



RAFAEL CIRILO AVELLAR DE AQUINO

O ABUSO DO DIREITO DE GREVE SOB A ÓPTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Laboral

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**



**O ABUSO DO DIREITO DE GREVE SOB A ÓPTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO DE TRABALHO**

RAFAEL CIRILO AVELLAR DE AQUINO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Laboral, sob orientação do Professor Doutor João Carlos Simões Reis.

**COIMBRA
2016**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de antemão, ao meu orientador Professor Doutor João Reis pela consideração e conhecimentos partilhados desde o primeiro dia de aula.

À Universidade de Coimbra que, através de suas tradições, proporcionou valiosas lições no âmbito de minha vida pessoal e profissional, das quais jamais esquecerei.

À minha namorada pela paciência e incentivo, sendo fundamental para a concretização desse objetivo.

À toda minha família, representada nas pessoas da minha mãe, irmã e avós, pelo carinho e apoio incondicional.

Por fim, dedico este trabalho ao meu avô Wilson Aquino e ao meu pai André Aquino, pessoas que me inspiram pelas suas qualidades humanas e pelos seus conhecimentos jurídicos, sempre me encaminhando e aconselhando diante dos desafios que a vida proporciona.

RESUMO

A presente dissertação busca ressaltar o debate sobre a aplicação da teoria geral do abuso de direito ao direito de greve, objetivando contribuir através da proposta de um critério para aferição do abuso do direito de greve, qual seja, a função social do contrato de trabalho. O debate vem à tona, sobretudo, por a greve se tratar de um direito constitucionalmente garantido, o que traz a possibilidade ou não da sua relativização perante outros direitos. Portanto, este estudo expõe, ainda, a conceituação de greve e a sua natureza jurídica, bem como a sua consagração como um direito constitucional e o enquadramento da abusividade através do princípio da função social. Para alcançar tais objetivos, o presente trabalho recorre ao direito comparado, apresentando situações práticas e doutrinas estrangeiras.

Palavras-chave: Greve. Abuso de direito. Direito laboral. Direito constitucional. Direito civil. Função Social. Boa-fé.

ABSTRACT

This dissertation intends to highlight the debate on the application of the general theory of abuse of rights to the right to strike, aiming to contribute to this matter by proposing a criterion for measuring the abuse of the right to strike, namely, the social function of the labor contract. This debate arises by the fact that strike is a constitutionally guaranteed right, which brings the possibility of its relativization - or not - before others right. Thus, this study exposes the concept of strike and its legal nature, the fact that it is enshrined as a constitutional right, and the establishment of abusiveness through the principle of social function. In order to reach its purposes, this study makes use of comparative law by presenting practical situations, as well as to foreign doctrines.

Keywords: Strike. Abuse of rights. Labor law. Constitutional right. Civil right. Social function. Good faith.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ampl. – ampliada

art. – artigo

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CC/1916 – Código Civil Brasileiro de 1916

CCB/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CCB/1916 - Código Civil Brasileiro de 1916

CRP – Constituição da República Portuguesa

EC – Emenda Constitucional

Ed. – edição

et al. – e outros

jan. – Janeiro

mar. – Março

n. – número

op. cit. – obra citada

p. – página

PGR – Procuradoria Geral da República

rev. - revista

RT – Revista dos Tribunais

s.l. – sine loco

s.n. – sine nomine

ss. – seguinte(s)

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UC – Universidade de Coimbra

vol. – volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
PARTE I – TEORIA GERAL DO ABUSO DO DIREITO	11
I.I. Exercício regular do direito	11
I.I.I. Relações jurídicas	11
I.I.I.I. Relação jurídica de trabalho	13
I.I.I.II. Elementos da relação jurídica	15
I.I.II. Direito subjetivo	16
I.I.III. Situações jurídicas, posições jurídicas e a ideia de direitos potestativos	20
I.II. Considerações conceituais acerca do abuso de direito	25
I.III. Concepções teóricas do abuso do direito	31
I.III.I. Teoria objetiva	32
I.III.II. Teoria subjetiva	34
I.III.III. Teoria mista	36
I.IV. Natureza jurídica	37
PARTE II – DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	43
II.I. Linhas preliminares à concepção da função social	43
II.II. Noção de contrato	45
II.II.I. Breve exposição do contrato de trabalho	47
II.II.I.I. Características e elementos do contrato de trabalho	48
II.III. Síntese histórica da função social do contrato	51
II.IV. Natureza jurídica da função social do contrato	53
II.V. A essência da função social do contrato	55
II.VI. Eficácia “inter partes” e “ultra partes” da função social do contrato	59
II.VII. Breve exposição da função social do contrato em Portugal	62
II.VIII. A função social do contrato de trabalho	65
PARTE III – DO ABUSO DO DIREITO DE GREVE	71
III.I. Concepções preliminares	71
III.II. Considerações conceituais acerca da greve	73
III.II.I. Natureza jurídica do direito de greve	76
III.III. Critério de aferição do abuso do direito de greve	81
III.IV. Exemplos de greves atípicas	89
III.IV.I. Greve intermitente	89
III.IV.II. Greve rotativa	91
III.IV.III. Greve trombose	91

III.IV.IV. Greve retroativa.....	92
III.V. Enquadramento da função social nas situações de greves atípicas.....	94
CONCLUSÃO	96
<hr/>	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

As ações dos seres humanos são, geralmente, regidas pelo livre-arbítrio, ou seja, da capacidade que o homem tem de decidir suas condutas de maneira livre. Porém, na seara do Direito, com a evolução da história e a vida em sociedade inerente aos indivíduos, as manifestações do homem, em muitas ocasiões, tornaram-se prejudiciais ao bem-estar social devido à ausência de parâmetros reguladores ao pensamento individualista. Assim, a intervenção estatal foi inevitável para a limitação dessas condutas. De tal modo, surgiu a teoria do abuso de direito, que em diversos ordenamentos jurídicos mundiais foi positivada, tais como em Portugal e no Brasil.

Entretanto, as evoluções do pensamento humano decorrentes das, cada vez mais fugazes, interações humanas, tornam o abuso de direito um tema realmente complexo e bastante relativizado. Dessa maneira, a existência de diversas linhas de raciocínio é natural.

Diante desse cenário, o presente estudo afunila seu objeto enfatizando as relações laborais, onde é possível encontrar situações que exigem um maior aprofundamento investigatório, matérias que encontram conceitos e princípios na constituição e na legislação ordinária e, por isso, detém uma importância destacada.

Portanto, observamos a greve como um direito consagrado e que merece especial atenção quando do seu exercício. Trata-se de um expediente que, além de ter o objetivo de prejudicar o empregador em prol de melhores condições de trabalho, pode refletir, em diversos casos, na sociedade, seja de forma positiva ou negativa. Por isso mesmo, por ter esse vasto campo de incidência, esse direito dos trabalhadores deve ser exercido de maneira regular, sob pena de tornar-se abusivo e gerar consequências prejudiciais aos polos do contrato de trabalho ou, até mesmo, a terceiros.

Devido a essa eficácia ultra partes, em uma tentativa de propor mais um critério para determinar a abusividade da greve, trazemos à tona o princípio da função social, uma vez que o contrato de trabalho é um instituto do direito que demanda uma contribuição social além da questão empresarial. A função social vem, como será exposto, para equilibrar os interesses das partes e garantir a fundamental preservação do interesse coletivo. Desta feita,

a exposição conceitual, classificação e, portanto, a afirmação da importância da função social nas relações contratuais, principalmente as de natureza laboral, se revelam, também, como objetivos a serem atingidos por essa investigação.

Assim sendo, encontramos um embate que reside no equilíbrio entre os atos grevistas, o interesse do empregador, bem como o da sociedade. É, portanto, um tema que necessita ser tratado com bastante cuidado, pois existe uma linha tênue entre tais interesses, dado que a greve é, eminentemente, um direito consagrado na Constituição.

Em suma, estamos diante da discussão sobre a aplicação da teoria geral do abuso de direito ao direito de greve, objetivando contribuir para a busca incessante do critério ideal para aferição do abuso do direito de greve. O debate vem à tona, sobretudo, por se tratar de um direito constitucionalmente garantido, o que traz a possibilidade ou não da sua relativização perante outros direitos.

Logo, serão feitas anotações basilares, relacionamos o tema acerca da greve como um direito coletivo, constatando que há uma problemática do Direito Civil e do Direito Coletivo do Trabalho quando tal é exercido de maneira abusiva.

Por ser uma matéria que reside eminentemente na Constituição da República Portuguesa, apoia-se na sua extrema relevância para o Direito Laboral. Revela-se como fonte de debates e análises jurídicas.

Para que possamos efetivar nosso êxito, conduziremos análises, caracterizações, identificações, comparativos em torno do tema proposto.

Especificando nossas metas, trataremos dos aspectos concretos de nossa investigação que irão nos encaminhar para o cumprimento do objetivo geral. Dessa forma, primeiramente delimitaremos nossa investigação e determinaremos os fundamentos da teoria geral do abuso de direito, discutiremos os conceitos da função social do contrato e os seus efeitos e, por fim, observaremos as dimensões evolutivas do expediente de greve e a caracterização da greve abusiva. Para alcançar tais objetivos, o presente trabalho recorre ao direito comparado, apresentando algumas situações práticas e doutrinas estrangeiras.

Destacaremos, portanto, ao final desses estudos comparativos, os motivos que levam esse trabalho a averiguar o critério de aferição mais adequado do abuso do direito de greve.

Portanto, realizadas tais anotações, vemos que o tema em questão está inserido na sociedade, pois está em ênfase a qualidade das interações sociais provenientes das relações contratuais laborais.

PARTE I – TEORIA GERAL DO ABUSO DO DIREITO

I.I - Exercício regular do direito

As interações sociais são relações jurídicas, isto é, quaisquer relações entre os seres humanos que, por sua vez, têm a necessidade de serem regidas pelo Direito, dada as consequências jurídicas que as próprias são capazes de circunstanciar.

De maneira geral e popular, conceitua-se o Direito como lei e ordem, ou seja, “um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limite à ação de cada um de seus membros”¹. De tal modo, o Direito existe para prevenir e regular conflitos de interesses.

Assim, entende-se que o direito objetivo se configura através de normas de organização social, ou seja, normas de conduta da vida em sociedade que têm o objetivo de determinar a ordem e a segurança. Portanto, os indivíduos que seguem essas normas no exercício de suas atividades, obtêm a tutela jurídica e podem utilizá-las em seu interesse.

I.I.I. Relações jurídicas

Com a vida em coletividade², observamos, nas relações sociais, a existência de normas que têm o objetivo de impor disciplina às atitudes individuais dos homens. A relação jurídica, em sentido amplo, configura-se como toda relação social que é capaz de causar efeitos que detêm importância no plano jurídico³. Quer dizer, portanto, que essas relações projetam um concurso ou oposição de interesses.

¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 2002, p. 1.

² Ibidem. p. 2. *O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social.*

³ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 88.

Assim, J. Flósculo da Nóbrega⁴ aduz que a socialidade da vida tem como substância a coexistência, ou melhor, os relacionamentos, ao passo que o direito objetivo que os regulam é, em sua essência, relação, tanto que “Toda a ordem jurídica é uma trama de relações, entrelaçando pessoas e coisas, coordenando atividades, harmonizando interesses.”.

Por seu turno, Orlando de Carvalho⁵ traz à tona a relação jurídica civil como uma espécie da relação jurídica em sentido amplo. Essa espécie, tem fundamentação no poder individual do ser humano de gerir, de forma autônoma, os seus interesses em consonância com os ditames do mundo jurídico. Por conseguinte, conclui que a ideia de um poder de autodeterminação do indivíduo é o embasamento, o aspecto distintivo dessa espécie. A relação jurídica civil não provém, portanto, de atos involuntários, porque “(...) se funda nesse poder jurisdigénico da pessoa, e não que esse poder apenas desencadeia ou condiciona”⁶. Nessa esteira, ainda, o referido autor ensina que esse poder de autodeterminação tem um caráter radical ou moral, pois vem do livre-arbítrio, deriva da própria iniciativa e força do indivíduo⁷, sendo importante salientar que o Direito Objetivo não atribui ou confere, mas apenas reconhece e o disciplina quando necessário. Pois bem, a eficácia do poder é primordialmente dependente dessa autonomia.

Em tempo, vale observar, ainda na direção dos ensinamentos do já aludido doutrinador, que o poder de autodeterminação atém em seu teor uma esfera de interesses, e é sobre esta que recai a capacidade de gerir atribuída aos indivíduos, apesar de que o referido poder tem, também, em sua essência uma colocação restritiva, pois não é razoável a um sujeito de direito abarcar os seus interesses na esfera de interesses de um outro indivíduo ou na esfera da coletividade, porém quanto a esta última pode existir, em algumas situações, a integração do campo social nos interesses de uma pessoa e, neste caso, haverá um ponto de interseção, sendo este fenômeno relacionado ao instituto do direito civil denominado de função social. Contudo, não se pode deixar de registrar, como já foi intuído através das

⁴ NÓBREGA, J Flósculo da. Introdução ao Direito, 2007, p. 185.

⁵ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 90.

⁶ Ibidem. p. 91.

⁷ Ibidem. p. 93-94. *O poder de que falamos é um poder que só se reconhece ao indivíduo e a qualquer indivíduo, pois só o indivíduo – o indivíduo humano – é que possui esse poder (ou é esse poder) de autodeterminação na sua esfera de interesses, só o homem, em último termo, é portador de necessidades, e, logo, de solicitações (pelos bens que podem satisfazer as necessidades), e, logo, de interesses (interesse é o que inter est o homem e os bens). Com o que não se nega que os interesses dos homens se geram e assumem ao nível das trocas recíprocas, e não só porque é um dado a vida de relação (porque não há vida puramente individual), mas ainda porque a vida de relação condiciona a consciência e a aparência de cada um.*

explicações anteriores acerca do poder de autodeterminação, que este possui inerentemente uma função positiva, visto que tem a predisposição de dar prosseguimento, estímulo a interesses, jamais podendo ter uma faceta geradora de disputas que visam igualar ou exceder outros.

Então a relação jurídica civil se define com a atribuição de um direito subjetivo a uma pessoa e pela imposição à outra pessoa de um dever ou uma sujeição. Ou seja, é o resultado de dois fatores que detêm uma reciprocidade: o direito subjetivo e o dever ou sujeição jurídica. Em suma, a relação jurídica civil é a verdadeira expressão da vida de interesses e que, por natureza, solicita a regulamentação ou disciplina civilística.⁸

I.I.I.I Relação jurídica de trabalho

Como já se viu no presente trabalho, ressaltamos que toda relação jurídica se configura com a atribuição de um poder ou de um dever ou de ambos às partes legítimas. Dessa forma, vemos a relação de emprego como uma conjuntura nascida entre um trabalhador e um empregador em prol da prestação de um trabalho onde há subordinação, cuja obrigação devida ao empregador é o trabalho e, por outro lado, a obrigação devida ao empregado é o salário. Essa relação é regida por um contrato que tem como base princípios, instituições e normas do Direito Laboral, convenções internacionais, contratos coletivos e suas normas supletivas.

Nesse plano, as doutrinas europeias e latino-americanas lideradas, dentre outros, por Mário de La Cueva, Rafael Caldera, Paul Durand, determinam a relação de emprego como uma relação institucional, ou seja, mais um ato condição do que um contrato propriamente dito. É um fato do trabalho, onde o contrato de trabalho seria mera fonte formal. Melhor dizendo, a relação de emprego independe do contrato de trabalho escrito. Dessa forma, a relação de emprego pode existir sem o contrato, porém o inverso, logicamente, não pode acontecer. Isto é, segundo a teoria do contrato realidade, Cueva⁹

⁸ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 89.

⁹ DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo, 1949.

expõe que, prestigiando a proteção ao trabalhador, será suficiente para o surgimento da relação empregatícia, a execução dos atos materiais de trabalho, bem como a efetivação da subordinação do trabalhador perante o ente patronal no ambiente de trabalho.

Assim, verifica-se a presunção de existência de contrato de trabalho, conforme pode-se depreender do disposto no artigo 12º, nº 1, do Código do Trabalho Português¹⁰. Inclusive, representa contra-ordenação muito grave a ser imputada ao empregador, a prestação de labor com as características que configuram o contrato de trabalho, todavia exercido como se fosse autônomo, caso essa situação possa causar prejuízos ao trabalhador ou ao Estado.

Nesse norte, conclui-se que o emprego¹¹ é um fato que cria uma relação jurídica que, por natureza, atrai a incidência de normas jurídicas providas de imperatividade e coercitividade.

Em suma, genericamente, essa relação nasce no momento em que se inicia a prestação de serviço, ou poderá estar constituída a relação empregatícia na expressão do desejo do empregador de admitir o empregado, tal comunicação inequívoca configura o animus contrahendi. Registre-se, ainda, que a aceitação tácita faz surgir a relação de emprego também. Portanto, não existe formalização necessária, porém, como já aludido, a ausência de contrato de trabalho poderá configurar uma situação ilícita.

Por outro lado, é certo que toda relação jurídica se desconstitui por um fato que lhe põe termo, seja pela execução, vencimento, vontade dos polos, força maior ou factum principis, ou ainda, por decisão judicial. Contudo, destaca-se que o término da relação de emprego difere do nascimento, principalmente, pelos aspectos formais previstos na legislação.

¹⁰Artigo 12.º: 1. *Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma actividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características:*

¹¹No Brasil, existe a distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, sendo esta gênero da qual aquela é espécie. Isto é, resumidamente, para a configuração de uma relação empregatícia é necessário o preenchimento de requisitos mais complexos e, assim, gera a incidência de normas mais rigorosas, entretanto, o não preenchimento de todos os referidos requisitos, transforma a relação em mera relação de trabalho em sentido amplo. DELGADO, Maurício Delgado. Curso de Direito do Trabalho, 2012, p. 280. *A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho vigentes.*

Logo, o conceito de relação de trabalho é extremamente abrangente, englobando todo contrato que gere uma atividade, posto que sua justificativa é o trabalhador em geral. Tal relação cria um vínculo entre duas pessoas, onde o sujeito da obrigação será sempre uma pessoa física e o contratante é titular do direito pessoal de cobrar o ajustado.

I.I.I.II. Elementos da relação jurídica

Em linhas gerais, como já disposto anteriormente, a relação jurídica tem como elementos: os sujeitos (ativo e passivo); o objecto que a norteia, que por sua vez, é forçosamente um bem; a garantia, sendo a sanção do ordenamento jurídico; além do fato jurídico, que passaremos a expor mais detalhadamente a seguir.

Dessa maneira, o estudo dos fatos jurídicos é fundamental para a posterior compreensão da concepção do direito subjetivo, visto que é a causa que envolve a relação jurídica,

Sabemos que não é todo fato que tem o potencial de reproduzir-se no âmbito jurídico. Para isso, os fatos que refletem juridicamente são denominados, obviamente, de fatos jurídicos. Nesse norte, são “eventos provenientes da natureza ou da atividade humana em virtude dos quais se adquirem, resguardam, transferem, modificam ou extinguem direitos”¹². Logo, fato é gênero do qual o fato jurídico é uma espécie¹³.

Por conseguinte, Paulo Dourado de Gusmão¹⁴ idealiza o fato jurídico em sentido amplo e estrito, sendo este o fato que repercute no mundo jurídico independentemente da vontade humana, e aquele o fato jurídico dependente do anseio do homem.

¹² LAUTENSCHLÄGER, Milton. Abuso do Direito, 2007, p. 3.

¹³ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 324. *Fato jurídico é uma espécie do gênero fato. Este é definido como “qualquer transformação da realidade” ou “transformação do mundo exterior”. O qualificativo jurídico significa que o fato concreto é regulado pelo Direito. Os fatos jurídicos criam novas situações jurídicas, tanto em relação às pessoas de Direito Privado, quanto às pessoas jurídicas de Direito Público.*

¹⁴ GUSMÃO, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2004, p. 281.

Nessa mesma direção, Silvio de Salvo Venosa¹⁵ tem uma visão ampla e considera fatos jurídicos todos aqueles acontecimentos que acarretam efeitos jurídicos de maneira direta ou indireta. Compreendem-se, portanto, na categoria de fatos jurídicos, tanto os fatos naturais como os fatos humanos.

Ademais, é importante acentuar que, como será exposto à frente, o direito subjetivo tem procedência em um fato, uma vez que, segundo Milton Lautenschläger¹⁶, a norma jurídica se restringe a estabelecer uma conjuntura que se transforma em um direito através de um evento que exige a conversão de um interesse em direito individual.

Concluimos que ocorrendo um fato jurídico, surge a possibilidade da existência de um direito subjetivo, conforme as circunstâncias de exigibilidade desse fato jurídico. Este, portanto, é uma fonte ou pressuposto dos direitos subjetivos.

I.I.II. Direito subjetivo

Outrossim, vale registrar que a palavra “direito” dispõe, além do sentido objetivo, de outra acepção: o direito subjetivo que, genericamente e em síntese, é definido como a possibilidade ou capacidade que detém ou pode ter um indivíduo.

Nesse sentido, diante da noção dos fundamentos do direito objetivo, da relação jurídica, especialmente a do tipo civil, assim como da apreciação das percepções de fatos jurídicos, é possível extrair a definição do direito subjetivo, uma vez que este faz parte do núcleo da relação jurídica civil.

Para Flósculo da Nóbrega¹⁷, o direito subjetivo é constituído justamente desse poder conferido ao indivíduo, ou seja, “Esse poder conferido pelo direito para a realização de interesses humanos, é o que constitui o direito subjetivo. Tem um direito subjetivo, todo

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, 2010, p. 323.

¹⁶ LAUTENSCHLÄGER, Milton. Abuso do Direito, 2007, p. 3.

¹⁷ NÓBREGA, J Flósculo da. Introdução ao Direito, 2007, p. 173.

aquele que pode utilizar a garantia do direito objetivo para a realização de um interesse próprio.”.

Plácido e Silva¹⁸, nessa mesma esteira, ensina que o direito subjetivo é o “poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para a defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais e imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito.”.

Então, o direito subjetivo se traduz em um direito personalizado, no qual a norma projeta-se na relação jurídica concreta a fim de permitir condutas ou definir consequências jurídicas. Em suma, é a partir da visão objetiva do Direito que inferimos os direitos subjetivos nas relações jurídicas¹⁹. Tais sentidos de exteriorização do direito vivem correlacionados, dependem um do outro para existir. Nesse sentido de dependência entre o direito objetivo e o subjetivo, Kelsen²⁰ afirma que este é a própria aplicação daquele, isto é, “Este direito subjetivo tampouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo. Dizer que este indivíduo ‘tem’ um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências.”.

Noutro norte, é importante ressaltar que para a compreensão do abuso de direito, é necessário, antes de tudo, buscar entender a concepção do direito subjetivo e enquadrar o seu papel nas relações jurídicas civis²¹.

Encontramos, assim, três teorias capazes de definir o significado do direito subjetivo: a teoria da vontade elaborada por Savigny e Windscheid; a teoria do interesse formada por Ihering; e a teoria da garantia.

¹⁸ PLÁCIDO E SILVA, Oscar José de. Vocabulário Jurídico, 1999.

¹⁹ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 80-81.

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 1974, p. 151-152.

²¹ RODOVALHO, Thiago. Abuso de Direito e Direitos Subjetivos, 2011, p. 26. *A ideia de limitação ao exercício dos direitos subjetivos (rectius limitação ao exercício das posições jurídicas) está indissociavelmente ligada à concepção que se tem dos direitos subjetivos e das situações jurídicas.*

Na teoria da vontade, vemos a forte predominância dos ideais de liberdade e, conseqüentemente, a essência do direito subjetivo é a vontade do indivíduo, ou seja, o sujeito poderia agir de acordo com sua vontade de modo que os ditames do direito objetivo seriam o parâmetro.

Nesse diapasão, conforme conceitos já explanados, vemos, que na esteira de raciocínio da referida corrente teórica, o direito subjetivo se define simplesmente como uma situação de prevalência de um poder que se sobrepôs a outro interesse em que este, por sua vez, se sacrificou em uma relação jurídica.

