

# Revista **TRT6** ELETRÔNICA do

R e c i f e P E . 2 0 1 5

Nº 42

ISSN  
0524-4102



**TRT6**  
*Justiça do Trabalho*



**EJTRT6**

Escola Judicial do  
Tribunal Regional do Trabalho  
da Sexta Região

## **EQUIPETÉCNICA**

**Gutemberg Soares**

Jornalista DRT- PE 2475

**Florisvalda Rodrigues dos Santos**

Bibliotecária

capa, projeto gráfico  
e diagramação

**Andréa Alcantara**

diagramação

**Siddharta Campos**

foto da capa

**Stela Maris**

---

## **APOIO**

Servidores da Escola Judicial do TRT da Sexta Região (EJ-TRT6)

## **CORRESPONDÊNCIA**

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.

CEP: 52.041-430

Telefone: (81) 3242-0206 / (81) 3225-3429 (unidade Cais do Apolo)

---

Copyright 2009 by TRT da 6ª Região-PE

É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes desta Revista, desde que seja citada a fonte.

Revista do TRT 6ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 6ª  
Região, Escola Judicial (EJ-TRT6). - Ano 1, n 1 (out.  
1967) - Recife: O Tribunal, 1967 -  
v.

Anual

Ano 1 - 9, n 1 - 24, 1967 - 1982. Ano 10 - , n 25 - ,  
1998 - .

1. Direito do trabalho - periódico.

CDD 341.605

# Coordenação Editorial

## **ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)**

André Genn de Assunção Barros  
*Desembargador Diretor*

Nise Pedroso Lins de Sousa  
*Desembargadora Vice-Diretora*

Rodrigo Samico Carneiro  
*Juiz Coordenador-Geral*

### ***Juízes Coordenadores-Adjuntos:***

Luciana Paula Conforti

Lucas de Araújo Cavalcanti

Renata Conceição Nóbrega Santos

### **Conselho Consultivo:**

Desembargadora Gisane Barbosa de Araújo (Presidente do TRT6)

Desembargador André Genn de Assunção Barros (Diretor da EJ-TRT6)

Desembargadora Nise Pedroso Lins de Sousa (Vice-Diretora da EJ-TRT6)

Desembargador Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Juiz Agenor Martins Pereira

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

## **EQUIPE TÉCNICA**

Gutemberg Soares  
Jornalista DRT-PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos  
Bibliotecária

## **CAPA E PROJETO GRÁFICO**

Andréa Alcântara

## **DIAGRAMAÇÃO**

Siddharta Campos

## **FOTO DA CAPA**

Stela Maris

## **APOIO**

Servidores da Escola Judicial do TRT da Sexta Região (EJ-TRT6)

## **CORRESPONDÊNCIA**

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.

CEP: 52.041-430

Telefone: (81) 3242-0206 / (81) 3225-3429 (unidade Cais do Apolo)

E-mail: [revistaeletronica@trt6.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt6.jus.br)

# Sumário

Apresentação 6

Composição 9

Doutrina 21

**1 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTO NO CPC 2015 E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

Ben-Hur Silveira Claus 25

---

**2 O DIREITO DE GREVE COMO RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EMPRESA: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO COMPARADO**

Leandro Fernandez 79

---

---

**3 REGISTRO DA PROMESSA DE  
COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL E  
A NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI**

Gustavo Oliveira de Sá e Benevides

117

---

**4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA  
E BIOÉTICA: A DECLARAÇÃO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DO  
ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.105/05 (LEI DE  
BIOSSEGURANÇA) PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

James Magno Araújo Farias

129

---

**5 O RECONHECIMENTO  
JURISPRUDENCIAL PELO TRT-6 DA  
ATUAÇÃO DO FISIOTERAPEUTA  
COMO PERITO DA JUSTIÇA  
DO TRABALHO: UM ESTUDO  
QUANTITATIVO E QUALITATIVO**

Rebeka Borba Gil Rodrigues  
Claudio Gil Rodrigues Filho  
Maria Eduarda de Araújo Schulze

147

# Apresentação

Prezado leitor,

Ao concluir o ano em curso, dando continuidade a um de seus objetivos, difundir a cultura jurídica e promover a discussão de relevantes temas no âmbito do Direito, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (EJ-TRT6) publica nova edição da já consagrada, no cenário acadêmico nacional, Revista do TRT6. Trata-se do nº 42, o segundo a adotar exclusivamente o meio eletrônico de circulação, em consonância com a Política Nacional de Meio Ambiente do Judiciário Nacional - pela óbvia contribuição à preservação de florestas -, e em sintonia com a crescente tendência dos suportes virtuais de leitura, estando disponível na página da EJ6 [<http://ensino.trt6.jus.br/ej>].

Espaço para exposição de teses sob plurais pontos de vista, especialmente na seara do Direito Trabalhista, a Revista TRT6 traz neste número os artigos “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC2015 e o Direito Processual do Trabalho” - Bem-Hur Silveira Claus; “O direito de greve como restrição à liberdade de empresa: reflexões à luz do Direito Comparado” - Leandro Fernandez; “Registro da promessa de compra e venda de bem imóvel e a não incidência do ITBI” - Gustavo Oliveira de Sá e Benevides; “Dignidade da Pessoa Humana e Bioética: a declaração de constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de biossegurança) pelo Supremo Tribunal Federal” - James Magno Araújo

Farias; “O reconhecimento jurisprudencial pelo TRT6 da atuação do fisioterapeuta como perito da Justiça do Trabalho: um estudo quantitativo e qualitativo” - Rebeqa Borba Gil Rodrigues, Cláudio Gil Rodrigues Filho e Maria Eduarda de Araújo Schulze.

Assim, com um painel de relevantes temas abordados, esperamos contribuir com a reflexão acadêmica sobre o Direito, que mais do que nunca se faz necessária para tratar à luz da legislação os novos fatos que surgem em quantidade e complexidade como em nenhum outro período da História.

Uma boa leitura.

**André Genn de Assunção Barros**  
Desembargador Diretor (EJ-TRT6)

# Composição

---



# Composição

## **DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO**

### **PRESIDENTE**

Gisane Barbosa de Araújo

### **VICE-PRESIDENTE**

Virgínia Malta Canavarro

### **CORREGEDOR**

Ivan de Souza Valença Alves

### **TRIBUNAL PLENO**

Eneida Melo Correia de Araújo  
André Genn de Assunção Barros  
Ivanildo da Cunha Andrade  
Gisane Barbosa de Araújo  
Virgínia Malta Canavarro  
Valéria Gondim Sampaio

Ivan de Souza Valença Alves  
Valdir José Silva de Carvalho  
Dione Nunes Furtado da Silva  
Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino  
Nise Pedroso Lins de Sousa  
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura  
Maria do Socorro Silva Emerenciano  
Sergio Torres Teixeira  
Fábio André de Farias  
Paulo Dias de Alcantara

### ***Primeira Turma***

## **PRESIDENTE**

Maria do Socorro Silva Emerenciano

## **Desembargadores**

Valéria Gondim Sampaio  
Sérgio Torres Teixeira

### ***Segunda Turma***

## **PRESIDENTE**

Fábio André de Farias

## **Desembargadores**

Eneida Melo Correia de Araújo  
Ivanildo da Cunha Andrade  
Dione Nunes Furtado da Silva

### ***Terceira Turma***

## **PRESIDENTE**

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

## **Desembargadores**

Valdir José Silva de Carvalho

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

### ***Quarta Turma***

#### **PRESIDENTE**

Nise Pedroso Lins de Sousa

#### **Desembargadores**

André Genn de Assunção Barros

Paulo Dias de Alcantara

## **DESEMBARGADORA OUVIDORA**

Eneida Melo Correia de Araújo

## **DIREÇÃO DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)**

#### **DESEMBARGADOR DIRETOR**

André Genn de Assunção Barros

#### **COORDENADOR-GERAL**

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

## **COORDENADORES-ADJUNTOS**

Luciana Paula Conforti

Lucas de Araújo Cavalcanti

Renata Conceição Nóbrega Santos

## **CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargadora Presidente do TRT6, Gisane Barbosa de Araújo

Desembargador Diretor da EJ-TRT6, André Genn de Assunção Barros

Desembargador Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Juiz Agenor Martins Pereira

