

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS
REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

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

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-055-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS
RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação, honrados mesmo, que apresentamos à comunidade acadêmica esta obra coletiva, composta por 26 (vinte e seis) artigos defendidos após prévia, rigorosa e disputada seleção no Grupo de Trabalho (GT) intitulado Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais durante o sempre esperado Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Já sua vigésima quarta edição, o prestigiado evento, que compõe o calendário jurídico nacional, foi constituído de 44 (quarenta e quatro) Grupos de Trabalho e desenvolveu-se entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), em Aracaju (SE). Teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Consoante destacado no texto de apresentação do evento e veiculado na página web do CONPEDI, buscou-se com tal temática revelar a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito enfrentam nos dias atuais, considerando a complexidade do processo de globalização. Assim ocorreu, de fato.

Os artigos que compõem a presente coletânea possuem grande relevância, pois fruto do desenvolvimento da pesquisa do Direito no Brasil; demonstram rigor técnico, originalidade, além de relacionar os desafios constitucionais para o desenvolvimento da cidadania nas décadas iniciais do milênio.

Entre os temas tratados na obra ora apresentada, particularmente com foco no Direito Constitucional e no Direito Internacional, evidencia-se a preocupação dos autores com a dignidade humana nas relações de trabalho e com os direitos humanos fundamentais do trabalhador em especial. Não menos importantes foram os trabalhos que enfrentam os limites do capitalismo, a função social da empresa, a judicialização do direito à saúde, a eficácia dos serviços públicos, bem como os artigos que abordam a proteção jurídica da vida privada, o direito à informação, a mediação e o acesso à justiça.

A presente obra coletiva é de grande valor científico. Dela podem ser extraídas visões questionadoras do direito, suas problemáticas, sua importância para a concretização dos

direitos humanos fundamentais e, particularmente, seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Ótima leitura a todos!

Aracaju, julho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Professor Doutor Clóvis Falcão (UFS)

Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco (UNOESC)

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA À LUZ DO POSITIVISMO E DO PÓS-POSITIVISMO

THE VALUE SOCIAL WORK AND THE FUNCTION SOCIAL OF THE ENTERPRISE IN THE LIGHT OF POSITIVISM AND POST-POSITIVISM

**Cristiano Lourenço Rodrigues
Rafael Veríssimo Siquerolo**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar o valor social do trabalho e a função social da empresa a partir da análise das principais características do positivismo e do pós-positivismo, com a demonstração da evolução hermenêutica do direito, antes focada no caráter dogmático e atualmente pautada no viés axiológico que tem nos princípios fonte interpretativa e normativa, cujo escopo não olvida a racionalidade, mas se guia por um caráter de razoabilidade, proporcionalidade e busca de justiça. Neste contexto pós-moderno, inserem-se o valor social do trabalho e a função social da empresa, conceitos que se interpenetram, em verdadeira e necessária simbiose.

Palavras-chave: Positivismo. pós-positivismo. princípios. valor social do trabalho. função social da empresa.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the social value of work and the social function of the enterprise from the analysis of the main features of positivism and post-positivism, with the demonstration of hermeneutics development of the law, before focused on the dogmatic character and currently guided the axiological bias that has the principles source interpretive and normative, whose scope does not forgets rationality, but is guided by a reasonable character, proportionality and seeking justice. In this postmodern context, are part of the social value of work and the social function of the enterprise, concepts that are intertwined, in real and necessary symbiosis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivism. post-positivism. principles. value social work. function social enterprise.

INTRODUÇÃO

O chamado pós-positivismo surge como uma tentativa de superar o positivismo formalista tradicional.

Quando do surgimento das teorias pós-positivistas, muitos autores as colocaram como revisionistas dos postulados jusnaturalistas e juspositivistas.

Não há dúvida de que a busca operada pelo positivismo de uma racionalidade jurídica sistematizada trouxe contribuições importantes à ciência do direito, entre elas: a) compreensão da lei a partir de um fundamento intrínseco ao Direito; b) compreensão do funcionamento do Direito; c) importância da ideia de segurança jurídica; d) preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do direito.

O positivismo buscou a superação do caráter metafísico do jusnaturalismo, caracterizado pela abstração e pela ausência de eficácia (OLIVEIRA, 2012, p. 54).

O pós-positivismo surgiu para resgatar a aproximação do direito com a moral, em reação à ruptura causada pelas concepções puramente positivistas, mas sem os equívocos das concepções jusnaturalistas extremamente abstratas e reducionistas (DINIZ, MAIA, 2006, p. 650).

O movimento pós-positivista ganhou força na metade do século XX, período em que se mostrou necessária uma revolução nos níveis teórico e prático relacionados à ciência jurídica. Havia necessidade de dissociar o direito da política, com aumento da importância do papel da decisão judicial, contexto no qual a hermenêutica jurídica filosófica se sobressai.

As teorias pós-positivistas se baseiam em três eixos fundamentais: 1) diferença entre texto e norma (parte de uma interpretação); 2) interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade da lei ou do legislador para ser fruto de um processo dinâmico histórico e valorativo; 3) a decisão judicial deixa de ser um processo argumentativo simplesmente lógico-dedutivo e passa a ser um processo hermenêutico-valorativo cujo escopo é produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização de um caso concreto.

O valor social do trabalho e a função social da empresa só podem ser corretamente compreendidos na perspectiva pós-positivista que prescreve a força normativa dos princípios constitucionais, deles extraindo obrigações legais (DWORKIN, 2002).

O direito do trabalho é instrumento de justiça social, uma vez que é informado por princípios constitucionais que asseguram ao trabalhador os meios de emancipação social e o não retrocesso social (artigo 1º, III e IV, 6º, 7º, 170, 198 da CF).

Compreendido o direito do trabalho como direito social, permeado por princípios e regras assecuratórias da dignidade humana, dotados de eficácia plena e imediata, coloca-se como imperativo nacional a valorização social do trabalho, através de processo hermenêutico que não negue a sua dimensão humana e que não o considere como simples mercadoria.

A ideia de função social surge no contexto da moralidade pós-convencional. Neste cenário, as empresas passam a entender a função social do trabalho. Há uma preocupação com as normas jurídicas trabalhistas, e mais, que as empresas se preocupam com a qualidade do trabalho de seus funcionários e se importam com sua qualidade de vida.

A função social empresarial foi apreciada sob o enfoque das relações de trabalho, momento em que restou evidente a necessidade de reflexão e de amadurecimento do conceito de função social da empresa, para que as relações de trabalho possam ser encaradas, pelo empresário, como uma importante via de emancipação e desenvolvimento social – termos intimamente relacionados com o que se espera de uma empresa preocupada e apta a exercer sua função social.

1. O VALOR SOCIAL DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988 - PERSPECTIVA HISTÓRICA E PÓS-POSITIVISTA

A maior contribuição das teorias pós-positivistas foi, sem dúvida conferir aos princípios espaço e importâncias sem precedentes na história do Direito.

Como expõe Paulo Bonavides (2003, p. 294), consolidam-se os seguintes resultados:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de ser caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

A migração dos princípios gerais do direito para as Constituições teve papel central para realçar o caráter normativo dos princípios, bem como para consolidar como expressão máxima dos Estados Democráticos de Direito a positivação dos princípios no cerne das

Constituições, extraindo destes os valores históricos e materiais de uma sociedade em determinado tempo.