A saber, consoante Orlando de Carvalho²², o direito subjetivo pode ser invocado como um poder de vontade juridicamente protegido. Nessa esteira, o direito subjetivo é apontado como um instrumento para o poder de autodeterminação²³ alcançar o seu objetivo final de gerar conseqüências no meio jurídico através da autonomia do ser humano. Bem assim, como preliminarmente aduzido, o direito objetivo, através de sua natural capacidade, produz o reconhecimento e, por conseguinte, sanciona esse poder, tutelando, portanto, a autodeterminação ou autonomia da pessoa, constituindo, por fim, o direito subjetivo. Dessa forma, conclui-se que esse poder só tem utilidade no ordenamento jurídico, logicamente, quando é protegido pela lei, isto é, quando efetivamente torna-se um direito subjetivo. Logo, é uma expressão da liberdade, pois retrata fielmente a vontade do cidadão refletida no mundo jurídico. Em contrapartida, a obrigação e a sujeição, fatores pertencentes ao núcleo das relações jurídicas, representam o antagonismo ao direito subjetivo, porque são elementos que contêm fundamentos que vão de encontro com a essência da liberdade, haja vista manifestarem o sacrifício (e não a satisfação) do indivíduo que se coloca na situação de dependência na relação.

Em outro plano, em linha de pensamento distinta, surgiu a teoria do interesse, onde se defende que o ordenamento jurídico protege o interesse e não a vontade, pois acredita-se

²² CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 101-103.

²³ O direito subjetivo, juntamente da sujeição ou obrigação, se apresenta como um componente do núcleo das relações jurídicas, enquanto o citado poder é um elemento que fundamenta as relações jurídicas de modo geral. Ibidem. p. 104. *Além disso, o poder de autodeterminação tanto existe para adquirir direitos subjectivos, como para assumir deveres ou suportar sujeições. Ao invés, só há direito subjectivo quando a pessoa se coloca numa posição de prevalência, não quando se coloca numa posição de dependência. Por último, o poder de autodeterminação é, por natureza, um poder indisponível. Pelo contrário, os direitos subjectivos são, por natureza, poderes ao dispor de, até porque só assim são o instrumento preferencial do exercício da autonomia da pessoa [...].*

que há situações concretas em que não é possível visualizar a vontade individual e, portanto, se no ordenamento existem situações que exigem a proteção mesmo sem a presença explícita da vontade, o certo seria imputar o interesse como o verdadeiro sentido do direito subjetivo.

Entretanto, há críticas a esta segunda teoria, visto que apenas o interesse não foi suficiente para conceituar o direito subjetivo, porém contribuiu para o desenvolvimento da ideia do interesse legítimo como essência, vez que o interesse tem que ter em sua natureza o verdadeiro imperativo de proteção.

Noutra vertente, temos a teoria que concebe a garantia como fator primordial do direito subjetivo. Então, sinteticamente, seria a partir da segurança do direito objetivo que se obteria a prerrogativa de defesa dos interesses individuais.

No entanto, as três teorias pecam por reduzir o direito subjetivo apenas a um elemento, sendo assim incompletas. Portanto, nasceram teorias mistas que buscam conectar os três elementos. Assim, o direito subjetivo tem em seu conteúdo: a vontade, o interesse e a garantia²⁴.

Visualizamos o direito subjetivo, independentemente das diversas correntes e fundamentos teóricos, como uma verdadeira demonstração da liberdade, assim, portanto, relaciona-se com os direitos fundamentais. Nesse sentido, Thiago Rodovalho²⁵ aduz que “Em tempos atuais, essa discussão ganha especial relevo, haja vista a defesa que muitos doutrinadores vêm fazendo acerca do predomínio do interesse público sobre o interesse privado. Nesse ínterim, os direitos fundamentais e os direitos subjetivos têm íntima finalidade justamente em salvaguardar o indivíduo contra o Estado (como limitação aos poderes do Estado), de modo que se possa falar em Estado Substancial Democrático de Direito e não meramente em Estado Formal Democrático de Direito”.

Por isso, é eminente ressaltar que o direito subjetivo, apesar de se destacar como uma expressão de liberdade, deve enfrentar determinadas limitações no seu exercício, de modo que trazemos à tona, novamente, a questão da função social do direito como um

²⁴ NÓBREGA, J Flósculo da. *Introdução ao Direito*, 2007, p. 176. [...] *ver no direito apenas a vontade, é esquecer que as vontades são em si mesmas idênticas, não podendo nenhuma prevalecer contra as outras. Considerá-lo tão só como interesse, é transformá-lo num ideal platônico, sem possibilidade de atuação prática. Tomá-lo unicamente pela garantia, é reduzi-lo à força, a instrumento de arbitrariedade.*

²⁵ RODOVALHO, Thiago. *Abuso de Direito e Direitos Subjetivos*, 2011, p. 43.

critério de determinação e equilíbrio da circunstância. Além disso, como veremos mais adiante nesse estudo, até mesmo os direitos fundamentais não são absolutos e têm reservas.²⁶

Com essa linha de pensamento, no sentido já pacificado, de relativização dos direitos subjetivos, Rui Stoco²⁷ aduz que “Como se impõe a noção de que nosso direito termina onde inicia o direito do próximo, conforma-se a necessidade de prevalência da teoria da relatividade dos direitos subjetivos, impondo-se fazer uso dessa prerrogativa apenas para satisfação de interesse próprio ou defesa de prerrogativa que lhe foi assegurada e, não com o objetivo único de obter vantagem indevida ou de prejudicar outrem através da simulação, da fraude ou da má-fé.”.

Diante do exposto, adverte-se que o direito deve ser exercido de maneira regular, ou seja, existe uma presunção costumeira de que o direito deve ser posto em prática observando-se os limites impostos pela ordem normativa. Esta trata-se do produto da combinação das regras e elementos axiológicos que compõem o direito. Além disso, a questão ética também há de ser considerada para a legitimidade do direito exercido.²⁸

I.I.III. Situações jurídicas, posições jurídicas e a ideia de direitos potestativos

A saber, Thiago Rodovalho²⁹ nomeia de situação jurídica o requisito de existência do direito subjetivo, ou seja, o conjunto de fatores que podem trazer direitos e deveres, ou apenas um deles. Destarte, adota-se a classificação de situações jurídicas simples ou complexas. A primeira, ocorrendo quando existe somente direitos ou apenas deveres. Já na segunda classificação mencionada, existe uma complexidade maior do que se ter apenas

²⁶ RODOVALHO, Thiago. *Abuso de Direito e Direitos Subjetivos*, 2011, p. 43-44. *Nesse contexto, quando defendemos a ideia de limitação ao exercício das posições jurídicas ativas e falamos em função social do direito subjetivo, fazemo-lo sem o condão de pretender, com isso, aniquilar ou negar o direito subjetivo, mas apenas e tão somente reconhecer-lhe os limites iminentes, pugnando por um exercício democrático dos direitos (é dizer, nem aniquilá-lo, nem tê-lo por arbítrio). Até mesmo os direitos fundamentais experimentam limitações em seus exercícios – ainda que as limitações (restrições) a direitos fundamentais se devam interpretar restritivamente –, e nem por isso se fala em negação dos direitos fundamentais.*

²⁷ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé- processual*, 2002, p. 59.

²⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Abuso do exercício do direito*, 2015, p. 81.

²⁹ RODOVALHO, op. cit. p. 45-46.

direitos, podendo, portanto, haver limites mais evidentes diante da conjuntura que engloba tanto direitos como deveres, porém os titulares desses direitos e deveres podem ser classificados em uma posição jurídica ativa (quando detém mais direitos) ou passiva (quando possuem mais deveres).

Por sua vez, Flósculo da Nóbrega aduz que a conceituação de situação jurídica tem origem no direito romano, que se definia como o conjunto de poderes reconhecidos a um sujeito. Porém, hoje a ideia que se tem de situação jurídica é a de qualquer ação existencial que é capaz de ser reconhecida pelo direito. O referido doutrinador estabelece, ainda, a situação como fundamental ou derivada, sendo esta resultante dos efeitos da atividade do sujeito de direito, e aquela proveniente da própria essência do indivíduo, isto é, aquela que a pessoa ocupa necessariamente.³⁰

Aprofundando, no ensinamento de Miguel Reale³¹, destaca-se a situação subjetiva. Tal fenômeno é a verossimilhança de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, dentro das fronteiras das regras de direito. Portanto, é mister ter o conhecimento de que as conjunturas subjetivas não se esgotam ao direito subjetivo, pois detém três categorias, dentre elas, encontra-se, além do direito subjetivo, o interesse legítimo e o poder. O referido autor ensina que o direito subjetivo vive quando, fundamentalmente, subsiste o cenário de uma pretensão³² conectado a contribuição a algo que esteja obrigado ou a exigibilidade de ato de terceiro.

É importante destacar que mesmo em situações jurídicas que aparentemente só envolvam direitos, existirá a limitação no exercício, pois esses direitos encontram o princípio da socialidade como parâmetro, além de que, como já mencionado, a função social do direito deve predominar³³. Dessa maneira, adiantamos que o abuso de direito pode se empregar,

³⁰ NÓBREGA, J Flósculo da. Introdução ao Direito, 2007, p. 189.

³¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 2002, p. 259.

³² Todavia, vale destacar que a pretensão se difere do direito subjetivo, sendo aquela uma espécie de manifestação deste. NÓBREGA, op. cit. p. 178. *A pretensão não é, pois, o direito subjetivo, mas um momento da realização deste. O conteúdo do direito subjetivo é muito mais amplo, envolve várias faculdades, cujo exercício não se dirige diretamente contra outra pessoa. Podemos exercer qualquer dos nossos direitos, como o de propriedade, o de profissão etc., sem nunca termos necessidade de exigir nada de ninguém; a pretensão, porém, é sempre dirigida contra outra pessoa, de quem se exige algo em proveito.*

³³ RODOVALHO, Thiago. Abuso de Direito e Direitos Subjetivos, 2011, p. 50. *Em sendo assim, afigura-se mais correto falar em situações jurídicas subjetivas e em abuso no exercício das posições jurídicas (ou, ainda, em exercício abusivo das posições jurídicas), em vez de centra-se apenas no direito subjetivo, posto que o “abuso de direito” não se aplica apenas aos direitos subjetivos (rectius: não se aplica apenas ao exercício*

substancialmente, nas situações jurídicas subjetivas, pois estas envolvem em seu conteúdo o direito subjetivo, o poder e os interesses.

Todavia, a aceitação da concepção das situações jurídicas de maneira ampla é fundamental para compreender de forma correta o exercício regular do direito e, conseqüentemente, o abuso de direito.

Nesse sentido, Cunha de Sá preconiza que essa ampliação da teoria do abuso do direito se justifica com a possibilidade de “um exercício activo ou negativo em contradição com o concreto valor que materialmente a funda.”³⁴

Por outro lado, Menezes Cordeiro³⁵ doutrina no sentido de que o abuso de direito deve estar delineado fora do direito subjetivo. Para isso, o referido autor traz em destaque a boa-fé e os bons costumes como fronteiras da limitação do exercício de um direito, dessa maneira, exterioriza-se o direito subjetivo em relação a aferição da abusividade. Isto é, o abuso de direito não se encontra mais dependente apenas dos limites aos direitos subjetivos, mas sim alcançando prerrogativas além.

Posto isso, em que pese a tradicional necessidade de definição do direito subjetivo para a aferição da teoria do abuso de direito, ressalta-se que o objeto do nosso trabalho é o abuso de direito de greve, e, por conseguinte, revela-se, de antemão, que existe uma problemática acerca da natureza jurídica do expediente grupal, como veremos em capítulo adiante específico.

Portanto, em consonância com o caráter coletivo da greve e a discussão sobre sua natureza, para melhor assimilação da sua possível abusividade, é mais adequado, principalmente em função da matéria objeto desse trabalho, tratarmos o tema de maneira ampla e, assim, enquadrar o abuso de direito fora do direito subjetivo, o que nos remete a alcançar diversas outras prerrogativas que não estavam abarcadas e tuteladas.

Indubitavelmente, na já aludida esteira de pensamento de Menezes Cordeiro, Cunha de Sá e Thiago Rodvalho, concordamos que é mais adequado a denominação de “exercício

dos direitos subjetivos, mas ao exercício de todas as posições jurídicas (quer se trate de liberdades, faculdades, direitos potestativos, poderes; em suma, posições e situações jurídicas subjetivas).

³⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do Direito, 2005, p. 588-589.

³⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil, 1997, p. 872.

abusivo da posição jurídica” em vez apenas de “abuso de direito”, pois esta última nomenclatura daria a ideia de que só o direito subjetivo poderia ser exercido de maneira abusiva, visto que, todavia, também poderá haver abuso, por exemplo, no exercício de direitos potestativos³⁶, faculdades, liberdades, poderes, etc. Porquanto, todos estes estão insertos na posição jurídica ou situações jurídicas subjetivas.

Especialmente sobre o direito potestativo, posto que é uma das posições ou situações jurídicas que traz interesse (juntamente da concepção de direitos subjetivos já exposta) a este trabalho, inclusive porque existe a possibilidade de a greve tomar essa forma. A propósito, torna-se eminente para o desenvolvimento do nosso entendimento realizar uma exposição da noção da referida amostra de posição jurídica.

Assim, Fernando Noronha³⁷ ensina que “Potestativos são os direitos que permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica, que é de seu interesse. As pessoas sujeitas a direitos deste tipo não têm propriamente uma obrigação, estão em posição puramente passiva, chamada de *sujeição*, ou *estado de sujeição*.”

Outrossim, J. Flósculo da Nóbrega³⁸ afirma que os direitos potestativos são verdadeiros direitos subjetivos, ou seja, são autênticas manifestações da liberdade jurídica, sendo o poder que o seu titular detém para gerar um efeito jurídico através do exercício de maneira unilateral e por atividade própria.

Em corroboração, Orlando de Carvalho³⁹ estabelece em sua doutrina que o direito potestativo é uma modalidade do direito subjetivo em sentido amplo que, também, cumpre a função de um mecanismo de regulamentação do Direito.

Entrementes, o direito potestativo também se concebe diante de uma situação de poder conferida a uma pessoa imbuída de vontade que, por sua vez, poderá provocar

³⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 431. *Assim, verifica-se que direitos potestativos, como a resolução do contrato ou a exceção por seu não cumprimento, podem ser obstados em seu exercício, se contrariarem a boa-fé que se impõe às partes contratantes.*

³⁷ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, 2013, p. 76.

³⁸ NÓBREGA, J Flósculo da. Introdução ao Direito, 2007, p. 179.

³⁹ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 135-141.

repercussões no âmbito jurídico de outro indivíduo. Todavia, este último sujeito não tem outra alternativa, senão aceitar tais efeitos. Ainda, observa-se que esse ato de vontade pode ter ou não necessidade de formalidades. Exemplificando, o direito potestativo pode estar abarcado por um título judicial, este, como sabemos, tem força obrigatória e, por isso, traz consigo a ideia de sujeição para o indivíduo atingido pelos aludidos efeitos jurídicos e assim forma-se, também, um direito potestativo.

Do exposto, demonstra-se, por suas características, que o direito potestativo pode assumir caráter abusivo em seu exercício, vez que não é absoluto e deve ser exercido dentro dos parâmetros da lei, boa-fé e, principalmente, função social. Desse modo, inclusive sendo uma modalidade de direito subjetivo em sentido amplo, resta esclarecido que se submete a teoria geral do abuso de direito.

I.II - Considerações conceituais acerca do abuso de direito

Em épocas anteriores, verifica-se que era predominante o pensamento de que os direitos detinham um caráter absoluto, ou seja, os indivíduos tinham a prerrogativa de valer-se destes de maneira ilimitada. Não existia uma teoria que configurasse o abuso de direito, ou seja, a relativização dos direitos.

A figura do abuso de direito nasceu da construção jurisprudencial, especialmente a proveniente da França, datada entre os séculos XIX e XX, que constatou irregularidades no exercício dos direitos subjetivos. Na referida época ainda existia a forte ideia de que os direitos subjetivos eram absolutos, assim, portanto, não se admitia que estes poderiam sofrer limitações. Em termos exemplificativos, destaca-se um famoso julgado proveniente da Corte de Cassação francesa denominado de caso “Clement Bayard” em referência ao nome do proprietário do terreno que, por sua vez, edificou torres pontiagudas com a finalidade de danificar os dirigíveis que ali sobrevoavam, sendo condenado em função de abuso do direito.⁴⁰

Diante do que foi exposto nos tópicos anteriores, uma vez definido o que seria o exercício regular de um direito e, especificamente, entendida a noção de relações jurídicas e a essência do direito subjetivo e disposta a ideia de posições jurídicas, partimos então para a análise do que seria, efetivamente, o abuso de direito e seus critérios, pois atingida a noção de direito subjetivo ou posições jurídicas, constatou-se que existem limites.

Assim, cabe-nos buscar realizar uma breve explanação conceitual do abuso de direito propriamente dito. Tarefa complexa, visto que tal instituto comporta diversas interpretações, inclusive, existindo doutrina no sentido de que essa definição não deve se encontrar positivada, mas sim manter-se *supra legal*⁴¹ diante da amplitude do tema, pois poderá ocasionar a perda de sentido em caso de regulamentação legal.

⁴⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 1997, p. 671.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Abuso de direito*, 1988, p. 252. *A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda em virtude de consistir em uma violação de princípios de finalidade da lei e da equidade.*

Noutra visão, Eduardo Jordão afirma que “a repressão aos atos abusivos não depende de regulamentação específica, já que é possível sancioná-los pelo mero fato de serem ilícitos”⁴². Nesse sentido, Paulo Nader⁴³ pensa que o abuso de direito se trata de uma forma especial do cometimento de um ato ilícito, tendo como requisito formador a existência de um direito subjetivo e o seu exercício anormal, dano ou mal-estar provocado a terceiros. Entretanto, não corroboramos totalmente com essas fundamentações, vez que, conforme veremos a frente, o abuso de direito deve se manter independente dos atos ilícitos.

Com pensamento crítico à análise através de sistematizações legais de determinadas matérias esparsas com objetivo de alavancar e definir o abuso de direito, temos o contributo doutrinário de Pedro Baptista Martins⁴⁴, ressaltando que esse método de ponderação apenas tenta estabelecer limites objetivos. Sendo assim, não haverá contribuição para a arguição do abuso de direito em si, mas sim da ilicitude.

Amparado majoritariamente, embora não afaste totalmente a positivação, Castanheira Neves⁴⁵ considera o abuso de direito um princípio normativo, que, por seu turno, perfaz expressão da essência do Direito, assentindo, portanto, preferencialmente, pela desnecessidade da positivação.

Por sua vez, Jorge Manuel Coutinho de Abreu⁴⁶, se diz receptivo a positivação do instituto do abuso de direito pela conseqüente diminuição das dúvidas quanto a aplicabilidade.

Dessa maneira, independentemente da positivação ou não, o rápido desenvolvimento e as conseqüentes transformações advindas das relações sociais trazem

⁴² JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica, 2009, p. 264.

⁴³ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 347.

⁴⁴ MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do Direito e o ato ilícito, 1997, p. 79-80. *Alguns autores costumam deter-se numa análise miúda das diversas legislações estrangeiras para surpreenderem adaptações parciais do abuso do direito a determinados institutos, tais como, entre outros, o pátrio poder, as relações de vizinhança, o direito de propriedade. Iludem-se, todavia os que pretendem extrair sistematicamente dessas disposições argumentos que venham em abono da doutrina do abuso do direito. Essas disposições esparsas e fragmentárias, em regra nada mais visam que significar que os direitos que definem não são ilimitados e, por isso mesmo, apressam-se em traçar-lhes os limites em que objetivamente se devem confiar. Desde que esses marcos divisórios não sejam respeitados, haverá falta e não abuso de direito.*

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. 1967, p. 529.

⁴⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais, 1999, p. 49.

novas conjunturas que demandam amparo pelo ordenamento jurídico, por isso mesmo a teoria do abuso de direito se apresenta como uma forma de minorar os efeitos negativos dessas fugazes modificações, pois regula e, de certa maneira, flexibiliza as normas que não acompanharam a evolução das interações sociais⁴⁷. Nesse sentido, vale observar a título explicativo, que a interação social toma três formas distintas, ou seja, se expressa perante o ordenamento através dos fenômenos da cooperação, competição e conflito. De outra banda, o Direito se apresenta como proteção que garante a dinâmica das ações humanas⁴⁸.

De forma genérica, denomina-se abuso de direito como o uso não moderado, indevido, irregular ou anormal de um direito, capaz de ocasionar prejuízos a outrem. Ou pode, ainda, ser entendido como o desrespeito ao fim socioeconômico de um determinado instituto do direito.

Assim, tendo em vista a permissão legal para o exercício de um direito, Eduardo dos Santos Júnior⁴⁹ preconiza que “Se a lei concede ou reconhece um direito subjectivo, certamente o faz para que os respectivos titulares possam exercê-los. O exercício de um direito nada tem, pois, de ilícito e, pelo contrário, é uma actuação fundada numa permissão legal. Mas a lei atende à possibilidade de um exercício disfuncional do direito: porque contrário à boa-fé ou aos bons costumes – conceitos já nossos conhecidos – ou mesmo atentatório do fim económico e social por que o direito foi atribuído. Quando esse exercício seja *manifestamente* disfuncional, o titular do direito age ilicitamente, dispensando aqui a lei a consciência dessa disfuncionalidade manifesta.”.

No raciocínio de Vaz Serra⁵⁰, “há abuso de direito quando o direito legítimo (razoável) em princípio, é exercido, em determinado caso, de maneira a constituir clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante.”.

Afirma, Pontes de Miranda⁵¹, que “Há limites e há abusos sem traspassar limites. Não se confundam limitação aos direitos e reação ao abuso do exercício do direito, ou melhor, o exercício lesivo. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é

⁴⁷ SOUZA, Ronald Amorim. Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e Económicos, 2004, p. 78.

⁴⁸ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 25.

⁴⁹ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Direito das Obrigações I: Sinopse Explicativa e Ilustrativa, 2014, p. 300.

⁵⁰ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil), 1959, p. 253.

⁵¹ MIRANDA, F. C. Pontes de. Comentários ao código de processo civil, 1995, p. 351-352.

demasiado, ou que a força, ou a intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa à extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhes ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista. ”.

Destarte, Paulo Gusmão⁵² diz que o abuso de direito resta configurado quando o “titular, formalmente, se mantém dentro da lei, dela se afastando pelo escopo com que usa o direito. ”.

Noutra visão, Silvio de Salvo Venosa⁵³ leciona que “[...] o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados. ”

Milton Lautenschläger⁵⁴, por sua vez, considera o abuso do direito como o “[...] ato humano, qualificado por um comportamento emulativo; ou por um comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro; ou, ainda, por um comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades pra outro, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõem a “unidade conceitual e valorativa” do Código Civil”. O referido doutrinador acrescenta ainda que, apesar da definição exposta, trata-se apenas de uma tentativa para o atual momento de avanço da teoria do abuso de direito, visto que é uma matéria proveniente das relações sociais e está em constante processo de transformação e mudança.

Então, Jorge Manuel Coutinho de Abreu⁵⁵, reunindo os fundamentos aludidos com bastante lucidez, afirma que “Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem. ”.

⁵² GUSMÃO, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2004, p. 273.

⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral, 2010, p. 554.

⁵⁴ LAUTENSCHLÄGER, Milton. Abuso de Direito, 2007, p. 57.

⁵⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais, 1999, p. 43.

Noutra perspectiva, observa-se no âmbito do direito civil brasileiro, especificamente no artigo 187 do atual Código Civil do Brasil⁵⁶, a previsão do abuso de direito sob a influência dos ideais da teoria objetiva, que veremos detalhadamente adiante. Sobre a normatização civil brasileira, temos o ensinamento de Ruy Rosado de Aguiar Junior⁵⁷ destacando a ética como princípio basilar do sistema jurídico brasileiro.

Lado outro, a composição do artigo 334 do Código Civil de Portugal⁵⁸, semelhante à disposição legislativa brasileira sobre o assunto, demonstra-se apropriada ao regular a matéria de maneira precisa, considerando o abuso de direito como uma violação aos limites da boa-fé, bons costumes ou fim social ou econômico quando da prática do ato de direito.