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

## **JUIZES TITULARES DAS VARAS DO TRABALHO DE PERNAMBUCO (por ordem de antiguidade)**

Maria das Graças de Arruda França – Vara de Limoeiro

Solange Moura de Andrade – 18ª do Recife

Daisy Anderson Tenório – 23ª do Recife

Milton Gouveia da Silva Filho – 6ª do Recife

Larry da Silva Oliveira Filho – 13ª do Recife

Carmen Lúcia Vieira do Nascimento – 7ª do Recife

José Luciano Alexo da Silva – 5ª de Jaboatão

Edmilson Alves da Silva – 22ª do Recife

Ana Cláudia Petruccelli de Lima – 4ª de Jaboatão

Aurélio da Silva – 2ª Nazaré da Mata

Hugo Cavalcanti de Melo Filho – 12ª do Recife

Martha Cristina do Nascimento Cantalice – 2ª de Olinda

Maria Consolata Rego Batista - 2ª de Paulista

Alberto Carlos de Mendonça – 20ª do Recife

Gilvanildo de Araújo Lima - 15ª de Recife

Mayard de França Saboya de Albuquerque - 2ª de Jaboatão

Maria do Carmo Varejão Richlin – 3ª Vara de Jaboatão

Fernando Cabral de Andrade Filho – 2ª de Igarassu

Sérgio Murilo de Carvalho Lins – 2ª Vara do Cabo

Marcílio Florêncio Mota – 1ª Vara de Paulista  
Virgínio Henriques de Sá Benevides – 2ª Vara de Goiana  
Robson Tavares Dutra – 1ª Vara de Nazaré da Mata  
Hélio Luiz Fernandes Galvão – 5ª Vara de Recife  
Ibrahim Alves da Silva Filho – 1ª Vara de Igarassu  
Paula Regina de Queiroz Monteiro G. Muniz – 16ª Vara de Recife  
Roberta Corrêa de Araújo Monteiro – 14ª Vara do Recife  
Maria de Betânia Silveira Villela – 1ª Vara de Jaboatão  
Ana Cristina da Silva – 1ª Vara de Olinda  
Patrícia Coelho Brandão Vieira – Vara de São Lourenço  
Amaury de Oliveira Xavier Ramos Filho – 2ª Vara de Ribeirão  
Ana Catarina Cisneiros B. de Araújo – Vara de Vitória de St. Antão  
Bartolomeu Alves Bezerra – 1ª vara so Cabo  
José Wilson sa Fonseca – 2ª Vara se Caruaru  
Marcelo sa Veiga Pessoa Bacallá – 3ª Vara se Goiana  
Sérgio Vaisman – 4ª Vara se Recife  
Walkíria Miriam Pinto se Carvalho – 17ª do Recife  
Renata Lima Rodrigues – 9ª Vara do Recife  
Rogério Freyre Costa – Vara de Escada  
Roberto se Freire Bastos – 3ª Vara do Trabalho de Olinda  
Agenor Martins Pereira – 3ª Vara de Carpina  
Aline Pimentel Gonçalves – 3ª Vara de Recife  
Ana Isabel Guerra Barbosa Koury – 10ª Vara de Recife  
Renata Lapenda Rodrigues De Melo- 1ª Vara Ribeirão  
Carla Janaína Moura Lacerda – Vara de Araripina  
Antonio Wanderley Martins – 19ª Vara Recife  
Andréa Keust Bandeira de Melo - 8ª Recife  
Bernardo Nunes da Costa Neto - 2ª Barreiros  
Andréa Cláudia de Souza – 2ª Recife  
Plaudenice Abreu de Araújo Barreto Vieira – 21ª Vara Recife  
George Sidney Neiva Coelho - 3ª Vara Petrolina  
Patrícia Pedrosa Souto Maior - 1ª Recife  
Guilherme de Moraes Mendonça - 1ª Vara Goiana  
Ana Maria Soares Ribeiro de Barros - 3ª Vara Caruaru  
Sohad Maria Dutra Cahu - Vara Garanhuns  
Gustavo Augusto Pires de Oliveira - 11ª Vara Recife  
Juliana Lyra Barbosa – 2ª de Ipojuca  
Josimar Mendes da Silva Oliveira – 3ª de Ipojuca  
Fábio José Ribeiro Dantas Furtado – 2ª Palmares

Tânia Regina Chenk Allatta –Vara deCatende  
Luciana Paula Conforti – 1ª de Barreiros  
Maria José de Souza – 1ª de Palmares  
André Luiz Machado – 1ª de Petrolina  
Ana Maria Aparecida De Freitas – Vara de Timbaúba  
Walmart Soares Chaves –Vara Belo Jardim  
Marília Gabriela Mendes Leite de Andrade – 2ª Vara de Petrolina  
Márcia De Windsor Nogueira – 1ª Varade Caruaru  
Kátia Keitiane Da Rocha Porter ) – 1ª Vara de Ipojuca  
Rosa Melo Machado Rodrigues Faria –Vara de Serra Talhada  
Regina Maura Maciel Lemos –Vara deSalgueiro  
Vaga – Pesqueira

### **JUIZES SUBSTITUTOS (por ordem de antiguidade)**

Cristina Figueira Callou da Cruz Gonçalves  
Danielle Lira Pimentel Acioli  
Ester de Souza Araújo Furtado  
Cláudia Christina Santos Rodrigues de Lima  
Gustavo Henrique Cisneiros Barbosa  
José Adelmy da Silva Acioli  
Saulo Bosco Souza de Medeiros  
Ilka Eliane de Souza Tavares  
Carla Santana de Souza Rodrigues  
Vanêssa Zacchê de Sá  
Maysa Costa de Carvalho Alves  
Adriana Satou Lessa Ferreira Pinheiro  
Ana Cristina Argolo de Barros  
Armando da Cunha Rabelo Neto  
Matheus Ribeiro Rezende  
Laura Cavalcanti de Moraes Botelho  
Lucas de Araújo Cavalcanti  
Necy Lapenda Pessoa de Albuquerque de Zevedo  
Gênison Cirilo Cabral

Joaquim Emiliano Fortaleza de Lima  
Antônio Augusto Serra Seca Neto  
Evellyne Ferraz Correia De Farias  
José Augusto Segundo Neto  
Ana Catarina Magalhães de Andrade Sá Leitão  
Edson Luís Bryk  
Renata Conceição Nóbrega Santos  
Rafael Val Nogueira  
Camila Augusta Cabral Vasconcelos  
Cássia Barata se Moraes Santos  
Miriam Souto Maior de Moraes  
Marta de Fátima Leal Chaves  
Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara  
Katharina Vila Nova de Carvalho Oliveira E Silva  
Liliane Mendonça de Moraes Souza  
Rodrigo Samico Carneiro  
Danilo Cavalcanti de Oliveira  
Roberta Vance Harrop  
Germana Camarotti Tavares  
Sarah Yolanda Alves de Souza  
Adalberto Ellery Barreira Neto  
Levi Pereira de Oliveira  
Evandro Euler Dias  
Edgar Gurjão Wanderley Neto  
Sérgio Paulo de Andrade Lima  
Mariana de Carvalho Milet  
Lídia Almeida Pinheiro Teles  
Leonardo Pessoa Burgos  
Débora de Souza Silva Lima  
Ana Carolina Bulhões Calheiros  
Marília Leal Montenegro Spinelli  
Gilberto Oliveira Freitas

João Carlos de Andrade e Silva  
Camila César Corrêa  
Wiviane Maria Oliveira de Souza  
Maria Carla Dourado de Brito Jurema  
Kévia Duarte Muniz  
Thayse Sousa Bezerra de Carvalho  
Pedro Leo Bargetzi Filho  
Airam Clemente Torres de Araújo  
Arthur Ferreira Soares  
Bruno Lima de Oliveira  
Juliana Ranzani  
Fernando Rodrigues Carvalho  
Luis Guilherme Silva Robazzi  
Leandro Fernandez Teixeira  
Patrícia Franco Trajano  
Rodrigo de Mello  
Paloma Daniele Borges dos Santos Costa  
Victor Majela Nabuco de Menezes  
Tatyana de Siqueira Alves Pereira R. Rocha

## **DIRETORES ADMINISTRATIVOS**

### **SECRETÁRIO-GERAL DA PRESIDÊNCIA**

Sérgio Ricardo Batista Mello

### **DIRETOR-GERAL DE SECRETARIA**

Wladimir de Souza Rolim

### **SECRETÁRIA DO TRIBUNAL PLENO**

Nyédjá Menezes Soares de Azevedo

### **SECRETÁRIO DA CORREGEDORIA**

Antônio Castilhos Pedrosa

**ASSESSOR DA ORDENADORIA DE DESPESA**

Juscelino Rodrigues de Carvalho

**DIRETOR DA SECRETARIA DE AUDITORIA  
E CONTROLE INTERNO**

Enoque de Souza e Silva Sobrinho

**DIRETOR DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA**

João André Pegado Ferreira

**DIRETORA DA SECRETARIA DE GESTÃO DE PESSOAS**

Katia do Rego Barros

**DIRETOR DA SECRETARIA DE ORÇAMENTO E FINANÇAS**

Flávio Romero Mendes de Oliveira

**DIRETOR DA SECRETARIA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

João Adriano Pinheiro de Sousa

**DIRETOR DE GESTÃO ESTRATÉGICA**

Elisabete Duarte de Sousa Alves

**COORDENADOR DE ENGENHARIA DE MANUTENÇÃO**

Ricardo Rangel Araújo

**COORDENADORA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

Deyse das Graças Pereira da Silva Mendes

**COORDENADOR DE MATERIAL E LOGÍSTICA**

Murilo Gomes Leal Júnior

**COORDENADOR DE PLANEJAMENTO FÍSICO**

Cláudio Barreto Coutinho Bezerra de Menezes

**COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL**

Sérgio Mário do Nascimento Aguiar

**COORDENADORA DE CONTABILIDADE**

Ana Regina de Albuquerque Soares

**COORDENADOR DE PAGAMENTO DE PESSOAL**

Airton Costa Cavalcanti

**COORDENADOR DE SISTEMAS**

**DA SECRETARIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Henrique de Barros Saraiva Leão

**CHEFE DA DIVISÃO DE SEGURANÇA, TRANSPORTE E TELEFONIA**

Juliana Lima Bezerra

**CHEFE DO NÚCLEO DE PRECATÓRIOS**

Wilma Lúcia Silva

**CHEFE DO NÚCLEO DE DISTRIBUIÇÃO DOS FEITOS**

**DAS VARAS DO TRABALHO DO RECIFE**

Daniela Satou Lessa Ferreira

**CHEFE DO NÚCLEO DE DISTRIBUIÇÃO DE MANDADOS JUDICIAIS**

Neuraci de Deus Lima de Oliveira

**CHEFE DO NÚCLEO ADMINISTRATIVO**

**DO FÓRUM ADVOGADO JOSÉ BARBOSA DE ARAÚJO**

Abelardo Romão Nunes Filho

**CHEFE DO NÚCLEO DE CADASTRAMENTO,**

**AUTUAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA SEGUNDA INSTÂNCIA**

Valneide Maria Ferreira Cabral

**CHEFE DO NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL**

Eugênio Pacelli Jerônimo Santos

**CHEFE DO NÚCLEO DE GESTÃO DOCUMENTAL E MEMÓRIA**

Marcília Gama da Silva

**SECRETÁRIA EXECUTIVA DA ESCOLA JUDICIAL**

Verônica Tavares Cavalcanti

**CHEFE DA DIVISÃO DE ENGENHARIA DE SOFTWARE DA STI**

Leonardo Pedrosa Regis

**CHEFE DA DIVISÃO DE INFRAESTRUTURA  
DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Sérgio Limeira da Silva

**CHEFE DO NÚCLEO DE ANÁLISE E ESPECIFICAÇÃO  
DE SISTEMAS DA STI**

Adilson Silva Andrade Júnior

**CHEFE DO NÚCLEO DE RELACIONAMENTO DA STI**

Aldemir Alves dos Santos

*Fontes: portal do TRT6 e  
Seção de Atendimento a Magistrados (SAMG)*

*atualizado até 24/11/2015*



# Doutrina

---



# O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTO NO CPC 2015 E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

