletivas, mesmo que o Supremo Tribunal Federal decida que é necessária a regulamentação do tema por meio de lei complementar, permanece o dever de informação a respeito do motivo da despedida.

Isso posto, temos que a interpretação dos princípios jurídicos não é aleatória ou sem fundamento, mas são de fundamental importância para a solução dos conflitos relacionados às despedidas coletivas.

## **5.8. A solidariedade como instrumento de proteção contra a despedida coletiva**

A despedida coletiva não é proibida em nosso ordenamento jurídico, fato que possibilita que alguns casos de despedida prevista sejam considerados lícitos, visto que para a manutenção da estrutura empresarial, por vezes, é necessário reduzir parcela da mão de obra para preservar os demais postos de trabalho e a viabilidade da atividade empresarial. O que se proíbe, portanto, é o abuso do exercício do direito decorrente da inobservância dos princípios constitucionais, a boa-fé objetiva e seus deveres anexos, tais como o direito à informação e do dever de negociação.

A solidariedade é expressa nas relações trabalhistas por meio do contrato, que na concepção do pós-positivismo deve se desenvolver segundo a autonomia privada solidária. Essa espécie de autonomia se diferencia da autonomia da vontade por conta da carga de valores e princípios que nela se encerra, bem como pela diferenciada natureza da liberdade envolvida.

A esse respeito, Martins-Costa esclarece que:

Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma *liberdade situada*, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham *entretecidos*, gerando uma nova ideia, a de autonomia (privada) solidária.<sup>227</sup>

Grifo no original.

Constata-se que a liberdade presente na autonomia privada solidária presume um contexto coletivo, que alia a liberdade de contratar à função social do contrato, de acordo com os interesses sociais e os direitos fundamentais. Martins-Costa vai além e aponta a responsabilidade recíproca como um elemento que deixa a autonomia privada solidária com um caráter coletivo bastante evidenciado:

Desconectada do voluntarismo que tanto a perturbou, a autonomia privada (locução que tem seu peso forte no primeiro termo do sintagma) encontra *necessária conexão funcional* no alargamento da ideia de responsabilidade, a tal ponto de, recentemente, um filósofo, preocupado com os riscos da imputação ilimitada, afirmar que os cidadãos devem estar atentos, de maneira reflexiva, para o conceito de responsabilidade – “conceito-chave de nossa época” – assumindo a *responsabilidade por sua responsabilização*.<sup>228</sup>

Grifo no original.

Ao abordar o processo de funcionalização dos contratos, Martins-Costa aponta a concepção da solidariedade contratual como o alicerce de uma nova dogmática do contrato, fato que conduz ao termo que a autora passou a designar como “autonomia privada solidária”.

De fato, a inserção do princípio da solidariedade nos contratos de trabalho transformou a concepção clássica das relações de trabalho, fazendo com que o contrato de trabalho não seja mais visto como uma mera situação obrigacional do trabalhador.

<sup>227</sup> MARTINS-COSTA, Judith, **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. Revista de Direito GV, V. 1, N. 1. p. 041 - 066. MAIO, 2005, p. 43.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 44.

A noção de responsabilidade recíproca faz com que todas as partes envolvidas, ainda que indiretamente, tenham a obrigação de atuar de modo colaborativo para que a finalidade útil do contrato seja alcançada, fomentando, deste modo, o desenvolvimento da confiança entre as partes.

A noção da autonomia privada solidária decorre da conjugação entre a liberdade de contratar, a de função social do contrato e as imputações de responsabilidade. Assim, embora haja liberdade para a contratação, a força normativa dos princípios constitucionais confere proteção imediata aos direitos fundamentais dos trabalhadores, estabelecendo limites que possibilitam a preservação do núcleo essencial dos direitos.

Importa salientar que a norma constitucional passou a ocupar lugar privilegiado no ordenamento jurídico, permitindo sua aplicação direta nos casos em que se verifique a ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Deste modo, nos casos de despedida coletiva, a eficácia dos direitos fundamentais é aplicável de maneira imediata e direta, quer pela impossibilidade de aplicação do princípio da proteção da relação de emprego por falta de regulamentação adequada, quer pelo natural desequilíbrio de poder existente nas relações de trabalho, de modo que os direitos em colisão sejam sopesados, considerando a motivação da despedida e observância da boa-fé objetiva e seus deveres anexos de negociação e de informação, objetivando amenizar o impacto das despedidas.