Sérgio Alves Gomes (2012, p. 213-214) exalta qual deve ser a finalidade da Hermenêutica Jurídica Constitucional:

... Isto porque a finalidade desta hermenêutica pode ser assim resumida: *compreender e concretizar a ordem jurídica à luz de valores, princípios e regras constitucionais do Estado Democrático de Direito, no qual a defesa da dignidade da pessoa humana é objetivo central*. Em face da decisão livre e democraticamente tomada em Assembleia Constituinte de que os caminhos da convivência social devem respeitar os *princípios fundamentais* que caracterizam o aludido paradigma estatal, então é o respeito a estes que passa a garantir a *legitimidade e a constitucionalidade de normas, atos e fatos jurídicos* de qualquer natureza e hierarquia (sublinhados do autor).

Compreender o valor social do trabalho e a função social da empresa implica aceitar que a Constituição da República erigiu o trabalho como substrato (matéria-prima) da justiça social, caminho para a emancipação social e realização do ser humano.

O caráter axiológico a sustentar esta afirmativa requer a compreensão do trabalho mediante uma perspectiva histórica, ainda que em esforço de síntese. Começamos pela Revolução Industrial, não que a história anterior não seja rica e necessite de estudo (ausentes na seara atual da doutrina trabalhista) e correta compreensão, contudo, o corte atende aos objetivos do presente trabalho.

A Revolução Industrial acentuou a exploração do trabalho humano e despertou a consciência da classe trabalhadora para a necessidade de regras protetivas contra o modelo capitalista predatório.

Jorge Luiz Souto Maior (2011, p. 165-166) sintetiza este contexto histórico:

A incapacidade racional da classe dominante da época de reconhecer os males causados pelas condições de trabalho nas fábricas (também denominadas usinas) e nas minas de carvão, atingindo as próprias vilas operárias, era parte do problema. Os industriais, em geral, buscavam apenas a obtenção do lucro que seria extraído da utilização da força de trabalho para além da quantidade de horas integradas ao pagamento efetuado ou pela utilização da mão de obra mais barata de mulheres e crianças.

A falta de perspectiva de um diálogo com a classe dominante conduziu os operários a uma atitude que se apresentou, inicialmente, impessoal. As máquinas foram escolhidas como o alvo da revolta. Mas, diante da incompreensão da classe dominante e da utilização do aparato estatal (lei e força policial) para reprimir os trabalhadores, acabam se acirrando os ânimos de parte a parte.

A sociedade do final do século XIX descobre que os direitos conquistados com a Revolução Francesa não são suficientes para impedir os desmandos da classe dominante, a

burguesia, preocupada com a manutenção do poder político e econômico, tanto que foram estabelecidos direitos civis e políticos voltados precipuamente para o combate ao Estado absolutista.

Em apanhado crítico acerca das primeiras leis ditas trabalhistas no contexto capitalista industrial, Souto Maior (2011, p. 251) explicita os silogismos da filosofia liberal dominante:

Ademais, as leis em questão se inseriam no contexto da reinante filosofia liberal e da ordem jurídica que dela advinha, o direito liberal, cujos postulados, segundo feliz síntese de François Ewald, podem ser assim expressos: a) a preocupação com o próximo decorre de um dever moral: tornar esse dever em uma obrigação jurídica elimina a moral que deve existir como essência da coesão social; b) todo direito obrigacional emana de um contrato: a sociedade não deve obrigação a seus membros; só se reclama um direito em face de outro com quem se vincule pela via de um contrato; c) a desigualdade social é consequência da economia (e a igualdade, também): quando o direito procura diminuir a desigualdade, acaba acirrando a guerra entre ricos e pobres (ricos obrigados à benevolência, buscam eliminar o peso do custo de tal obrigação; pobres, com direitos, tornam-se violentos); d) a fraternidade é um conceito vago que não pode ser definido em termos obrigacionais; e) o direito só tem sentido para constituir a liberdade nas relações intersubjetivas, pressupondo a igualdade (a ordem jurídica tem a função de impedir os obstáculos à liberdade); f) o direito não pode obrigar alguém a fazer o bem a outra pessoa; g) em uma sociedade constituída segundo o princípio da liberdade, a pobreza não fornece direitos, ela confere deveres.

O direito do trabalho surge como resposta aos desmandos dos proprietários dos meios de produção, não sendo mais possível a continuidade da passividade estatal. O intervencionismo estatal traz consigo a ideia do Estado provedor, do Estado de Bem-Estar Social, que opera para estabelecer algum equilíbrio nas relações sociais pautadas pela primazia de uma parte em detrimento da outra. Após as duas Grandes Guerras Mundiais, esta necessidade de frear os impulsos de uma sociedade corrompida pela ânsia de poder e de riqueza a qualquer custo se consolida.

Souto Maior (2011, p. 251) prossegue na contextualização histórica evolutiva do direito do trabalho:

No Tratado de Versalhes há um reconhecimento expresso de que o desprezo pelas condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, advindas do modelo capitalista de produção, que se desenvolveu em nível mundial, foi uma das causas principais da conflagração. Prova contundente e insofismável disso são os termos do próprio Tratado e a preocupação expressa de encontrar uma solução para o problema a partir da criação de instituições voltadas à formulação de direitos aos trabalhadores.

Não se trata, como visto, de uma ideia completamente original. Afinal, já havia sido iniciada uma experiência neste sentido ainda no século XIX, embora sem muitos efeitos concretos. O que se percebe, claramente, é que os obstáculos ideológicos, políticos ou econômicos, ou mesmo morais (na verdade, imorais), que pudessem haver para aceitar a necessidade da regulação estatal das relações de trabalho com vistas a uma atuação distributiva deixa de ter qualquer sentido, mesmo retórico, diante dos horrores advindos da guerra.

A constitucionalização das normas jurídicas trabalhistas surge naquele momento histórico, com destaque para a Constituição Mexicana de 1917 e a experiência alemã da República de Weimar logo após a 1ª Guerra Mundial.

Ressaltem-se o contexto histórico mundial em que se deram as iniciativas e a situação peculiar do México antes do ano de 1917 e da Alemanha antes da Constituição de Weimar de 1919 (SOUTO MAIOR, 2011, p. 271-296).

A situação do México era curiosa, o país convivia com uma realidade tipicamente agrária e não havia um capitalismo produtivo posto tal como na Europa e nos Estados Unidos. Existia um sistema de trabalho marcado pela peonagem, escravidão por dívida, bem como 4/5 das terras eram da Igreja. Não existia um regime de trabalho livre, de natureza assalariada.

A escravidão mexicana, diferentemente da brasileira, teve no índio a figura do escravo. Os colonos espanhóis passaram a aumentar o domínio sobre as terras, em uma espécie de manutenção do sistema feudal de produção que favorecia o capital europeu, sobretudo o inglês.

O Governo Mexicano buscou implantar condições para a instalação de um capitalismo produtivo, em meados do século XIX, mas o resultado foi a expropriação de terras da Igreja e concentração das terras nas mãos dos grandes latifundiários.

Paralelamente, já no início do século XX, o Governo Mexicano investe pesado em grandes obras de infraestrutura, financiadas em grande parte pelos ingleses, franceses e americanos. O setor têxtil, de alimentos, siderúrgico, ferroviário passa ao domínio do capital estrangeiro. O potencial do setor petrolífero mexicano aumenta a cobiça dos americanos, trata-se da era dourada da indústria dos automóveis (auge do fordismo).

Nada obstante a imaturidade de um sistema capitalista de cunho produtivo, a questão social era intensa e a classe operária se mobilizava em torno de ideais socialistas, com a colaboração de uma parte da classe industrial descontente com a “americanização” da economia, patrocinada pelo Governo Mexicano e por oportunistas que enriqueciam com a entrada e domínio do capital estrangeiro.