**Ben-Hur Silveira Claus**

Juiz do Trabalho do TRT da Quarta Região (RS).  
Mestre em Direito do Trabalho

*Nada de complicações processuais que possam retardar e dificultar a marcha e a solução dos casos que lhe são afetos. Nada de prazos dilatados. Nada de provas tardias. Nada de formalismos inúteis e prejudiciais. Nada disso. A jurisdição do trabalho deve ser simples e célere.*

Carlos Ramos Oliveira,  
no ano de 1938.

## INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por finalidade enfrentar a questão de saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC aplica-se ao processo do trabalho. Isso porque o art. 795, § 4º, do CPC de 2015 prevê que “para a desconsideração

da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.” Trata-se de uma das mais importantes questões jurídicas trazidas pelo Código de Processo Civil 2015, um problema teórico a ser estudado pela ciência processual trabalhista e um problema prático a ser equacionado pela jurisdição trabalhista. Na tentativa de responder essa *questão específica*, parece indispensável enfrentar a *questão geral* da aplicação do direito processual comum ao processo do trabalho. O tema é complexo. Parece apropriado iniciar pelo estudo da relação ontológica que se estabelece entre direito material e procedimento.

## I. O DIREITO MATERIAL CONFORMA O PROCEDIMENTO

O sistema jurídico brasileiro compreende os subsistemas jurídicos derivados dos distintos ramos do direito material: o subsistema jurídico trabalhista, o subsistema jurídico tributário, o subsistema jurídico do consumidor, o subsistema jurídico civil, o subsistema jurídico penal etc. Cada subsistema jurídico conforma o respectivo procedimento com peculiaridades próprias ao direito material correspondente. Isso porque há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual. Essa relação ontológica fica mais evidente quando é percebida a natureza *instrumental* do direito processual: o processo é *instrumento* à realização do direito material. Diz-se que há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual porque as normas de procedimento guardam uma originária relação com o direito substancial correspondente, na medida em que as normas de procedimento têm por finalidade a aplicação das normas do direito substancial respectivo.

Depois de assinalar que o procedimento *não é pura forma*, Mauro Cappelletti registra que sobre o procedimento recai o imenso desafio de nossa época, cabendo-lhe articular rapidez, eficiência, justiça, liberdade individual e igualdade; uma das mais eloquentes

formulações acerca da relação ontológica em que se entrelaçam procedimento e direito material.<sup>1</sup>

Na teoria jurídica, essa genética relação entre direito substancial e procedimento é compreendida como expressão do fenômeno do pertencimento que se estabelece desde sempre entre objeto (direito material) e método (procedimento). Daí a consideração epistemológica de que direito substancial e procedimento são categorias conceituais que operam numa espécie de *círculo hermenêutico*: as respostas procedimentais nos remetem ao direito material a ser concretizado. Em outras palavras: somos *reconduzidos* ao direito material quando nos dirigimos às questões procedimentais. A circularidade entre pergunta e resposta vem à teoria jurídica enquanto legado da filosofia hermenêutica de *Gadamer*: o direito processual somente se deixa compreender no retorno ao direito material em que reconhece sua própria identidade; numa metáfora, o direito processual mira-se na superfície do lago do direito material em busca de sua identidade.

No estudo acerca da relação ontológica que se estabelece entre direito substancial e procedimento, a teoria jurídica percorreu um rico itinerário hermenêutico cujo inventário não tem espaço neste pequeno ensaio. Entretanto, parece indispensável lembrar, com *Mauro Cappelletti*, a peculiaridade desse fenômeno. Para o jurista italiano, a natureza instrumental do processo o reconduz ao direito substancial a que serve<sup>2</sup>:

“Al igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza parti-

1 *Proceso, Ideologías e Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 90.

2 *Proceso, Ideologías e Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 5-6.

cular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de esse derecho.”

No direito processual civil brasileiro, uma das lições mais didáticas acerca da relação entre direito substancial e procedimento é recolhida na doutrina de *Ada Pellegrini Grinover*. A relação originária existente entre direito material e procedimento é identificada pela jurista na *instrumentalidade* do processo que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material e tem como escopo a atuação da norma objetiva e a viabilização da tutela do direito violado ou ameaçado. Daí a conclusão de *Ada Pellegrini Grinover*, no sentido de que “O processo, o procedimento e seus princípios tomam feição distinta, conforme o direito material que se visa a proteger”.<sup>3</sup>

No âmbito do subsistema jurídico trabalhista, a natureza especial desse ramo do direito exerce uma influência ainda maior na conformação do vínculo originário que se estabelece entre direito material e procedimento. Depois de afirmar que o Direito Processual do Trabalho pretende ser um direito de renovação, *Mozart Victor Russomano* sublinha o fato de que o procedimento trabalhista “[...] é herança recebida do Direito do Trabalho, ao qual o Direito Processual do Trabalho corresponde, como consequência histórica”.<sup>4</sup> Para o jurista, o caráter tutelar do direito material se projeta sobre o procedimento.<sup>5</sup> Para recuperar a expressão consagrada por *Héctor-Hugo Barbagelata*<sup>6</sup>, é dizer: o *particularismo* do direito material do trabalho se comunica ao procedimento laboral.

3 Processo do trabalho e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, 15:87.

4 *Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1977. p. 21-22.

5 *Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1977. p. 43.

6 *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2 ed. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 2009. p. 39.

Uma das características de qualquer sistema de conhecimento – a lição é de *Carlos Eduardo Oliveira Dias* – é a sua capacidade de produzir seus próprios princípios. É isso o que distingue determinado sistema “[...] e permite que se possa identificar nesse sistema alguns dos principais atributos tendentes ao reconhecimento de sua autonomia científica”<sup>7</sup>. A histórica capacidade com que o Direito Processual do Trabalho tem produzido seus próprios princípios permite afirmar – com *Wagner D. Giglio*<sup>8</sup>– que o subsistema jurídico trabalhista é dotado dessa autonomia científica de que fala o jurista.

Embora a pesquisa do tema não estivesse completa sem a referência à posição de *Valentin Carrion*, para quem o processo do trabalho é simples desdobramento do processo civil, na teoria jur-trabalhista brasileira prevalece a concepção de que o processo do trabalho é dotado de autonomia científica em relação ao processo civil, isso porque se apresenta conformado por princípios próprios e constitui subsistema jurídico procedimental especial, como tal reconhecido pela ciência jurídica nacional. Na pesquisa realizada por *Carlos Henrique Bezerra Leite*, alinham-se nessa última corrente de pensamento *Amauri Mascaro Nascimento*, *Sergio Pinto Martins*, *Mozart Victor Russomano*, *Humberto Theodoro Júnior*, *José Augusto Rodrigues Pinto*, *Wagner D. Giglio* e *Coqueijo Costa*.<sup>9</sup>

Com efeito, a existência de princípios próprios e a condição de subsistema procedimental especial reconhecido como tal pela teoria jurídica brasileira conferem ao direito processual do trabalho a fisionomia própria sem a qual já não se poderia compreender a jurisdição trabalhista brasileira na atualidade. É neste contexto que ganha densidade hermenêutica a observação de *Américo Plá Rodriguez*, de que a articulação entre os princípios próprios a cada ramo do Direito conforma a *especialidade* de cada subsistema jurídico. Isso porque

7 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n.º 379. Julho de 2015. p. 15.

8 *Direito Processual do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

9 *Direito Processual do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 89.

os princípios harmonizam as normas, evitando que o subsistema se converta numa série de elementos desarticulados. Assim é que se mostra precisa a conclusão do jurista quando observa que “[...] a vinculação entre os diversos princípios contribui mais eficazmente para a sistematização do conjunto e para delinear a *individualidade peculiar* a cada ramo do direito.”<sup>10</sup>

É o que ocorre também no âmbito do subsistema jurídico trabalhista brasileiro.

## 2. O SUBSISTEMA JURÍDICO TRABALHISTA BRASILEIRO

O subsistema jurídico trabalhista brasileiro faz revelar, com notável intensidade, a relação ontológica desde sempre estabelecida entre o direito *material* do trabalho e o direito *processual* do trabalho: à *urgência* do crédito trabalhista alimentar há de corresponder um procedimento *simplificado, célere e efetivo*. Simplificado para ser célere. Simplificado para ser efetivo. As palavras de *Manoel Carlos Toledo Filho* sintetizam o projeto procedimental em formação na década de 1930<sup>11</sup>: “[...] o processo do trabalho foi desde sempre pensado para ser *simples, desburocratizado* e maximamente *expedito*”.