Nesse sentido, vale lembrar o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho, no sentido de considerar ilícita, por abuso de direito (artigos 187 e 422, do Código Civil) as despedidas coletivas que não sejam submetidos à negociação prévia. Além de valorizar a negociação coletiva como instrumento apto para a resolução dos conflitos coletivos de trabalho, esse entendimento da Justiça do Trabalho possibilita a busca por alternativas extrajudiciais que amenizem os impactos da despedida, tais como a diminuição dos salários mediante redução de jornada, gozo de férias coletivas ou licença remunerada, suspensão temporária do contrato de trabalho para que o empregado usufrua da bolsa qualificação do FAT, entre outras.

Outro aspecto relevante da negociação é que permite, ainda que inevitável a despedida, a definição de critérios objetivos que minimizem os impactos sociais, tais como a adesão ao plano de despedida voluntária ou ainda a despedida coletiva distribuída no tempo.

Ocorre, contudo, que o paradigma positivista não suportou o processo de inserção dos princípios e dos valores no âmbito jurídico, condição necessárias para atender os novos anseios sociais presentes afetos ao Direito do Trabalho, assim como prover a solução dos conflitos contemporâneos relacionadas à evolução tecnológica. Assim, a partir da introdução da teoria pós-positivista, o Direito do Trabalho deixa de operar de maneira isolada e passa a se comunicar com todo o sistema jurídico, mormente, com os princípios constitucionais, os quais ocupam lugar superior na escala hierárquica normativa e irradiam seus efeitos a todo o sistema jurídico.

Não se pode negar o esforço do Poder Legislativo na tentativa de atualização das normas laborais, afinal, a Reforma Trabalhista conferiu à Consolidação das Leis do Trabalho a previsão de situações que envolvam a inserção da tecnologia nas relações laborais. Contudo, a polêmica questão da despedida coletiva, tratada pelo novo art. 477-A, da CLT, permanece em descompasso com as necessidades sociais e os direitos fundamentais, além do fato de estar maculada por flagrante inconstitucionalidade, como visto anteriormente.

O processo de constitucionalização do Direito destacou a importância do princípio da função social, de maneira que o contrato não pode mais ser concebido como instrumento de uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às circunstâncias sociais que o cercam. Passou-se, então, a ser exigida a verificação dos reflexos do contrato no meio social, assim como sua adequação aos princípios e regras presentes na Constituição Federal de 1988.

Além dos interesses individuais estabelecidos no contrato, os contratantes passam a possuir, segundo a perspectiva do Direito Privado constitucionalizado, o dever de atender aos interesses extracontratuais socialmente relevantes. Observa-se, ainda, a necessidade da efetivação e preservação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 2.º, III e IV, CF/88), bem como o alcance dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, CF/88).

O equilíbrio necessário para que esse objetivo seja alcançado é encontrado na própria constituição, através do princípio da solidariedade, que irradiada ao ordenamento jurídico passa a impregnar normas e institutos jurídicos, resultando, entre outras mudanças, a qualificação da autonomia privada em solidária.

Nesse contexto, o desafio do Direito do Trabalho é o de conciliar o valor social do trabalho com a livre iniciativa, para que, em tempos de crise econômica, os trabalhadores possam manter seus empregos e o empregador assegurar a continuidade da atividade empresarial, impedindo a perda permanente do emprego por meio da flexibilização do contrato de trabalho.

A autonomia privada solidária pode ser traduzida como uma modalidade especial de liberdade contratual na qual o ajuste dos termos é limitado pela Constituição, acrescentando-se, ainda, a obrigatoriedade de uma postura solidária e de responsabilidade social, de modo que toda medida que atinja o equilíbrio entre os contratantes ou a sociedade deve ser verificada segundo aos preceitos constitucionais.

Este panorama contratual evidencia que o individualismo da autonomia da vontade finalmente se rende à solidariedade constitucional, em que a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central.