Todavia, é importante, para melhor análise, enfatizar que existem doutrinas que criticam o abuso de direito, que preferem ponderar por uma aplicação responsável e criteriosa nas situações concretas.

Assim, Orlando de Carvalho⁵⁹ reconhece esse instituto do direito civil, porém admite que em determinadas ocasiões há a caracterização dessa teoria através de uma feição ambígua, pois entende que esse envolvimento e tutela à situações além dos dispositivos legais gera vulnerabilidade dos direitos, ou seja, há uma intromissão demasiada na vida do cidadão detentor de direitos, bem como, o fato de que se utilizaria o abuso de direito para restringir liberdades, citando o direito de greve como uma dessas liberdades restritas que, por sua vez, gerariam incômodos para determinados sujeitos de má-fé. Sustenta, ainda, o referido doutrinador que apesar de defender que os direitos subjetivos possuem limites que variam de acordo com as determinações legais ou das partes envolvidas, estes têm caráter preciso, ao contrário do que se ver no abuso de direito em algumas interpretações, ou seja, os limites encontram-se difusos, o que torna o direito subjetivo refém do alvedrio de pessoas, por ventura, mal-intencionadas. Dessa maneira, o aludido autor, afirma que a concepção da liberdade através do poder de autodeterminação composta nos direitos subjetivos, deve ser

⁵⁶ Artigo 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.*

⁵⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As Obrigações e os Contratos, 2003, p. 23. *O artigo 187 é cláusula das mais ricas do novel diploma, porque reúnem, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: o abuso de direito, o fim social, a boa fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos à vista.*

⁵⁸ Artigo 334: *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*

⁵⁹ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 111-113.

exercida por meio da natural e livre gestão de interesses, respeitados os limites da legislação em vigor, não podendo ser limitado por manifestas dissonâncias. Inclusive, vislumbra a aplicação do abuso de direito como algo ilegítimo estritamente nos termos expostos, não podendo, nesse caso, o já mencionado poder de autodeterminação sofrer interpretações exageradas, sob pena de haver uma violação dos ditames do abuso de direito, constituindo, portanto, um segundo grau da própria violação da lei.

Ainda na esteira de pensamento de Orlando de Carvalho⁶⁰, aponta-se que o direito subjetivo em sentido amplo não deveria estar enfatizado na teoria do abuso de direito, não poderia ser objeto de limitação por parte do referido instituto, pois são essencialmente puros e simples mecanismos de promoção e defesa da autonomia da pessoa. Isto é, são instrumentos do poder de autodeterminação. Assim, como já foi exposto anteriormente, o direito subjetivo possui a função positiva, sendo que esta diz respeito a gestão livre dos interesses, e é nessa referida valência da função que o abuso de direito deve se ater, ou seja, a teoria do abuso de direito deve questionar se o direito foi exercido de acordo com essa função, ou melhor dizendo, se o direito desempenhou corretamente o papel que o Direito objetivo reconhece ao poder de autodeterminação jurisdicção. Portanto, conclui que “a questão, por conseguinte, é do poder de autodeterminação – não em si mesmo do direito subjectivo. O abuso de direito é justamente um abuso porque se utiliza o direito subjectivo para fora do poder de se usar dele.”⁶¹. Além disso, vale observar novamente, embora já mencionado nesse estudo, que o poder de autodeterminação perfaz algo intrínseco e anterior ao direito subjetivo. Não obstante, salienta-se que não há impedimento para o abuso de direito incidir através da função negativa do direito subjetivo.

⁶⁰ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 118-119.

⁶¹ Ibidem. p. 119.

I.III - Concepções teóricas do abuso do direito

Após o surgimento das concepções que versavam sobre o abuso de direito, ainda foi possível averiguar a existência de teorias que negam tal figura. Léon Duguit⁶² foi um dos adeptos dessa vertente negativista, não aceitando, inclusive, o direito subjetivo e, por consequência, negava, também, a existência do abuso de direito, partindo da premissa de que se inexistente direito subjetivo, inexistente abuso de tal.

Por sua vez, Marcel Planiol⁶³ apresentou sua teoria se opondo a figura do abuso de direito com base no pressuposto de que os direitos subjetivos são absolutos e não admitem limitações através de outros critérios, senão a lei. Ou seja, tinha como lógica a cessação do direito quando o abuso se inicia, por isso, seria controverso falar em abuso de direito.

Diante do que já foi exposto, apesar das doutrinas críticas aos ditames da teoria do abuso de direito, reconhecemos que o referido instituto do direito civil é de relevância destacada para o ordenamento jurídico, visto que, conforme sua natureza jurídica que adiante exporemos, tem o condão de tutelar situações que a lei seca não abarca. Sendo assim, passaremos a expor as vertentes teóricas que nos ajudarão a distinguir, identificar a abusividade no exercício de um direito.

Avançando em nosso trabalho, para que possamos melhor assimilar a concepção do abuso de direito, verifica-se a existência de correntes teóricas acerca do tema. Observa-se duas principais teorias capazes de nortear a conceituação do referido fenômeno jurídico, que serão aprofundadas em tópicos específicos adiante.

Ademais, sumariamente, a teoria subjetiva era adotada no passado, preceituando que era necessário a evidência de que o sujeito de direito tinha a intenção de prejudicar terceiros, ou seja, era imprescindível a caracterização da culpa e do dolo para a configuração do abuso. Isto é, esta corrente teórica atrela o abuso de direito à responsabilidade civil.

⁶² DUGUIT, Léon. Fundamentos do direito, 1959.

⁶³ PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil, 1902, p. 298-880 e ss.

Predomina, atualmente, os ideais das teorias objetivas, onde o elemento subjetivo não é mais fundamental e prevalece, portanto, a necessidade de se ter como objetivo final, o interesse da coletividade e a valorização da busca constante do bem-estar social. Assim, havendo violação desses limites em uma ação humana abarcada por uma posição jurídica, haverá a configuração do ato abusivo de direito. Ainda, é importante expor que os adeptos dos ideais objetivistas do abuso de direito buscam separar o ato abusivo como uma categoria autônoma do Direito, como veremos em seguida.

Em uma terceira corrente doutrinária, surge a teoria mista com o objetivo de se alcançar um equilíbrio entre a teoria subjetiva e a objetiva, ou seja, existe uma essência de conciliação.

Em suma, independentemente da existência de linhas teóricas diversas, temos que a teoria geral do abuso de direito é fundamental para a segurança social⁶⁴.

Entretanto, torna-se necessário discorrer acerca dessas correntes doutrinárias, como faremos a seguir.

I.III.I - Teoria objetiva

Nessa linha de pensamento acerca do abuso de direito, temos a corrente doutrinária alinhada com os ideais objetivos do referido instituto. Essa teoria defende que a análise do exercício de um direito subjetivo deve ser feita apenas de maneira objetiva. Ou seja, não existe a necessidade primordial de ponderar os aspectos subjetivos da conduta do sujeito de direito, isto é, se houve de fato a configuração do dolo ou da culpa na ação.

⁶⁴ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 348. *Atualmente, a teoria do abuso de direito não apenas é reconhecida, como também considerada indispensável à segurança social. A necessidade de proteção aos interesses coletivos tona inadmissível que o espírito de emulação ou capricho de um possuidor de direito prejudique o bem-estar social. O direito subjetivo deve ser utilizado de acordo com a sua destinação, com a finalidade que lhe é própria, dentro dos limites impostos pelo interesse coletivo.*

Dessa maneira, os meios e os resultados do exercício de um direito são levados em conta apenas de maneira objetiva. O que interessa na situação jurídica é o resultado do exercício de uma posição jurídica.

Assim sendo, de acordo com o que foi exposto, grande parte da doutrina e jurisprudência seguiu os ditames da teoria objetiva, pois consideram que esta corrente é mais ampla e eficaz para tutelar as situações jurídicas, apesar de, realmente, existirem determinadas conjunturas concretas que explicitam os elementos subjetivos culpa ou dolo.⁶⁵

Nesse sentido e evidenciando as teorias de origem objetiva, destaca-se Josserand⁶⁶, com a sua teoria finalista que, sumariamente, revela que o ato abusivo se configura com o desvio da função social do direito.

A referida teoria, esclarece que todas as posições jurídicas têm, inerentemente, caráter e objetivo voltados para a satisfação social. Sendo assim, a finalidade social emanada na essência de cada prerrogativa individual atribui uma tarefa em prol da coletividade, fato este conferido, até mesmo, aos direitos mais egocêntricos⁶⁷.

Por conseguinte, entende-se que atenta contra o social toda conduta com intenções maliciosas e, assim, totalizam-se atos abusivos de direito. Dessa maneira, encontra-se, na tese de Josserand, uma característica mista, onde por um lado está a subjetividade, pela necessidade de se apreciar o motivo legítimo e, assim, as já aludidas malícias. Porém, por outro lado, existe a característica da objetividade, quando do confronto dessa vontade subjetiva com os aspectos da função social do direito⁶⁸. Contudo, adverte-se que este último há de prevalecer, de acordo com a essência da teoria finalista, uma vez que os aspectos subjetivos vão de encontro com as finalidades dos direitos.

⁶⁵ Tecendo comentários acerca da codificação brasileira. RODOVALHO, Thiago. Abuso de Direito e Direitos Subjetivos, 2011, p. 168-169. *Contudo, não obstante ser possível que, de fato, em muitas situações encontremos intenção de prejudicar ou “culpa” no agir, a verdade é que o art. 187 do CC/2002 não os colocou (culpa ou animus) entre os elementos caracterizadores do “abuso de direito; ao contrário, optou por consagrar o ato ilícito objetivo (prescindindo do exame acerca do animus ou da culpa do agente). De fato, torna-se mais eficaz e mais correta a abstração destas análises, ainda que presentes muitas vezes nas situações concretas daí a opção correta da atual legislação, adotando-se uma posição mais objetiva, de resultado (finalista).*

⁶⁶ JOSSERAND, Louis. De l’abus des droits. Paris: Arthur Rousseau, 1905.

⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 95.

⁶⁸ Ibidem. p. 97.

Assim, conforme já apresentado anteriormente através do ensinamento de Orlando de Carvalho, limitando internamente os direitos subjetivos, bem como a consideração dada por Josserand à função social e aos aspectos subjetivos também, encontramos contentamento, em parte, na teoria finalista, pois, conforme veremos no próximo capítulo, os presentes critérios dão, conseqüentemente, importância à dignidade da pessoa humana.

Portanto, a concepção da teoria finalista se consolida como principal vertente teórica do abuso de direito, detendo uma maior eficiência para tutelar as situações, vez que se sustenta através da materialidade dos atos abusivos.

I.III.II - Teoria subjetiva

Em outro modo de pensar, verifica-se a teoria subjetiva do abuso de direito. Esta tem como finalidade aferir o ato abusivo de direito através da identificação dos elementos subjetivos da situação jurídica.

Georges Ripert⁶⁹ tem em seu pensamento, o pressuposto de que os direitos subjetivos não aceitam limitações, exceto aquelas traduzidas em dispositivo legal, bem como aceita limites morais, uma vez que a moral seria externa aos direitos.

Com efeito, essa corrente sustenta que a intenção do sujeito de direito na execução de sua prerrogativa é um fator essencial para a configuração ou não da abusividade. Ademais, a culpa também perfaz um elemento determinante. Logo, a culpa e o dolo são os requisitos da abusividade. Outrossim, é importante destacar que a limitação, afora as legais, é feita exclusivamente no campo da moralidade, pois, como já aludido, o direito subjetivo seria absoluto.

Noutra visão, podemos concluir que o resultado da ação do sujeito de direito não servirá para a configuração do abuso. Isto é, a ofensa ou extrapolação aos direitos de terceiros alheios a situação, não bastará para se caracterizar o ato abusivo, mas sim, haverá abuso de

⁶⁹ RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles, 1949.

direito se, nesse ato, o agente, comprovadamente, estiver agindo com a intenção de prejudicar ou tenha a culpa em sentido amplo, ou seja, a presença do elemento subjetivo, somados a aparência de direito.

Nessa esteira, Everaldo da Cunha Luna⁷⁰ reconhece que o abuso de direito provém da configuração dos referidos requisitos da responsabilidade civil na sua espécie subjetiva. Outrossim, também adepto da teoria subjetiva, Washington de Barros Monteiro⁷¹, revêla que o abuso de direito consiste no ato nocivo proveniente de um escopo pernicioso.

Salienta-se que é uma corrente que detém um complexo modo de determinação do instituto, uma vez que se torna necessário fazer uma análise minuciosa do subjetivo do agente detentor do direito. Assim sendo, é uma teoria que não é possuidora de uma boa eficácia, podendo haver conjunturas que a referida não tenha a capacidade de abranger, pois é evidente a dificuldade para provar os elementos subjetivos da ação.

Porém, sobre essa ideia de complexidade para aferição, os seguidores da corrente subjetivista defendiam, de maneira frágil, que o esclarecimento da culpa ou dolo do autor da ação é analisado com base nas próprias circunstâncias fáticas do ato ofensivo, assim, concluíam que não haveria ato abusivo quando, em uma situação jurídica subjetiva, não fosse possível averiguar a intenção do agente de gerar prejuízos. Lado outro, verificando-se a presença do elemento culposo, ainda seria possível desfazer o caráter abusivo do ato, caso se averigue a existência de circunstâncias fáticas capazes de justificar a ação.⁷²

Enfim, vemos que se trata de uma teoria pouco seguida pelos doutrinadores e legislações. Assim, atualmente, detém o caráter minoritário de aceitação.

⁷⁰ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso do direito, 1959.

⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das Obrigações, 1993.

⁷² LAUTENSCHLÄGER, Milton. Abuso do Direito, 2007, p. 38.

I.III.III - Teoria mista

De maneira conciliatória, surge a teoria mista sobre o abuso de direito. Essa corrente doutrinária nasceu da busca por um ponto de equilíbrio entre as teorias subjetiva e objetiva.

Entretanto, trata-se de uma linha de pensamento com pouca expressão, e que não conta com grande apoio dos doutrinadores, pois, como já dito, muitos autores entendem que a própria, já referida, teoria finalista de Josserand, em determinadas situações, já supriria a corrente subjetivista.

No sentido favorável a predominância e relevância da teoria eclética, Ignácio de Carvalho Neto ensina que esta corrente tem a capacidade de nos esclarecer a intenção do agente através de uma análise objetivista⁷³. Ou seja, existe uma mistura da visão objetivista e da visão subjetivista do ato abusivo de direito.

⁷³ Inácio de Carvalho Neto apud RODOVALHO, Thiago. Abuso de Direito e Direitos Subjetivos, 2011, p. 169.

I.IV - Natureza jurídica

Certamente, conforme visto nos tópicos anteriores, haja vista as diversas concepções acerca do abuso de direito, ainda não foi possível encontrar uma definição pacífica do referido fenômeno. O que temos, portanto, tratam-se de construções teóricas. Por isso, estamos agora diante da questão do estabelecimento de uma natureza jurídica, pois, como foi visto quando da análise conceitual e apresentação das vertentes teóricas do abuso de direito, há quem diga que seria um ato tipicamente enquadrado na ilicitude, bem como há ideias que apontam para o enquadramento em categoria autônoma. Contudo, para alguns doutrinadores o problema estaria resolvido com a negação do ato abusivo de direito, reduzindo-se apenas a existência de atos lícitos e ilícitos.

Desse modo, preliminarmente, aduzimos que, de acordo com Paulo Nader⁷⁴, “o Direito está em função da vida social. A sua finalidade é favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade. Ao separar o lícito do ilícito, segundo valores de convivência que a própria sociedade elege, o ordenamento jurídico torna possíveis os nexos de cooperação e disciplina a competição, estabelecendo as limitações necessárias ao equilíbrio e à justiça nas relações”.

Diante desse pensamento, e como visto na problemática da construção da concepção do exercício regular do direito e, conseqüentemente, da aceitação da existência da figura do abuso de direito, é eminente ressaltar que este possui características peculiares e, por isso, forma-se um debate doutrinário acerca da sua natureza jurídica. Existe, portanto, a exigência de ajustar o abuso de direito no âmbito jurídico.

Uma vez esclarecido esse ponto, continuando com o nosso raciocínio, para que possamos distinguir o ato abusivo dos demais, primeiramente, é preciso definir a conceituação de ato ilícito. Para isso, nas palavras de Fernando Augusto Cunha de Sá o ato ilícito “é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento

⁷⁴ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 27.

normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta”⁷⁵. Portanto, ressaltamos que a ilicitude pode ser culposa ou não, além de que é importante frisar que o dano não perfaz um requisito configurador do ato ilícito, mas sim da responsabilidade civil.

Nos rumos das teorias subjetivas, onde se encontra a valorização do elemento da culpa ou da intenção de prejudicar para determinação da abusividade, muitos adeptos tendem a enquadrar o abuso de direito como um ato ilícito. Por isso mesmo, essa corrente tende a criticar a ideias objetivas aduzindo que a referida concepção transforma o abuso em algo além da ilicitude.

Em outra banda, na direção do pensamento objetivista do abuso de direito, conforme excluem a culpa e o dolo, costumam imputar uma responsabilidade objetiva. Muitos, então, atribuem o ato abusivo a uma questão de reponsabilidade civil. Na teoria finalista de Josserand⁷⁶ existe a independência relativamente ao instituto da responsabilidade civil, porém é esclarecido na doutrina atual⁷⁷, encontrando-se explicações para isso nos ideais de liberdade, que na referida teoria não há a consagração do abuso de direito como figura autônoma efetivamente, assim sendo: os atos ilegais, aqueles exercidos sem direito e que violam direito de sujeitos alheios; atos ilícitos, cuja caracterização se dá através do real exercício de um direito, porém, existe um desvio nesse exercício, ou seja, há a quebra da essência do direito exercido, portanto, o abuso de direito se enquadraria nessa categoria; e, por fim, atos excessivos onde se vê a materialização de um dano exagerado, atípico e, portanto, a sua configuração é alcançada apenas com a consumação do referido dano.

Então, Silvio de Salvo Venosa, em corroboração com os ideais objetivistas, diz que o dolo e a culpa não são essenciais para a configuração do abuso de direito, visto que o propósito nesse instituto é a análise, efetivamente, do desvio de finalidade do direito. Dessa forma, não sendo primordial a existência da culpa ou do dolo que são requisitos

⁷⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito, 2005, p. 499.

⁷⁶ JOSSERAND, Louis. De l’abus des droits, 1905.

⁷⁷ Utilizando-se da ideia de liberdade de Carlos Fernández Sessarego. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 113. *Tal impossibilidade lógica de se compreender o abuso do direito, esboçada nas presentes páginas, explica-se pelo “axioma ontológico da liberdade”, o qual sustenta: tudo “o que não está proibido é permitido”. Trata-se de uma ideia que se encontra no vértice dos sistemas liberais, apregoando como essência do Direito a liberdade. Deste modo, restam duas alternativas: a conduta está proibida e, portanto, é ilícita, ou não está proibida e, por isso, é lícita. Não há lugar para qualquer outro sentido de juridicidade, o que se traduz na ausência de espaço para noção de abuso do direito.*

fundamentais da responsabilidade civil, não se deve colocar o abuso de direito dentro de tal categoria. Entretanto, ainda pensa que não havendo consequência prática positivada no ordenamento jurídico para a reparação dos danos que provierem de ato abusivo, o razoável é que a reparação seja mesmo feita de acordo com os ditames de um ato ilícito.⁷⁸

Portanto, concordamos que, “assim, ao reduzir o abuso do direito ao ato ilícito, esconde-se sua especificidade, sua singularidade, que estaria em cobrir com a aparência de direito o comportamento do sujeito”⁷⁹.

Diante disso, entendemos que o abuso de direito deve ser tratado em uma categoria jurídica independente, dada as peculiaridades já aludidas neste trabalho. É nesse sentido de autonomização que a doutrina vem se alinhando.

Em um panorama genérico, vimos que o abuso de direito provém de um ato do indivíduo que se transforma em um fato jurídico. Dessa maneira, as referidas ações humanas têm o condão de serem exercidas de acordo ou contrários à norma jurídica. Sendo um ato ilícito esta última conjectura.

Feitas tais exposições, Castanheira Neves⁸⁰ determina duas espécies de ilicitude: a formal e a material, enquadrando, portanto, o abuso de direito nesta última, pois, esse fenômeno do mundo jurídico encontra-se localizado em uma dimensão distinta de juridicidade, onde pondera-se a situação jurídica por meio da “validade jurídica concreta de fundamento axiológico normativo”. Ou seja, o caráter formal, legal da conjuntura, nesses casos específicos, não é suficiente para aferir e tutelar o caso concreto.

Nessa esteira, fundamentando-se na aludida doutrina de Castanheira Neves, Cunha de Sá⁸¹ afirma que há o ato ilícito quando ultrapassados os limites axiológicos-formais e, por outro lado, configura-se o ato abusivo quando extrapoladas as fronteiras axiológicas-materiais. Todavia, assim, o referenciado autor conclui que o abuso de direito detém sua essência de instituto independente, uma vez que se coloca em um ponto de interseção entre

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral, 2010, p. 558.

⁷⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 114.

⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica, 1967, p. 524.

⁸¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito, 2005, p 494.

o ilícito e a licitude. Nesse sentido, Rosalice Fidalgo Pinheiro⁸² assenta que a antijuridicidade é característica comum a ambos os tipos de atos supracitados, entretanto, enquanto no ato ilícito a antijuridicidade se localiza na forma, no ato abusivo esse aspecto se posiciona no seu fundamento ou valor. Ou seja, o abuso de direito se configura com o respeito formal aos limites da posição jurídica exercida, mas há a violação dos ditames axiológico-materiais.

Noutra perspectiva, temos na doutrina espanhola⁸³ que a ilegalidade é uma espécie da qual a ilicitude é um gênero. Assim, o caráter ilícito de um ato decorre da contrariedade ao Direito de modo geral. Por outro lado, a ilegalidade configura-se quando o ato fere um dispositivo legal específico.

Aprofundando o raciocínio, e de acordo com o que foi exposto supra, há quem afirme que não é plausível equiparar o ato ilícito e o ilegal com o abusivo de direito, pois é razoável partir do pressuposto de que o abuso de direito é uma espécie da qual a ilicitude é gênero. Nesse sentido, encontramos, no ensinamento de Eduardo Ferreira Jordão⁸⁴, a classificação de atos ilícitos abusivos e os ilícitos não abusivos. Sendo este último, analogicamente com a doutrina espanhola de Javier Matia Prim⁸⁵, correspondente ao ato ilegal. Assim sendo, o abuso de direito seria um ato ilícito, mas, detém característica peculiar quando da sua execução. É uma ação de um sujeito que exerce realmente um direito tutelado no sistema jurídico, mas de maneira irregular, o que transforma, portanto, essa ação em uma ilicitude de caráter geral, porém, a prática desse ato ilícito detém uma ilusória licitude⁸⁶. Em

⁸² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 119.

⁸³ PRIM, Javier Matia. El Abuso del Derecho de Huelga: ensayo sobre la regulación del derecho de huelga em el Ordenamiento español, 1996, p. 91. *Pero no es tampoco infrecuente entender que ilegalidade constituye una especie del género ilicitude sería, com carácter general, aquello contrario a Derecho; ilegal, lo opuesto a una ley específica. De esta forma, cuando el Derecho se há plasmado em normas positivas, com independência de cuál sea su rango formal puesto que el concepto no alude a um rango específico, podremos hablar de ilicitude. Pero parece también evidente que la distinción terminológica no expresa formas distintas de antijuricidad, sino exclusivamente de su causa u origen.*

⁸⁴ JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica, 2009, p. 259.