Um procedimento *complexo e moroso* não atenderia à exigência de rápida realização do direito material do trabalho. O nascente Direito Processual do Trabalho enfrentará esse desafio, no final da década de 1930, mediante a edição de normas procedimentais originais e simplificadas, porquanto as normas do então vigente CPC de 1939 caracterizavam-se pelo formalismo e individualismo e, portanto, não poderiam responder ao desafio que então se apresentava,

10 *Princípios de Direito do Trabalho*. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996. p. 16. Sem itálico no original.

11 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 330.

conforme revela a pesquisa de *Manoel Carlos de Toledo Filho*. Para demonstrar o vínculo genético da novel ciência processual trabalhista com o cânone da simplicidade das formas, o jurista recolhe da doutrina do processualista *Carlos Ramos Oliveira* a seguinte passagem histórica registrada em 1938:

“Nada de complicações processuais que possam retardar e dificultar a marcha e a solução dos casos que lhe são afetos. Nada de prazos dilatados. Nada de provas tardias. Nada de formalismos inúteis e prejudiciais. Nada disso. A jurisdição do trabalho deve ser simples e célere (Justiça do Trabalho. *Revista do Trabalho*, p. 65, fev. 1938).”<sup>12</sup>

Manifestada muito tempo depois, a preocupação do processualista *Júlio César Beber* diante dos riscos que a burocratização do procedimento pode causar ao processo parece nos remeter à época do surgimento do subsistema jurídico trabalhista e aos desafios de simplificação das fórmulas procedimentais então colocados para a ciência processual laboral nascente. Depois de lembrar que os formalismos e a burocracia são vícios que entram o funcionamento do processo, o jurista observa que tais vícios “[...] são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que se exige que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões”<sup>13</sup>.

Como já assinalado, no contexto histórico do surgimento do subsistema jurídico laboral brasileiro, disposições procedimentais originais e simplificadas são então concebidas para promover a conse-

12 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 330. Consultar a nota de rodapé nº 10, p. 330.

13 *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 132.

cução dos objetivos fundamentais do Direito do Trabalho, o que não seria possível se a aplicação do direito material do trabalho dependesse das normas procedimentais do então vigente CPC de 1939. É nesse contexto que ganha especial significado a expressão *melhoria procedimental* empregada por Luciano Athayde Chaves na resenha histórica dos primórdios do Direito Processual do Trabalho. A *melhoria procedimental* de que depende a realização do direito material nascente pressupõe normas procedimentais diversas das formalistas normas procedimentais do direito processual comum vigente à época. A feliz síntese do jurista justifica a transcrição<sup>14</sup>:

“Naquele momento, o processo comum era mais formalista e profundamente individualista. Esta era a ideologia que orientou a sua construção. Em razão disso, não seria possível à recém-criada Justiça do Trabalho valer-se de um processo comum que não atendia às características sociais do Direito do Trabalho. Por isso, as normas processuais trabalhistas foram instituídas como uma *melhoria procedimental* em face do procedimento comum, que poderia – como ainda pode – ser aplicado, mas somente em função da melhoria da prestação jurisdicional especializada.”

Quando do surgimento da CLT em 1942, sua parte processual teve mais inspiração no Decreto-Lei nº 1.237/1939 do que no CPC de 1939, conforme a pesquisa realizada por Bruno Gomes Borges Fonseca. O jurista destaca esse antecedente normativo para

---

14 Interpretação, aplicação e integração do Direito Processual do Trabalho. *Curso de Processo do Trabalho*. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009. p. 41-42. Sem grifo no original.

“[...] demonstrar que o compromisso histórico do processo do trabalho sempre foi diferente do processo comum”.<sup>15</sup>

É nesse contexto histórico que ganha sentido a afirmação teórica de que os arts. 769 e 889 da CLT foram concebidos como *normas de contenção*; normas de contenção ao ingresso indevido de normas de processo comum *incompatíveis* com os *princípios* do direito processual do trabalho; normas de contenção à influência de preceitos do processo comum que acarretem formalismo procedimental; normas de contenção a institutos que impliquem burocracia procedimental.

### 3. A COMPATIBILIDADE COMO CRITÉRIO CIENTÍFICO À APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO COMUM

No estudo da heterointegração do subsistema jurídico laboral prevista nos arts. 769 e 889 da CLT, a teoria jurídica assentou o entendimento de que a aplicação subsidiária do processo comum no processo do trabalho é realizada sob o critério da compatibilidade previsto nesses preceitos consolidados. Vale dizer, a *compatibilidade* prevista nos arts. 769 e 889 da CLT opera como critério científico fundamental para “[...] calibrar a abertura ou o fechamento para o processo comum”, na inspirada formulação adotada por *Homero Batista Mateus da Silva*<sup>16</sup> no estudo do Direito Processual do Trabalho brasileiro.

A especialidade do subsistema jurídico trabalhista sobre-determina essa compatibilidade, conferindo-lhe dúplice dimensão: *compatibilidade axiológica* e *compatibilidade teleológica*. Essa dú-

15 Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 370.

16 *Curso de direito do trabalho aplicado*. Volume 9 – Processo do Trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

plice dimensão da compatibilidade é identificada por *Manoel Carlos Toledo Filho* sob a denominação de *compatibilidade sistêmica*.<sup>17</sup> Vale dizer, a compatibilidade é aferida tanto sob o crivo dos *valores* do direito processual do trabalho quanto sob o crivo da *finalidade* do subsistema procedimental trabalhista, de modo a que o subsistema esteja capacitado à realização do direito social para o qual foi concebido. O critério científico da compatibilidade visa à própria preservação do subsistema processual trabalhista, na acertada observação de *Paulo Sérgio Jakutis*.<sup>18</sup> Com efeito, o diálogo normativo entre subsistemas jurídicos pressupõe “[...] buscar alternativas que não desfigurem o modelo originário, pois isso o desnaturaria enquanto paradigma independente”<sup>19</sup>, conforme preleciona *Carlos Eduardo Oliveira Dias* ao abordar o tema do diálogo das fontes formais de direito no âmbito da aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho.

A norma de direito processual comum, além de ser compatível com as regras do processo do trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do trabalho, conforme preleciona *Mauro Schiavi*.<sup>20</sup> Os princípios do direito processual do trabalho restariam descaracterizados caso se concluisse pela aplicação automática do processo comum ao processo do trabalho, razão pela qual a observância do critério da compatibilidade se impõe quando se examina a aplicabilidade subsidiária do processo comum ao subsistema jurídico trabalhista. Daí a pertinência da ob-

---

17 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 330.

18 A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 439.

19 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 18.

20 A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 57-8.

servação de *Carlos Eduardo Oliveira Dias* sobre o tema, jurista para o qual “[...] o que mais tem relevância, nesse processo intelectual, é o pressuposto da compatibilidade, ou seja, o fato da norma a ser utilizada se ajustar aos fundamentos do direito processual do trabalho”<sup>21</sup>.

Depois de afirmar que a ideia de compatibilidade é muito cara ao processo do trabalho, *Bruno Gomes Borges da Fonseca* assevera que tal compatibilidade “[...] ocorrerá apenas na hipótese de o texto do processo comum afinar-se com o princípio da proteção”<sup>22</sup>. Assim, somente será possível a aplicação subsidiária quando a norma de processo comum guardar plena compatibilidade com os fundamentos do processo do trabalho. Caso isso não ocorra, de acordo com *Carlos Eduardo Oliveira Dias*, “[...] sacrifica-se o processo integrativo mas não se pode afetar o núcleo principiológico do processo do trabalho”<sup>23</sup>. Isso porque as regras de processo comum somente podem ser aplicadas subsidiariamente se forem compatíveis com as singularidades do processo do trabalho. Se a regra do CPC for incompatível com a principiológica e singularidades do processo do trabalho, pondera *Mauro Schiavi*, ela não será aplicada.<sup>24</sup>

No estudo do tema da heterointegração do subsistema processual trabalhista, *Guilherme Guimarães Ludwig* afirma que a aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho tem por fundamento a realização do princípio da eficiência, conferindo conteúdo específico à compatibilidade prevista nos arts. 769 e 889 da CLT. Ao discorrer sobre o princípio da eficiência no âmbito da

21 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 17.

22 Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 369.

23 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 19.

24 A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

heterointegração do subsistema procedimental trabalhista, o jurista ressalta que o princípio da eficiência opera tanto como fator de abertura quanto como fator de fechamento do subsistema procedimental, ponderando<sup>25</sup>:

“Quando analisado sob a perspectiva do processo do trabalho, o princípio da eficiência, enquanto autêntico vetor de interpretação da norma processual, deve também funcionar como um filtro que restrinja a adoção das regras do novo Código de Processo Civil e do correspondente modelo colaborativo, em caráter subsidiário ou supletivo, na medida em que elas não guardem compatibilidade com as diretrizes fundamentais do ramo processual laboral, em que se prestigia o valor celeridade em favor do credor trabalhista.”

Fixadas algumas balizas teóricas acerca da heterointegração do subsistema processual trabalhista, cumpre agora enfrentar a questão da subsistência do critério da compatibilidade diante do advento do CPC de 2015.