Com os movimentos operários, com o apoio de intelectuais liberais e com uma classe industrial descontente, eclodem conflitos em todo o país, duramente reprimido pelo Governo Mexicano. As mortes de operários são a tônica. A influência revolucionária e nacionalista marca a Constituição Mexicana de 1917. A Revolução iniciada em 1910, denominada de “movimento constitucionalista”, culmina na referida Constituição, que trouxe para o seu bojo várias reivindicações operárias, entre elas, a abordagem da questão do trabalho de maneira sistemática.

O caso do México em nada se identifica historicamente com a questão social vivenciada na Europa e com suposta consciência do Estado liberal em torno da questão social. De qualquer forma, a Constituição Mexicana de 1917, que continua em vigor, certamente foi fonte de inspiração para a atuação de outros países e da consolidação do Direito Social.

A Constituição da Alemanha de 1919, elaborada na cidade de Weimar, é igualmente apontada como prova da alteração da postura do Estado Social. Contudo, os meandros históricos que levaram a sua elaboração são absolutamente distintos daqueles vivenciados no México.

A Alemanha pós 1ª Guerra Mundial, derrotada, instalou um governo popular em Berlim e cuidou de elaborar uma nova Constituição. Com o objetivo de apagar o vexame histórico, a referida Constituição, de 11 de agosto de 1919, reconheceu expressamente a força obrigatória das regras de direito internacional e o regime monárquico foi substituído pelo regime republicano, de caráter democrático (homens e mulheres com mais de 21 anos passaram a ter direito ao voto). Os direitos individuais foram consagrados, contudo, podendo ser sacrificados nas perspectivas social e econômica, houve o estabelecimento de um autêntico plano de organização socialista. Em termos de relações de trabalho, o artigo 165 demonstra bastante preocupação com a eliminação da luta de classes.

Ressalte-se que a Constituição se mostrava inovadora e ambiciosamente socialista, mas não houve consenso político. O texto foi aprovado em um contexto histórico caracterizado por grande instabilidade, um país derrotado e devastado, em que a crise econômica impediu a concretização das aspirações sociais postas pela nova ordem constitucional.

A Constituição possuía duas partes, a primeira voltada para a questão política e a segunda voltada para a questão econômica. Vários debates foram travados acerca da sua eficácia e efetividade sob o ponto de vista normativo. O que se pode afirmar com certeza é que buscava estabelecer uma nova ordem econômica, alterando a existente na época de sua elaboração.

A Constituição previa níveis variados de interferência na ordem econômica, tratava dos direitos fundamentais sociais e econômicos, proteção ao trabalho (artigo 157), assistência social (artigo 161), direito de sindicalização (artigo 159), função social da propriedade (artigo 153) e da possibilidade de socialização (artigo 156), mecanismos de colaboração entre trabalhadores e empregadores por meio de conselhos (artigo 165). Trata-se da consagração de direitos básicos para a construção do Estado Social de Direito, tendo assim questionado os princípios liberais do capitalismo.

Se a Constituição do Brasil de 1988 é considerada um marco do direito social, o que dizer da Alemanha de 1919 (70 anos antes da promulgação da nossa). Interessante notar que a integração dos trabalhadores aos centros decisórios das empresas, em colaboração com os empregadores (cogestão), é marca atual e muito forte do direito do trabalho alemão, nada obstante a ideia da Constituição de Weimar fosse a instituição de uma “democracia econômica”.

Em 1923, a Alemanha estava mergulhada em uma crise social e econômica sem precedentes, inflação, fome e miséria marcavam o momento histórico alemão. Neste cenário, poucos lucram muito e muitos lutam pela sobrevivência. O grande capital sempre se beneficia nestes períodos.

O Estado Social não se sustentou. A “Revolução Conservadora” pôs fim à experiência da Constituição de Weimar a partir de 1933. A Alemanha continuou na crise (com capitalismo) e..., bem, veio Adolf Hitler.

A Constituição de Weimar não levou ao Estado Socialista (na verdade, os ideais socialistas restaram mitigados), mas, sem dúvida, exerce fascínio pela forte contribuição à história do direito do trabalho.

Ambas as experiências, Mexicana e Alemanha, trouxeram ao cerne das Constituições as questões sociais, marcando definitivamente a história do Direito.

Nesta toada e neste contexto, fundada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, braço da Organização das Nações Unidas (ONU), unindo os países europeus no propósito de encampação em seus ordenamentos jurídicos da proteção trabalhista.

No Brasil, o processo histórico impôs ritmo diverso no que concerne às conquistas trabalhistas, questão que ganha força a partir do Governo de Getúlio Vargas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como o próprio nome revela, reuniu aquilo que já existia em termos de legislação social no Brasil e avançou no aspecto protetivo trabalhista.

A iniciativa é tardia no que concerne às conquistas sociais, notadamente quando cotejada com a realidade europeia pós 1ª Guerra Mundial, que culminou no Tratado de Versailles e na criação da OIT, bem como a experiência do constitucionalismo social da República de Weimar na Alemanha.

No Brasil, o que havia no retrovisor, um Estado ruralista, escravocrata e recém-saído da “política do café com leite”, em que a marca do coronelismo se fazia sentir (e ainda se faz), por sinal, triste passado, recente, que forja a nossa história e nosso povo, explicativo das nossas contradições: a violência, o ódio social e o embate permanente entre uma elite dominante e a imensa maioria da população, responsável pela desigualdade social extrema que ainda é imperativa. No aspecto trabalhista, existiam poucas normas protetivas, copiadas da legislação estrangeira.

Mesmo com a preexistência de normas esparsas regulando a relação do trabalho no Brasil, em sua maioria na década de 30 e, portanto, sob a era Vargas, a CLT foi um resultado de um intenso debate e estudos de um seleto grupo de estudiosos da área. Na própria exposição de motivos da CLT, Alexandre Marcondes Filho, então Ministro do Trabalho e Presidente da Comissão destes estudiosos, registrou os embates no grupo sobre determinados assuntos. Arnaldo Süssekind, em seu livro com Segadas Viana e Délio Maranhão, lembra os problemas envolvendo até mesmo a concepção de “empresa”, muito criticada à época, mas depois motivos de elogios intensos, inclusive por aqueles que antes criticavam, como o civilista Orlando Gomes.

Não há dúvida de que a CLT, tão criticada, resiste e se mostra essencial em um país ainda marcado pela profunda desigualdade social, que convive com condições trabalhistas típicas de países periféricos.

Posteriormente ao Estado Novo, o Brasil viveu um período democrático sob os auspícios da Constituição da República de 1946, com a manutenção das conquistas trabalhistas em um país que começa a mudar o cenário dominante, a sociedade agrária cede espaço à industrialização e às concentrações urbanas nas cidades.

O período ditatorial se impõe e cala a democracia ainda incipiente, o direito serve à manutenção do arbítrio, sob o pálio da legalidade, no que o positivismo exacerbado sempre se mostra disposto a impor uma legitimidade inexistente.

A busca de retorno ao Estado Democrático de Direito se dá com a Constituição da República de 1988, que coloca em evidência e abrigo seguro (cláusulas pétreas) os direitos individuais e inaugura, tardiamente, o Estado de Bem Estar Social no Brasil, elencando

direitos sociais constitucionais, didaticamente tidos pela doutrina como direitos de segunda geração - ou mais apropriadamente direitos de segunda dimensão.