⁸⁵ PRIM, op. cit. p. 92. *[...] a partir de tal terminología previa se considera que la ilicitude puede producirse tanto por expresa contradicción com la Ley (huelga ilegal), como por contradicción con el modo razonable y jurídicamente adecuado de ejercicio del derecho (huelga abusiva).*

⁸⁶ JORDÃO, op. cit. p. 270. *A nosso entender, portanto, a partir da criação da teoria do abuso, passou-se a tutelar jurídicamente a aparência da licitude. Deu-se-lhe relevância jurídica e regulamentou-se-lhe o uso por aquele a quem ela aproveitasse. O fato de os criadores da doutrina imaginarem que estariam tutelando o “exercício do direito” não impede que estudos posteriores constatem que o que se acabou por tutelar foi coisa diversa, no caso, apenas a “aparência do direito”. A partir da percepção de vantagem jurídica daquele a quem a aparência aproveita, criaram-se regras para o uso de tal situação fática. Assim, a diferença entre ato*

mesma linha de raciocínio, Silvio de Salvo Venosa caracteriza o abuso de direito como uma máscara de ato legítimo que esconde por trás uma ilegalidade, ou seja, é um ato aparentemente lícito, mas que praticado sem a devida regularidade totaliza-se em um resultado ilícito.

Ademais, observe-se, ainda, no conjunto doutrinário, para cumprimento da tarefa de distinguir o ato abusivo em relação ao ato ilícito, há a necessidade de diferenciar a promoção das consequências dos referidos atos. Para tanto, Cunha de Sá⁸⁷ adverte que, ambos os atos são pressupostos para a efetivação da responsabilidade, porém não é correto afirmar que se tratam de um problema eminentemente de responsabilidade civil, visto que, como sabemos, tanto o ato abusivo como o ato ilícito podem persistir mesmo sem a configuração do dano.

Por outro lado, diante da ampliação dos pensamentos acerca das concepções da teoria do abuso de direito, Rosalice Fidalgo Pinheiro⁸⁸ aduz que em decorrência dessa expansão e profundidade de conceitos não é possível determinar a independência do ato abusivo equiparando as sanções deste com as do ato ilícito, sob pena de restar ineficaz a tutela jurídica. A referida doutrinadora exemplifica⁸⁹ para melhor compreensão.

Noutro diapasão, findando, em linha de pensamento menos aberta, apenas a título de exposição, vale ressaltar Milton Lautenschläger⁹⁰, aduzindo que no ordenamento jurídico brasileiro não há mais espaço para discussões acerca da natureza jurídica do instituto do abuso de direito diante da consagração legal como um ato ilícito no artigo 187 do Código Civil brasileiro. Ou seja, para o referido autor, um ato é ilícito em uma situação jurídica quando encontra os limites axiológicos-formais ou materiais da ordem jurídica excedidos.

ilícito abusivo e o não-abusivo é que, nada obstante sejam ambos atos ilícitos, o primeiro deles foi perpetrado sob aparente licitude e o segundo, não.

⁸⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito, 2005, p. 497.

⁸⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 121.

⁸⁹ Ibidem. p. 122. *Nesse sentido, nem sempre há que se aplicar a obrigação de indenizar ao abuso do direito, sendo necessário que sobrevenha o dano, tal qual como acontece com o ato ilícito. Assim alega-se a respeito de algum vício, como aquele que se revela na realização de um negócio jurídico, tornando aplicável a nulidade ou anulabilidade do próprio ato jurídico, que se revela abusivo. Do mesmo modo, coloca-se a convalidação de um negócio que, a princípio, seria anulável, como quando o relativamente incapaz pratica um ato jurídico, perante o qual se fez dolosamente passar por absolutamente incapaz. No caso de mau uso da propriedade, verificado nas alegações de vizinhança, a sanção ao proprietário que assim age, pode ser a demolição de uma construção realizada ou a supressão do ato; em verificando-se o exercício abusivo de autoridade paterna, a sanção pode ser a suspensão dessa autoridade.*

⁹⁰ LAUTENSCHLÄGER, Milton. Abuso do Direito, 2007, p. 55.

Destarte, observa-se que a análise da construção doutrinária sobre a teoria geral do abuso de direito é responsável por conceber os horizontes para assimilação do teor essencial do abuso de direito.

Do exposto, constatamos que é justamente a essência substancial do exercício de um direito, bem como o aparente revestimento de proteção jurídica que assinala a exigência de compreender o ato abusivo de direito como um tipo especial e autônomo. Assim pensa, também, Heloísa Carpena⁹¹ lecionando que “O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Não obstante o fato do ato ilícito e do ato abusivo ensejarem a responsabilidade civil os mesmos não podem ser igualados. A ideia que deve imperar é a existência de diferença quanto à natureza da violação e, por via de consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida.”.

Concluimos que se há ofensa expressa à regra legal, a situação não enfrenta dificuldades para apreciação e definição de sua natureza jurídica. Lado outro, o ponto chave para distinção do abuso de direito encontra-se no exercício do direito, uma vez que, em muitas ocasiões, a limitação do direito é posta através do próprio uso.

⁹¹ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional, 2003, p. 382.

PARTE II – DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

II.I - Linhas preliminares à concepção da função social

É importante destacar a sociabilidade inerente⁹² ao ser humano. Sabemos que o indivíduo atinge seus anseios e torna plena sua razão de existir apenas quando convive em coletivo. Assim, as pessoas se relacionam em sociedade em prol da busca de seus objetivos individuais. O homem necessita dessa convivência com outros indivíduos, pois a partir do momento que começamos a cooperar, competir e entrar em conflito, estaremos diante da fundamental dinâmica da vida social. É desta que surgiu a necessidade de se criar mecanismos jurídicos para regular a vida em sociedade.

Nesse norte, Paulo Nader⁹³ revela que a interação social detém três formas: cooperação, competição e conflito. Na cooperação, os indivíduos têm o mesmo objetivo e agem para alcançá-lo em conjunto. A competição se distingue da cooperação apenas pelo fato de que o objetivo só pode ser auferido por um dos indivíduos competidores. Já o conflito trata de uma oposição de objetivos, ou seja, há um choque de interesses. Nesse caso, o Direito⁹⁴ irá disciplinar as formas de cooperação e competição quando existirem dentro do seu seio uma relação que tenha potencial de gerar um conflito.

Dito isso, vemos a figura do contrato que, por natureza, é, de maneira geral, uma ferramenta de interação social que promove a cooperação entre os indivíduos e gera, por fim, o desejado bem-estar comum, sendo fundamental que seus termos se baseiem sempre na consideração a personalidade humana. Tal fato nos remete a função social do contrato que perfaz, em determinados ordenamentos mundiais, um requisito essencial da convenção.

⁹² NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 2013, p. 24. *A própria constituição física do ser humano revela que ele foi programado para conviver e se completar com outro ser de sua espécie. A prole, decorrência natural da união, passa a atuar como fator de organização e estabilidade do núcleo familiar. O pequeno grupo, formado não apenas pelo interesse material, mas pelos sentimentos de afeto, tende a propagar-se em cadeia, com a formação de outros pequenos núcleos, até se chegar à formação de um grande grupo social.*

⁹³ Ibidem. p. 25.

⁹⁴ Ibidem. p. 28. *A sociedade sem o Direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, O direito representa um grande esforço para a adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.*

Nesse diapasão, torna-se pertinente verificar se o contrato é apenas um instrumento que promove a circulação de riquezas entre os polos contratuais ou, por outro lado, diante da funcionalização dos institutos jurídicos, portanto, se o contrato desempenha uma função social.

Constata-se que há uma problematização do Direito Civil. A função social do contrato perfaz uma questão de grande relevância para o Direito. Inclusive, no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se positivado no Código Civil.

Trataremos dos aspectos concretos de nossa investigação tomando como base o sistema jurídico brasileiro, dada a forte influência e desenvolvimento positivo desse instituto no dito ordenamento.

Logo, é razoável, preliminarmente, no presente capítulo, elucidar os aspectos mais importantes que definem os contratos de maneira geral, bem como, aprofundar nosso raciocínio e apontar as particularidades do contrato de trabalho, já que este é um dos nossos objetos de estudo.

Assim, atingiremos o cumprimento do objetivo desse momento da presente análise científica, qual seja, afirmar a importância da função social nas relações trabalhistas.

II.II Noção de contrato

De antemão, torna-se primordial para o desenvolvimento do presente raciocínio, buscar definir o contrato, de onde emana a função social.

Assim, o ser humano tem como possibilidade contratar livremente. Tal instituto perfaz uma combinação de interesses de pessoas acerca de uma determinada coisa. Acredita-se que o contrato surgiu em conjunto com a humanidade, mais especificamente quando o homem começou a viver em sociedade, e tem como objetivo tornar pacífica a convivência.

Nesse panorama, Antunes Varela⁹⁵ assevera, inclusive, que o contrato é a fonte primária das obrigações historicamente e com relação ao nível de importância prática. Com a evolução, na época atual, especificamente no ordenamento português, observa-se que o contrato pode ser fonte, além de obrigações, de direitos reais, familiares e sucessórios.

Assim, Eduardo dos Santos Júnior⁹⁶ conceitua que “O contrato, todo o contrato, traduz-se num acordo, pelo qual duas ou mais partes regulam os seus interesses, querendo-o, a esse acordo ou regulação, sob a égide do Direito e que o Direito tutela em atenção a essa vontade.”.

Outrossim, destaca-se que o contrato tem como princípios fundamentais, a liberdade de vontades e a obrigação contratual.

Aprofundando a visão conceitual do contrato, Antunes Varela⁹⁷ leciona que “Por um lado, o conceito restringiu-se: enquanto os juristas romanos englobavam na designação de *contractus* todos os actos volutários geradores de uma obrigação (*negotium contractum*), quer se tratasse de um acto bilateral, quer unilateral, a doutrina e as legislações modernas consideram essencial ao contrato o acordo bilateral (o mútuo consenso: o *duorum vel plurium consensus*) dos contraentes.”.

⁹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral: vol. 1, 2011, p. 211.

⁹⁶ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. Direito das obrigações I: Sinopse Explicativa e Ilustrativa, 2014, p. 166.

⁹⁷ VARELA, op. cit. p. 212-213.

Por sua vez, o negócio jurídico perfaz o gênero do qual faz parte o contrato, traduzindo-se em atos jurídicos compostos, declarações de pretensões, com o propósito de concretização de determinados efeitos práticos, que anseiam a tutela do direito, determinando a produção dos efeitos jurídicos. Conclui-se que o contrato perfaz uma espécie de negócio jurídico.

O ilustre Silvio de Salvo Venosa define negócio jurídico aduzindo que “fundamentalmente, consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico, embora haja profundas divergências em sua conceituação na doutrina. Trata-se de uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico”⁹⁸. Porém, ainda pontua que: “O negócio jurídico continua sendo um ponto fundamental de referência teórica e prática. É por meio do negócio jurídico que se dá vida às relações jurídicas tuteladas pelo direito”⁹⁹.

Tais questionamentos levantados no pensamento acima citado, nos remete à função social, visto que o contrato, como já aludido, trata-se de uma ferramenta de interação social sendo assim fundamental a consideração da personalidade humana.

Com essa noção de contrato, inclusive remetendo ao âmbito social, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁰⁰, afirmam que “[...] o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades. ”.

⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral, 2010, p.326.

⁹⁹ Ibidem. p. 327.

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral, 2010, p. 47.

II.II.I. Breve exposição do contrato de trabalho

Especificando, diante do que já foi exposto, podemos considerar que o contrato de trabalho¹⁰¹ é um elemento criador da relação jurídica de trabalho.

Ademais, na visão de Alice Monteiro Barros¹⁰² “o contrato de trabalho é, portanto, um negócio jurídico bilateral em que “os interesses contrapostos” se acham presente com mais intensidade do que em outros contratos, dependendo da categoria profissional e econômica a que pertençam os co-contratantes. O conflito contratual acaba por se tornar a projeção de um conflito social.”

Ressaltamos para uma análise comparativa, o ensinamento de Carlos Henrique da Silva Zangrando, afirmando que o “contrato de trabalho é o negócio jurídico pelo qual uma ou mais pessoas naturais se obrigam a, pessoalmente, prestar serviços contínuos a outra pessoa, natural ou jurídica, em estado de subordinação a esta, mediante o pagamento de salário”¹⁰³. Ainda, o referido doutrinador afirma que o contrato de trabalho “apresenta-se como verdadeiro negócio jurídico, na melhor acepção doutrinária da palavra, pois a vontade de resultado e a conduta externa tornam-se facilmente perceptíveis”¹⁰⁴.

Em outro rumo, Amauri Mascaro Nascimento¹⁰⁵ questiona a determinação do contrato de trabalho como um negócio jurídico, afirmando que essa adequação só poderá ser

¹⁰¹BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, 2007, p. 229. *O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não-eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.*

¹⁰² Ibidem. p. 230.

¹⁰³ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho: Tomo II, 2012, p. 616.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 618.

¹⁰⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho, 2011, p. 554. *Diversos aspectos podem ser discutidos diante dessas premissas, a começar pela expressão negócio jurídico. É válida para o direito do trabalho? É própria para designar o vínculo entre empregado e empregador? Se o seu sentido é unicamente patrimonialista, não, pois o vínculo de trabalho é uma relação jurídica pessoal-patrimonial. A personalidade é muito mais significativa que a patrimonialidade. Os direitos de personalidade do trabalhador refletem uma postura culturalista que valoriza a pessoa humana e que talvez não esteja compreendida como o principal escopo da expressão negócio jurídico. Todavia, se a expressão tiver um conteúdo contratual em que não só os aspectos patrimoniais, mas também os aspectos pessoais, estejam valorizados, então não será imprópria.*

viável, caso entenda-se que a essência do negócio jurídico vai além da esfera patrimonial, pois no contrato de trabalho deve haver, fundamentalmente, a consideração ao direito extrapatrimonial.

Em verdade, a personalidade humana do trabalhador tem que ser valorizada.

Assim sendo, como veremos adiante, o respeito à função social do contrato de trabalho é essencial para se estabelecer os ditames dessa relação jurídica, inclusive para visualizarmos o contrato de trabalho como um negócio jurídico.

II.II.I.I. Características e elementos do contrato de trabalho

Ainda, se constata que a relação laboral é um vínculo jurídico que é obrigacional, porque há um relação jurídica onde existe prestação e, imediatamente, uma pretensão, ou seja, crédito e débito; é bilateral, uma vez que emana para ambos os polos, ou seja, verifica-se uma reciprocidade¹⁰⁶ de pretensões e obrigações, onde o empregador é credor do trabalho e devedor do salário, já o empregado é credor do salário e devedor do trabalho; e é duradouro, visto que não se esgota em apenas uma prestação, mas ocorre em prestações periódicas, sempre renovando o adimplemento.

Em outra perspectiva, Carlos Zangrando¹⁰⁷, elenca alguns dos elementos que podem existir em algumas relações de trabalho, quais sejam: dependência econômica, dependência social, dependência técnica e a dependência moral.

Registre-se que na dependência econômica, em termos gerais, o empregado tem o trabalho como única ou essencial fonte de renda.

¹⁰⁶ SILVA, Antônio Álvares da. Pequeno tratado da nova competência trabalhista, 2005, p.81-82. *Portanto a relação de trabalho é aquela que se estabelece entre duas ou mais pessoas, tendo como elo comum o trabalho humano. Como todos nós trabalhamos e o mundo não pode ser concebido sem o trabalho, e se o trabalho, principalmente no mundo atual, é prestado a alguém, a relação de trabalho se haja espalhada por toda a sociedade.*

¹⁰⁷ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho: Tomo II, 2012, p. 431.

Quanto a dependência social, temos que toda relação jurídica é necessariamente social, provindo desse pensamento o remetimento à função social.

Com relação a dependência técnica, aduz-se que o empregador orienta e dirige o trabalho do empregado nas questões técnicas, porém no entendimento de aludido autor, tal definição é de certa forma absurda, visto que sempre existiram empregados mais qualificados do que os empregadores, dessa forma, o empregador apenas dá comandos básicos e o empregado tem a tarefa de definir como proceder.

No que diz respeito a dependência moral, as palavras chaves são “eficiência” e “lealdade”, onde o empregado coopera para os fins econômicos da empresa.

Além disso, vejamos mais esclarecidamente outras características do contrato de trabalho: pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade.

A pessoalidade, vem do caráter pessoal do contrato de trabalho em relação ao empregado, onde este é selecionado pelas suas qualidades pessoais. É contratado para prestação de serviço pessoalmente, sendo vedada a substituição aleatória. O trabalhador é instrumento para obtenção do resultado.

Na subordinação¹⁰⁸, há imposição de ordem, dependência, portanto, existe o dever de obediência, onde o empregador dirige, fiscaliza e pune o trabalhador se necessário. Nesse norte, temos o poder de direção e o disciplinar. O primeiro provém da capacidade do empregador de dar concretude a atividade do trabalhador, sendo o segundo, a capacidade de organizar a estrutura econômica e técnica do empreendimento por parte do empregador.

O critério da onerosidade se configura pela reciprocidade das vantagens, pelo pagamento do salário em pecúnia ou utilidade.

¹⁰⁸ DELGADO, Maurício Delgado. Curso de Direito do Trabalho, 2012, p. 295. *A subordinação corresponde ao polo antiético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.*

Com relação a habitualidade ou a característica duradoura, o trabalho deve ser de necessidade contínua para a empresa, existe a necessidade permanente da mão de obra para a empresa.¹⁰⁹

Enfim, são essas as principais características e elementos que compõem o contrato de trabalho, tratando-se, portanto, de um tipo especial de contrato, pois regula uma relação jurídica de cunho específico, vez que o labor humano deve ser tratado de forma delicada, dada a referida peculiaridade. Desse tratamento surge a importância da aplicação do princípio da função social nesse tipo de negócio jurídico.

¹⁰⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de Direito do Trabalho*, 2013, p.33. *Não se deve confundir necessidade permanente da mão de obra com serviço inserido na atividade-fim da empresa empregadora, pois é possível um trabalhador ser empregado tanto na hipótese de seu serviço se inserir na atividade-fim do empregador, quanto na de corresponder à atividade-meio da empresa. A diferença é que naquela há presunção de necessidade permanente da mão de obra para o tomador, e neste deve ser analisado o caso concreto. Eis a diferença.*

II.III. Síntese histórica da função social do contrato

O surgimento do princípio da função social do contrato se caracterizou como uma fonte de novas forças para a busca constante do equilíbrio social à luz das diversas injustiças provenientes das relações sociais cada vez mais regidas pelo pensamento individualista do ser humano a partir da Revolução Francesa. Tinha-se como objetivo a promoção do bem-estar da coletividade com vistas a igualar cada vez mais os sujeitos de direito, sendo sempre colocados em primeiro plano, a liberdade e o bem comum entre os polos, entretanto, de maneira formal.

A priori, esse liberalismo revolucionário francês, refletiu na propriedade, objetivando efetivar um caráter democrático, à medida que abolia privilégios e obstáculos que o feudalismo impunha¹¹⁰. Dessa maneira, conforme exposto no capítulo anterior, os direitos subjetivos, nos seus tempos embrionários, tinham o caráter ilimitado, assim, os proprietários utilizavam-se desse cenário para praticarem ações de acordo com o seu discernimento, livres de obrigações, exceto, obviamente, conforme ideais da revolução, ao que diz respeito ao dever de desenvolver a pacificação entre os proprietários, isto é, igualdade formal.

Nessa época, o pensamento que havia sobre a função social era no sentido da libertação dos entraves, ou seja, aquela era atingida na medida em que esses obstáculos eram extintos. Dessa forma, o contrato surgiu justamente para ser o instrumento de concretização desse objetivo, pois era necessária essa liberdade para a existência da propriedade. Revela-se, dessa maneira, proveniente da liberdade de propriedade, a liberdade contratual. Portanto, mesmo com essa perspectiva de individualismo liberal, verifica-se que o contrato já exercia uma função social, mas nos moldes da época.¹¹¹

Destaca-se, também, a doutrina de São Tomás de Aquino¹¹², promovendo uma conceituação de propriedade alinhada com o direito natural, ou seja, um direito das gentes, que tende a evitar disparidades sociais.

¹¹⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais, 2002, p. 170.

¹¹¹ Ibidem. p. 171-172.

¹¹² Tomás de Aquino apud BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Filosofia do Direito, 2004, p. 214.

Com o avanço da sociedade, inevitavelmente, ocorreu o desenvolvimento do direito social e justiça social, e a aludida ideia de função social tornou-se insuficiente.

A nova concepção trouxe consigo a visão de coletividade se sobressaindo em relação aos interesses individuais. Este novo ponto de vista veio como uma porta de abertura para alavancar nas relações privadas, o respeito à dignidade da pessoa humana e a justiça social¹¹³.

Os países começaram a ter um olhar voltado no sentido de que o direito particular do indivíduo necessitava transparecer uma função social. Era necessário a busca de uma igualdade substancial. A partir de então foi criado um mecanismo de intervenção nas relações privadas para que estes contratos de natureza particular atendessem ao interesse coletivo. Diante de tal conjuntura, foi possível verificar a intervenção estatal de maneira positiva, e não mais apenas negativa, na propriedade e nas relações contratuais privadas.

Assim, conforme Rosalice Fidalgo Pinheiro¹¹⁴, a função social “Acolhida inicialmente em relação ao direito de propriedade e, posteriormente, ao contrato, isto não ocorre por acaso; traz consigo um significado. Estabelece um laço de vinculação estreita entre a liberdade de propriedade e a liberdade de contratar, a qual se verifica nas codificações que se erigiram no Estado moderno.”.

Nessa direção de pensamento, Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹⁵, alinha-se, também, com a fundamentação da função social do contrato através da evolução das ideias sociais na propriedade, pois o contrato e a propriedade se comprometem entre si, vez que ensejam atividade econômica, sendo que o primeiro é a vertente dinâmica desta e o segundo a parte estática.

¹¹³ MANCEBO, Rafael Chagas. *A Função Social do Contrato*, 2005, p. 43. *Diante de tais dificuldades conceituais, há uma expressão que parece traduzir expectativas individuais e gerais no que possa ser este sentido comum. A ideia de justiça social parece sobrepor-se a outras ideologias nos tempos atuais e se torna o principal vetor para indicar o sentido social, razão o bastante para nos determos neste princípio.*

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 170.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Contratuais*, 2003, p. 16.

II.IV. Natureza jurídica da função social do contrato

A positivação da função social do contrato no sistema brasileiro trouxe consigo uma problemática acerca da sua natureza jurídica. Assim, existe o dilema em atribuir o status de princípio ou cláusula geral à função social do contrato. Acredita-se que a partir da superação deste ponto, será possível uma melhor compreensão sobre a incidência dos seus efeitos.

Destarte, princípios são normas genéricas que se destacam no ordenamento jurídico por serem alicerces da interpretação do Direito, ou seja, podem ser entendidos como normas de comportamentos. Isto é, direcionam o sistema jurídico e formam a base das normas jurídicas e, por isso mesmo, não necessitam constar expressamente nos contratos, vez que decorrem da lei naturalmente. Podem ser aplicados em conjunto para regular da maneira mais equilibrada uma determinada conjuntura.

Por outro lado, o estado de cláusula geral ou regra compreende uma forma de normatização menos genérica, porém não deixa de ter o caráter vago, que abrange diversas matérias. Há quem diga que a cláusula geral precisa estar positivada, por outro lado, o princípio não necessita dessa positivação, inclusive, existem os chamados princípios não expressos.

Portanto, uma vez realizada a distinção, de acordo com as características expostas, é plausível enquadrar a função social contratual.

A solução mais clara para essa questão seria classificar a função social como uma regra, quando for o caso de se encontrar positivada no ordenamento, como é o caso do Código Civil brasileiro.

Entretanto, podemos raciocinar no sentido de que a função social do contrato é uma norma que possui um alto grau de abstração, regulamentando todo o regime contratual brasileiro, cenário este que não se alteraria por sua positivação e, portanto, temos uma cláusula geral que traduz um princípio jurídico¹¹⁶.

¹¹⁶ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Princípio da Função Social do Contrato, 2008, p. 90.

Em uma outra corrente doutrinária¹¹⁷ entende-se que é uma mera função do contrato, tal como a econômica e pedagógica, então, a melhor resposta seria caracterizar como uma regra ou princípio, a depender do ponto de vista.

Nesse mesmo sentido, no sistema brasileiro, Pablo Stolze diz que a solução, dentro do âmbito da razoabilidade, é de que a função social do contrato pode perfazer, sem embargo diante da prioritária previsão constitucional, um princípio, porém, ao mesmo tempo, é também uma cláusula geral diante da previsão em lei ordinária¹¹⁸.