#### **4 . O CRITÉRIO CIENTÍFICO DA COMPATIBILIDADE SUBSISTE AO ADVENTO DO NOVO CPC**

Diante do fato de o art. 15 do CPC não fazer referência ao critério científico da compatibilidade, surge a questão de saber se

---

25 O Princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de Processo Civil. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 108.

esse requisito previsto nos arts. 769 e 889 da CLT teria subsistido ao advento do novo CPC para efeito de aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho. No âmbito da teoria do processo civil, a resposta de *Nelson Nery Junior* é positiva. Depois de afirmar que o novo CPC aplica-se subsidiariamente ao processo trabalhista na falta de regramento específico, o jurista pondera que, “de qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretenda aplicá-lo”, acrescentando que a aplicação supletiva também deve levar em conta este princípio.<sup>26</sup>

A resposta da teoria jurídica trabalhista também é positiva, porquanto prevaleceu o entendimento de que o art. 15 do CPC de 2015 não revogou os arts. 769 e 889 da CLT<sup>27</sup>, preceitos nos quais está prevista a compatibilidade como critério científico necessário à aplicação subsidiária do processo comum. Para *Wânia Guimarães Rabêlo de Almeida*, não houve revogação total ou parcial do art. 769 da CLT, porquanto o preceito celetista é muito mais amplo do que o art. 15 do novo CPC<sup>28</sup>, entendimento no qual tem a companhia de inúmeros juristas, entre os quais estão *Guilherme Guimarães Feli-*

---

26 *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.015/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 232.

27 O art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT. Essa é a conclusão que tem prevalecido entre os teóricos do Direito Processual do Trabalho. Essa conclusão tem prevalecido com base nos seguintes fundamentos: a) não houve revogação expressa do art. 769 da CLT pelo novo CPC (LINDB, art. 2º, § 1º); b) o art. 769 da CLT é norma especial, que, por isso, prevalece sobre a norma geral do art. 15 do NCPC; c) o art. 769 da CLT é mais amplo do que o art. 15 do NCPC, não tendo o art. 15 do NCPC regulado inteiramente a matéria do art. 769 da CLT (LINDB, art. 2º, §§ 1º e 2º), de modo que ambos os preceitos harmonizam-se; d) o subsistema procedimental trabalhista é reconhecido no sistema jurídico brasileiro como subsistema procedimental especial informado pelas normas de contenção dos arts. 769 e 889 da CLT.

28 A teoria dinâmica do ônus da prova. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 457.

ciano<sup>29</sup>, Homero Batista Mateus da Silva<sup>30</sup>, Carlos Eduardo Oliveira Dias<sup>31</sup>, Manoel Carlos Toledo Filho<sup>32</sup>, Danilo Gonçalves Gaspar<sup>33</sup> e Mauro Schiavi<sup>34</sup>. Assim é que, para Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida, “[...] o CPC somente será fonte supletiva ou subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com suas normas, por força do art. 769 da CLT”<sup>35</sup>.

Nada obstante o art. 15 do novo CPC estabeleça a possibilidade de aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho na ausência de normas processuais trabalhistas, para Danilo Gonçalves Gaspar é certo que “[...] que não se elimina a necessidade de compatibilização da norma com o processo do trabalho, tal qual previsto na CLT”<sup>36</sup>, entendimento no qual é acompanhado por Ricardo José Macedo de Britto Pereira.

---

29 O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 126.

30 *Curso de direito do trabalho aplicado*. Volume 9 – Processo do Trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

31 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 15.

32 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 332.

33 Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 386.

34 A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

35 A teoria dinâmica do ônus da prova. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 457.

36 Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 386.

Para o jurista, a aplicação subsidiária prevista no art. 15 do CPC de 2015 deve ocorrer “[...] sem afetar a exigência de compatibilidade como determina o art. 769 da CLT”<sup>37</sup>.

A subsistência do critério científico da compatibilidade decorre da não revogação do art. 769 da CLT, mas também acaba por se impor enquanto exigência hermenêutica necessária à preservação da autonomia científica do subsistema jurídico trabalhista. Daí porque tem razão *Carlos Eduardo Oliveira Dias* quando pondera que seria até desnecessário que o legislador processual comum ressaltasse a necessidade de que, na aplicação subsidiária do novo CPC, fosse observada a compatibilidade com o outro ramo do direito processual, “[...] pois se isso não existisse, estaria inviabilizada a própria existência autônoma desse segmento”<sup>38</sup>. De fato, pudesse ser eliminado o critério científico da compatibilidade na aplicação subsidiária do processo comum, haveria o risco de desconstrução estrutural do direito processual do trabalho, tal qual adverte *Carlos Eduardo Oliveira Dias* com pertinácia<sup>39</sup>: “[...] não se pode adotar uma solução normativa exógena que, independentemente de ser fundada em omissão da CLT, não guarde compatibilidade com o processo laboral e possa vir a ser fator de sua desconstrução sistêmica.”

A posição de *Iuri Pereira Pinheiro* alinha-se aos entendimentos antes referidos. Para o jurista, não se pode esquecer que o direito processual do trabalho constitui ramo dotado de autonomia científica, no qual a colmatação de lacunas exige a compatibilidade ideológica proclamada nos arts. 769 e 889 da CLT. Daí a conclusão do jurista no sentido de que, “a despeito da previsão simplista do novo CPC, a sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho irá se

37 O novo Código de Processo Civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 568.

38 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 18.

39 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 20-1.

operar apenas diante de sintonia principiológica, sob pena de mácula à autonomia do ramo processual especializado”<sup>40</sup>. A especialidade do subsistema jurídico trabalhista exige que se lhe confira um tratamento metodológico diferenciado, que preserve a sua própria fisionomia, de modo que a heterointegração seja realizada com a observância dos princípios do direito material que lhe são inerentes e que afetam diretamente a prática jurisdicional trabalhista, conforme o magistério de *Carlos Eduardo Oliveira Dias*.<sup>41</sup>

Também para *Mauro Schiavi* a exigência de compatibilidade se impõe à aplicação do CPC de 2015 ao processo do trabalho. Para o jurista, da conjugação do art. 15 do novo CPC com os arts. 769 e 889 da CLT, resulta que o novo CPC aplica-se ao processo do trabalho da seguinte forma: “[...] supletiva e subsidiariamente, nas omissões da legislação processual trabalhista, desde que compatível com os princípios e singularidade do processo trabalhista”<sup>42</sup>.

Nada obstante considere que o art. 15 do novo CPC configura-se como norma de sobredireito, *Élisson Miessa* pondera que não ocorreu revogação dos arts. 769 e 889 da CLT. O jurista observa que “[...] a inserção de normas comuns em um microsistema jurídico sempre impõe a compatibilidade com o sistema em que a norma será inserida, sob pena de se desagregar a base do procedimento específico”, para concluir que “[...] os arts. 769 e 889 da CLT sobrevivem à chegada do art. 15 do NCPC”<sup>43</sup>.

---

40 Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. *Elisson Miessa* (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 496.

41 O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 16.

42 A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. *Elisson Miessa* (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

43 *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. *Élisson Miessa* (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 28.

Mesmo para *Edilton Meireles*, jurista que considera que o art. 769 da CLT foi revogado pelo art. 15 do novo CPC, o critério da compatibilidade permanece sendo indispensável à aplicação subsidiária da norma de processo comum ao processo do trabalho, conclusão que adota por ser a legislação trabalhista *norma especial* em relação ao CPC. O jurista considera que “[...] a regra supletiva ou subsidiária deve guardar coesão e compatibilidade com o complexo normativo ou a regra que se pretender integrar ou complementar”, para concluir que, “[...] se a norma do novo CPC se revela incompatível com o processo do trabalho (em seus princípios e regras), lógico que não se poderá invocar seus dispositivos de modo a serem aplicados de forma supletiva ou subsidiária”<sup>44</sup>.

A concepção de tutela constitucional do processo de que nos falam *Tereza Aparecida Asta Gemignani* e *Daniel Gemignani* valoriza a compatibilidade como critério capaz de preservar a especialidade do subsistema jurídico trabalhista. Para os juristas, “[...] essa concepção de *tutela constitucional do processo*, que sustenta a espinha dorsal do modelo adotado pelo processo trabalhista, nos termos do artigo 769 da CLT, vai impedir, por incompatibilidade, a aplicação das disposições contidas no novo CPC quando enveredam pela diretriz privatística.”<sup>45</sup>

Portanto, o critério científico da compatibilidade subsiste ao advento do novo CPC, permanecendo indispensável ao processo hermenêutico de avaliação da aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho, de modo que também o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 submete-se ao crivo da compatibilidade previsto nos arts. 769 e 889

---

44 O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 46.

45 Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o Processo do Trabalho. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 269.

da CLT, quando se trata de enfrentar a questão da aplicabilidade desse incidente ao subsistema jurídico laboral.

## **5. AS RAZÕES POR QUE O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTO NO NOVO CPC NÃO SE APLICA À EXECUÇÃO TRABALHISTA**

No que diz respeito à técnica da desconsideração da personalidade jurídica, o novo CPC instituiu um procedimento cível especial, autônomo, incidental ao rito de cumprimento da sentença, já não bastando a ‘mera’ decisão judicial fundamentada, conforme observa *Guilherme Guimarães Feliciano*<sup>46</sup>.

Com o advento do novo Código de Processo Civil e diante da previsão de aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho (CLT, art. 769), a questão que então se apresenta para a ciência processual trabalhista é a de responder se aplica-se subsidiariamente ao processo laboral o incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo CPC de 2015.

Entretanto, não se trata de questionar a aplicabilidade da técnica da desconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, porquanto é pacífica a utilidade dessa técnica jurídica à efetividade da jurisdição trabalhista. Na verdade, mais do que a utilidade da providência, a adoção dessa técnica jurídica é medida indispensável à satisfação de inúmeras execuções nas quais se revela a insuficiência do patrimônio da sociedade executada. Trata-se de situação ordinária na jurisdição trabalhista que exige então o redirecionamento da execução trabalhista aos bens da pessoa natural dos sócios da empresa executada.