Não custa recordar que esta realidade concernente ao Estado provedor ganha força e se desenvolve na Europa (pós 2ª Guerra Mundial).

No âmbito desta contextualização histórica, desde o Tratado de Versalhes - criação da OIT, passando por duas Guerras Mundiais (muitos historiadores entendem a 2ª Grande Guerra como desdobramento e continuação da 1ª), a aspiração por um Estado intervencionista que sustentasse o bem-estar social pautou o conflito entre duas forças antagônicas, trabalho e capital. Wolfgang Streeck (2012, p. 40) resume o cenário do pós-Guerra:

A estrutura do arranjo entre trabalho e capital no pós-guerra era fundamentalmente a mesma nos países - sob outros aspectos bem diferentes - em que o capitalismo democrático fora instituído. Compreendia um Estado de bem-estar em expansão, o direito dos trabalhadores à livre negociação coletiva e a garantia política do pleno emprego, subscrita por governos que faziam amplo uso do instrumental econômico keynesiano. Quando o crescimento começou a ratear no final dos anos 1960, porém, ficou difícil manter essa combinação. Enquanto a livre negociação coletiva possibilitava aos trabalhadores, por meio de seus sindicatos, agir de acordo com expectativas, já firmemente arraigadas, de aumentos salariais anuais em caráter regular, o compromisso dos governos com o pleno emprego, bem como com a expansão do Estado de bem-estar, protegia os sindicatos de potenciais perdas de postos de trabalho causadas por acordos salariais que excediam o crescimento da produtividade. Desse modo, a política governamental alavancava o poder de barganha dos sindicatos para além do nível que um livre mercado de trabalho poderia sustentar. No final dos anos 1960 isso se traduziu em uma onda mundial de militância trabalhista, impulsionada por um vigoroso senso de direito político a um padrão de vida ascendente e livre do medo do desemprego.

A experiência do Estado de Bem Estar Social atingiu a sua plenitude na Europa, as décadas de 1950, 60 e 70 aliaram crescimento econômico e conquistas sociais, ações estatais interventivas, empresas prósperas e sindicatos fortes.

A partir da década de 1980, a crise econômica resta instalada, endividamento de governos e de empresas, escalada da inflação, necessidade de corte de gastos, retração acentuada do consumo e desemprego.

Ressurge a força dos postulados do liberalismo, desta feita, com a diminuição da importância do papel do Estado frente ao fenômeno da globalização (STREECK, 2012, p. 42-43)¹. As empresas multinacionais imprimem um dinamismo negocial caracterizado pela

¹O ataque é capitaneado por Ronald Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente presidente americano e primeira-ministra britânica. O retorno à concepção econômica liberal implicou a desmobilização da classe trabalhadora, com a queda da taxa de sindicalização e diminuição drástica das greves.

mobilidade e plasticidade, relegando o Estado à posição de coadjuvante na tomada de decisões e na regulação dos mercados.

Entretanto, os efeitos deletérios desta política econômica logo ressurgem, como sintetiza Streeck (2012, p. 43-44):

A era neoliberal teve início com o abandono, pelos governos anglo-americanos, das lições do capitalismo democrático do pós-guerra, que sustentavam que o desemprego solaparia o apoio político não só ao governo da vez, mas também ao próprio capitalismo democrático. Os experimentos conduzidos por Reagan e Thatcher com seus eleitorados foram observados com grande atenção por formuladores de políticas do mundo inteiro. Entretanto, aqueles que esperavam que o fim da inflação traria o fim do desarranjo econômico logo se decepcionaram. À medida que a inflação recuou, a dívida pública começou a aumentar, e não de forma totalmente inesperada. A dívida pública crescente dos anos 1980 tinha diversas causas. A estagnação do crescimento indispusera os contribuintes mais do que nunca à tributação, e com o fim da inflação também acabaram os aumentos tributários automáticos por meio do *bracket creep*. O mesmo se aplicava à contínua desvalorização da dívida pública em razão do enfraquecimento das moedas correntes, um processo que a princípio complementava o crescimento econômico e que passou a substituí-lo cada vez mais, reduzindo a dívida acumulada de um país em relação à sua receita nominal. No lado da despesa, o crescente desemprego, causado pela estabilização monetária, requeria gastos crescentes em assistência social. Ademais, os vários direitos sociais criados nos anos 1970 em troca de moderação dos sindicatos nas negociações salariais - por assim dizer, salários adiados da era neocorporativista - começaram a ser cobrados, onerando cada vez mais as finanças públicas.

No campo do direito, as indefinições são ainda mais sentidas, porque as prescrições normativas são incapazes de acompanhar a velocidade e o dinamismo das relações comerciais, não há mecanismos jurídicos de garantia. As instituições governamentais são cooptadas pelas vontades do livre mercado. As instituições de garantia são inexistentes ou débeis demais para impor limites à economia de mercado. Os direitos fundamentais passam a discursos vazios e ineficientes.

Não é diferente com o mundo do trabalho, a economia de mercado despersonaliza a figura do trabalhador, impõe novas formas de trabalho subordinado. Os governos e sindicatos perdem força, os primeiros sem força para impor mudanças, os segundos não mais identificados ou legitimados a defender categorias, uma vez que a ideia de classe se desfez e não faz mais sentido para o mundo globalizado.

A Constituição de 1988 tem um mérito incontestável, reconhece o direito do trabalho como instrumento de justiça social, o trabalho passa a ser visto como caminho inexorável para a melhoria progressiva da condição social dos indivíduos. A vetusta CLT foi reanimada e

reposicionada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da dignidade humana e do valor social do trabalho, fundamentos republicanos e princípios dotados de concretude – visão pós-positivista (artigo 1º, incisos III e IV, da CF).

Este reposicionamento da temática trabalhista deve ser construído a partir de um processo hermenêutico constitucional focado no valor social do trabalho, única maneira de sustentar a função social das empresas preconizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sérgio Alves Gomes (2011, p. 215-216) ressalta a importância dos valores no âmbito jurídico:

..., a perspectiva humanista do estudo do Direito revela cada vez mais que, sem a inclusão dos valores no âmbito jurídico, o Direito se resumiria a um arcabouço de normas passíveis de qualquer conteúdo, inclusive daqueles que ao invés de dignificar o ser humano poderiam convertê-lo em mera “coisa”, como foi típico dos tempos da escravidão oficial sempre disciplinada e “legitimada” pelo ordenamento jurídico.

Também não basta dizer que o Direito envolve valores, para que este seja um direito justo. Há que se verificar qual a pauta de valores com a qual o Direito se compromete. No Estado Democrático de Direito, tais valores estão explicitados no texto constitucional e todos eles – segundo a consciência ético-jurídica que os selecionou – são fundamentais ao pleno desenvolvimento e expressão democrática de todo ser humano.

O artigo 7º, *caput*, da Constituição da República atribui uma série de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, direitos elencados em um rol exemplificativo, o que fica evidente com a cláusula normativa de abertura constante da parte final: “além de outros que visem à melhoria da sua condição social”.

Não é por outra razão, que o legislador constituinte estabelece no artigo 170 que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e da defesa do meio ambiente.

Sob o aspecto normativo-jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou o regime capitalista de produção como apto a assegurar a prosperidade nacional. A empresa se submete aos fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantido o desenvolvimento nacional, com o objetivo de erradicação da pobreza, só se mostra possível se houver a observância dos ditames da justiça social, que inequivocamente passa pela garantia de proteção dos direitos humanos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões.