Assim, diante da necessidade de adequação do Direito do Trabalho às realidades do mercado globalizado, a equalização entre a proteção do empregado e as necessidades da livre iniciativa deverá possuir como parâmetro o princípio da dignidade humana, que é expresso coletivamente por meio do princípio da solidariedade, valor central a ser utilizado como o critério balizador das tendências de flexibilização das relações de trabalho.

A grande contribuição para a proteção contra a despedida coletiva que se verifica na autonomia privada solidária é a manutenção da liberdade de contratar, porém, vinculado aos valores e princípios constitucionais que limitam a abrangência dos acordos, bem como o estabelecimento de regras de condutas para que sejam minimizados os prejuízos causados por circunstâncias supervenientes, alheias à vontade das partes e não previstas no contrato.

Muito se discute na doutrina sobre a aplicação dos princípios individuais para a solução de conflitos coletivos e é nesse âmbito que o princípio da solidariedade e da proporcionalidade fazem a diferença, pois, outrora desconsiderados, tais princípios se consubstanciam em elemento de integração que permite a extensão da aplicação de direitos individuais em âmbito coletivo.

Adotar a solidariedade como instrumento de proteção contra a despedida coletiva, significa compreender seu poder de influência na solução de conflitos coletivos de trabalho.

De maneira simples e exemplificativa, tem-se que a solidariedade permite que princípios individuais, como o da dignidade da pessoa humana, sejam utilizados para a pacificação do conflito de interesses entre o empregador e uma determinada coletividade de trabalhadores, cujos direitos individuais encontram-se ameaçados.

Outro importante elemento que permite a compreensão da aplicação ou consideração coletiva de direitos individuais é a função social, que vincula diretamente a existência dos negócios jurídicos aos interesses coletivos.

Neste mesmo diapasão, aponta Martins-Costa que:

Na pré-compreensão hoje devida à expressão "autonomia privada" está implícita a existência coletiva ou comunitária, exercida na (e pela) sociedade civil, razão pela qual Natalino Irti lança a ideia de "autonomia coletiva".

[...]

Daí a correlação, necessária, entre autonomia privada e a função social, expressa no art. 421 do novo Código Civil. Registre-se que, segundo esse texto, a liberdade de contratar será exercida "em razão e nos limites" da função social do contrato.<sup>229</sup>

A expressão "autonomia coletiva" reflete de maneira clara o objetivo da autonomia privada solidária, que é a liberdade de negociação mediante a consideração não só dos princípios constitucionais, mas também da relevância dos interesses coletivos.

Assim, sob a luz da autonomia privada solidária, não é admitida a celebração de contratos que prejudiquem qualquer interesse social, portanto, exige-se uma harmoniosa comunicação entre as partes, mantendo-os em sintonia com os preceitos constitucionais e com a ordem social.

Nessa perspectiva, o princípio constitucional da solidariedade exige que toda relação contratual esteja fundado nos valores voltados ao desenvolvimento social, o que significa dizer que há uma relação direta da função social do contrato e da empresa com a construção da sociedade.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva e seus deveres anexos exercem uma função primordial, pois, como visto no decorrer deste trabalho, os direitos e princípios do Direito constitucionalizado atingem diretamente o contrato, de modo que todas as partes envolvidas

---

<sup>229</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código civil e o seu sentido ético e solidarista.** in: NETO, Domingos Franciulli, MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord). O Novo Código civil: homenagem ao professor Miguel Reale. 2.ed. São Paulo, LTr, 2006, p.366-367.

ou afetadas pela relação contratual devem empreender esforços para que o acordo seja cumprido.

A partir do momento em que a pessoa humana foi colocada como ápice valorativo do sistema jurídico, ficou estabelecido uma imbricada relação entre o direito, a autonomia privada e o dever de solidariedade. Nesta senda, vê-se que o princípio da boa-fé atua como expressão normativa da solidariedade, de modo que a autonomia privada solidária pode ser interpretada como fomento da solidariedade na conduta entre as partes e a comunidade em que se situam.