---

46 O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p.121.

Esse redirecionamento da execução aos bens dos sócios é consequência natural do *princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas*, princípio segundo o qual os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem – a lição é de *Cleber Lúcio de Almeida* – pelos créditos trabalhistas respectivos.<sup>47</sup> A formulação do jurista evoca o art. 2º, *caput*, da CLT, preceito que atribui ao empresário a responsabilidade decorrente do risco da atividade econômica empreendida, responsabilidade que se comunica diretamente da empresa aos respectivos sócios, os verdadeiros artífices do empreendimento econômico.

Não se trata, portanto, repita-se, de questionar a aplicabilidade da técnica da desconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, consagrada técnica jurídica destinada à promoção da efetividade da execução trabalhista; trata-se de questionar a aplicabilidade do novo *procedimento* instituído pelo Código de 2015 à execução; o que está em questão é pergunta acerca da aplicação do *itinerário procedimental* instituído pelo CPC de 2015 à execução trabalhista enquanto *procedimento cível, especial e autônomo*.

Previsto nos arts. 133 e seguintes do CPC de 2015, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo Código de Processo Civil parece revelar-se incompatível com os princípios do Direito Processual do Trabalho, razão por que entendemos que tal incidente não é aplicável à execução trabalhista, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT, conforme tentaremos demonstrar a seguir.

A necessidade de iniciativa da parte (art. 133), a previsão de automática suspensão do processo (art. 134, § 3º), a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (art. 134, § 4º), a exigência de contraditório prévio (art. 135) e

---

47 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 285.

a previsão de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva (art. 136 e parágrafo único) tornam o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPC incompatível com o processo do trabalho, por revelar-se, na prática, manifestamente contrário aos princípios jurídicos trabalhistas do impulso oficial, da concentração dos atos, da celeridade e da efetividade, da simplicidade das formas e da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, incompatibilidade essa que inviabiliza a aplicação subsidiária desse incidente – burocrático e ineficaz – à execução trabalhista (CLT, arts. 769 e 889).

É necessário fundamentar a opinião agora manifestada.

## **6 . A PRIMEIRA INCOMPATIBILIDADE RADICA NA EXIGÊNCIA DE INICIATIVA DA PARTE**

A primeira incompatibilidade radica no fato de que a exigência de iniciativa da parte (NCPC, art. 133), para realizar-se a descon sideração da personalidade jurídica, apresenta-se em contradição com o princípio do impulso oficial que caracteriza o processo do trabalho na fase de execução, princípio previsto na norma do art. 878, *caput*, da CLT<sup>48</sup> de forma expressa.

A possibilidade da execução de ofício singulariza a processualística trabalhista brasileira desde seu surgimento, sob a inspiração dos princípios da indisponibilidade dos direitos do trabalho e da efetividade da jurisdição. Trata-se de característica peculiar do processo do trabalho, identificada na teoria jurídica como fator de caracterização da especialidade do subsistema procedimental laboral, verdadeiro fator de afirmação da autonomia da ciência processual trabalhista no sistema jurídico nacional. Essa faculdade sempre foi compreendida como um poder-dever do magistrado mesmo antes de a Constituição Federal consagrar a razoável duração do processo

---

48 CLT, art. 878, *caput*: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio*, pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente, nos termos do artigo anterior.”

entre as garantias fundamentais do cidadão (CF, art. 5º, LXXVIII<sup>49</sup>), na medida em que sempre incumbiu ao juiz do trabalho o dever funcional de velar pela rápida solução da causa, de acordo com a norma do art. 765 da CLT<sup>50</sup>. Nesse particular, é notável a harmonia que se estabelece entre o preceito do art. 878, *caput*, da CLT e a norma do art. 765 da CLT: enquanto o art. 878 da CLT confere ao magistrado a iniciativa da execução, o art. 765 da CLT faculta ao juiz adotar todas as medidas necessárias à rápida solução da causa – faculdade que inclui adotar as medidas executivas necessárias à realização do direito material objeto da decisão judicial.

A execução de ofício constitui é uma das medidas destinada a enfrentar o desafio de promover o reequilíbrio da assimétrica relação de emprego. O equacionamento dessa desigualdade é conduzido sob a inspiração do princípio da proteção, princípio que se comunica ao processo do trabalho. Equacionar essa desigualdade real na perspectiva de uma igualdade ideal implica adotar tratamento diferenciado aos litigantes, de modo que a superioridade econômica do empregador seja compensada por vantagens jurídicas asseguradas ao litigante hipossuficiente. Conforme relembra *Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra* tal equacionamento “[...] somente se faz por meio do tratamento diferenciado aos desiguais”, diretriz hermenêutica que remonta ao clássico ensinamento da filosofia aristotélica, de tratar desigualmente os desiguais. Para as juristas citadas, “o exemplo clássico é o impulso oficial da execução, que se desdobra em diversas condutas de dirigismo do magistrado em relação à satisfação do direito.”<sup>51</sup>

49 CF art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

50 CLT, art. 765: “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

51 A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 197.

É necessário registrar que a desconsideração da personalidade jurídica empresarial constitui “[...] ponto delicado de incômodo dos processualistas civis em relação à conduta proativa da magistratura trabalhista em relação à execução”. Faz-se necessário reproduzir essa observação de *Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra* para evidenciar que se forma uma tensão hermenêutica quando operadores jurídicos oriundos de distintos subsistemas jurídicos examinam a técnica da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação em cada situação concreta.

No ensaio que escreveu sobre a desconsideração da personalidade jurídica nos diversos subsistemas jurídicos que compõem o sistema jurídico brasileiro, *Eduardo Milléo Baracat* demonstra a dificuldade teórica dos juristas comercialistas para compreender que a superação da personificação societária no processo do trabalho orienta-se por critérios distintos daqueles que servem de diretriz hermenêutica para a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito comercial. Ao mesmo tempo em que identifica a prevalência do princípio jurídico da autonomia patrimonial no subsistema jurídico comercial-societário, o jurista destaca o predomínio do princípio jurídico da proteção do trabalhador no subsistema jurídico trabalhista, realizando a científica distinção que cada subsistema jurídico impõe ao intérprete, de modo a fazer evidenciar que o interesse jurídico prevalente em cada subsistema exercerá influência decisiva tanto na *interpretação* quanto na *forma de aplicação* da técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, bem como na *própria definição dos critérios justificadores* da superação da personificação societária em cada situação jurídica específica<sup>52</sup>, de modo a revelar que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade conformar-se-á necessariamente às características hermenêutico-estruturais do subsistema jurídico no qual será aplicada.

---

52 Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Execução Trabalhista*. 2 ed. José Aparecido dos Santos (coordenador). São Paulo: LTr, 2010. p. 183.

Em interpretação dos arts. 878 e 765 da CLT conforme a Constituição, no subsistema jurídico trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial de ofício sempre foi compreendida como expressão concreta do princípio da proteção na fase de execução do procedimento laboral, bastando para tanto a emissão de simples decisão interlocutória fundamentada quando caracterizada situação de insuficiência de bens da sociedade executada. A jurisdição trabalhista consolidou essa compreensão ao longo de sete décadas. Passar a exigir a iniciativa da parte para a desconsideração da personalidade jurídica seria retrocesso social histórico. Além disso, seria vedar a atuação do magistrado trabalhista em questão particular (desconsideração da personalidade jurídica) quando, para assegurar a efetividade da jurisdição, a interpretação conforme dos arts. 878 e 765 da CLT lhe confere iniciativa para a execução em geral.

Não é necessário maior esforço para concluir que o grau de efetividade da execução trabalhista cairia significativamente caso fosse exigida a iniciativa do credor trabalhista para aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica, especialmente considerando-se a circunstância de que as ferramentas eletrônicas de pesquisa patrimonial encontram-se concentradas no juízo da execução. Com o advento de um novo diploma processual civil, a possibilidade de diálogo normativo que então se coloca para o processo do trabalho deve estar orientada pela aptidão das novas normas processuais à realização dos direitos fundamentais sociais. Essa aptidão não se pode reconhecer ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo CPC, na medida em que exige da parte a iniciativa que o processo do trabalho sempre conferiu também ao magistrado.

Assim, submeter a desconsideração da personalidade jurídica à iniciativa da parte implicaria afrontar o princípio do impulso oficial da execução trabalhista (CLT, art. 878, *caput*), com prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o que basta para impedir a importação subsidiária do incidente do novo CPC à execução trabalhista, sendo para tanto de-

terminante a incompatibilidade da exigência de iniciativa da parte com os preceitos que informam o subsistema procedimental laboral (CLT, arts. 769 e 889).

## 7. A SEGUNDA INCOMPATIBILIDADE ESTÁ NA SUSPENSÃO DO PROCESSO

A segunda incompatibilidade está na circunstância de que o incidente previsto no novo CPC provoca automática suspensão do processo quando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade é requerida na fase de execução (NCPC, art. 134, § 3º), suspensão processual que contraria tanto o princípio da concentração de atos quanto o princípio da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia da efetividade da jurisdição.

No subsistema procedimental trabalhista, a regra é a não suspensão do processo, privilegiando-se a celeridade processual, com vistas à efetividade processual. A originária vocação do processo do trabalho para constituir-se como processo de resultado conduziu o legislador a estabelecer um procedimento – concentrado – no qual a suspensão do processo do trabalho foi concebida como hipótese excepcional. Em regra, as exceções não suspendem o andamento do processo trabalhista, diretriz legislativa destinada a promover a realização do direito material objeto da causa de forma célere.