Por fim, quanto ao ordenamento jurídico português, entendemos que a função social do contrato detém um status de princípio, visto que não se encontra positivado e sua aplicação é implícita no sistema jurídico, conforme veremos mais adiante.

¹¹⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. *Função Social do Contrato*, 2011, p. 183.

¹¹⁸ Com base no sistema brasileiro. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral, 2010, p. 80. *Destaque-se, entretanto, importante aspecto do tema objeto deste capítulo: entendemos que a boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal.*

II.V. A essência da função social do contrato

Vemos no cenário atual uma tendência de funcionalização do direito, no sentido de que qualquer direito ou prerrogativa deve exercer uma função mirando sempre um fim social. Dessa forma, significa que as posições jurídicas contratuais devem atuar como instrumentos do desenvolvimento social dentro de um cenário entre contratantes onde a igualdade substancial necessita se sobressair.

Dito isso, destacamos a igualdade substancial como uma expressão do solidarismo. Nesse norte, a função social, como já foi mencionado, nasceu para colocar os sujeitos de direito em iguais condições e concretizar a liberdade social¹¹⁹. Carlyle Popp¹²⁰, aduz que a função social concebe um mecanismo que intervém para a redução da desigualdade e, conseqüentemente, maximiza a liberdade dos contratantes.

Então, uma vez relatados os objetivos, é nessa visão que o contrato deve atender a função social. No sistema jurídico brasileiro, a função social do contrato se baseou no princípio do solidarismo proveniente da Constituição Federal¹²¹. Nesse sentido, conclui sobre a função social acerca da sua importância tomando como base o sistema brasileiro, Claudio Luiz Bueno de Godoy: “sua relevância está, antes de tudo na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos do ordenamento, repita-se, o que, em nossa Constituição, constitui preceito expresso, a colocar a discussão fora de qualquer contexto que não seja jurídico, que seja puramente ideológico e, por isso, necessariamente parcial”¹²².

¹¹⁹ No sentido de liberdade social, encontram-se duas perspectivas que se complementam para limitar o poder soberano do Estado em prol da sustentação do Estado Democrático de Direito. BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Filosofia do Direito, 2004, p. 450. *A liberdade, palavra-chave da Revolução Francesa, apresenta duas perspectivas diferentes: (1) ex-parte principi e (2) ex-parte populi. A primeira limita a liberdade de ação do Estado, e a segunda garante a liberdade do cidadão. As duas são independentes, uma complementando a outra.*

¹²⁰ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: rompimento das tratativas, 2001, p. 68.

¹²¹ Artigo 1º: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*

¹²² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato, 2012, p. 132.

Com esse cenário, quando da elaboração do atual Código Civil brasileiro, Miguel Reale, como membro da comissão elaboradora, apontou a socialidade como um dos princípios norteadores das novas disposições. Assim, portanto, buscou implantar um moderno padrão no direito civil brasileiro. Enfatizou, sobretudo, os valores sociais e, obviamente, ponderou o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Especificando, com relação ao atual artigo 421 do Código Civil brasileiro¹²³, aduz-se que a referida norma jurídica procurou cumprir um novo papel de preenchimento dos propósitos e valores atinentes ao interesse comum¹²⁴. Dentre tais finalidades sociais, encontra-se a consideração da personalidade humana.

Então, vemos a forte influência do novo pensamento voltado para os ideais da socialidade que, conforme exposto anteriormente, nortearam a elaboração das atuais normas de Direito Civil brasileiras.

Dito isso, notamos que é necessária a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹²⁵ nas relações contratuais, bem como a igualdade deve ser buscada através desta consideração. Portanto, sobre tal princípio, Luís Roberto Barroso¹²⁶ assinala que “a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.”.

¹²³ Artigo 421: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

¹²⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, 2012, p. 135.

¹²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral, 2010, p. 49. *Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a um repensar da função social da propriedade, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito a dignidade da pessoa humana.*

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2011, p. 272.

Nesse sentido, Miguel Reale¹²⁷ aponta que a função social se apresenta no contrato como uma conexão essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. Isto é, sob a óptica da função social, apesar da autonomia privada.

É na sociedade que o contrato receberá a harmonização ou equilíbrio entre o subjetivo e o coletivo. A função social ratifica a manutenção do contrato, uma vez que assegura trocas úteis e justas, sem eliminar a autonomia contratual, porém reduz o alcance deste princípio em prol do interesse metaindividual ou interesse individual relativo a dignidade da pessoa humana¹²⁸.

Por outro lado, a atual normatização civil brasileira não escapa das críticas, principalmente quanto a expressão que diz que a liberdade contratual será exercida “em razão da função social” emanada no artigo 421 do atual Código Civil brasileiro. Segundo as críticas, a disposição limita o direito de liberdade constitucionalmente garantido. Inclusive, corroborando essa ideia, houve proposta de alteração no Poder Legislativo, mas foi rejeitada. Assim sendo, as críticas e a proposta de alteração não poderiam prosperar, visto que a liberdade social está inserida no conceito geral de liberdade. Desse modo, a conjuntura a que se refere o atual comando da norma civil supracitada em nada obsta a liberdade natural. Baseamos nosso entendimento com a doutrina de Claudio Luiz Bueno de Godoy¹²⁹.

Em suma, quanto a autonomia privada, com a consagração da função social do contrato, é importante salientar que as relações contratuais não perderam a sua essência individual, vez que são fontes do direito subjetivo. Porém, detém, agora, uma valência negativa, qual seja, de não prejudicar aspectos de interesse da sociedade¹³⁰. Nesse mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano ensina que “com isso, repita-se, não se está pretendendo

¹²⁷ REALE, Miguel. O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais, 1986, p. 10.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado, 2003, p. 322.

¹²⁹ Também no sentido de perspectivas de liberdades que se complementam, conforme já aludido. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato, 2012, p. 136-137. *Em verdade, quando o art. 421 preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, nada mais faz senão refletir a admissão de que a fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurígena da vontade. De repetir, ainda uma vez, o quanto antes enunciado, que o poder das partes de autorregular seus interesses econômicos encontra sua proteção jurídica no reconhecimento, pelo ordenamento, de que aquele ato iniciativa exprime um conteúdo valorativo consoante com as escolhas axiológicas do sistema. Uma forma, portanto, de se promoverem os valores básicos da ordem jurídica e mesmo de o direito objetivo garantir, limitando a liberdade natural, uma efetiva liberdade social. Nada contrário, pois, ao conceito em si de liberdade.*

¹³⁰ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Princípio da Função Social do Contrato, 2008, p. 98.

aniquilar os princípios da autonomia da vontade (ou autonomia privada) ou do pacta sunt servanda, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes. »¹³¹.

¹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral, 2010, p. 84.

II.VI. Eficácia “inter partes” e “ultra partes” da função social do contrato

Verifica-se que a função social do contrato pode incidir efeitos em dois sentidos, uma eficácia interna e outra externa.

Conforme a doutrina de Claudio Luiz Bueno de Godoy¹³², o contrato possui uma função social que tem como primeiro plano uma eficácia interna que recai sobre as partes contratantes. Este princípio consagrado no direito civil brasileiro se apresenta como um modo de consolidação da dignidade dos indivíduos. Portanto, extrai-se que o referido autor prefere não confundir a boa-fé com a eficácia inter partes da função social do contrato.

Por conseguinte, visualizamos divergência doutrinária sobre os fundamentos dessa eficácia inter partes, principalmente no que diz respeito ao princípio da boa-fé objetiva. Forma-se uma problemática devido a linha tênue conceitual existente entre a eficácia interna e a boa-fé contratual entre os sujeitos de direito integrantes da relação jurídica. Portanto, isso pode levar a crer na ideia de que a boa-fé objetiva engloba a função social do contrato. Praticamente, observamos que havendo ofensa a boa-fé contratual, haverá, também, uma ofensa à função social do contrato.

Entretanto, verifica-se que a boa-fé objetiva se encontra vinculada a questão da eticidade, por outro lado, a função social do contrato se refere a socialidade. Assim, temos que a distinção entre eles se encontra no campo de incidência de cada um deles.¹³³

Portanto, de logo, interpretamos, conforme entendimentos de Mariana Ribeiro Santiago¹³⁴ e Nelson Nery Junior¹³⁵, que a função social do contrato não se confunde com a boa-fé objetiva, justamente por esta ter seus fundamentos ligados aquela. Isto é, a função social do contrato encontra-se em um patamar mais amplo, no que diz respeito a tutela, em relação a boa-fé.

¹³² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, 2012, p. 126-138.

¹³³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Princípio da Função Social do Contrato*, 2008, p. 102.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 103.

¹³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2003, p. 336.

Porém, apesar da necessidade de distinção, bem como a semelhança entre os dois institutos, destaca-se que não existem obstáculos para que ambos os princípios existam simultaneamente, uma vez que a boa-fé esgota sua atuação de maneira interna mais genericamente, enquanto a função social do contrato, em sua atuação interna, é mais específica e tutela, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, conforme já aludido. Ou seja, é plenamente possível que em uma relação contratual esteja a respeitar a boa-fé entre os polos, porém a dignidade da pessoa humana esteja sendo ferida.

Noutro plano, não obstante a atuação preliminar inter partes, ressalta-se que, pela própria essência, é inevitável que a função social do contrato tenha uma dimensão chamada, na doutrina de Claudio Luiz Bueno de Godoy, de conteúdo genérico ultra partes, ou seja, podendo incidir efeitos sobre terceiros estranhos a relação contratual. A tal situação exposta dar-se o nome de eficácia social¹³⁶.

Dessa forma, torna-se possível visualizar o atingimento a um dos princípios que regem o contrato, qual seja, o da relatividade¹³⁷, que, por sua vez, tem como marco, o não prejuízo ou benefício a terceiros alheios ao contrato.

Porém, com a nova ideia de sociabilidade, o princípio da relatividade passou por uma inevitável mitigação, visto que terceiros podem sofrer os efeitos do contrato, seja em prejuízos ou vantagens. Nessa linha de pensamento Maria Helena Diniz¹³⁸ ensina que a função social “implica a tutela externa do crédito”. Nesse sentido, é possível observar que o contrato não esgota seu limite nas partes contratantes, pois, naturalmente, com a nova concepção de funcionalização social, atingem terceiros e que por sua vez também merecem ser tutelados.

Na mesma direção, Antônio Junqueira de Azevedo atribui “ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculando de

¹³⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, 2012, p. 148.

¹³⁷ Conceituando o princípio da relatividade e ressaltando que não há disposição expressa sobre tal no ordenamento brasileiro. BERALDO, Leonardo de Faria. *Função Social do Contrato*, 2011, p. 14. *Apesar de esse princípio não estar expresso no nosso ordenamento positivo, diferentemente do Direito francês, é inegável a sua existência e importância, pois é graças a ele que o contrato não pode prejudicar nem beneficiar terceiros que não tenham feito parte da avença, ou, como diz o brocardo em latim, res inter alios acta, alius nec prodest nec nocet.*

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*, 2003, p. 322.

tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro”¹³⁹.

O contrato, nessa visão, é um instrumento do desenvolvimento social, uma vez que é uma ferramenta de evolução que impulsiona a economia e a sociedade, bem como esse desenvolvimento necessita ser sustentado, racionalizado e equilibrado¹⁴⁰.

Por fim, destacamos um exemplo prático do referido efeito ultra partes no contrato no sistema jurídico brasileiro. No direito do consumidor, especificamente na ocorrência de fato do produto ou serviço, ou seja, aquele defeito que atinge a condição física ou psicológica do consumidor. Assim, caso esse tipo de defeito afete um terceiro, este, mesmo sendo alheio a relação contratual, poderá, tomando-se como fundamento o contrato alheio, em seu nome, acionar o fornecedor para ressarcir seus prejuízos materiais ou morais, sendo assim, portanto, denominado de consumidor equiparado. Outro exemplo no direito do consumidor brasileiro é o caso da responsabilidade solidária do fornecedor, sendo assim, o fabricante e o vendedor responsáveis pelos vícios ou fatos do produto ou serviço, ou seja, a responsabilidade tem início desde a produção, mesmo o consumidor não tendo vínculo ainda neste momento, porém exercitável pelo consumidor após o contrato de consumo.

¹³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, 1998, p. 116.

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral, 2010, p. 83.

II.VII. Breve exposição da função social em Portugal

Para obtermos uma melhor compreensão de um dos objetos do presente estudo, é razoável realizar breves exposições das evidências da função social do contrato em Portugal.

Dessa forma, é de se observar, de antemão, que a diversidade entre os sistemas jurídicos mundiais advém de fatores históricos, culturais, etc.

É importante ressaltar que, ao contrário do Brasil, inexistente previsão expressa do referido princípio no ordenamento português, o que torna complexo o enquadramento.

Assim, observamos que a Constituição portuguesa está mais avançada em relação ao Código Civil no que diz respeito às questões sociais, apesar do pequeno lapso temporal entre a promulgação do Código Civil e Constituição da República Portuguesa.

Efetivamente, na Constituição portuguesa de 1976 é possível encontrar valores que fazem alusão ao fenômeno da socialidade. Assim, logo em no art. 1º¹⁴¹, observa-se a proteção a dignidade da pessoa humana, fator que corresponde, conforme já aludido, a um componente essencial para a compreensão da função social. Ou seja, a função social é um instrumento de materialização de tal elemento, especialmente, nas relações contratuais que são regidas pelo princípio da liberdade contratual.

Lado outro, no art. 61 da CRP¹⁴², é estabelecido que a livre iniciativa deve encontrar-se de acordo com o interesse geral, disposição esta que nos revela o, já aludido, fenômeno da funcionalização. Com o apoio do referido dispositivo constitucional, bem como do art. 81 da CRP, extrai-se as limitações impostas a propriedade, o que acompanha a linha de raciocínio majoritária no sentido de que o liberalismo absoluto não conseguiu conciliar os interesses individuais e coletivos.

¹⁴¹ Artigo 1º: *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

¹⁴² Artigo 61: 1. *A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.*

Noutro norte, voltando-se para o Código Civil português promulgado em 1966, não se verifica grandes avanços referentes aos fatores sociais, sendo restrito quanto a esse aspecto. Por outro lado, por exemplo, nota-se o prestígio a liberdade contratual e a autonomia privada no art. 405, n. 1¹⁴³.

No, Código Civil há a previsão ao abuso de direito no art. 334¹⁴⁴. Sobre esse assunto vemos a doutrina de Menezes Cordeiro¹⁴⁵ preconizando que a função social é um dos critérios de aferição da abusividade, aduzindo que “O essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa fé; os bons costumes e à função social e económica dos direitos, incluídos no art. 334.º, cabe um papel diferente. ”. Ainda sobre o ato abusivo, em uma visão mais específica, Menezes Cordeiro¹⁴⁶ observa que em uma relação contratual, os sujeitos devem zelar por um comportamento condizente com as balizas sociais e econômicas, para que, assim, produza-se uma mais ampla utilidade social e pessoal em conformidade com os ideais constitucionais, entretanto, anota que para funcionalizar o direito, é necessário analisar cada caso.

É de se observar que o código em destaque traz uma legislação moderna tratando de assuntos que abrangem a socialidade, principalmente, estando quando versa sobre a boa-fé objetiva no art. 227¹⁴⁷. Por outro lado, prever a figura jurídica da lesão no art. 282¹⁴⁸; no art. 437¹⁴⁹, vemos a proteção contra negócios excessivamente onerosos, o que origina a possibilidade de revisão e resolução contratual nesses casos.

¹⁴³ Artigo 405: 1. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.*

¹⁴⁴ Artigo 334: *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*

¹⁴⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 1997, p. 901.

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 1231.

¹⁴⁷ Artigo 227: 1. *Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*

¹⁴⁸ Artigo 282: 1. *É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.*

¹⁴⁹ Artigo 437: 1. *Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*

Ademais, em outras doutrinas portuguesas, temos ideias que interpretam e aplicam os aspectos sociais no ordenamento jurídico português.

De tal modo, Mário Júlio de Almeida Costa¹⁵⁰ coloca que a visão moderna de contrato respeita, sobretudo, a ética e o social, inclusive, estabelecendo especial atenção à intervenção nos contratos de trabalhos, por tratar de direitos sociais, quanto aos aludidos aspectos.

Enfim, para Almeno de Sá¹⁵¹, a função social do contrato está alinhada com uma tendência na Europa que busca trazer uma nova concepção contratual através, sobretudo, da consideração a solidariedade nessas relações.

Portanto, em direito comparado, embora não positivado e encontrando divergências na doutrina, verifica-se, no ordenamento português, a construção dos mesmos ideais que promoveram o desenvolvimento do princípio da função social do contrato no sistema brasileiro. Dessa forma, cremos que é implícita a existência e aplicação do referido princípio em Portugal.

¹⁵⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, 2014, p. 209.

¹⁵¹ SÁ, Almeno de. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro, 2002, p. 286.

II.VIII. A função social do contrato de trabalho

Diante de todos os fundamentos expostos sobre a função social do contrato de maneira geral, aprofundamos nosso raciocínio e adentramos no campo do labor que, indubitavelmente, detém uma função primordial para a sociedade.

Dessa maneira, é fundamental, em primeiro plano, aferir o sentido do trabalho. Assim, Hackman e Oldhan¹⁵² adicionaram um fator importante no sentido da palavra “trabalho”, qual seja, a qualidade de vida. Ainda nesse plano, os referidos doutrinadores determinam três características essenciais para definir o sentido do trabalho: variedade de tarefas, trabalho não-alienante e o retorno (feedback). Nessa direção, atestando a dinamicidade do trabalho, sobretudo, o fator social, Suzana Tolfo e Valmíria Piccinini¹⁵³ concluem “[...] então, que o fenômeno de atribuir sentidos e significados ao trabalho precisa ser estudado em uma perspectiva multidisciplinar, pois se trata de um construto psicológico multidimensional e dinâmico, e que resulta da interação entre variáveis pessoais e sociais relacionadas ao trabalho”.

É importante atentar que o pensamento acima exposto, não restringe a configuração de situações laborais, pois apenas propõe algumas características para atribuir sentido ao trabalho saudável, de acordo com os ideais sociais, podendo, logicamente, haver trabalho com outras características ou, até mesmo, sem as ressaltadas.

Assim, naturalmente, o trabalho é um elemento social que detém diversas acepções, como elucida Carlos Zangrando¹⁵⁴, extraíndo, inclusive, do vocábulo “trabalho” diversas interpretações. Ou seja, ensina que é uma daquelas palavras que possuem acepções amplíssimas com conceitos que vão do sentido subjetivo até definições de valores e expressões precisas do mundo físico, pois há trabalho sempre que alguém exerce uma profissão ou ofício. Portanto, é a despesa da energia humana, a reunião de atividades produtivas que o ser humano efetua para a realização de um certo objetivo. Para o direito, o

¹⁵² HACKMAN, J., OLDHAN, G. Development of job diagnostic survey, 1975, p. 159-170.

¹⁵³ TOLFO, Suzana; PICCININI, Valmíria. Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis estudos empíricos brasileiros, 2007, p. 45.

¹⁵⁴ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho: Tomo I, 2008, p. 32-33.

trabalho adquire uma dimensão jurídica específica, nascida de sua condição de atividade humana susceptível de ser regulamentada por normas jurídicas.

Na ideia marxista¹⁵⁵, o trabalho, de maneira geral, pode ser entendido como uma capacidade de transformar a natureza para atender necessidades humanas.

Vale ressaltar, ainda, os ensinamentos de Antônio Álvares da Silva¹⁵⁶, que aduz que qualquer agrupamento humano, mesmo sendo primitivo, tem embasamento no trabalho, este perfazendo um fator constante na vida humana. E conceitua, ainda nessa direção de pensamento, destacando a natureza ininterrupta e essencial do trabalho para o ser humano¹⁵⁷.

Dito isso, torna-se ainda mais transparente a ideia de que o contrato de trabalho deve atender a uma função social sob pena de se tornar degradante e, portanto, criar situações laborais abusivas.

Entretantes, diante das conjunturas apresentadas quando da exposição das concepções trabalhistas, verifica-se que a igualdade é um fator determinante para o bem-estar da relação laboral, bem como para o atendimento à função social que, por sua vez, detém, como já exposto, uma dupla eficácia: inter partes e ultra partes. Dessa maneira, ainda, antes de adentrar efetivamente no mérito da função social do contrato de trabalho, para uma melhor compreensão, invocamos e conceituamos o princípio da igualdade.

Este importante princípio tem como essência básica o seguinte raciocínio de autoria do filósofo Aristóteles: “tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida da sua desigualdade”. Ou seja, pode ser entendido como um equilíbrio de quantidades. Sobre esse tratamento desigual que gera igualdade, temos a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁸ aduzindo que a isonomia se sobressai na lei na medida em que discrimina situações que exigem tal tratamento.

¹⁵⁵ MARX, K. Os manuscritos econômicos e filosóficos, 1993.

¹⁵⁶ SILVA, Antônio Álvares da. Pequeno tratado da nova competência trabalhista. São Paulo: LTr, 2005. p. 18.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 18. *O trabalho é um fator constante na vida do homem. Ele não convive com a natureza através de uma relação adaptada, como os demais seres vivos, que dela retiram a satisfação de suas necessidades sem modificá-la. Ao contrário, atua sobre o mundo exterior, transformando-o em sua forma e conteúdo para a satisfação de suas necessidades e desejos. Coloca suas forças espirituais e físicas para atingir um fim útil e sério, ou seja, trabalha.*

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2000, p. 12-13. *O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é,*

A filosofia leciona que a própria justiça perfaz um fenômeno da igualdade, harmonia e proporcionalidade. Aristóteles¹⁵⁹ afirma com propriedade e simplicidade que a justiça é por si só uma igualdade e a injustiça uma desigualdade. Santo Tomás de Aquino¹⁶⁰, no que lhe diz respeito, expõe que a justiça tem a igualdade como essência.

Nesse norte, verifica-se a existência de duas dimensões do princípio da isonomia que a doutrina impõe ao sistema jurídico: positiva e negativa. Sobre a primeira, temos que findada a primeira grande guerra mundial, o pensamento passou a ser no sentido de que o Estado tem o dever de intervir para a busca constante do ideal do bem-estar social, ou seja, há uma necessidade de o Estado agir de maneira ativa. Por outro lado, a valência negativa se define como a característica inerte do Estado perante as disparidades sociais e econômicas, restringindo-se a estabelecer a isonomia no plano formal¹⁶¹.

Porém, se o limite da busca da igualdade se esgotar ao aludido comportamento negativo, podemos considerar que essa mera imposição formal pode ser considerada fonte de grandes injustiças¹⁶². Nesse mesmo rumo, encontra-se a doutrina de Norberto Bobbio¹⁶³.

Enfim, vale destacar a lição do eminente J. J. Gomes Canotilho¹⁶⁴ que estabelece a chamada “função de não discriminação” que atinge todos os direitos, liberdades e garantias, inclusive estendendo-se, em especial, aos direitos laborais. Ensina, ainda, que a aplicação

as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

¹⁵⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, 2009.

¹⁶⁰ Tomás de Aquino apud BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*, 2004, p. 204. *Dentre as outras virtudes, é próprio à justiça ordenar os nossos atos que dizem respeito a outrem. Porquanto, implica uma certa igualdade, como o próprio nome o indica; pois, do que implica a igualdade se diz, vulgarmente, que está ajustado. Ora, a igualdade supõe relação com outrem. Ao passo que as demais virtudes aperfeiçoam o homem só no referente a si próprio.*

¹⁶¹ FARIA, Anacleto de Oliveira. *O princípio da Igualdade Jurídica*, 1973. p. 48-98.

¹⁶² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, 2012, p. 44. *A paridade, no entanto, não pode ser apenas formal. Não basta tratar igualmente a todos, que nem sempre têm as mesmas condições econômicas, sociais e técnicas. O tratamento formalmente igualitário pode ser causa de grandes injustiças. É preciso que a igualdade seja substancial, tal como revelada na vetusta fórmula: “tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida da sua desigualdade”.*

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1994, p. 29. *A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos (por exemplo, do direito de todos terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento).*

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 1998, p. 375.

igualitária do direito precisa ser uma das dimensões basilares do princípio da isonomia, devendo ser levada em conta pelos órgãos da administração e pelos tribunais.