Neste passo, a empresa como ente autônomo e personalizado deve buscar as suas finalidades guiadas pela função social. A produção de riqueza gera progresso e melhoria da

condição social das pessoas se e quando pautada no respeito aos valores republicanos e aos direitos humanos fundamentais.

Marco Antônio César Villatore e Dinaura Godinho Pimentel Gomes dizem desta perspectiva imposta pela Constituição da República (2014, p. 237):

Ao Estado brasileiro, posicionado pela Constituição vigente - que é a mais democrática que o Brasil já teve – incumbe fortalecer de forma permanente o entendimento de que não se pode mais desagregar a valorização do trabalho humano da garantia de livre iniciativa, que consiste na liberdade de escolhas e tomada de decisões relativas aos interesses econômicos. Isso significa que, simultaneamente, deve garantir as condições basilares do modo de produção capitalista, dando prevalência ao alcance da igual dignidade em benefício de todos, por meio da real observância de direitos trabalhistas.

Guilherme Guimarães Feliciano (2005, p. 5-6), ao citar o escólio de Norberto Bobbio, tece argutas e esclarecedoras considerações ao associar os direitos do homem ao progresso histórico da civilização:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

Neste caminho evolutivo, a positivação de direitos fundamentais reflete as escolhas valorativas da sociedade em determinado momento, processo que implica antinomias normativas (colisão de direitos) próprias do Estado Democrático de Direito.

As normas jurídicas devem ser efetivas, assegurados instrumentos jurídicos capazes de resolver os conflitos de uma sociedade dinâmica e complexa. O atual momento histórico da humanidade exige normas jurídicas caracterizadas pela mobilidade e plasticidade, entendidas estas qualidades como aquelas aptas ao acompanhamento das constantes novidades impostas pela globalização econômica, no mais das vezes, violadoras da dignidade humana.

Quanto às dimensões dos direitos humanos fundamentais, retratam o progresso histórico da humanidade e a superação das concepções político-jurídicas no decorrer do tempo. Os direitos de primeira dimensão, direitos negativos do indivíduo em face do Estado, configuram liberdades públicas, trata-se da superação do Estado absolutista. Os direitos de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais (destaque para os direitos trabalhistas), à exigência de prestações positivas do Estado, trata-se da superação do Estado liberal focado

nas concepções individualistas (pós 1ª Guerra Mundial). O meio ambiente se encaixa nos direitos de terceira dimensão, cujo fundamento maior é o princípio da solidariedade (forte no direito ambiental e previdenciário).

No título VIII da Constituição da República, que trata da ordem social, o artigo 193 realça a importância do trabalho: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Os princípios e regras constitucionais afetos ao trabalho formam um tecido dogmático capaz de produzir efeitos imediatos, dotando o intérprete e o Estado-Juiz de mecanismos garantidores da solução adequada aos novos, candentes e complexos problemas da sociedade moderna, os casos difíceis na linguagem de Dworkin (2002).

O renomado processualista Barbosa Moreira, citado por Sebastião Geraldo Oliveira (OLIVEIRA, 2011, p. 50-51), alertou logo após a promulgação da Constituição da República de 1988:

Se nos acostumamos a dar aos nossos problemas, por tempo considerável, as mesmas soluções, há forte probabilidade de que pelo menos alguns de nós encarem com pouco entusiasmo o desafio de procurar novas soluções ou – pior ainda – de enfrentar novos problemas (...) Manifesta-se em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Uma postura tímida, por parte da jurisprudência, já importará renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam. Uma atitude de hostilidade, então, poderá inutilizá-la por completo. Não é de crer que os juízes brasileiros pretendam atrasar desse modo o relógio da História. (...) Urge que o texto promulgado se transfigure em vivência. Nossa ardente esperança é a de que o Poder Judiciário não participe desse episódio como espectador frio, nem – pior ainda – como sabotador voluntário ou involuntário, mas como sincero e empenhado colaborador.

A função informativa dos princípios representa a ideia clássica que vigorou por muito tempo na doutrina, os princípios como fontes de inspiração do legislador para a criação das leis. Trata-se da faceta mais conhecida de uma doutrina positivista preocupada com a criação de normas-regras capazes de regular cada aspecto da vida social, pensamento dogmático acrítico.

As funções interpretativa e normativa dos princípios impõem ao intérprete a busca de uma solução conforme os princípios constitucionais acima mencionados, voltada para a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador (artigo 5º, par. 2º, e artigo 7º, *caput*, da CF).

O pós-positivismo conferiu aos princípios função sistemática, passaram a funcionar como mandados de otimização. Dotados de concretude, capazes de resolverem conflitos

sociais complexos, tais como os embates entre o capital e o trabalho, com a ponderação dos valores em jogo, com foco na salvaguarda dos direitos fundamentais, entre eles, os trabalhistas.

Para Luis Roberto Barroso (2003, p. 376):

Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos deve-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.

Nesta visão, nem sempre haverá prevalência de um direito subjetivo em detrimento de outro, haja vista a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, que são princípios implícitos no texto constitucional. Evocando-se a teoria da argumentação de Robert Alexy (2001), na clássica divisão entre princípios e regras, aqueles como mandados de otimização capazes de afastar regras que não mais se prestam à solução das lides, é possível conferir tratamento que vai ao encontro do valor social do trabalho.

A solução sugerida responde igualmente ao fenômeno da mutação constitucional e interpretação valorativa conforme a Constituição Federal, que coloca o valor social do trabalho como fundamento republicano (artigo 1º, inciso IV).

2. A RELAÇÃO TRABALHISTA SOB A PERSPECTIVA DE UMA MORALIDADE PÓS-CONVENCIONAL

O mercado de trabalho tornou-se sobremaneira excludente e precarizante, notadamente nas nações pobres e em desenvolvimento, caracterizado pelo desemprego em alta, declínio acentuado da atividade industrial, desaparecimento das relações de trabalho típicas - especialmente a relação de emprego, flexibilização e relativização de direitos trabalhistas.

A questão trabalhista sofre injunções deletérias intensas por conta da racionalidade instrumental nos países pobres e nos países em desenvolvimento, como o Brasil, porque a globalização em uma perspectiva neoliberal instrumental exige das empresas corte de custos e aumento das margens de lucro, quase no mais das vezes com precarização das condições de trabalho. Esta perspectiva acentua a importância da economia e coloca o direito como

instrumento de preservação desta ordem, de modo a garantir segurança jurídica nas relações privadas.

Não é incomum que empresas multinacionais adotem práticas predatórias e de *dumping social* no âmbito de países que possuem fragilidade institucional das instituições governamentais regulatórias e punitivas e naqueles que se caracterizam pela inefetividade crônica do Poder Judiciário, caso do Brasil.

Não é incomum também que se busque desqualificar visões não contratualistas no âmbito das relações privadas, especialmente as relações trabalhistas. Cientes de que esta relação difere e diverge da maioria das outras relações privadas, haja vista a posição devedora e desigual do trabalhador no âmbito contratual, há um esforço das empresas em ridicularizar as questões trabalhistas. A história do direito social é rica e contra-hegemônica, essencialmente impregnada por valores morais de caráter coletivo, por princípios universais de justiça.

O mercado de trabalho ficou à mercê da racionalidade instrumental dissociada da ética e da moral (BANNWART JÚNIOR, 2011, p. 725):

O direito evoluiu pautado na institucionalização da Economia e do Estado, os quais geraram uma ordem política que transformou a sociedade estamental de princípios do mundo moderno na sociedade aquisitiva do capitalismo (HABERMAS, 1999a, p. 505). As normatizações, neste contexto, passaram a ser reguladas e ordenadas pelo direito privado; este garantidor – junto às pessoas jurídicas – do estabelecimento de relações contratuais e da possibilidade de ajustarem suas ações de modo estratégico. A construção dessa ordem jurídica foi baseada na positividade, universalidade e formalidade.