De acordo com o art. 799, *caput*, da CLT, “Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do processo, as exceções de suspeição<sup>53</sup> ou incompetência<sup>54</sup>”. Trata-se da exceção. Já o § 1º do art. 799 da CLT, estabelece a regra: “§ 1º. As demais exceções serão alegadas como matéria de

---

53 E impedimento. A doutrina identifica aqui uma omissão do direito processual do trabalho, colmatando a lacuna mediante recurso à previsão do CPC, mediante a aplicação subsidiária do processo comum autorizada pelo art. 769 da CLT.

54 Incompetência em razão do lugar. A incompetência em razão da matéria é decidida em sentença.

defesa”. No procedimento sumaríssimo, adota-se a mesma regra: “Art. 852-G. Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença”.

Portanto, a regra no processo do trabalho é a resolução das exceções e incidentes sem a suspensão da tramitação do processo, mediante decisão interlocutória. Porém, essa decisão interlocutória não enseja – regra geral<sup>55</sup> – recurso imediato, decisão interlocutória cujo merecimento tem sua apreciação remetida à oportunidade do recurso cabível da decisão definitiva proferida na respectiva fase processual (CLT, art. 893, § 1<sup>o56</sup> c/c art. 799, § 2<sup>o57</sup>). Ao impedir recurso imediato das decisões interlocutórias, o subsistema jurídico trabalhista visa evitar dilações desnecessárias, reforçando a opção desse subsistema pela concentração dos atos processuais, sempre na perspectiva da celeridade do procedimento laboral.

No processo do trabalho, a descon sideração da personalidade jurídica é realizada mediante simples decisão interlocutória fundamentada, sem a suspensão do processo, numa concreta demonstração de aplicação do princípio da concentração dos atos procedimentais. Em síntese precisa, *Luciano Athayde Chaves* rejeita a aplicação do incidente à execução trabalhista exatamente “[...] porque se trata de formalismo incompatível com a concentração de

55 A Súmula 214 do TST identifica a regra geral prevista no art. 893, § 1º, da CLT e especifica três exceções. Eis o enunciado da S-214-TST: “Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante disposto no art. 799, § 2º, da CLT.”

56 CLT, art. 893, § 1º: “Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva.”

57 CLT, art. 799, § 2º: “Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final.”

atos processuais que marca o Processo do Trabalho.”<sup>58</sup> No mesmo sentido orienta-se a doutrina de *Cleber Lúcio de Almeida*. Pondera o processualista – sob inspiração do princípio da simplificação das formas – que o subsistema jurídico trabalhista “[...] impede a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo”.<sup>59</sup> E conclui de forma categórica pela incompatibilidade do incidente autônomo do novo CPC com o Direito Processual do Trabalho<sup>60</sup>:

“Não é compatível com o direito processual do trabalho a previsão de que, requerida a desconsideração da personalidade jurídica, deverá ser instaurado incidente, com suspensão do processo, medida que se mostra, inclusive, injustificável, na medida em que faz depender do reconhecimento do crédito (objeto da demanda) a fixação da responsabilidade pela sua satisfação (objeto do incidente).”

A razão está com *Eliana dos Santos Alves Nogueira* e *José Gonçalves Bento* quando afirmam que, para efeito de redirecionamento da execução contra os sócios, a fraude patrimonial é presumida diante do descumprimento da obrigação trabalhista, motivo pelo qual sustentam que “[...] a desconsideração da personalidade jurídica na

---

58 O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.

59 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

60 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

Justiça do Trabalho não depende de formalidades e tampouco necessita de prévia citação do sócio.”<sup>61</sup> Aliás, a prévia ciência do sócio tende a esvaziar a constrição de bens objetivada pela desconsideração da personalidade jurídica sociedade empresarial, porquanto daria oportunidade a conhecidas medidas de ocultação patrimonial. Sobre a aplicação do incidente do novo CPC ao processo do trabalho, também os referidos juristas são categóricos ao rejeitá-la<sup>62</sup>:

“Assim e, em linhas gerais, termos que o instituto do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, tal qual delineado pelo novo CPC, não é aplicável no Processo do Trabalho, eis que incompatível com as regras processuais trabalhistas. Aliás, além da incompatibilidade principiológica, há, como frisamos, incompatibilidade processual, já que a execução trabalhista tramita de ofício e prevê o atingimento dos bens dos sócios sem qualquer necessidade de instauração de incidente processual para tal finalidade.”

É de ver que os princípios que dirigem o processo do trabalho não autorizam a pensar em procedimentos – é o caso do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 – que dificultem a persecução do patrimônio societário. Isso porque é preciso ter em conta que os riscos da atividade econômica incumbem à sociedade e aos sócios (CLT, art. 2º, *caput*), não podendo ser transferidos ao empregado, que assumiria tal ônus

---

61 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303.

62 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 307.

caso a insuficiência do patrimônio da sociedade pudesse tornar inefetiva a execução trabalhista, conforme prelecionam os autores antes citados.<sup>63</sup> Embora a aplicação do novo CPC ao processo do trabalho tenha por pressuposto, na lição de *Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra*, a obtenção de “soluções menos burocráticas”<sup>64</sup>, o que se percebe é que o incidente de desconsideração da personalidade previsto no CPC de 2015 constituiria, para a execução trabalhista, fator de burocratização procedimental, sem falar na severa perda de efetividade da jurisdição que acarretaria.

Submeter a execução trabalhista à suspensão implicaria vulnerar os princípios da concentração de atos procedimentais e da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição, o que importa concluir que o requisito da compatibilidade está ausente quando se coteja a suspensão do processo prevista no incidente instituído no novo CPC com os princípios do Direito Processual do Trabalho.

## **8. A TERCEIRA INCOMPATIBILIDADE ESTÁ EM ATRIBUIR AO CREDOR A PROVA DOS REQUISITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A terceira incompatibilidade está na atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada (NCPC, art. 134, § 4º), exigência que se revela incompatível

---

63 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 307.

64 A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 198.

tanto com o princípio da proteção quanto com o princípio da simplicidade das formas, que caracterizam o Direito Processual do Trabalho.

O preceito do novo CPC exige que a prova dos pressupostos legais necessários à declaração de desconsideração da personalidade jurídica deva estar *pré-constituída* quando do requerimento de desconsideração, o que autoriza a conclusão de que tal encargo probatório é atribuído ao credor. O dispositivo estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica” (NCPC, art. 143, § 4º), dispositivo que o processualista civil *Cássio Scarpinella Bueno* interpreta no sentido de que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deve ser apresentado pelo credor “[...] com a demonstração dos pressupostos *materiais*”<sup>65</sup> necessários à desconsideração.

A interpretação tópico-sistemática também conduz a essa conclusão, uma vez já no primeiro dispositivo do incidente a regência legal da matéria submete o requerente ao dever de observância dos requisitos legais pertinentes à técnica da superação da personificação societária. Com efeito, o dispositivo do § 1º do art. 133 do NCPC estabelece que “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica *observará os pressupostos previstos em lei.*” Ao elemento hermenêutico de direito *material* previsto no § 1º do art. 133 do NCPC corresponde o itinerário *procedimental* previsto no § 4º do art. 134, onerando o requerente com o *prévio* encargo probatório de “[...] demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”; é dizer, onerando o requerente com o *prévio* encargo probatório de demonstrar os “pressupostos materiais” necessários à declaração de desconsideração da personalidade jurídica, para reproduzir a precitada a expressão adotada por *Cássio Scarpinella Bueno* nos seus comentários ao preceito legal.

Se pode ser considerada razoável a opção de atribuir ao credor tal ônus de prova no processo civil, em que o devedor costuma

---

65 *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133. Sem grifo no original.

apresentar-se em condição de inferioridade econômica em relação ao credor, o mesmo não ocorre no âmbito do processo do trabalho. O credor trabalhista encontra-se em situação de inferioridade econômica em relação ao executado. Por conseguinte, atribuir ao credor trabalhista o encargo probatório de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos à desconsideração da personalidade jurídica implicaria dificultar a utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica dada a conhecida dificuldade que tem o credor trabalhista para desincumbir-se desse ônus probatório, o que significaria criar entrave procedimental nunca cogitado no subsistema processual trabalhista brasileiro; entrave procedimental que constituiria retrocesso histórico da ciência processual trabalhista. Não pode haver dúvida de que aqui resta evidenciada a incompatibilidade do novo incidente com o princípio jurídico trabalhista da proteção.

Uma das razões para a ciência processual trabalhista ter adotado a denominada teoria objetiva<sup>66</sup>, na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, foi exatamente a dificuldade que o credor trabalhista teria para desincumbir-se do ônus da prova de demonstrar a ocorrência ou de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, para se ter por caracterizado então o abuso da personalidade jurídica, nos termos da teoria subjetiva<sup>67</sup>, adotada pelo art. 50 do Código Civil; para a teoria objetiva, adotada pelo art. 28, § 5º do CDC, basta a pessoa jurídica não ter bens para que a execução seja direcionada aos sócios. Conforme asseveramos alhures, no âmbito da Justiça do Trabalho a mera inexistência de bens da sociedade para responder pela execução de crédito trabalhista abre imediatamente as portas que dão o acesso à superação da autonomia patrimonial mediante a técnica da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita ou mediante a técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme se trate de obrigação trabalhista

---

66 A teoria objetiva também é conhecida como teoria menor.

67 A teoria subjetiva também é conhecida como teoria maior.

da sociedade ou de obrigação trabalhista do sócio, respectivamente.<sup>68</sup> O abuso de direito na utilização da personificação societária configura-se *in re ipsa* sempre que a autonomia patrimonial é invocada para sonegar obrigação decorrente de direito de natureza indisponível, conforme preleciona *Ari Pedro Lorenzetti*.<sup>69</sup> Foi sob a inspiração do princípio da proteção que o subsistema jurídico trabalhista, para efeito da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, adotou a teoria objetiva, e parece que não poderia ser diferente em face da natureza indisponível do Direito do Trabalho.