No dizer de Martins-Costa:

O Direito Obrigacional moderno ancorou-se num conceito chave: o de "autonomia da vontade", como tradução e explicação da liberdade humana para criar vínculos jurídicos. Hoje em dia, a autonomia está conectada com o reconhecimento da dignidade humana e com o livre desenvolvimento da personalidade, que se exerce, em larga medida, na vida comunitária e, por isto, é uma "autonomia solidária".<sup>230</sup>

Desta maneira, a solidariedade demonstra uma dupla função no contrato: por um lado exige a diligência necessária para o cumprimento da prestação própria, satisfazendo os interesses para as quais as partes se comprometeram. Por outro lado, a conduta cooperativa deve resultar em um comportamento facilitador da prestação das obrigações entre as partes, ao ponto que a falta desta postura de colaboração por uma das partes provocaria um desequilíbrio decorrente da violação da boa-fé objetiva e do dever de solidariedade, logo, violando a autonomia privada solidária.

O espírito de colaboração comunitária deve incentivar cada uma das partes no cumprimento das expectativas alheias, ou seja, na autonomia privada solidária a atitude de cooperação é um dever entre os envolvidos. A boa-fé é um critério de reciprocidade que deve ser observado mutuamente nas relações trabalhistas, competindo às partes não só o cumprimento da sua própria responsabilidade, mas também fazer tudo o que for necessário para assegurar o resultado útil do objeto contratual para todos os envolvidos.

O diferencial desta conduta solidária é que não se exige apenas do empregador a conduta socialmente responsável, mas, também, espera-se a mesma conduta por parte do empregado, que deve prestar adequadamente os serviços para o qual foi contratado.

---

<sup>230</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., 2006, p. 365.

Desta maneira, não é forçosa a compreensão de que a postura colaborativa, decorrente da autonomia privada solidária, seja um instrumento capaz de preservar os direitos dos trabalhadores ameaçados pela despedida coletiva. Neste caso, a solidariedade exigida do empregador é levada a efeito no momento em que é promovida a negociação coletiva, seja com a comissão de trabalhadores ou sindicato, desde que o objetivo seja a minimização dos efeitos danosos da despedida coletiva.

A conduta solidária nas relações de trabalho deve estar presente desde a fase precedente até a fase posterior ao contrato. No entanto, na terminação do contrato, ocasião em que há elevada ameaça aos direitos, a conduta solidária deve ter maior ênfase, principalmente no que se refere ao dever geral de informação sobre qualquer elemento de interesse para a proteção dos direitos e interesses dos trabalhadores, do empregador e da sociedade.

Assim, as partes são obrigadas a prestarem, mutuamente, informações necessárias que conduzam a um concreto conhecimento da situação fática e jurídica envolvidas. O dever de colaboração entre as partes leva à necessidade de divulgar informações básicas que se conhece para que a outra parte seja capaz de adotar as medidas necessárias para o estabelecimento do equilíbrio contratual, a manutenção das relações de emprego ou à adoção de medidas menos gravosas nos casos em que as despedidas coletivas sejam inevitáveis.

Aliado ao dever de informação, uma das grandes manifestações da solidariedade no âmbito da autonomia privada solidária é a obrigação de assistência e facilitação, que possibilita a renegociação das condições do contrato de trabalho sempre que ocorrer um desequilíbrio subsequente, causado por alterações das circunstâncias econômicas, políticas ou estruturais de qualquer das partes, visto que tal conduta evita o total sacrifício dos interesses de uma das partes, bem como facilita a adequação necessária para o prosseguimento da relação contratual.

No âmbito da autonomia privada solidária, resta claro que a parte interessada na ruptura da relação de trabalho não pode ficar insensível à situação da contraparte, mas deve conceder condições para que se possa encontrar uma solução alternativa, de maneira que seja garantida a efetividade dos direitos fundamentais, aliado aos valores do Direito do Trabalho constitucionalizado e à força normativa dos princípios constitucionais, que vinculam direta e imediatamente as relações trabalhistas.

Para que a dispensa coletiva seja considerada lícita, alguns requisitos devem ser .

Primeiramente, a motivação da despedida coletiva deve estar relacionada à motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais, que sejam capazes de colocar em risco a existência da empresa. Constatada essa condição, deve ser observado o princípio da solidariedade e da boa-fé, bem como dos seus deveres anexos, em especial, o dever de informação sobre as condições financeiras da empresa.