Visão ratificada por diversos autores, tal como Karl Polanyi (2012) no livro “A grande transformação: as origens de nossa época”. O autor argumenta com impressionante precisão a farsa contida na ideia de que o mercado autorregulado é a solução para os problemas da humanidade. Escrito durante a 2ª Guerra Mundial, o livro pontua o fracasso dos mecanismos da economia de mercado no enfrentamento das questões sociais. Ao discorrer sobre o trabalho, a terra e o dinheiro como elementos essenciais para o funcionamento da economia de mercado, expõe (POLANYI, 2011, p. 78-79):

Ora, em relação ao trabalho, à terra e ao dinheiro não se pode manter um tal postulado. Permitir que o mecanismo de mercado seja o único dirigente do destino dos seres humanos e do seu ambiente natural, e até mesmo o árbitro da quantidade e do uso do poder de compra, resultaria no desmoronamento da sociedade. Esta suposta mercadoria, “a força de trabalho”, não pode ser impelida, usada indiscriminadamente, ou até mesmo não utilizada, sem afetar também o indivíduo humano que acontece ser o portador dessa

mercadoria peculiar. Ao dispor da força de trabalho de um homem, o sistema disporia também, incidentalmente, da entidade física, psicológica e moral do “homem” ligado a essa etiqueta. Despojados da cobertura protetora das instituições culturais, os seres humanos sucumbiriam sob os efeitos do abandono social; morreriam vítimas de um agudo transtorno social, através do vício, da perversão, do crime e da fome. A natureza seria reduzida a seus elementos mínimos, conspurcadas as paisagens e os arredores, poluídos os rios, a segurança militar ameaçada e destruído o poder de produzir alimentos e matérias-primas. Finalmente, a administração do poder de compra por parte do mercado liquidaria empresas periodicamente, pois as faltas e os excessos de dinheiro seriam tão desastrosos para os negócios como as enchentes e as secas nas sociedades primitivas. Os mercados de trabalho, terra e dinheiro são, sem dúvida, essenciais para uma economia de mercado. Entretanto, nenhuma sociedade suportaria os efeitos de um tal sistema de grosseiras ficções, mesmo por um período de tempo muito curto, a menos que a sua substância humana natural, assim com a sua organização de negócios, fosse protegida contra os assaltos desse moinho satânico.

Importante frisar que nada obstante o tom crítico, a obra questiona duramente os teóricos do liberalismo de mercado, não há determinismo ou análise com base em aspectos puramente ideológicos. Trata-se de uma análise contundente e lúcida das falhas dos mecanismos da economia de mercado, o autor escreve: “Em última instância, e por isto que o controle do sistema econômico pelo mercado é consequência fundamental para toda a organização da sociedade: significa, nada menos, dirigir a sociedade como se fosse um acessório de mercado. Em vez de a economia estar incrustada nas relações sociais, são as relações sociais que estão incrustadas no sistema econômico” (POLANYI, 2011, p. 78-79).

Este quadro de desordem capitalista, pautado pela racionalidade instrumental, orienta a conduta de diversas empresas contemporâneas, que veem o trabalho como mera mercadoria, elemento a serviço do lucro, tendo como resultado condutas ilícitas com efeitos deletérios e precarizantes das condições de trabalho. São atitudes pragmáticas desvinculadas de qualquer preocupação ética ou moral, em um nível de moralidade pré-convencional (BANNWART JÚNIOR, 2011, p. 736-741).

Em um nível convencional de moralidade, tem-se uma empresa preocupada com a sua imagem, convicta da necessidade de agir conforme as expectativas do mercado consumidor, responsável socialmente (BANNWART JÚNIOR, 2011, p. 736-741). A ação pragmática tem escopo lucrativo vinculado ao bem-estar coletivo. No que tange às relações trabalhistas, há uma preocupação em cumprir a ordem jurídica trabalhista e em proporcionar aos funcionários condições de trabalho decentes e seguras. Assim, uma empresa consciente de sua função social não terá seu nome vinculado a práticas como do trabalho escravo, assédio moral e sexual, trabalho infantil, etc.

O último estágio, da moralidade pós-convencional (BANNWART JÚNIOR, 2011, p. 736-741), colocaria a questão trabalhista em evidência, vinculando-a ao aspecto humanista, atenta à diversidade que caracteriza as pessoas que colocam sua força de trabalho à disposição da empresa. As empresas, organizações complexas e poderosas, trariam para o centro decisório os trabalhadores, com o estabelecimento de um verdadeiro sistema de cogestão. Neste sistema, a reversão dos lucros aos trabalhadores e a livre negociação coletiva seriam vistas como práticas normais e socialmente emancipatórias. No âmbito da sociedade coletivamente considerada, seria um organismo apto a promover justiça social.

3. A FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Em termos de legislação, seja constitucional ou infra, a função social pode ser inúmeras vezes observada no direito positivado. Há exemplos na Constituição Federal, no Código Civil, em leis voltadas ao Direito Empresarial, Na Constituição Federal, os artigos 5º, XXIII; 170, III; 173, §1º, I; 182, §2º; 184, *caput*; 185, parágrafo único, fazem menção a ela. Também no Código Civil, art. 421, e no Direito Empresarial como no art. 116, § único da Lei 6404/76 e art. 47 da Lei 11.101/2005.²

²CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade [...];
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 173. §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 182, §2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenamento da cidade expressa no plano diretor.
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 185, § único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.
CÓDIGO CIVIL. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
LEI 6404/76. Art. 116, Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.
LEI 11.101/2005. 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.

O conceito de função teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34). De acordo com Rodrigo Almeida Magalhães:

A função social surge da necessidade do Estado moderno de limitar o individualismo, frente a exigência social de garantir o interesse da coletividade que não é satisfeita dentro do Estado liberal atual. A liberdade não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, dignidade humana, devendo prevalecer os interesses coletivos como à educação, à saúde, os transportes, à tutela ambiental, entre outras. A partir desses conceitos, tem-se o entendimento contemporâneo da função social da empresa, devendo firmar-se em equilíbrio ao direito da propriedade e a efetivação do fim social da atividade econômica; outrossim, respeitando os preceitos legais e principiológicos, proporcionando benefícios individuais e coletivos” (MAGALHÃES, Rodrigo Almeida).

Com o tempo, a definição de função social foi se adequando ao seu real significado perante a sociedade, de modo que, atualmente, poderia ser definida como o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 39).

No Brasil, um dos primeiros doutrinadores a enfrentar a questão da Função Social empresarial foi o Prof. Fábio Konder Comparato, para quem função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos (COMPARATO, 1990, p. 65).

Em última análise, seria algo relacionado à ideia de que a propriedade obriga, ou que cria um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo.

3.1. A FUNÇÃO SOCIAL NO PLANO EMPRESARIAL

Ao longo do tempo, a função social tem se apresentado em suas mais diversas frentes, dentre as quais podem ser citadas a função social do contrato, a função social da propriedade, e porque não se falar em função social da empresa?