Ressalta-se, ainda, que a igualdade é voltada, além do aplicador do direito, para o legislador, pois deve haver igualdade na edição da norma jurídica¹⁶⁵. A tal situação atribui-se ao que é o conteúdo político-ideológico do princípio da isonomia, pelo qual a lei não pode ser instrumento de vantagens ou perseguições, mas sim uma ferramenta reguladora da vida social.

No âmbito do Direito do Trabalho, visualizamos nitidamente uma aplicação duradoura do princípio da proteção mais elevada para a busca da desejada igualdade substancial. Neste ponto, seria possível aferir um atendimento a função social do contrato, visto que os ideais de justiça social são buscados, principalmente, em respeito da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, resta pacífico que o Direito Laboral surgiu em prol do bem-estar social, ou seja, nascido da intervenção estatal junto a iniciativa privada. Trata-se de um ramo do Direito considerado recente, de um fruto tardio da Revolução Industrial. Nasceu contemporaneamente ao capitalismo. Como sabemos, o aludido período revolucionário foi uma época em que o trabalhador era explorado e, inclusive, marginalizado, fato este que nos leva a crer em sua grande influência para a idealização da função social do contrato de trabalho. Tal concepção social vem para amenizar a degradação do trabalhador nos termos já expostos.

Não existe dispositivo na lei trabalhista que expresse a função social do contrato de trabalho, porém a Constituição com os seus princípios, especialmente o da solidariedade, dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, além do Código Civil que traz o respeito ao fim social no exercício dos direitos individuais, nos fazem confiar na aplicação dos preceitos sociais nas relações de trabalho através, também, de uma construção doutrinária, pois, como já foi dito, o trabalho é da essência do ser humano e gera a circulação

¹⁶⁵ Francisco Campos apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2000, p. 9-10. Sobre a aplicação do princípio da igualdade ao legislador: *Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.*

de riquezas. Sendo assim, a utilidade das relações empregatícias como circulação de riquezas deve-se aos empregados, empregadores e sindicatos que, juntos, têm a tarefa de buscar o bem comum objetivando beneficiar, também, a sociedade como um todo.

Em um plano geral, em uma conjuntura prática, elucidamos que não é plausível que um contrato de trabalho tenha como objeto, serviços, produtos ou meios de produção que desrespeitem o meio ambiente, por exemplo.

Além disso, verifica-se algumas figuras jurídicas no ordenamento que combinam com os ideais da função social nas relações de trabalho e, assim, torna razoável a proposta de aplicação do princípio da função social nas referidas situações.

Exemplificando, vislumbramos a questão da flexibilização do Direito do Trabalho, onde também é preciso ater a função social. Tal fenômeno moderno visa atenuar o problema da rigidez normativa desse contemporâneo ramo do Direito, visando a promoção do emprego e o investimento, porém muitas vezes objetiva a demasiada eficiência, ou seja, produtividade de mão-de-obra.

Apesar dos diversos efeitos positivos dessa flexibilização, as repercussões negativas não podem ser ignoradas, pois há situações em que o sistema capitalista se utiliza da flexibilização das normas para reduzir as garantias dos trabalhadores. Nesse sentido, pondera o pensamento de João Leal Amado¹⁶⁶.

Uma das principais repercussões dessa sobreposição de interesses do capital sobre os trabalhadores é a diminuição da força de representação sindical. No Brasil, especialmente no que diz respeito as negociações coletivas, por meio de propostas parlamentares, pretende-se excluir as negociações que envolvam toda uma categoria e, assim, introduzir negociações pontuais.

¹⁶⁶ AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho, 2014, p. 31-32. *Ora, <<flexibilidade>> consiste, sem dúvida, numa palavra mágica, encantatória. Flexível significa maleável, ágil, suave... vocábulos que emitem, todos eles, sinais positivos. Flexível opõe-se a rígo – e o que é rígo é mau, o que é rígo parte-se. Mas flexível também pode significar dócil, complacente, submisso. Nesse sentido, flexível opõe-se a firme – e o que é firme é bom, o que é firme não se dobra. Na verdade, entre a maleabilidade e a docilidade vai uma distância despicienda. Tal como entre a suavidade e a complacência. Tal como, afinal, entre rigidez e a firmeza.*

Efetivamente no Direito Coletivo, alguns autores¹⁶⁷ afirmam que a aplicação da função social nesta seara cria barreiras para a flexibilização. Nesse sentido, cremos que a aplicação da função social nessas relações não é prejudicial, pois contribui para o aprimoramento das relações coletivas de trabalho. Enquanto, por outro lado, por meio da flexibilização, o capitalismo selvagem desumaniza o labor.

Portanto, faz-se necessário trazer a humanização que vivencia o Direito Civil ao Direito do Trabalho¹⁶⁸.

Não obstante, ressalta-se que a própria flexibilização do Direito do Trabalho é um fator que gera a obrigação do aprimoramento da aplicação do princípio da função social nos contratos de trabalho, visto que o pensamento capitalista de produtividade e competitividade empresarial não pode ser priorizado em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Por isso, a função social tem que se destacar nesse momento e se apresenta como um elemento fundamental nos contratos, pois ameniza essa desproporção de tratamento entre os polos da relação de trabalho e, assim, busca o equilíbrio através da prevalência da justiça social, pois esta “observa os princípios da igualdade proporcional e considera a necessidade de uns e a capacidade de contribuição de outros.”¹⁶⁹

Por derradeiro, sem demandar maiores detalhes, outros exemplos sobre a influência do destacado princípio na seara laboral, são o instituto da concertação social e as concepções da figura jurídica do interesse coletivo, principalmente, em sua vertente social.

¹⁶⁷ TRINDADE, Rodrigo. *Função Social do Contrato de Emprego*, 2008, p. 163-164.

¹⁶⁸ CASACCHI, Luciano Soares de Jesus; STRICAGNOLO, Claudia Patricia. *Função Social do Contrato de Trabalho*, 2014, p. 67.

¹⁶⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2013, p. 112.

PARTE III – DO ABUSO DO DIREITO DE GREVE

III.I - Concepções preliminares

O presente capítulo tem como objeto de estudo, o abuso do direito de greve. Para isso, emolduraremos a aplicação da teoria geral do abuso de direito em situações laborais, mais especificamente no que diz respeito à greve, conforme a relação de trabalho ou emprego é uma relação jurídica do tipo civil, pois, como visto, fundamentalmente, o empregado e o empregador possuem o poder de autodeterminação, sendo que a existência deste poder é essencial para que se configure a referida relação.

Ademais, o expediente coletivo é uma posição jurídica proveniente da aludida relação e, assim, em algumas oportunidades, pode refletir de maneira abusiva. Salienta-se que essa relação, por sua vez, procede efeitos tanto entre as partes, como em terceiros.

Assim, devemos, posteriormente, conceituar a greve como um direito, além de que, aprofundando, é imperioso definir a sua natureza jurídica. Uma vez cumprido esse desafio, será possível encontrar o critério mais adequado para aferir a abusividade através dos ditames da teoria geral do abuso de direito.

Então, enfocaremos, finalmente, o abuso do direito de greve sob a óptica da função social do contrato de trabalho, de modo que antecipamos a arguição sobre este aspecto ser um dos indicativos para se declarar a abusividade do expediente, vez que, como é cediço, o destacado tipo de coalizão tem peculiaridades propícias à questão social e, por isso, as esferas de interesses individuais dos trabalhadores devem se harmonizar com a esfera coletiva, conforme o referido princípio da função social.

Por derradeiro, será interessante para a conclusão deste trabalho, salientar e discorrer sobre algumas das situações práticas de greve, que podem ter caráter abusivo ou não.

Enfim, observa-se que o tema acerca da greve como um direito, que em algumas ocasiões é exercido de maneira errônea, é fonte de uma problemática entre o Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Constitucional, vez que se trata de uma matéria que reside eminentemente na Constituição da República Portuguesa e apoia-se na sua extrema relevância.

III.II. Considerações conceituais acerca da greve

Antes do surgimento da efetiva união dos trabalhadores, os movimentos operários e as paralisações tinham como características o isolamento e a desorganização. Mas, aos poucos, a greve passou a ter legitimidade e alcançou seu reconhecimento pelo Estado em diversos países.

A consagração da greve abriu diversas portas para os trabalhadores e, especialmente no Brasil, contribuiu e foi considerado o marco que alavancou a elaboração da Consolidação da Leis Trabalhistas. Esse fenômeno coletivo constitui-se como uma das mais importantes e complexas matérias do Direito Coletivo. Assim, na concepção de Antônio Álvares da Silva, a greve é uma das formas mais inteligentes de levar o empregador a negociação e alcançar o tão desejado equilíbrio nas relações de emprego¹⁷⁰.

A greve é uma ferramenta à disposição dos trabalhadores que se caracteriza pelo elemento da pressão que tem o objetivo de defesa ou conquista de interesses coletivos, ou ainda com fins sociais mais abrangentes. Concebe um direito de autotutela¹⁷¹, porém não é absoluto e deve satisfazer limites impostos naturalmente pelo cotidiano social. Nesse sentido visualizamos a doutrina de Carlos Zangrando abordando o caráter violento da greve e, inclusive, o excepcional respaldo da sociedade em determinados casos¹⁷². Constatamos, portanto, no Direito do Trabalho, um caso de permissão da autotutela. Essa coerção exercida pelos particulares, vale ressaltar, é, de modo geral, restrita nos ordenamentos jurídicos.

¹⁷⁰ SILVA, Antônio Álvares. Pequeno Tratado da nova competência trabalhista, 2005, p. 143.

¹⁷¹ GODINHO, Maurício. Curso de Direito do Trabalho, 2012, p. 1420. *A autotutela traduz, inegavelmente, modo de exercício direto de coerção pelos particulares. Por isso tem sido restringida, de maneira geral, nos últimos séculos pela ordem jurídica, que vem transferindo ao Estado as diversas (e principais) modalidades de uso coercitivo existentes na vida social. O Direito Civil, nesse quadro, preservou, como esporádicas exceções, poucas situações de veiculação coercitiva por particulares, tais como a legítima defesa (art. 160, I, CCB/1916; art. 188, I, CCB/2002), o desforço imediato, no esbulho possessório (art. 502, CCB/1916; art. 1210, 1º, CCB/2003), a apreensão pessoal do bem, no penhor legal (art. 779, CCB/1916; art. 1470, CCB/2002).*

¹⁷² ZANGRANDO, Carlos. Curso de Direito do trabalho: tomo III, 2008, p.1511. *A greve é uma manifestação típica do sistema de exploração do trabalho humano. É um meio de força utilizado pelos empregados para obter sua solução rápida e favorável às suas reivindicações. Não se pode negar que a greve é, em si mesma, um ato de violência, entretanto a sociedade, excepcionalmente, consente com a sua existência, tendo em vista os seus fins relevantes.*

Sobre a inerente pressão adotada por parte dos trabalhadores grevistas, salienta-se que esta pode gerar prejuízos, inclusive havendo doutrina no sentido de que existe um direito de prejudicar¹⁷³ o que nos remete, novamente, à autotutela. Nessa esteira, Márcio Túlio Viana¹⁷⁴ aduz que a greve, enquanto instrumento de pressão, proporciona, ao mesmo tempo, a construção de uma norma e a sanção desta, ou seja, serve ao Direito, sucessivamente de três modos, como fonte material (fatos sociais), fonte formal (convenções coletivas) e, enfim, como modo de garantia de cumprimento do estabelecido.

Nesse diapasão, apesar das características violentas, ressalta-se que o expediente é capaz de proporcionar bons frutos para o trabalhador, sociedade e, inclusive, para o empregador, vez que, ao seu término, a medida que melhoram as condições de trabalho, os empregados tendem a ter um melhor rendimento em função da própria motivação que se eleva, bem como traz efeitos benéficos à sociedade em decorrência dos serviços prestados, principalmente, no que se refere aos que têm natureza essencial. Ressalta-se que, assim, apesar desse caráter violento, o expediente proporciona, ao seu termo, a reaproximação dos polos contratuais.

Noutro norte, conforme veremos a seguir, caso o referido direito de coalizão não seja exercido de modo regular, o efeito supra aludido procede no sentido inverso, podendo trazer maléficis à sociedade e aos próprios integrantes dos polos da relação laboral. Com essa perspectiva, ressaltando a magnitude de tal direito constitucional, Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga discorrem fazendo um adendo à delicada atuação judicial nesses casos¹⁷⁵.

Destarte, torna-se necessário buscar obter um conceito equilibrado desta conquista do Direito do Trabalho. No sistema jurídico português, a ausência de definição legal torna

¹⁷³ ZANGRANDO, Carlos. Curso de Direito do trabalho: tomo III, 2008, p. 1512. *Essa pressão pode produzir prejuízos. E a greve consistiria justamente nisso: o direito de prejudicar. Ao ser reconhecido como direito, ele toma uma justificação análoga à legítima defesa, ao estado de necessidade ou ao descumprimento de um dever.*

¹⁷⁴ VIANA, Márcio Túlio. *Conflitos Coletivos de Trabalho*, 2000, p. 126.

¹⁷⁵ FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. *Relações coletivas e sindicais: Nova competência após a EC n. 45, 2005, p. 344. Assim, a greve, mais do que nunca, deve ser encarada pelo Poder Judiciário como instrumento imprescindível da negociação coletiva e direito constitucionalmente assegurado aos trabalhadores. Se, a pretexto de resolver conflito coletivo, muitas vezes tolerou-se, no passado, que o Judiciário intervisse abruptamente, pondo fim a movimentos grevistas, hoje, tal intervenção será totalmente descabida, ante a clara intervenção do legislador constitucional de desautorizar a atuação do estado nos conflitos coletivos, exceto pela vontade expressa e conjunta dos atores sociais envolvidos ou na hipótese excepcional prevista na própria norma constitucional, em que possa haver lesão ao interesse público.*

essa tarefa mais complexa e oferece abertura para diversas formas de interpretação¹⁷⁶. Para justificar essa omissão na legislação, António Monteiro Fernandes¹⁷⁷ utiliza-se do regime constitucional português que veda, no art. 57º da CRP¹⁷⁸, à lei ordinária limitar o âmbito de interesses a se defender ou pleitear através da greve. Assim, o referido doutrinador explica que o legislador optou por não definir o expediente, pois acredita-se que, agindo dessa forma, estaria limitando e encobrendo qualquer referência finalística acerca da greve.

Tomando como base essa linha de raciocínio, concorda-se que o conceito de greve, no sentido jurídico, apenas atinge seu preenchimento por meio de comportamentos conflituais através da abstenção coletiva e concertada da produção laboral, por meio da qual os trabalhadores, em conjunto, utilizando-se do método de pressão, objetivam a concretização de determinado interesse comum.¹⁷⁹

Em um plano geral, a greve perfaz um movimento coletivo de perturbação no processo produtivo que promove a consequente sustação das atividades contratuais através do exercício coercitivo direto com duração razoável de acordo com as especificidades de cada conjuntura laboral.

Assim sendo, salienta-se que qualquer ato fora desse conceito não é greve e, portanto, havendo conjunturas jurídicas atípicas em relação à ordem jurídica, não poderemos falar em abusividade de greve ou greve ilícita, mas sim em um comportamento ilícito estritamente vinculado à responsabilidade civil e, logicamente, se for o caso, também, à teoria geral do abuso de direito.

¹⁷⁶ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 2014, p. 806. *O regime legal do exercício do direito de greve (arts. 591º e segs. CT) não contém uma definição do conceito normativo de <<greve>>. A lei adopta, nesse ponto, uma atitude abstensiva que tem dado margem a diversos exercícios interpretativos. Quase todos eles incorrem num risco sério de apriorismo: a abordagem ideológica do problema da determinação da greve em sentido jurídico encontra aí excelentes oportunidades. A ausência de uma noção legal de greve pode servir para a demonstração de postulados tão contrastantes como estes: todo o tipo de <<perturbação>> colectiva do trabalho cabe no direito de greve; só a abstenção colectiva de trabalho com fins <<contratuais>> merece a cobertura desse direito.*

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 807-809.

¹⁷⁸ Artigo 57º: 2. *Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.*

¹⁷⁹ FERNANDES, op. cit. p. 809.

III.II.I. Natureza jurídica

Nesse ponto do presente estudo, para alcançar a natureza jurídica da greve, é necessário avaliar cada sistema jurídico, pois o modo de reconhecimento pelo ordenamento nos encaminhará para a determinação da natureza jurídica.

Em termos legais, é possível visualizar a instauração de três dimensões evolutivas da greve, quais sejam, como delito, liberdade e direito.

Tem-se em um momento embrionário, a greve classificada como delito, ou seja, era considerada um ilícito penal e tinha como consequência uma punição criminal. Vemos tal tipificação no Código Penal Francês de 1810. No Brasil é possível verificar menção expressa à ilicitude penal da greve no Código Penal de 1890 e na Constituição de 1937, esta que considerava a greve um atentado aos interesses da produção nacional.

Avançando na linha de evolução, surge a ideia de greve como uma ação proveniente da liberdade dos trabalhadores livres ou qualquer indivíduo. Ou seja, concebe-se a liberdade em uma valência negativa, de não prestar serviço. Assim, o trabalhador não comete um delito, mas sujeita-se à mora e à consequente demissão com justa causa.

Especificando nosso raciocínio, enfatizamos, novamente, a força que a greve tem para se alcançar melhores condições de trabalho. Dessa maneira, o Estado começou a se preparar para efetivar o reconhecimento de tal instituto, pois era visível o desenvolvimento da greve a um nível de eficácia em que o próprio Estado não conseguia obter¹⁸⁰. Então, chegamos ao ápice da evolução do fenômeno coletivo, enquadrando a greve como um direito¹⁸¹.

Dessa forma, o trabalhador passa a ter amparo legal para paralisar os serviços em prol de melhores condições de trabalho e não mais, apenas, exerce uma liberdade. Nesse estado de aperfeiçoamento não existe mora ou descumprimento de deveres atinentes ao

¹⁸⁰ SOUZA, Ronald Amorim. *Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e Económicos*, 2004, p. 46.

¹⁸¹ ZANGRANDO, Carlos. *Curso de Direito do trabalho: tomo III*, 2008, p.1512. *A greve é, assim, um direito, pois se encontra previsto no ordenamento jurídico nacional. Exterioriza-se por intermédio de um ato jurídico – a paralisação concertada do trabalho – praticado pelos grevistas.*

trabalho por parte do empregado grevista. Por outro lado, existe, eminentemente, o exercício de um direito legitimado pelo sistema jurídico. A greve, portanto, passa a ser tutelada e protegida.

Vale ressaltar que em Portugal a greve deteve apenas duas dimensões evolutivas, a greve delito e, em seguida, consagrada como um direito.

Chegando ao cume do desenvolvimento do direito de greve, observa-se no Brasil e em Portugal a consagração da greve como um direito fundamental expresso na Constituição, sendo a referida condição, inclusive, uma tendência nos Estados democráticos modernos. Em diversos ordenamentos jurídicos do mundo detém o estado de direito irrenunciável, como em Espanha e, inclusive, em Portugal, no Código do Trabalho¹⁸².

Nesse momento de reconhecimento como um direito, observa-se a primazia do interesse do empregado, através de uma paralisação laboral lícita, em detrimento dos interesses empresariais, tendo o trabalhador a margem legal para praticar essa ação. Trata-se, portanto, de conjuntura que transcende a concepção de liberdade e passa a ter a faceta de um direito que prevalece sobre a obrigação de cumprimento contratual.¹⁸³ Nesse mesmo sentido, Ronald Amorim e Souza¹⁸⁴ referindo-se à obra de Bernardo Xavier destaca que o exercício da greve afronta o empregador para que se alcance o cumprimento do contrato de trabalho. Portanto, vemos a doutrina de Jorge Leite¹⁸⁵ observando, de maneira precisa, o desenvolvimento do expediente, deixando de ser uma mera liberdade, mas sim um direito que justifica a ausência da efetiva execução dos atos materiais de labor por parte do empregado.

¹⁸² Artigo 530: 3. *O direito à greve é irrenunciável.*

¹⁸³ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 2014, p. 815-816.

¹⁸⁴ SOUZA, Ronald Amorim. *Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e Económicos*, 2004, p. 47.

¹⁸⁵ LEITE, Jorge. *Direito do trabalho*, 2004, p. 199-200. *Mais do que um mero agere licitum, isto é, mais do que o exercício de uma mera liberdade imunizadora de responsabilidade de ordem criminal ou civil extracontratual, a greve traduz-se num direito cujo exercício justifica a recusa temporária do débito do trabalhador (a prestação de trabalho) e paralisa, conseqüentemente, o crédito correspondente do empregador. O núcleo essencial deste direito reside, assim, no poder do trabalhador de modificar transitoriamente o vínculo jurídico-laboral. Não se trata, pois, de um direito a uma prestação ou a uma atividade de outrem, mas de um direito de paralisação temporária de alguns dos principais efeitos do vínculo jurídico-laboral (o dever de prestar trabalho, o dever de obediência e outros aspectos conexos com o elemento da subordinação jurídica), paralisação que se impõe ao empregador (a outra parte do referido vínculo) colocado, para estes efeitos, numa posição de sujeição jurídica.*

Por fim, ressaltamos, no âmbito do Direito Internacional, que a greve é reconhecida como direito, de maneira expressa, no Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU - 1966). No bloco econômico do Mercosul nota-se o amparo ao direito de greve na Declaração Sociolaboral de dezembro de 1998¹⁸⁶.

Ademais, como exposto, a greve deteve diversas dimensões ao longo da história, a variar o estado atual de evolução do referido expediente coletivo de acordo com o tipo de regime adotado pelo país.

Desta feita, conforme a conceituação de greve e a aceitação da greve como um direito conquistado através da luta contra arbitrariedades cometidas pelos empregadores em face das condições dignas de trabalho, especialmente quanto aos países que reconhecem a licitude da greve, evidencia-se a discussão acerca da natureza jurídica, vez que é um direito com particularidades que geram certa polêmica, dada a forma de exercício.

Não obstante, frisa-se que a greve, para a doutrina majoritária, inclusive adotada na Europa, tem natureza jurídica de um direito individual de exercício coletivo. Desse modo, abre-se uma nova questão no que tem relação com a titularidade do direito de greve, existindo vertentes que determinam como um direito do sindicato, outras como um direito efetivamente coletivo, e outras assinalando como um direito subjetivo cujo titular é o trabalhador.

Nesse aspecto, é interessante notar que no âmbito individual, a recusa de trabalho seria um ato ilícito por parte do trabalhador, porém a abstenção do labor de maneira coletiva pode se tornar lícita com a adesão à greve¹⁸⁷.

Ainda, Márcio Túlio Viana¹⁸⁸ cita o exemplo do ordenamento francês no sentido de aceitação da greve de minoria, bem como a greve da categoria aderida por apenas um empregado do ente patronal, possibilidade esta que evidencia, ainda mais, a natureza de direito individual exercido de forma coletiva.

¹⁸⁶ Artigo 11: *Todos os trabalhadores e as organizações sindicais têm garantido o exercício do direito de greve, conforme as disposições nacionais vigentes. Os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação deste direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar sua finalidade.*

¹⁸⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Conflitos Coletivos de Trabalho*, 2000, p. 127.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p. 127.

Entretanto, anotamos que apesar da iniciativa do expediente provir tanto de um grupo quanto de apenas um indivíduo, convenhamos que, como veremos adiante, a adesão é sempre individual. Noutra sentença, afasta-se a tese que atribui titularidade ao sindicato, uma vez que o expediente consiste na cessação do efetivo labor, onde o titular nada mais é do que o próprio empregado, sendo a intervenção do sindicato uma mera condição de exercício, ou seja, o sindicato perfaz o sujeito coletivo apto para proclamar e deliberar as ações grevistas, sempre pontuando que a titularidade é do grevista individual enquanto participante de um grupo.