As informações prestadas pelo empregador deverão ser avaliadas por uma comissão de trabalhadores ou pelo sindicato representativo, os quais, em conjunto com os trabalhadores ameaçados pela despedida coletiva, deverão promover uma negociação com o objetivo de evitar a despedida coletiva, por meio da apresentação de alternativas ao empregador ou, nos casos extremos, em que seja economicamente inviável a manutenção dos postos de trabalho, a adoção de alternativas menos impactantes às partes envolvidas.

Por fim, importa destacar que qualquer impedimento ou dificuldade imposta ao estabelecimento da negociação ou ao fornecimento de informações necessárias para a negociação de alternativas à despedida coletiva deve ser considerada como violação da autonomia privada solidária e de todos os princípios nela incorporadas, consubstanciando-se em abuso de direito com conseqüente dever de indenização, nos termos do art. 187, do Código Civil de 2002.

## 6. CONCLUSÃO

Após as trágicas consequências da Segunda Guerra Mundial, a ciência do Direito, baseada na teoria do positivismo jurídico de Hans Kelsen, viu-se obrigada a passar por profundas modificações para estabelecer mecanismos efetivos para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse período, ocorreu uma mudança do pensamento jurídico até então predominante, resultando em uma grande produção doutrinária e filosófica sobre a teoria do Direito, dentre as quais se destacou a teoria do pós-positivismo jurídico, que possibilitou o regresso dos valores morais e sociais à Ciência do Direito.

O marco divisor da proteção dos direitos da pessoa foi dado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo principal valor foi a dignidade da pessoa humana, servindo de fundamento para o advento de uma cultura fundada na centralidade dos direitos fundamentais, sendo esse ideal incorporado pelas declarações internacionais de direitos e pelas Constituições democráticas.

Devido ao processo de constitucionalização do Direito, o princípio da dignidade da pessoa foi colocado no ápice do sistema jurídico, conferindo ao indivíduo um elevado nível de proteção. Em decorrência dessas modificações, no âmbito contratual, a autonomia da vontade foi sendo limitada até ser substituída pela autonomia privada solidária, instituto jurídico ligado aos princípios constitucionais.

A constitucionalização do Direito Civil possibilitou um grande avanço nos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, inserindo, inclusive, na doutrina terminologias como empresa cidadã, cidadão-trabalhador e trabalhador-cidadão, enfatizando a condição de indivíduo titular de direitos constitucionalmente tutelados e que devem ser respeitados em todas as esferas da vida social e jurídica.

Ocorreu, então, o fortalecimento da teoria da eficácia dos direitos fundamentais e de sua dimensão objetiva, que segundo a visão pós-positivista de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Konrad Hesse, são formulados constitucionalmente como princípios normativos que se irradiam por todo ordenamento jurídico e se aplicam diretamente, vinculando, ainda, entidades públicas e privadas.

No âmbito do Direito do Trabalho, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais foi adota de modo natural pelos doutrinadores, visto que a presença da condição de inferioridade contratual, comum nas relações trabalhistas, acaba atraindo a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não são absolutos, portanto, estão sujeitos a colidir com outros direitos fundamentais, hipótese em que o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, da adequação e da razoabilidade devem ser aplicados para que a solução dos conflitos seja alcançada. O objetivo do princípio é prevenir lesões e ameaças provindas de terceiros, assegurando a proteção do conteúdo essencial do direito fundamental.

A constitucionalização do Direito Privado proporcionou, ainda, a repersonificação, a despatrimonialização e a funcionalização de alguns institutos do Direito Civil, evidenciando a contraposição do Direito Constitucional ao individualismo patrimonialista despersonalizado que dominou, por muito tempo, a doutrina civilista. Proporcionou também, o fortalecimento dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais.

A mudança da perspectiva do Direito Constitucional brasileiro teve como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988, que previu um extenso rol de direitos fundamentais, os quais não foram regulamentados por meio do processo legislativo tradicional.

O modelo individualista e voluntarista de contrato cede, então, lugar a um modelo que privilegia os princípios e valores constitucionais voltados à efetivação da dignidade da pessoa humana, deixando o contrato de ser apenas um instrumento de realização da autonomia da vontade, passando a desenvolver uma função social.