Uma análise perfunctória da sociedade hodierna permite concluir que as empresas e a iniciativa privada, de modo geral, nunca tiveram tamanha relevância para o desenvolvimento social e econômico, como possuem neste momento. Para Humberto Theodoro Júnior, a força das empresas estaria ligada à ordem constitucional atual, veja-se:

A ordem constitucional de nossos tempos, por isso, evita o intervencionismo gerencial público no processo econômico; deixa de atribuir ao Estado a exploração direta dos empreendimentos de ordem econômica; mas também não pode permitir que em nome da liberdade negocial a força econômica privada seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com o bem estar social e com valores éticos cultivados pela comunidade (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 34).

Segundo Scandolara, o princípio da função social impõe ao proprietário, ou a quem detenha o controle da empresa, o dever de atuar em benefício da sociedade e não somente na busca pelo lucro. Disso decorre que a atividade empresarial, muito além de apenas evitar prejuízos à coletividade, deve também alcançar comportamentos que favoreçam todo o ambiente social (2010, p. 27-38).

Ainda, a função da empresa (ou seja, a função social dos bens de produção), implica a conjunção de todos aqueles princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal: o princípio da função social da empresa exsurge como uma articulação de vários conceitos e princípios distintos, na busca do bem estar coletivo. Logo, pensar na função social da empresa é conformar a atividade empresarial considerando o interesse coletivo e social, ou seja, superando o caráter meramente individualista em sua estrutura fundamental, repaginando as várias relações jurídicas sobre as quais se constrói a malha social por meio da empresa, pautando-as a partir do interesse social e do bem comum (FREITAS; PEREIRA, 2004, p. 58).

Um ponto que, em que pese não ser o enfoque do presente trabalho, merece destaque, está relacionado à utilização dada à Função Social Empresarial, em alguns casos de recuperação judicial de empresas. É que, em relação à aprovação do pedido de recuperação, muitos têm defendido que, mesmo empresas com dívidas vultuosas, muitas delas decorrentes de absoluta má gestão, deveriam ter a manutenção de suas atividades determinada pelo Poder Judiciário, sob a justificativa da Função Social que estariam exercendo a partir da geração de empregos, e de sua conseqüente importância para a economia de modo geral.

Sobre essa questão, há que se concordar com a importância dada à Função Social, desde que não reste qualquer dúvida, porém, quanto ao fato de que a manutenção das atividades da empresa não deve ser garantida deliberadamente. É essencial que a empresa demonstre não apenas sua boa vontade, mas, sobretudo, que possui plena capacidade de fazer

jus ao benefício proporcionado em razão da função Social que exerce, gerando relações de trabalho sadias, movimentação a economia, sem deixar de adimplir as dívidas existentes junto aos credores e ao Estado.

Há que se dar conta de que a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40). Seria impróprio, portanto, agarrar-se à função social empresarial como forma de fazer prevalecer o interesse da empresa, independentemente de sua postura diante do mercado. É imprescindível que haja equilíbrio.

Muito embora o objetivo de uma empresa seja o lucro, essa busca não pode ser desenfreada e praticada a qualquer custo. Justamente em razão da importância atual das empresas para a emancipação e o desenvolvimento da sociedade, buscou-se, por meio do já conhecido princípio da função social, criar diretivas e limites que deveriam ser percebidos e adotados pelo empresariado. Foi neste contexto que a função social passou a ter aplicação, inclusive, no que diz respeito às empresas.

3.2. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, SOB O ENFOQUE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Considerando as definições já apresentadas de relação de trabalho, bem como de função social, faz-se necessário seguir adiante para o fim de analisar uma das obrigações assumidas por qualquer empresa que exerça sua função social: a geração de empregos, aliada à qualidade laboral oferecida aos empregados, bem como à possibilidade de emancipação social destes.

O contrato de trabalho é, inegavelmente, uma relação de poder: o empregador ou empresa tem a prerrogativa de dirigir a prestação de serviços desempenhada pelos seus empregados. A doutrina trabalhista comumente divide as facetas do poder empregatício em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar, tendo em vista a possibilidade de o empregador organizar a estrutura e o processo de trabalho, fixar regras a serem obedecidas no âmbito do estabelecimento e da empresa, acompanhar a prestação de trabalho e impor sanções aos empregados diante do descumprimento de suas obrigações contratuais (MAGANO, 1982, p. 119).

Como contraponto a uma relação estanque de poder e submissão, no contexto democrático atual, o poder empregatício não deve ser compreendido como um direito

absoluto, especialmente com respaldo no texto constitucional que definiu a proteção à dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho como os fundamentos da República.

No título dedicado à Ordem Econômica e Financeira, o constituinte optou por elencar como princípio a função social da propriedade, prevendo expressamente que o exercício da atividade econômica deve fundar-se na valorização do trabalho humano, objetivando assegurar a todos existência digna.

Vale dizer, o poder atribuído ao empregador/empresa não se resume aos seus próprios interesses. Em verdade, existe uma responsabilidade atrelada à prerrogativa que é garantida ao empregador pelo próprio ordenamento jurídico - um dever, um respeito ao interesse alheio. Ou seja, consiste num direito-função, nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2014, pág. 706):

Trata-se, afinal, da primeira concepção que se mostra sensível ao dado empírico da participação obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação – principalmente os efeitos limitadores da vontade do sujeito empresário. (...) O titular do direito está também submetido a um dever, cumprindo-lhe praticar condutas de tutela de interesses alheios.

A autoridade da empresa empregadora, na nova ordem democrática constitucional, deve observar aos princípios da boa-fé e visar à inserção e valorização pessoal do empregado. A busca pelos lucros e vantagens econômicas não autoriza a empresa a adotar uma postura que deliberadamente seja contrário aos direitos do empregado ou ao interesse social.

A subordinação jurídica do empregado, elemento caracterizador da relação de emprego, não desaparece. Contudo, a empresa se vê condicionada a respeitar os limites impostos pelo atendimento à função social do contrato³ – eis que se trata, antes de mais nada, de uma relação contratual.

A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar, de forma decisiva, o local em que se encontra (ARNOLDI; MICHELAN, 2000, p. 88).

³Código Civil, “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, que é aplicável ao direito do trabalho, conforme preceitua o art. 8º, parágrafo único da CLT, segundo o qual “Art. 8º [...] Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Não está se dizendo que a empresa, tal qual foi pensada, não deva se preocupar em ter lucro. Muito pelo contrário, qual sociedade empresarial precisar ser lucrativa para prosperar, movimentar a economia, e consolidar riquezas em favor da sociedade em que se encontra. O que se vê, contudo, é que a busca desenfreada por balanços cada vez mais positivos deixa o empresariado, de modo geral, alheio aos anseios de seus empregados, e até da função social que sua empresa deveria perseguir.

Ao menos é o que aponta uma pesquisa realizada pelo Instituto Vox Populi, publicada em artigo da Revista Exame, que buscou levantar a opinião dos empresários, e a opinião pública, acerca do papel a ser desempenhado pelas empresas privadas no Brasil⁴:

Duas visões	
Duas pesquisas, uma de opinião pública e outra com o empresariado, mostram a discrepância de visões sobre o papel das empresas privadas no Brasil.	
A missão das empresas, segundo os empresários	
O que diz uma pesquisa feita pela FAAP com 102 grandes empresários	
Dar lucro aos acionistas ⁽¹⁾	82%
Ser ética nos relacionamentos	63%
Ajudar a desenvolver o país	50%
Aliar crescimento à justiça social	47%
Gerar empregos	34%
Recolher os impostos devidos	14%
Desenvolver trabalhos comunitários	5%
Sem ferir a ética, derrotar a concorrência	5%
A missão das empresas, segundo a opinião pública	
O que diz uma pesquisa de opinião pública do instituto Vox Populi	
Gerar empregos	93%
Ajudar a desenvolver o país	60%
Desenvolver trabalhos comunitários	42%
Aliar crescimento à justiça social	31%
Recolher os impostos devidos	29%
Ser ética nos relacionamentos	19%
Sem ferir a ética, derrotar a concorrência	10%
Dar lucro aos acionistas ⁽²⁾	10%
(1) Observe que o lucro aparece no topo das respostas	
(2) Observe que o lucro aparece no pé das respostas	

Percebe-se, pelo que aponta a pesquisa, uma nítida divergência entre a opinião pública e o objetivo perseguido pelos empresários brasileiros.