Portanto, não restam dúvidas quanto a titularidade desse direito, vez que, conforme explicitado, esta recai sobre o trabalhador individualmente considerado. Ainda, reforçando essa assertiva, segundo Antonio Monteiro Fernandes¹⁸⁹, o momento crucial do exercício desse direito perfaz a adesão individual, ou seja, incidindo, através desta, a paralisação da prestação laboral. Inclusive, aduz que não bastará apenas as deliberações, avisos, bem como formalidades realizadas pelo sindicato para a efetivação do exercício do expediente, sendo necessário, enfim, para a concretização, a fundamental abstenção da execução dos atos contratuais laborais.

Noutra esteira, surge também a ascensão do pensamento no sentido de a greve ser um direito potestativo, sendo plausível esse enquadramento, porém partindo-se do raciocínio de que a partir da proclamação da greve, o empregador tem que aceitá-la, ou melhor, não impedir a abertura do movimento, dado que, antes de tudo, a greve é uma liberdade. Portanto, até esse ponto poderíamos emoldurar um direito potestativo. Entretanto, mais a fundo, é certo que a entidade patronal não é obrigada a aceitar as condições exigidas pelo expediente, portanto, não é obrigatório, na situação, a modificação da relação jurídica.

Inclusive, Monteiro Fernandes¹⁹⁰, através do pensamento de conferir uma construção conceitual unitária, ou seja, ao unificar a dimensão coletiva e individual nos ordenamentos que não imputem grandes restrições a licitude da greve, estabelece que há uma articulação entre uma liberdade pública e um direito potestativo. Assim, denomina a natureza jurídica do referido expediente, diante, respectivamente, da não funcionalização a

¹⁸⁹ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 2014, p. 819.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 818.

interesses econômico-profissionais e ao efeito de suspensão do contrato de trabalho ocasionada pela coalizão. Dessa forma, esclarece que o n° 2 do art° 57° da CRP veio para resolver a questão do embate entre o fator liberdade e o fator direito potestativo proveniente da dupla dimensionalidade do direito de greve, trazendo, assim, o caráter unitário ao conceito.

Em outro plano, a título de exposição, encontramos na lição de Del Castillo¹⁹¹ a natureza jurídica da greve sob três feições: contratual, resguarda o empregado com relação a punições provenientes do poder disciplinar do empregador; no que diz respeito ao enfoque sindical, a greve materializa-se como instrumento de pressão; e enfim, sob a óptica social, o expediente trata de exceção ao monopólio de solução de conflitos atribuído ao Estado.

Sobre o pensamento acima, é importante observar que peca quanto à explicação da natureza social, visto que a greve não é um meio de solução de conflito coletivo, pois, conforme o próprio enfoque sindical atribuído pelo autor, o elemento pressão é enfatizado, o que nos remete a um caráter de imposição, e não de conciliação.

Lado outro, em vertentes que não reconhecem a efetivação da greve como uma prerrogativa do cidadão, destaca-se o apontamento da greve como um mero fato social ou até mesmo apenas como uma liberdade pública.

¹⁹¹ Santiago P. Del Castillo apud VIANA, Márcio Túlio. *Conflitos Coletivos de Trabalho*, 2000, p. 125.

III.III. Critério de aferição do abuso do direito de greve

Aprofundando, passamos agora a enquadrar os critérios que formam uma problemática sobre o caráter abusivo do expediente, ou seja, da aparente licitude¹⁹².

O comando do artigo 57º, nº 2 da CRP atribui competência aos trabalhadores para definir o âmbito de interesses a defender através da greve, inclusive, não podendo a lei, sequer, limitar esse campo. Sendo assim, é óbvio a dificuldade de assinalar as limitações do direito de greve. Até mesmo, em conformidade com o Parecer PGR nº 123/76B, de 3/3/77, BMJ, 265, 57 ss., rejeita-se a vinculação das finalidades grevistas à prossecução ou defesa de interesses profissionais.

Todavia, é de se reconhecer que todo direito encontra limites e, assim, temos a Constituição como parâmetro geral. Por isso, é necessário que as finalidades do exercício do direito de greve têm que estar alinhadas com relevante valor constitucional, sob pena de ilicitude ou abuso.

Assim sendo, diante da dificuldade imposta pela norma constitucional, que não permite, sequer, a lei ordinária restringir o contexto dos objetivos dos interesses grevistas, trazemos à baila a teoria do abuso de direito como um fator de abertura para regulação mais aprofundada desse direito, afora as hipóteses de ilicitude. Entretanto, é necessário sempre reforçar a questão da independência existente entre a ilicitude e a abusividade já aludida nesse trabalho.

Dessa maneira, preliminarmente, é importante partir do pressuposto de que a teoria geral do abuso de direito tem em sua essência, eminentemente, uma rica construção

¹⁹² PRIM, Javier Matia. El Abuso del Derecho de Huelga: ensayo sobre la regulación del derecho de huelga em el Ordenamiento español, 1996, p. 92-93. Equiparando a doutrina francesa com o critério espanhol: *Es usual que la doctrina francesa, al referirse a la eventual ilicitude de una huelga, diferencie entre las huelgas políticas, de solidaridad, o aquéllas que se realizan em vulneración de lo establecido em convenio colectivo, y las modalidades consideradas abusivas, señalando que en tanto aquéllas son siempre ilícitas, éstas deberán ser consideradas lícitas em principio e ilícitas sólo em ocasiones. Em el Derecho español es éste también el criterio classificatório que suele utilizarse, acompañado de la presuntamente irrefutable demostración que proporcionarían los textos de los artículos 11 y 7.2 del Real Decreto-Ley.*

doutrinária, que perfaz um fator primordial para a aferição do critério de determinação de um ato abusivo.

Extraímos, ao longo do presente estudo, diversos critérios de aferição do abuso de direito. Portanto, à medida que apresentamos a teoria geral do abuso de direito, bem como a essência da função social do contrato, vamos nos encaminhando para propor mais um critério de identificação do abuso de direito de greve.

Lado outro, é fundamental observar, conforme já exposto, que em alguns cenários jurídicos atuais há uma tendência de funcionalização do direito, no sentido de que qualquer direito ou prerrogativa deve obedecer uma função que almeje sempre um fim social. Dessa forma, visualizamos a tutela de direitos subjetivos quando estes são instrumentos do desenvolvimento social dentro de um panorama onde a igualdade substancial deve se sobressair. Isto é, quando ponderamos feições sociais, nos remetemos a aspectos igualitários.

Outrossim, observa-se que a funcionalização deve se ater ao campo social e, por isso, consideramos que não implica aniquilação da liberdade de greve, pois trata do interesse coletivo que, por sua vez, tem prevalência. No entanto, a funcionalização com relação a outros aspectos, tais como econômico-profissionais, entre outros, temos que concordar que aniquilam liberdades e até podem ter a capacidade de desfigurar direitos.

Portanto, o exercício de um direito não pode ter uma faceta insensível à sociedade, pois é nesta que ele se coloca. A nova concepção exposta neste trabalho, a função social, estabelece atenção aos valores da sociedade como um todo, sendo assim um princípio do direito que se intromete em benefício de terceiros alheios, além, é claro, da atuação no âmbito das partes envolvidas na relação jurídica.

Restou esclarecido que a função social é um princípio e que, por conseguinte, tem uma eficácia geral no ordenamento jurídico. Pois bem, vemos essa repercussão, especificamente quanto ao disposto no artigo 334 do Código Civil Português, onde se impõe que o exercício de um direito deve respeitar os fins sociais. Observa-se, portanto, uma influência do princípio da função social. Assim, sendo pacífica a aplicação da referida teoria ao direito de greve, torna-se razoável a proposição levantada neste trabalho de aferição da abusividade dos expedientes coletivos, também, através da função social do contrato de

trabalho. Até mesmo, porque, diante da fundamentação de autonomização do abuso de direito em relação ao ato ilícito, o próprio ato abusivo é determinado, não através de proibições expressas em lei, mas sim por meio dos valores fundamentais dos princípios que regem o ordenamento e, conforme exposto, a função social é um princípio.

Enquadrando, vemos na greve um caráter coletivo e, por isso mesmo, o seu exercício guarda estreita relação com a funcionalização do direito.

Dentro dessa concepção, é possível encontrar os limites da greve em dois tipos distintos¹⁹³.

Com relação a limitação externa, visualiza-se nessas fronteiras, o conflito entre o direito constitucional de greve e outros direitos consagrados na Constituição que, por ventura, se destaquem em uma situação de coalizão. Assim, deve ocorrer uma cooperação entre esses direitos para que o caso concreto satisfaça a busca constante do bem comum. Porém, em prol do bem-estar, em determinadas situações poderá haver o sacrifício de um direito constitucional em detrimento de outro de igual valor. Exemplificando, concebe-se essa articulação entre garantias constitucionais quando a greve incide em área profissional que envolve serviço essencial à população.

Como já foi mencionado, a greve é um conceito motivado pela necessidade de busca de interesses comuns. Contudo, como visto, esse direito não tem caráter absoluto ou ilimitado. Outrossim, tem como condição a luta por um interesse profissional legítimo. Ademais, os direitos fundamentais podem sofrer limitações, porém estas não podem desconfigurar a essência desses direitos. Nesse sentido, exemplificando, o sistema jurídico francês reconhece que o direito de coalizão não pode ser exercido apenas por ações perversas contra atitudes políticas do empregador ou para contrariar a defesa nacional ou como forma de forçar a empresa a readmitir ou despedir um empregado¹⁹⁴.

¹⁹³ Nesse sentido de distinção de limites encontra-se, também, alinhado o ordenamento italiano. GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale*, 1994, p. 230. *Fino alla sentenza della Cassazione n. 711/1980 i limiti dello sciopero dovevano essere distinti in limiti esterni ed interni. I primi sono quelli sciopero con gli altri valori costituzionali. I secondi, invece, erano quelli che la giurisprudenza argomentava sulla base della tecnica definitiva sopra ricordata. Vedremo come anche questa impostazione sia poi rifluita – secondo una tecnica giuridica oggi fatta propria legislatore con la legge 12 giugno 1990, n. 146 – in quella di un temperamento dei contrapposti interessi che trae legittimazione da una interpretazione sistematica del testo costituzionale.*

¹⁹⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do Direito e o ato ilícito*, 1997, p. 32.

Em conformidade com o pensamento de Monteiro Fernandes¹⁹⁵, essa cooperação se resolve através de uma “hierarquização de interesses sociais”, procedimento este que, basicamente, se sucede a partir da generalidade para a especialidade, ou seja, há, prioritariamente, a prevalência de interesses e bens tutelados ao cidadão em geral, como a personalidade e a cidadania, sobre os interesses mais reservados a um grupo de pessoas, tais como os sócios-profissionais.

Diante dessa situação de limitação externa, a ideia final se traduz na busca constante por um ponto de equilíbrio, muito embora é importante registrar que não é plausível, em decorrência desse embate entre direitos de semelhante valor, inutilizar, desfigurar o direito de greve¹⁹⁶. Nesse plano, é um procedimento que, na maior parte dos casos, visa garantir a prestação mínima¹⁹⁷ dos serviços essenciais.

O referido tratamento dado a aludida situação, é admissível, também, em virtude do art. 537º, nº 1¹⁹⁸, do Código de Trabalho português, preconizar os fatores da necessidade social impreterível e os serviços mínimos como limitações ao exercício da greve. Contudo, o rol constante no nº 2¹⁹⁹ do art. 537º do Código do Trabalho é meramente exemplificativo, o que abre caminho para a utilização da teoria do abuso de direito juntamente da adoção do citado método de hierarquização de direitos para solucionar o embate.

¹⁹⁵ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 2014, p. 844.

¹⁹⁶ Parecer PGR 4-1-82, DR 2ª série, 8-6-83, 4.758-4.761 apud FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 2014, p. 843.

¹⁹⁷ FERNANDES, op. cit. p. 846. *De um outro ângulo, o carácter mínimo dos serviços a manter corresponderá a um certo grau de satisfação (porventura inferior ao normal) das necessidades identificadas como impreteríveis – um grau abaixo do qual se entraria em situação idêntica à de insatisfação dessas necessidades.*

¹⁹⁸ Artigo 537: 1. *Em empresa ou estabelecimento que se destine à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, a associação sindical que declare a greve, ou a comissão de greve no caso referido no n.º 2 do artigo 531.º, e os trabalhadores aderentes devem assegurar, durante a mesma, a prestação dos serviços mínimos indispensáveis à satisfação daquelas necessidades.*

¹⁹⁹ Artigo 537: 2. *Considera-se, nomeadamente, empresa ou estabelecimento que se destina à satisfação de necessidades sociais impreteríveis o que se integra em algum dos seguintes sectores: a) Correios e telecomunicações; b) Serviços médicos, hospitalares e medicamentosos; c) Salubridade pública, incluindo a realização de funerais; d) Serviços de energia e minas, incluindo o abastecimento de combustíveis; e) Abastecimento de águas; f) Bombeiros; g) Serviços de atendimento ao público que assegurem a satisfação de necessidades essenciais cuja prestação incumba ao Estado; h) Transportes, incluindo portos, aeroportos, estações de caminho-de-ferro e de camionagem, relativos a passageiros, animais e géneros alimentares deterioráveis e a bens essenciais à economia nacional, abrangendo as respectivas cargas e descargas; i) Transporte e segurança de valores monetários.*

Entretanto, em tempo, aproveita-se a oportunidade de menção aos serviços essenciais, para destacar o sistema jurídico italiano, que tem bastante relevância sobre este tema, bem como as vertentes doutrinárias deste.

Assim, através da interpretação da Corte Constitucional italiana, optou-se, através da jurisprudência consolidada, por limitar o direito de greve²⁰⁰.

Com as transformações do exercício da greve, visando um equilíbrio entre os direitos sociais envolvidos, o referido ordenamento preferiu legislar sobre o tema através da Lei n. 146/90. Dessa maneira, Giuseppe Pellacani²⁰¹ fala em balancear tais direitos visando reparar, de maneira equilibrada, os sacrifícios dos trabalhadores e os danos à população usuária do serviço paralisado, sempre tendo em vista que esse procedimento jamais poderá anular a essência da greve. Nesse sentido, Gino Giugni²⁰² reafirma a necessidade de se ter uma visão que objetiva não apenas o empregador, mas levando em conta os possíveis prejuízos aos destinatários dos serviços que, por sua vez, não têm envolvimento no embate.

Outrossim, a aludida legislação, de logo, define o conceito de serviço essencial e, posteriormente, elenca e identifica, exemplificativamente, as hipóteses de serviço essencial. Dessa atribuição de caráter exemplificativo ao rol, surge a interpretação e abre a possibilidade de aferição do abuso através da teoria geral, pois, por outro lado, caso o elenco detivesse natureza taxativa, se esgotaria o cenário de abusividade e, conseqüentemente, partia-se exclusivamente para a questão da licitude, dada a já aludida autonomia entre o ilícito e o abuso. Por isso, prestigiando a eficácia da aplicação da teoria geral do abuso de direito, concordamos que, embora positivado o referido rol, deve manter-se exemplificativo, pois, dessa maneira, abarca um maior número de situações que merecem proteção jurídica.

Uma outra característica interessante do ordenamento italiano, encontra-se na obrigatoriedade de procedimentos preventivos à deflagração da greve que visam a solução negociada. A respeito dessa conjuntura, Carlos Roberto de Oliveira²⁰³ determina que será

²⁰⁰ PELLACANI, Giuseppe. A greve nos serviços públicos essenciais no ordenamento italiano, 2007, p. 244. *Corte Constitucional, no passado, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reafirmar o princípio através do qual o direito de greve não pode ser exercitado de modo a violar outros direitos de relevância constitucional, endereçados à “tutela dos bens singulares em relação àqueles confiados à autotutela da categoria”, ou de modo a colocar em perigo “a vida da comunidade e do Estado.”*

²⁰¹ Ibidem. p. 245.

²⁰² GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*, 2006, p. 249.

²⁰³ OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *A greve nos serviços essenciais no Brasil e na Itália*, 2013, p. 56.

ilegítima a greve em que o empregador não participa dos procedimentos, bem como, em caso de condutas inadequadas ocorridas nessas negociações que privem a eficácia destas. Porém, ainda, atenta para o problema da ausência de definição legal de um modelo do referido procedimento preventivo. Diante disso, percebemos que a referida conjuntura, também, torna viável a aplicação do abuso de direito nos termos da teoria geral.

Por outro lado, observamos que, quanto aos limites internos, sinteticamente, estes surgem da própria noção de greve, ou seja, da delimitação do seu conceito e princípios atinentes.

Noutro plano, voltando-se novamente a uma visão geral, no que tem relação com o momento de ocorrência do abuso, assenta-se que o exercício regular da greve se encontra dependente da observância de duas ocasiões do processo: o momento que antecede a greve e o período de recusa da prestação de serviço²⁰⁴. Portanto, o abuso do direito de greve pode ter sua origem em um desses momentos ou em ambos, podendo se dar por ação ou omissão por parte dos sindicatos ou dos trabalhadores.

Ainda, o abuso de direito, como conceito autônomo em relação aos atos ilícitos, tem caráter material. A violação de aspectos materiais define-se através de atos aparentemente lícitos praticados pelos titulares do direito de greve, porém não mantém a sua essência axiológica e, portanto, são atos abusivos. Entretanto, frisa-se que o desrespeito a formalidade se identifica como ato ilícito propriamente dito.

Diante do exposto, recorrendo a construção doutrinária acerca do abuso de direito, e adequando-a ao direito de greve, e, portanto, nos filiando a alguns aspectos da teoria finalística especialmente no que diz respeito as ideias da função social, bem como acreditando na natureza autônoma do instituto do ato abusivo em relação a ilicitude e ao direito subjetivo, propomos o pensamento no sentido de que a função social do contrato de trabalho é mais um importante critério para se aferir a abusividade do expediente de greve, pois através deste critério abarca-se eminentes aspectos, conforme embasamento em ditames explanados anteriormente, tal qual a dignidade da pessoa humana.

²⁰⁴ LEITE, Jorge. Direito do trabalho, 2004, p. 208.

Importante atentar, novamente, que a função social também detém a eficácia inter partes que, por sua vez, visa, sobretudo, a igualdade substancial entre os polos e, por isso, se configura como um requisito de valor para aferir a abusividade de uma greve, visto que abarca e protege, também, aspectos internos do contrato de trabalho, ou seja, o que tange o âmbito dos polos contratuais. Além, é claro, da já aludida eficácia ultra partes com seus fins voltados para o mundo externo em relação ao contrato.

Em pensamento mais radical, Flósculo da Nóbrega²⁰⁵ defende que, apesar de serem louváveis e extremamente pertinentes os demais critérios, os direitos são relativizados²⁰⁶ através da teoria do abuso quando assumem caráter anti-social em seu exercício, sendo este o critério mais apropriado para determinar a abusividade, haja vista ter um campo em sua essência que engloba todas as conjecturas através de uma interpretação fática em unidade. Explica-se, portanto, que o direito é por si só social, bem como podemos e devemos utilizá-lo em nosso interesse, desde que respeitado o plano do interesse coletivo.

Destarte, avultamos o importante contributo doutrinário de Jorge Manuel Coutinho de Abreu²⁰⁷ aduzindo, em primeiro plano, os direitos subjetivos como instrumentos de satisfação de interesses pessoais, inclusive, sendo reconhecidos pela sociedade como tal, contudo, tal prestígio destaca, sobretudo, o atendimento ao fator social. Por conseguinte, é desonesto o sujeito que invoca seu direito para tornar legítimo um comportamento não condizente com a funcionalidade social. Ou seja, só haverá abuso de direito quando houver prejuízos significantes a terceiros alheios. Portanto, é nítido que o referido doutrinador também tem o fator social como critério mais adequado.

Assim sendo, o exercício de um direito tem obrigações em seu conteúdo que devem ser respeitadas pelo seu titular²⁰⁸.

²⁰⁵ NÓBREGA, J Flósculo da. Introdução ao Direito, 2007, p. 214.

²⁰⁶ Ibidem. p. 215. *Os direitos são, pois, relativos ao fim a que se destinam, aos interesses da instituição em que se inserem; em consequência, devem ser exercidos em vista desse destino, conforme aos fins da instituição, de modo a não sair do plano da função que lhe corresponde. O direito, como atrás se disse, não dá todo direito; pode-se ter um direito e, não obstante, ter contra a si o direito. O direito é a salvaguarda do bem comum, do interesse geral da comunidade; os direitos são interesses particulares garantidos em vista daquele interesse geral; exercê-los cintrariamente a este, é desviá-los de sua função, é cometer um abuso de direito.*

²⁰⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais, 1999, p. 43.

²⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 1995, p. 430. *Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um maléfico a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito*

Enfim, conforme a doutrina²⁰⁹ determina a licitude da greve através do fundamento da justificação social em face das circunstâncias, por outro lado, podemos assentar que não existem obstáculos para a abusividade ser visualizada, também, por meio desse critério. Nessa perspectiva, respeitando-se a característica natural dos atos grevistas de impor prejuízos e os fundamentos da função social, entendemos plenamente aceitável relativizar o direito de greve através do aludido critério, tendo em vista a característica social do trabalho e do movimento, não podendo este se transformar em meio de deliberações arbitrárias, inconsequentes e insensíveis às necessidades sociais.

Outrossim, conforme já exposto, vale ressaltar que o abuso de direito ocorre, também, quando há violação da boa-fé. Há doutrina²¹⁰ no sentido de que este seria o critério exato de aferição do abuso de direito, principalmente nos ordenamentos jurídicos em que não existe a expressa positivação do referido princípio jurídico.

É possível observar, predominantemente, menções da boa-fé quanto a determinação do abuso de direito no ordenamento jurídico italiano, inclusive no sentido de que o referido princípio do ordenamento jurídico abarca o próprio abuso de direito, este, portanto, tendo existência dependente daquele²¹¹.

Por fim, nessa esteira, como nossa proposta é aprofundar o critério do fim social, averiguamos, também, na doutrina italiana²¹² alinhamento com o princípio da solidariedade como critério, conforme ideias explanadas no presente estudo.

próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

²⁰⁹ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 2014, p. 814.

²¹⁰ JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica, 2009, p. 259.

²¹¹ LEVI, Giulio. L'abuso del diritto, 1993, p. 13.

²¹² CASTRONOVO, Carlo. Abuso del diritto come illecito atípico?, 2006, p. 1059-1060. *Per quanto riguarda il nostro ordinamento, si tratta del principio di solidarietà. Se il diritto attribuito al suo titolare è segno di autonomia, come dicono gli autori, tale autonomia trova il suo limite nel dovere di solidarietà cioè nel punto in cui la pretesa contenuta nel diritto deve cedere di fronte all'interesse contrapposto del danneggiato quando quest'ultimo appare socialmente prevalente. Certo qui ricadiamo sul terreno volutivo, perché occorre individuare il punto-limite. Ma quello che conta nella doverosa correttezza del discorso giuridico come discorso scientifico è che una tale conclusione che pur finisce nell'inevitabile valutativo non appare arbitraria ma abbia dalla sua l'armonia costruttiva del sistema e cioè la coerenza. Esse devono costituire la preoccupazione del giurista come scienziato.*

III.IV. Exemplos de greves atípicas

Abordaremos quatro espécies de greve denominadas de greve intermitente, greve rotativa, greve trombose e greve retroativa. Todas mantêm um comportamento que, em determinadas ocasiões, se utiliza de meios que prejudicam o empregador de maneira atípica.

Adianta-se que essas modalidades de atuação grevista se explicam, conforme Monteiro Fernandes²¹³, em razão da busca da máxima mobilização dos empregados, máximo prejuízo ao patrão e o mínimo de esforço persuasivo e de desvantagens. Ou seja, objetiva a economia de meios, bem como a potencialização do efeito coactivo pretendido.

III.IV.I - Greve intermitente

Trata-se de um tipo de greve que engloba breves interrupções da prestação do serviço de forma sistemática, e que tem como consequência a ocorrência de uma baixa no rendimento igualmente se fosse realizada uma greve de caráter clássico.

Visualizamos, portanto, que esse modo de proceder a coalizão gera mais prejuízos para o empregador do que para o trabalhador. Ou seja, o trabalhador grevista visa também atenuar a perda salarial decorrente da paralisação que gera a suspensão do contrato de trabalho.