O direito de propriedade teve seu ápice no Estado Liberal, contudo, por conta do advento do Estado Social e da constitucionalização do Direito Privado, ocorreu um processo de funcionalização de institutos clássicos do Direito Civil, tais quais: o da propriedade, o da empresa e do contrato, que passaram a ter um objetivo social, visando o bem coletivo.

Assim, o uso que constitui exercício regular do direito de propriedade, não pode servir para fins ilícitos ou para causar dano a outrem. Portanto, constitui ato ilícito o exercício irregular do direito de propriedade qualquer utilização que não se atente para suas funções

sociais. Em outras palavras, é abuso de direito a má utilização do bem, ou seu uso sem finalidade, ou ainda com finalidade meramente emulativa.

Com o surgimento do Estado Social, o princípio da solidariedade é inserido no Direito, trazendo como ideal um comportamento coletivo. Nesse trilho, a solidariedade se destaca como elemento de união do sistema de princípios éticos, reunindo as pessoas no seio de uma mesma comunidade, com um propósito comum.

No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum, sendo que a plenitude de sua realização só é possível quando cada um zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um dos seus membros.

No mesmo movimento de constitucionalização do Direito, em que se fortalece a autonomia privada, ocorre a fortificação dos princípios constitucionais. Da união entre o Direito Civil constitucionalizado e o princípio constitucional da solidariedade, surge a autonomia privada solidária, conferindo uma nova noção de contrato em que é exigida a lealdade e boa-fé recíproca entre os contratantes, condenando condutas desonestas, desleais, fraudulentas e abusivas.

A postura solidária deve ser a motivação de cada uma das partes no cumprimento das expectativas alheias, não se limitando a fazer o que foi prometido, mas, tudo que for necessário para assegurar à parte contrária o resultado útil da prestação.

Destaca-se, ainda, que o contrato firmado no âmbito da autonomia privada solidária não se limita unicamente às partes diretamente envolvidas, mas gera, também, consequências para a sociedade, de maneira que seus efeitos transcendem ao âmbito interno dos contratantes, motivo pelo qual deve ser desenvolvido de forma socialmente responsável, sem causar danos a terceiros.

No campo das relações trabalhistas, a autonomia privada solidária assume a relevante função de limitar o exercício de direitos que entrem em rota de colisão contra dignidade da pessoa do trabalhador. No caso em estudo, verificou-se que as despedidas coletivas possuem reflexos que prejudicam não só os trabalhadores afetados, mas também seus familiares e até mesmo a sociedade em que estão inseridos.

Em decorrência do descompasso entre a dinâmica social, as modernas relações laborais e a produção de regulamentação legislativa, foi elaborada a Lei n. 13.467/2017,

destinada a promover a Reforma Trabalhista e a atualização da Consolidação das Leis do Trabalho, adequando-a às relações sociais e trabalhistas contemporâneas.

No entanto, permaneceu inalterada a concepção acerca da autonomia da vontade e a falta da regulamentação da despedida coletiva, pois a Lei n. 13.467/2017, inseriu na CLT o Art. 477-A, o qual simplesmente equiparou as despedidas individuais, plúrimas e coletivas, dispensando a necessidade de qualquer tipo de autorização prévia para sua efetivação, ignorando as diferentes naturezas jurídicas dos institutos e seus reflexos sociais.

Ergue-se, então, uma acirrada batalha doutrinária sobre o tema das despedidas coletivas. De um lado, com posicionamento positivista, a defesa do tratamento igualitário entre as modalidades de despedida, bem como a afirmação da desnecessidade da autorização prévia para efetivação das dispensas. De outro, fundado no pensamento pós-positivista, ocorre a crítica ao texto da Reforma Trabalhista, apontando a presença de vício formal na regulamentação do tema, visto que deveria ser realizada por meio de Lei Complementar, e não Lei Ordinária, e também, exaltando a autossuficiência do Art. 7.º da Constituição Federal, que segundo a teoria da força normativa da Constituição e da teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, seria suficiente para a preservação dos direitos fundamentais ameaçados nos casos de despedida coletiva.