Em que pese a já explanada importância da Função Social da Empresa, inclusive nas relações de trabalho, fato é que, enquanto a população espera que o empresariado crie novos postos de emprego, ajudando a desenvolver o país, os empresários preocupam-se muito mais

⁴GUROVITZ, Helio; BLECHER, Nelson. O estigma do lucro. *Revista Exame*, 23 mar. 2005.

com o lucro de seus negócios, e, em segundo plano, com a ética envolvida em seus relacionamentos – uma clara influência dos fatores históricos já apontados anteriormente.

É de ressaltar que a proteção aos direitos dos empregados não se restringe à esfera trabalhista. A obrigação da empresa não se encerra na contraprestação pecuniária pelos serviços prestados. Os direitos fundamentais de toda ordem devem ser observados, os direitos à intimidade, à privacidade, à honra, à liberdade de expressão, à saúde, ao lazer, entre outros, merecem a atenção da empresa durante todo o período contratual.

Para Davies e Scalzo, a empresa deve ir além: “deve seguir estritamente as regras de proteção ao trabalhador, oferecendo condições dignas ao seu empregado e, ainda, na medida do possível, proporcionar plano de participação nos lucros, oferecer plano de carreira, treinamento profissional, enfim, estimular a realização da própria humanidade que se dignifica pela atividade laboral e se insere na comunidade” (DAVIES; SCALZO, 2010).

A superação da concepção clássica do poder empregatício (DELGADO, 2014, p. 702)⁵ veda que a empresa exija metas inatingíveis, incorra em assédio moral, atue com excessivo rigor com o objetivo de aumentar a produção. Ou seja, ainda que esses comportamentos estejam direcionados à aferição de maiores lucros – tônica do capitalismo – são rechaçados pelo ordenamento jurídico, que centrou na dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, na função social da empresa, o fundamento da República brasileira.

Enquanto motores da sociedade e economia capitalista, não se espera que as empresas privadas deixem de almejar vantagens financeiras e o aumento do seu lucro. Todavia, o desenvolvimento da atividade econômica deve atender aos fins sociais, especialmente em prol da inclusão e melhoria da qualidade de vida dos seus empregados, seja do ponto de vista financeiro, psíquico ou moral.

Ora, ainda que a mudança de perspectiva e os avanços sejam reconhecidos, é necessário pontuar que a compreensão do exercício do poder empregatício como um direito-função não retira as prerrogativas inerentes a esse poder titularizado pela empresa empregadora. O que ocorre é uma atenuação da concepção unilateral absoluta, fazendo com que a empresa se pautem também por outros interesses, e não exclusivamente pelos seus. O

⁵A leitura inicial do poder empregatício o vislumbrava como um direito potestativo, como a prerrogativa do empregador de obter os efeitos jurídicos de seu interesse através do simples exercício de sua própria vontade. Para Maurício Godinho Delgado: “O contraponto do direito potestativo é a existência de um dever sob titularidade da parte contrária ou da comunidade em geral. Como se sabe, o dever constitui indução jurídica a certa conduta em benefício do direito de outrem – o que mostra a força e extensão individualista da ideia de direito potestativo”.

atendimento à função social não extirpa a subordinação jurídica, que sempre identificou as relações de emprego.

CONCLUSÃO

O valor social do trabalho e a função social da empresa encontram nas teorias pós-positivistas caminho seguro para compreendê-los como valores máximos de um Estado Democrático de Direito e de Bem Estar Social.

Esta diretriz conformadora reconhece tais valores como princípios jurídicos dotados de normatividade e irradiante de efeitos concretos, em uma perspectiva atrelada ao postulado maior da nova ordem constitucional brasileira, a dimensão humana do Direito.

A fim de construir um caminho hermenêutico seguro, há que se compreender esta força normativa dos princípios (mandados de otimização), cuja finalidade é o bem estar social.

O valor social do trabalho impõe uma ordem econômica focada na dignidade humana, em que a preocupação deve recair na emancipação social do indivíduo.

A empresa como ente autônomo produtor de riquezas só cumprirá o papel constitucional que lhe foi reservado se e quando entender o trabalhador como um sujeito de direitos, de forma inclusiva e propositiva, respeitada a complexidade da dimensão humana.

Neste contexto, a mão de obra nunca poderá ser tratada como mera mercadoria, à margem da dinâmica empresarial capitalista que move a humanidade e do compartilhamento das riquezas.

A empresa consciente de sua função social se esforça para não ver seu nome vinculado a práticas que menosprezem ou desvalorizem o trabalho ou os trabalhadores. Pelo contrário, buscam cada vez mais introduzir um sistema de gestão cooperativa, que permita a qualidade laboral e o desenvolvimento de seus empregados.

Em última análise, a efetivação da função social no Estado Democrático de Direito, seja ela empresarial, contratual, ou propriedade, depende, primordialmente, de algumas escolhas. A sociedade precisa decidir que tipo de Estado quer ter, e em que tipo de mundo quer viver, para que decisões que interfiram na qualidade de vida, por exemplo, dos empregados de uma empresa, possam naturalmente ser tomadas. Neste contexto, há que se encarar as relações de trabalho, no âmbito da sociedade coletivamente considerada, como um organismo apto a promover justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARNOLDO, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. *Função Social da Empresa*. Direito-USF, V.17, p. 87-90, jul./dez.2000.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. *Globalização, Empresa e Responsabilidade Social*. Scientia Iuridica, v. LXI, 2012.

_____. *Moral Pós-convencional e os Impasses do Desenvolvimento Sustentável*. In: Alice, M.; João, M. (Org.). *Responsabilidade Social: uma visão Ibero-americana*. 1ª ed. Lisboa/Portugal: Almedina, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DAVIES, Christian Galvão; SCALZO, Juliana Canarim. *Função social da empresa e do contrato*. Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese. v.14, jan. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Pós-positivismo*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/RS. Rio de Janeiro: Renovar, 2006..

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS, Elaine Cristina Ferreira de; PEREIRA, Frank Sérgio. *Função social da empresa*. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Franca: ano 7, n. 13, 2º semestre 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social da empresa*. Revista dos tribunais. São Paulo: v.96, n. 857, 2007.

GUROVITZ, Helio; BLECHER, Nelson. *O estigma do lucro*. Revista Exame, 23 mar. 2005.

MAGANO, Octavio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SCANDOLARA, Rafael Pellenz. *A função social da empresa e a competitividade empresarial no Direito brasileiro*. II Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresarial, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, v. 1.

STREECK, Wolfgang. *As crises do capitalismo democrático*. Dossiê Crise Global. Novos Estudos. CEBRAP, 92, março 2012.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função Social da Empresa*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 92, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

VILLATORE, Marco Antônio César. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos*. Scientia Iuris, Londrina, v.18, n.1, p.217-240, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p217.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *A Função Social da Empresa como forma de valorização da Dignidade da Pessoa Humana*. 2006. Disponível em: <
<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>>.
Acesso em: 18.02.2015.