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho²¹⁴, em estudo comparado, na Itália esse tipo de greve é considerado ilícito, pois os danos são maiores do que os que normalmente se totalizam na greve costumeira. Em França, o panorama é oposto, a regra é de que essa espécie de greve é considerada legal no sentido de que se cada uma das paralisações é lícita, por conseguinte, o conjunto delas é também, porém pode perfazer abuso

²¹³ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 2014, p. 812.

²¹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de Direito do Trabalho, 2003, p. 292-294.

em caso de influência de fatores externos revele-se a intenção, por parte dos empregados, de desorganização da produção.

Em Portugal, o quadro é semelhante ao sistema francês e a greve intermitente é, em regra, lícita, visto que o efeito é tratado de acordo com o tempo total de duração do movimento como um todo, e não apenas a suspensão do contrato é configurada naqueles espaços de tempo que totalizam a real interrupção do labor. Porém, pode se tornar abusiva se for desproporcional de acordo com a aplicação da doutrina geral do abuso de direito, conforme Bernardo Xavier, mencionado por Maria do Rosário Palma Ramalho²¹⁵. Entretanto, a referida autora não concebe a mesma ideia, defendendo que não se pode criar uma classe geral de greves abusivas, pois é necessário aferir a situação de abusividade analisando cada caso concreto e suas particularidades²¹⁶. Inclusive, não se deve falar, sequer, em desproporcionalidade de prejuízos entre a entidade patronal e os empregados, uma vez que a lei portuguesa não exige tal proporcionalidade. Contudo, é necessário destacar, no âmbito da razoabilidade, o respeito aos limites internos e externos da greve, que não têm relação com a proporcionalidade, conforme explanado anteriormente.

Dessa maneira, verificamos a possibilidade de se aferir a abusividade através da teoria geral do abuso de direito. Assim sendo, a função social do contrato deve encontrar-se presente e respeitada, seja no sentido da tutela eficiente entre as partes ou na vertente de efeitos além das partes contratantes.

²¹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de Direito do Trabalho, 2003, p. 294. *Trata-se portanto, para este autor, do exercício de um direito em termos que excedem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito – art. 334º do Código Civil. Neste caso haverá abuso quando o comportamento grevista cause danos manifestamente desproporcionados ou prosseguidos através de condutas contrárias à boa fé ou bons costumes. É uma aplicação da doutrina geral do abuso do direito a esta modalidade de comportamento grevista.*

²¹⁶ Ibidem. p. 305.

III.IV.II - Greve rotativa

Quanto a greve em sua modalidade rotativa, observa-se como característica a paralisação da prestação laboral em diversos departamentos da empresa de maneira consecutiva ou alternativa, com vistas a atrapalhar a produção.

Em breve direito comparado²¹⁷, na Itália observamos a atribuição do caráter abusivo da greve rotativa baseado na desproporcionalidade. No sistema francês, a abusividade é exceção, se configurando apenas quando, cumulativamente, exista a intenção dos trabalhadores de desorganizar, bem como a paralisação englobe toda a produção.

Portanto, Maria do Rosário Palma Ramalho²¹⁸ diz que a atipicidade só poderá ser considerada em caso de atingimento de paralisação total das atividades.

Assim, quanto a abusividade, pela similaridade, consideramos que o critério utilizado é o mesmo da greve intermitente, como já vimos.

III.IV.III - Greve trombose

Essa espécie de greve se configura com a paralisação de um setor fundamental da empresa e que, por isso, implica a estagnação total da atividade empresarial. Ou seja, há a interrupção total em função de apenas alguns trabalhadores grevistas.

Novamente analisando outros ordenamentos²¹⁹, verifica-se no sistema jurídico italiano, a regra no sentido de que essa espécie é considerada abusiva. Em França, é ilegal no setor público e, excepcionalmente, lícita na relação de trabalho privada, porém torna-se abusiva caso exista o dolo em desorganizar as atividades empresariais.

²¹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de Direito do Trabalho, 2003, p. 307-308.

²¹⁸ Ibidem. p. 319.

²¹⁹ Ibidem. p. 323-324.

Destarte, vale ressaltar o ensinamento de Maria do Rosário Palma Ramalho no sentido de concluir que a greve trombose não pode ser considerada, por suas características, abusiva em regra, pois suas qualidades e objetivos não se distinguem da greve típica global, havendo somente a diferença de que a greve trombose se estabelece com uma dinâmica peculiar para minimizar os prejuízos na remuneração dos empregados²²⁰.

Observa-se, nessa espécie, que pode ocorrer a falsa impressão de que os funcionários de outros setores não estão a participar do expediente, entretanto, na verdade, em muitos casos, constata-se a intenção de prejudicar destes empregados, mesmo que a trabalhar e a saber que não haverá a prestação final da atividade em decorrência do comprometimento do setor fundamental. Assim, portanto, devem ser considerados grevistas e se submeterem aos efeitos do movimento.

Portanto, acrescentamos que não visualizamos abuso nessa espécie, contanto que seja exercida nos termos expostos, pois, conforme já aludido, a greve pode ser exercida por apenas um trabalhador ou um pequeno grupo, dado, sobretudo, que se trata de um direito individual, porém de exercício coletivo.

III.IV.IV - Greve retroativa

A greve retroativa se configura quando a paralisação se dá em um determinado lapso temporal pelo qual motiva-se a invalidação de todo serviço produzido até a tal momento, causando, portanto, prejuízo de elevada monta a empresa.

Assim, para a caracterização do abuso de direito, nesse caso, é necessário avaliar se existe possibilidade de o empregador, naturalmente, executar medidas que minorem os efeitos da greve.

Dito isso, destaca-se o elemento do aviso prévio. Ronald Amorim e Souza²²¹ aduz que é fundamental esta comunicação prévia para que o nexos causal do movimento seja

²²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de Direito do Trabalho, 2003, p. 330-331.

²²¹ SOUZA, Ronald Amorim. Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e Económicos, 2004, p. 80.

constituído, porém apresenta o entendimento de Sinay e Javillier no sentido de que o pré-aviso não é necessário, vez que o caráter surpresa é um dos elementos para que se atinja o objetivo de prejuízo que a greve detém.

Noutro norte, destaca-se que o direito de prejudicar natural da greve deve se ater a prejuízos futuros²²². Caso não detenha essa finalidade, a greve será considerada um abuso de direito, ou seja, rompe-se os limites internos do direito de greve.

Por esse motivo, em Portugal, visualizamos no pré-aviso, por ser condição de licitude de greve, um ponto de distinção para julgar a greve como ilícita ou não nesta espécie²²³.

Noutro norte, a abusividade, como já exposto, bem como ressaltando-se novamente a autonomia do abuso de direito em relação a ilicitude, deve se ater a análise dos elementos materiais.

²²² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas, 2012, p. 441.

²²³ Idem, 2003. p. 338. *Assim, podemos concluir que a greve retroactiva, enquanto inutilize todo o trabalho realizado, de forma intencional e sem que haja possibilidade de a entidade patronal minimizar o prejuízo, constitui exercício abusivo do direito de greve, na medida em que revela um comportamento de má fé impeditivo da actuação dos mecanismos previstos na Lei de Greve.*

III.V. Enquadramento da função social nas situações de greves atípicas

Cumpra ressaltar que, como já aduzido, para ser efetivamente greve, o movimento tem que deter as características conceituais já aludidas neste trabalho, ou seja, sinteticamente, o movimento tem que se ater a comportamentos que obstem a prestação principal do contrato de trabalho.

Outrossim, sendo greve nos referidos termos, há efetivamente o exercício de um direito reconhecido que, por sua vez, se submete além dos ditames da ilicitude, à teoria do abuso de direito. Sobre este último princípio, pacífica sua aplicação nas greves conforme já visto, há o reforço, sobretudo, da greve como um direito.

Tendo em vista as supramencionadas greves atípicas, apesar de possuírem modos de procedimentos peculiares, constata-se que não se afastam da configuração de uma greve clássica, vez que em todos os casos expostos, os efeitos são compatíveis com os da greve clássica.

Assim, como já defendido, por não existir uma definição legal de greve, torna-se complexo determinar se o expediente é lícito ou ilícito. Por isso mesmo, a teoria do abuso de direito, por seus fundamentos, se destaca, sendo capaz de abarcar pontos onde os ditames da mera ilicitude não alcançam a tutela.

Sendo assim, aprofundando, vimos os alicerces de algumas greves atípicas e é possível verificar, da ponderação, que pode haver a proteção contra a abusividade tomando como base o princípio da função social do contrato, visto que alguns dos exemplos dispostos podem ofender os preceitos desse instituto.

Assim, podemos verificar, hipoteticamente e mais nitidamente, em alguns casos de serviços essenciais prestados à sociedade por empresas, que a dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos do princípio da função social) é violada.

Recorrendo a uma visão prática e exemplificativa, as formas e atos materiais do procedimento das greves atípicas podem, em uma conjectura, encontrar-se de maneira correta quanto à essência da greve (como o exercício do direito de prejudicar embutido no

expediente) e, inclusive, observar-se-á que os critérios da teoria do abuso de direito estão sendo respeitados, entretanto, ao violar a dignidade da pessoa humana, encontramos na função social do contrato o meio de tutela do referido abuso, tendo em vista que os demais critérios não abarcam completamente essa matéria e, dessa maneira, justifica-se a imposição, também, dessa perspectiva nas relações contratuais.

Mais especificamente, a situação supracitada pode ser verificada, especialmente, quando se tratam das greves retroativas onde a característica basilar é causar prejuízo ao que já foi produzido. Vejamos, então, que ocorre a abusividade quando a população pode estar a demandar, necessitar dos produtos daquele labor que se encontra em procedimentos de coalizão na referida espécie e os mencionados frutos ou serviços já produzidos são desperdiçados. Noutra norte, visualizamos que a referida situação abusiva também pode ocorrer nas greves intermitentes, rotativas e trombozes, por exemplo, quando, mais uma vez, tratar-se de labor essencial à população, visto que tal espécie de trabalho necessita, muitas vezes, ser prestado de maneira ininterrupta e com total capacidade de prestação ou produção, sob pena de violação, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

Enfim, em outro ponto de vista da função social do contrato, extraímos, ainda dos exemplos supramencionados, que o referido princípio tem importância também em relação a greve em si, pois uma vez atendidos e respeitados os fundamentos que a função social impõe, a sociedade e os polos da relação contratual desfrutarão de bons resultados, visto que o expediente coletivo é um movimento social conquistado pelo cidadão e, uma vez sendo-lhe fornecida a devida credibilidade, a democracia sairá fortalecida, na medida em que a essência do referido direito é garantida, mesmo que através de procedimentos atípicos, desde que visem o cerne do aludido direito coletivo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer um contributo, através de uma proposta a partir da teoria do abuso de direito, à um tema tão delicado como a greve, onde trata-se de interesses que esbarram em outras prerrogativas, inclusive, também constitucionais.

Ao final dessa investigação, após comparações, interpretações, análises, exames de situações objetos de debates na doutrina, foi possível chegar a algumas conclusões pontuais, procurando, sempre, encontrar equilíbrio e serenidade.

Para entender o abuso de direito em situações laborais, determinamos que o emprego é, também, uma expressão de interesses e, por isso, perfaz um fato jurídico capaz de criar uma relação jurídica de trabalho, onde encontramos o poder de autodeterminação dos sujeitos. O direito subjetivo, por seu turno, faz parte do núcleo da referida relação.

Observou-se que não apenas o direito subjetivo pode sofrer limitações, mas, também, prerrogativas, poderes, direitos potestativos, entre outros. Por isso, estabelecemos que é mais adequado nos referirmos a posições jurídicas.

Assim, o abuso de direito perfaz um instituto do Direito que detém uma especial forma de configuração. Trata-se de exercício de direito de modo irregular, através do desvio de finalidade daquele direito. Detém como característica a aparente licitude na execução de um direito. Fere, dessa forma, genericamente, a função social do direito que tem em seu conteúdo o interesse coletivo, bons costume e a boa-fé.

Constatamos que há doutrina no sentido de estabelecer como gênero a ilicitude, que tem como espécies os atos ilícitos não abusivos e atos ilícitos abusivos. O primeiro consistindo na ofensa a um dispositivo legal específico e o segundo nasceu da necessidade de amparar situações que não são especialmente dispostas na legislação.

Por outro lado, estamos alinhados à corrente que determina a autonomia do abuso de direito em relação aos atos ilícitos, uma vez que assumindo essa forma, o ordenamento se torna capaz de abarcar e proteger uma maior quantidade de situações, tendo em vista o fugaz desenvolvimento das interações sociais e o surgimento de novas conjunturas jurídicas.

Ressalta-se que para conferir essa independência, não é necessário se atentar as consequências do ato, que por sua vez, pode ter, sem embargo, por exemplo, a responsabilidade civil como parâmetro.

Outrossim, concordamos com o pensamento no sentido da desnecessidade de positivação da teoria do abuso de direito, visto que este perfaz um princípio e, a exemplo do ordenamento italiano não necessitou de previsão legal expressa para a sua aplicabilidade. Todavia, torna-se necessário ter responsabilidade quanto a sua interpretação e, posterior, aplicação a casos concretos, pois não pode haver limitação utilizando-se de absurdas dissonâncias, sob pena de ferimento às liberdades, falando-se, inclusive, nesse caso, em um segundo grau de violação legal.

Noutro plano, vimos que o contrato é uma combinação de interesses entre pessoas e nasceu quando a humanidade iniciou sua convivência em grupo. É um instituto que coloca em ênfase a qualidade das relações sociais e cooperação entre os indivíduos, sendo a personalidade humana um fator essencial nestas convenções.

Trouxemos para a discussão teórica, a questão da função social e, encontramos ao longo da investigação, aspectos como o abuso de direito, a limitação do direito de propriedade e a dignidade da pessoa humana que pelos seus fundamentos de socialidade, desenvolveram o referido princípio no Brasil, e em Portugal também estão presentes, o que nos remete a aplicação implícita do princípio da função social do contrato, fato este que, também, justifica a nossa proposta. Assim, sendo um princípio, tem o condão de reger matérias de maneira genérica, principalmente no que diz respeito aos atos abusivos, vez que, pela natureza autônoma destes, são determinados através dos princípios que conduzem o ordenamento, e não por conjunturas normatizadas em lei.

Diante disso, a função social do contrato se apresenta promovendo um olhar coletivo nas convenções, dessa forma, fazendo se sobressair o direito social. Trata-se de um mecanismo de intervenção que aplica o interesse coletivo nas relações particulares. Esse novo instituto vem para equilibrar as relações contratuais que estavam cada vez mais conduzidas pelo pensamento individualista.

Ressaltamos que existe uma tendência de funcionalização do direito, ou seja, deve ser exercido um direito ou prerrogativa olhando-se sempre para o desenvolvimento social. De tal modo, a igualdade substancial se destaca. Atentamos que essa funcionalização não enseja obrigatoriamente a aniquilação de liberdades, pois o olhar social remedia.

Foi possível verificar que a função social do contrato pode ter eficácia inter partes e ultra partes. A faceta inter partes tem atuação preliminar, objetivando a igualdade substancial entre os polos. Por outro lado, a função social, essencialmente, gera efeitos em terceiros, e assim concluímos que houve uma mitigação do princípio da relatividade. Apesar das duas dimensões de eficácia, é preciso diferenciar a função social do contrato e a boa-fé objetiva, tendo em vista a similaridade entre os dois princípios, porém averiguou-se que aquela tem uma amplitude maior, inclusive abrangendo a dignidade da pessoa humana, e a boa-fé uma especificidade quanto a sua aplicação nas situações concretas.

Sobre o expediente coletivo de greve, anotamos que é um direito consagrado constitucionalmente no ordenamento jurídico e detém status de direito irrenunciável no sistema jurídico português. Além disso, nota-se que um dos principais motivos para a consagração da greve como um direito foi a grande capacidade para se alcançar soluções em conflitos laborais.

Sendo assim um direito reconhecido, independentemente de sua natureza jurídica, a greve pode, em determinadas ocasiões, ter um caráter abusivo através de atos praticados pelos seus titulares, pois não se trata de um direito absoluto e por isso encontra limites no seu exercício.

Constata-se que a greve é um movimento que tem em seu conteúdo o direito de prejudicar, ou seja, existe um caso excepcional de permissão da autotutela atribuído aos trabalhadores em busca da defesa ou conquista de condições laborais. Porém, caso um outro direito constitucional esteja presente na situação de greve, em razão dos limites externos, é necessário avaliar e equilibrar cada caso concreto dando prioridade a busca constante do bem-estar social através da teoria do abuso de direito e do procedimento de hierarquização dessas prerrogativas.

Dessa maneira, em determinadas conjunturas, a prestigiada teoria geral do abuso de direito emanada do Direito Civil apresenta-se como uma ferramenta que colabora para esclarecer a abusividade da greve, porém é necessário que exista uma ponderação na aplicação, uma vez que estamos diante de um direito constitucional. Portanto, visualizamos que é perfeitamente possível utilizar a teoria do abuso de direito como uma forma de nortear certas situações.

Isto posto, visualizamos que a função social do contrato deve ser aplicada as relações laborais, visto que, conforme essência da função social, o trabalho é por si um elemento social e constante na vida dos indivíduos, sendo necessário a busca pela igualdade substancial entre os polos e o respeito à sociedade na execução do referido contrato. É preciso humanizar cada vez mais o Direito do Trabalho.

Portanto, através do Direito Civil, encontramos na teoria geral do abuso de direito, mais um critério adequado, adotando ideais da exposta teoria finalista, para determinação da abusividade de greve, qual seja: a função social do contrato de trabalho. Justificamos essa adequação na aptidão que o referido parâmetro tem para tutelar situações inter partes e ultra partes, além de que o direito é essencialmente social, não podendo estar insensível as necessidades sociais.

Ao final, foram averiguadas quatro espécies de greve que, por suas características atípicas, formam uma problematização entre a abusividade e a licitude. Observa-se a greve intermitente, rotativa, trombose e retroativa.

Adotamos o posicionamento partindo do pressuposto de que a lei portuguesa não exige proporcionalidade de prejuízos, portanto, diante do silêncio da lei, temos os limites internos e externos como critério de aferição de abusividade nas greves atípicas, uma vez que é necessário, sempre na aplicação do direito, o respeito a razoabilidade e equidade, além da ponderação à teoria do abuso de direito. Ademais, a comunicação prévia para que se possibilite a entidade patronal de adotar medidas que amenizem os efeitos provenientes do movimento grevista também perfaz, em Portugal, um ponto formal a ser cumprido e, exclusivamente, é analisada, nessa situação, a licitude ou ilicitude. Assim, é preciso analisar cada caso concreto, pois suas particularidades são pontos cruciais para caracterizar a abusividade ou ilicitude. Bem assim, acabamos por constatar que a função social do contrato

pode ser aplicada nas situações atípicas de greve, seja para proteger a dignidade da pessoa humana no âmbito individual, como na seara coletiva, principalmente, tratando-se de greve que envolve serviço essencial, bem como o aludido princípio tem serventia no sentido de garantir a essência social, inerente, ao expediente coletivo.

Diante de todo o exposto, apuramos que a teoria do abuso de direito tem papel importante no amparo as novas conjunturas derivadas das fugazes transformações sociais. É imprescindível dar a finalidade correta a greve e seus princípios basilares, pois esse movimento operário tem como objetivo substancial a busca incessante pelo bem comum e uma democracia cada vez mais próxima do seu significado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais. Coimbra: Almedina, 1999.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. Revista do Direito do Consumidor n. 14, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, abril/junho 1995.

AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Tradução de: António de Castro Caeiro. 3. Ed. Lisboa: Quetzal, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. São Paulo: RT, 1998.

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERALDO, Leonardo de Faria. Função Social do Contrato. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Filosofia do Direito. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4. Ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BRASIL, Código Civil (1916). Código Civil e legislação em vigor. Organização do texto: Theotonio Negrão, 13^a ed., São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antonio Luiz de Toledo Pinto, et al, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. *Vade Mecum*. 15. Ed. São Paulo: *Saraiva*, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 1998.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: Parte Geral do Novo Código Civil. Coodenador Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral do Direito Civil. 3. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CASACCHI, Luciano Soares de Jesus; STRICAGNOLO, Claudia Patricia. Função Social do Contrato de Trabalho, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Resumo de direito do trabalho. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

CASTANHEIRA NEVES. Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. Vol. 1: A crise.

CASTRONOVO, Carlo. Abuso del diritto come illecito atípico?. In: Europa e Diritto Privato, Roma. n. 3, 2006, p. 1059-1060.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. 3ª Ed. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1949.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do direito. Tradução de: Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1959.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Do Princípio da Igualdade Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais e Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.

FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho. 17. Ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Relações coletivas e sindicais – Nova competência após a EC n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). Justiça do trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIUGNI, Gino. Diritto sindacale. Bari: Cacucci Editore, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSMÃO, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 34. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HACKMAN, J., OLDHAN, G. (1975). Development of job diagnostic survey. *Journal of Applied Psychology*, 60(2).

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. *Revista Baiana de Direito*, vol. 04, p. 255-292, 2009.

JOSSERAND, Louis. De l'abus des droits. Paris: Arthur Rousseau, 1905.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3. Ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor Sucessor, 1974.

LAUTENSCHLÄGER, Milton. Abuso do Direito. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Jorge. Direito do trabalho, Vol. I. Coimbra: Serviços de Acção Social da UC, 2004.

LEVI, Giulio. L'abuso del diritto. In: *Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero*. Nuova Serie. Vol. XXXI. Milão, Giuffè, p. 13, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (coord.). *A Teoria d contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 9-23.

LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso do direito. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A Função Social do Contrato*. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do Direito e o ato ilícito. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARX, K (1993). Os manuscritos econômicos e filosóficos: Vol.22. Textos filosóficos. Lisboa, Portugal: Edições 70.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf>. Acesso em: 10 de Abril de 2015.

MIRANDA, F. C. Pontes de. Comentários ao código de processo civil. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das Obrigações. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 35. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho : história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Abuso do exercício do direito. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2. ed., rev . e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NÓBREGA, J Flósculo da. Introdução ao Direito. 8. Ed. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A greve nos serviços essenciais no Brasil e na Itália. São Paulo: LTr, 2013.

PELLACANI, Giuseppe. A greve nos serviços públicos essenciais no ordenamento italiano. Tradução de: Yone Frediani. In. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 33, n. 125, jan/mar 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Contratos. Vol. III. Atualizador: REGIS FICHTNER. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Abuso do Direito e as Relações Contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar José de. Vocabulário Jurídico. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil. Vol. II. 2^a ed. Paris: GDI, 1902

POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

PORTUGAL. Código Civil. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. Código do Trabalho. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. Constituição, Constituição da República Portuguesa: promulgada em 10 de abril de 1976, com alterações introduzidas pela Lei Constitucional n. 1 de 2005. Organização do texto: BDJUR, 4ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2009.

PRIM, Javier Matia. El Abuso del Derecho de Huelga: ensayo sobre la regulación del derecho de huelga emel Ordenamiento español. Madrid: Colección Estudios, 1996.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de Direito do Trabalho, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas. Coimbra: Almedina, 2012.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles. Paris: LGDJ, 1949.

RODOVALHO, Thiago. Abuso de Direito e Direitos Subjetivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁ, Almeno de. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 78, Coimbra, 2002, p. 285-328.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Princípio da Função Social do Contrato. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. Direito das obrigações I: Sinopse Explicativa e Ilustrativa. 3. Ed. Lisboa: aafdl, 2014.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil). Boletim do Ministério da Justiça nº 85, abril/1959.

SILVA, Antônio Álvares da. Pequeno tratado da nova competência trabalhista. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Ronald Amorim. Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e Económicos. Coimbra: Almedina, 2004.

STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé- processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOLFO, Suzana; PICCININI, Valmíria. Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis estudos empíricos brasileiros. [s.l.: s.n.], 2007.

TRINDADE, Rodrigo. Função Social do Contrato de Emprego. São Paulo: LTr, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. 1. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Abuso de direito. São Paulo: Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, 1988.

_____. Direito Civil: parte geral. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. Conflitos Coletivos de Trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 1, jan/mar, 2000.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho: Tomo I. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Curso de Direito do Trabalho: Tomo II. São Paulo: LTr, 2008.

. Curso de Direito do Trabalho: Tomo III. São Paulo: LTr, 2008.