Reforça a tese da proteção da relação de emprego previsto na Constituição, o princípio da solidariedade e o princípio da boa-fé e seus deveres anexos, visto que sob a égide da autonomia privada solidária, exige-se, no contrato de trabalho, um comportamento colaborativo e responsável entre as partes, incluindo o dever de informação e esclarecimento dos motivos determinantes da despedida coletiva, de tal sorte que qualquer medida que viole os direitos fundamentais da pessoa humana deve ser prontamente combatida.

Nesse sentido, a irradiação dos efeitos da solidariedade, possibilita que direitos, até então aplicados de modo individual, sejam aplicados de maneira coletiva. A interpretação do Direito sob a luz do princípio constitucional da solidariedade amplia, por exemplo, a abrangência de aplicação do princípio da dignidade humana, fazendo com que seus valores sejam também aplicados de modo coletivo, assim como coletiviza a influencia do princípio da boa-fé e seus deveres anexos.

Por fim, conclui-se que a autonomia privada solidária, aliada à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apresenta-se como um poderoso instrumento de

proteção, colaboração e solução de conflitos relacionados à despedida coletiva de trabalhadores, favorecendo a realização de negociação entre os trabalhadores e o empregador, para que seja fomentada a adoção de medidas alternativas à despedida ou, quando esta se mostrar inevitável, a operacionalização de procedimentos que minimizem os impactos aos trabalhadores e à sociedade.

Assim, qualquer impedimento ou dificuldade imposto ao estabelecimento da negociação ou ao fornecimento de informações necessárias para a negociação, deve ser considerado como violação do mandamento constitucional, da autonomia privada solidária e de todos os princípios nela incorporadas, consubstanciando-se em abuso de direito com consequente dever de indenização, nos termos do art. 187, do Código Civil de 2002.

## REFERENCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Renato Rua de. **Estabilidade e fundo de garantia: uma abordagem atual da garantia no emprego**. Revista LTR, ano 42, janeiro de 1978.

\_\_\_\_\_. **Proteção contra a despedida arbitrária. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço**. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 56, n. 10, out. 1992.

\_\_\_\_\_. **O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa**. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 3/2007.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**. in ALMEIDA, Renato Rua (coord); CALVO, Adriana; ROCHA, Andre Presas (Org.). **Direito fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores**. Revista TRT 8ª Região. Belém. v. 46, n. 90, jan/jun 2013.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos direitos fundamentais e seus impactos teóricos e práticos nas relações de trabalho à luz de questões trazidas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 sobre a reforma trabalhista**. Revista LTr. São Paulo: LTr, ano. 81, n. 8, ago. 2017.

ALMEIDA, Renato Rua de (Org). MELLO, Cristiane. **Direitos Fundamentais aplicados ao direito sindical**. São Paulo: LTr, 2014.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, n. esp., estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, v. 2, p. 14, 1989.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr. 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. **Autonomia da Vontade Contratual**. In: NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords). **Revista do Direito Privado** nº 27, jul-set, 2006.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. **Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XXXIX, nº 117, janeiro/março de 2000, pág. 157-162.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 1996.

AVELINO, Pedro Buck. **Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT. n.53, out/dez. 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBERIS, Mauro. **Existe el Neoconstitucionalismo?** In: ORTEGA, Santiago. Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos. Lima, Peru: Jurista Editores: Centro de Estudios de Filosofía y Derecho, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito e o Direito Civil**. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. THEMIS: Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco; et al. **Teoria general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**, Madrid: Tecnos, 2004.

BERTI, Natália. **Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque Sob o Paradigma da Pós-Modernidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.57, p. 69-94, jan/mar 2014.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da Teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Eficácia dos direitos fundamentais e a revalorização do contrato de trabalho**. Revista LTr. São Paulo, v. 75, nov. 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em 23 jun. 2017.

BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 17 ago. 2017.

CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: Obrigações e Contratos: princípios e limites. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A nova lei de recuperação de empresas e falências: Repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. Nº 4. Out/dez 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAORSI, Juan J. Benítez. **Solidariedade contratual: noção pós-moderna do contrato**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2016.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos fundamentales en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CASABONA, Marcial Barreto. **O princípio constitucional da solidariedade no direito de família**. Tese de Doutorado, São Paulo: PUC-SP, 2007.

CASTANHATO, Camila. MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Jus-humanismo**. In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, Ano 14, n. 16, 2010.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. volume 1: Direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e região no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito**. 7. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DIÉZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis Maria. **La jurisprudencia constitucional de dos derechos fundamentales. Fuerza normativa e interpretación de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales, en particular, en relación del poder legislativo**. In: LÓPEZ PINA, Antonio (coord.) *et al.* La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 3. ed. rev e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil: a luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no código civil brasileiro de 2002**. Revista do advogado, v. 28, n. 98, jul. 2008.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, António Lemos Monteiro. **Direito do Trabalho**. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Proposta de Teoria Fundamental da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. N. 7, Vol.1, Jan/Jun - 2006. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. **Proporcionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>. Acesso em 15 Mai. 17.

GUIMARÃES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5814>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENTZ, André Soares. **Ética nas relações contratuais à luz do código civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **A função social do contrato**. In: Obrigações e Contratos: princípios e limites. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Segunda seção. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na**

**Relação de Emprego e a Responsabilidade do Empregador.** In: Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Rúbia Zanutelli de Alvarenga (Org.). *Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais.* São Paulo: LTr, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado.** v. 2: obrigações, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé e teoria da confiança.** São Paulo: Atlas, 2011.

MALLET, Estevão. **Crise e dispensa coletiva.** Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 81-01, n. 01, jan. 2017.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual a responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000.

MARIGUETTO, Andrea. **O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Altas, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 3.ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** São Paulo : Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código civil.** volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos.** Revista de Direito GV, V. 1, N. 1. p. 041 - 066. MAIO, 2005.

\_\_\_\_\_. **O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código civil e o seu sentido ético e solidarista.** In: NETO, Domingos Franciulli, MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord). *O Novo Código civil: homenagem ao professor Miguel Reale.* 2.ed. São Paulo, LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A Função Social do Contrato e o Princípio da**

**Boa Fé-Objetiva no Novo Código Civil.** Revista dos Tribunais. Ano 91. Volume 801. Julho de 2002.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: contratos.** vol. III. t. I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Os direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo.** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição.** 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador.** Coimbra: Coimbra, 2004.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 24 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos. Novos paradigmas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PACHECO, Keila Ferreira. **Abuso de direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Los derechos laborales inespecíficos.** Minerva - Revista de Estudos Laborais. Coimbra, n. 2, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PERES, Tatiana Bonatti. **Solidariedade e abuso do Direito: A urgente necessidade de retomada dos valores morais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

POZZOLO, Suzanna. *Metacrítica al neoconstitucionalismo. Uma resposta a los críticos de “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.* In: ORTEGA, Santiago. Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos. Lima, Peru: Jurista Editores: Centro de Estudios de Filosofía y Derecho, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** 2.ed. trad. Osório de Oliveira. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

ROCHA, Andréa Presas. **A efetividade dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta.** In: Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (orgs.) São Paulo: LTr, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e a boa-fé no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O pacta sunt servanda: cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade.** Paraná: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 8, n. 1, p. 193-218, jan/jul. 2008, p.207. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/729/566>. Acesso: 19 Fev. 2017.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo (Org.). **Direitos Fundamentais: Direitos privado e inovação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **Função social do contrato: elementos para uma conceituação.** In: Revista de Direito Privado, n. 13, jan./mar.2003, São Paulo, Revista dos Tribunais.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 12<sup>a</sup> ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada.** ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar.** Juruá: Curitiba, 2007.

SCIORILLI, Marcelo. **Direito de propriedade e política agrária: evolução, aspectos gerais, restrições, proteção, função social. Conformação, instrumentos, limites.** 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil.** 6. ed. . v. III. Rio de Janeiro: Freitas

Bastos, 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. **Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário.** Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 06, Jun. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 10. Ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 1955.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. **Função social dos contratos.** 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira.** Separata de Studia Jvridica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 48.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna.** Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributário.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil.** São Paulo: LTr, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais.** 2ª Edição. São Paulo. Atlas, 2002.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil.** In Revista Direito GV, Sao Paulo, jul./ dez. 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Tradução da 5ª ed. Alemã, rev. e ampl., de Profª Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: responsabilidade civil.** vol. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade.** UFRGS, Porto Alegre, 2006.