No âmbito de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, não se faz razoável conferir ao consumidor tutela jurídica superior àquela assegurada ao credor trabalhista, porquanto isso implicaria indireta contrariedade à norma do art. 186 do CTN, diploma legal que tem hierarquia de lei complementar, fonte formal de direito que se sobrepõe à lei ordinária. Na medida em que o art. 28, § 5º, do CDC – lei ordinária – assegura ao consumidor obter declaração de desconsideração da personalidade jurídica do devedor na ocorrência de simples inadimplemento da obrigação, negar essa mesma tutela jurídica ao trabalhador sob a mesma situação de fato – simples inadimplemento da obrigação – implicaria instalar crise sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o preceito da lei complementar restaria contrariado – ainda que indiretamente – por preceito de lei ordinária. A unidade e a coerência do sistema jurídico restariam abaladas por essa contradição. Da mesma forma, não se poderia negar ao trabalhador, no âmbito de interpretação sistemática, a inversão do ônus da prova assegurada ao consumidor (CDC, art. 6º, VIII) no que diz respeito à caracterização dos pressupostos materiais da desconsideração da personalidade jurídica na ocorrência de inadimplemento da obrigação pelo devedor. A crise sistemática

---

68 Ben-Hur Silveira Claus. Execução trabalhista: da desconsideração clássica à desconsideração *inversa* da personalidade jurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 42, 2014, p. 68.

69 *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 198.

referida tem solução quando se confere ao credor privilegiado a tutela jurídica assegurada ao credor classificado em posição inferior na ordem jurídica nacional.

A doutrina de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva* expressa o entendimento predominante na teoria processual trabalhista acerca do ônus da prova na desconsideração da personalidade jurídica. Pondera o jurista que “no processo do trabalho não se exige a demonstração inequívoca dos pressupostos previstos em lei, como os do art. 50 do Código Civil”<sup>70</sup>, argumentando que o credor trabalhista pode invocar a previsão do art. 28 do CDC para fundamentar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade na fase de execução do processo, bastando para tanto que a empresa devedora não tenha bens suficientes para responder pela execução.

É precisamente por isso que, na execução trabalhista, constitui dever jurídico do sócio indicar bens da sociedade quando chamado a responder pelo débito (Lei nº 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889). À previsão da Lei de Executivos Fiscais soma-se a previsão do art. 596, § 1º, do CPC de 1973 (art. 795, § 1º, do CPC de 2015). Essas previsões legais conferem ao sócio o denominado benefício de ordem: o direito de o sócio indicar bens da sociedade à penhora, sob pena de responder com seu patrimônio pessoal pelo crédito trabalhista. A jurisprudência trabalhista está consolidada no sentido de que “[...] basta a insolvência da sociedade devedora – na sintética formulação de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva* – para que se promova a desconsideração de sua personalidade jurídica”<sup>71</sup>, isso porque a regra jurídica é a de que respondem pela dívida os sócios que participaram da sociedade ao tempo da constituição da obrigação trabalhista.

70 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

71 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59-60.

O risco da atividade econômica empreendida pelo sócio (CLT, art. 2º, *caput*) atrai sua responsabilidade pessoal quando a sociedade não tem bens (Lei nº 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889) para responder pelo crédito trabalhista<sup>72</sup>, solução jurídica sem a qual a fraude tornar-se-ia regra, em prejuízo a direitos trabalhistas dotados da qualidade de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal (CF, art. 7º), além de desconstituir qualquer possibilidade real de estabelecimento de relações contratuais baseadas na boa-fé objetiva. As normas procedimentais do processo civil, na precisa lição de *Jorge Luiz Souto Maior*, devem ser compreendidas “[...] como complementos que sirvam à utilidade do processo do trabalho e não como escudos que inviabilizem a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista”<sup>73</sup>.

A doutrina justralhista majoritária tem manifestado posição contrária à aplicação do incidente do novo CPC ao processo do trabalho. Depois de sublinhar que a despersonalização das obrigações constitui verdadeiro princípio do Direito do Trabalho, *Cleber Lúcio de Almeida* afirma que o princípio da simplificação das formas e procedimentos impede a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo<sup>74</sup>, entendimento no qual é acompanhado por *Manoel Carlos Toledo Filho*, jurista para o qual o incidente do novo CPC caracteriza-se como figura procedimental “[...] enfadonhamente burocrática”<sup>75</sup>. É semelhante o entendimento de *Iuri Pereira Pinheiro*, que reputa inaplicável o in-

72 Crédito privilegiado no sistema jurídico brasileiro (CTN, art. 186).

73 Relação entre processo civil e o processo do trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 163.

74 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

75 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 333.

cidente autônomo do novo CPC, “[...] por incompatibilidade com a processualística laboral, que tem como uma de suas vigas mestras a informalidade”<sup>76</sup>. José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva qualifica o novo incidente como procedimento burocrático<sup>77</sup>, para depois concluir que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é manifestamente incompatível com o processo do trabalho, no qual não se admite a intervenção que provoque a suspensão do processo.<sup>78</sup>

Merece destaque a formulação teórica adotada por *Manoel Carlos Toledo Filho* no particular, jurista que agrega um produtivo elemento hermenêutico ao tratamento do tema quando detecta, com rigor científico, que o incidente de desconsideração revela-se “[...] *rigorosamente incompatível* com a diretriz estrutural taxativamente exposta ao Juiz do Trabalho pelo artigo 765 da CLT”<sup>79</sup>. A produtiva percepção científica de que o art. 765 da CLT é regra representativa de *diretriz estrutural* do procedimento laboral abre todo um horizonte de exploração hermenêutica para os propósitos do Direito Processual do Trabalho, capacitando os processualistas à reflexão superior proposta por *Carlos Henrique Bezerra Leite*, no sentido de

---

76 Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495.

77 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 56.

78 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 60.

79 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 333.

se perceber que o processo do trabalho nada mais é do que direito constitucional aplicado.<sup>80</sup>

Norma de sobredireito processual trabalhista, a regra estrutural do art. 765 da CLT conforma hermenêuticamente todo o procedimento do subsistema jurídico laboral brasileiro, irradiando especial eficácia à jurisdição laboral no propósito da realização dos direitos fundamentais sociais; um preceito cuja potencialidade produtiva espera pela exploração hermenêutica dos pesquisadores mais ousados da ciência processual trabalhista.

Atribuir ao credor o ônus da pré-constituição da prova dos pressupostos legais da desconsideração da personalidade jurídica afronta o princípio da simplicidade das formas e os princípios da celeridade e da efetividade da jurisdição, razão por que também essa exigência torna o incidente do novo CPC incompatível com o processo do trabalho.

## 9. A QUARTA INCOMPATIBILIDADE ESTÁ NA EXIGÊNCIA DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO

A quarta incompatibilidade decorre da exigência de contraditório *prévio* (NCPC, art. 135). Na desconsideração da personalidade jurídica adotada na fase de execução do processo trabalhista, o contraditório é *diferido*, sendo exercido mediante embargos à execução<sup>81</sup> após a garantia do juízo.

80 Princípios jurídicos fundamentos do novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 74.

81 Têm sido admitidos embargos de terceiro em determinadas situações concretas. O novo CPC optou por reconhecer ao sócio legitimidade para opor embargos de terceiro quando seu patrimônio é atingido por penhora decorrente de desconsideração da personalidade jurídica. É nesse sentido a previsão do art. 674, § 2º, III, do NCPC: “§ 2º. Considera-se terceiro, para ajuizamento de embargos: III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”.

Nas situações em que o contraditório prévio acarretaria prejuízo à própria tutela do direito material, a opção do legislador pela técnica do contraditório diferido é mera consequência da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva e à técnica jurídica adequada à tutela do direito substancial. A técnica do contraditório diferido está consagrada, por exemplo, no procedimento de antecipação de tutela previsto no art. 273 do CPC de 1973, não se justificando a resistência de certos setores da doutrina – na acertada observação de *Guilherme Guimarães Feliciano* – à adoção dessa especial técnica de contraditório, a qual é exigida para assegurar a tempestiva tutela do direito material em determinadas situações em que o contraditório prévio acarretaria prejuízo à proteção do direito substancial implicado<sup>82</sup>.

Exigir contraditório prévio à desconsideração implicaria frustrar o resultado útil da execução, porquanto estimularia o sócio a desviar bens, sobretudo dinheiro depositado em contas correntes e aplicações e outros bens móveis. Com o contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, “[...] oportunizam-se, é claro, outras ‘providências’ de caráter defensivo, como, *v.g.*, o esvaziamento das contas bancárias pessoais e familiares, antecipando penhoras eletrônicas...”, de acordo com a realista observação de *Guilherme Guimarães Feliciano*. “Ora, em especial no processo do trabalho, ‘avisar’ previamente os sócios da provável desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade empresarial – prossegue o jurista – corresponderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz”<sup>83</sup>.

Esse mesmo entendimento encontra-se na doutrina de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*. Após registrar que o incidente

---

82 O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 123.

83 O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 121-2.

do novo CPC tornará a medida constritiva absolutamente ineficaz, o jurista sentencia: “[...] não sobrar nada na conta bancária do terceiro (sócio), que, por lei, (art. 795 e §§ do novo Código), é responsável subsidiário pelo adimplemento das obrigações da sociedade”<sup>84</sup>. Para quem conhece as vicissitudes da execução na Justiça do Trabalho, não há exagero na crítica que o jurista dirige ao novo instituto: o resultado será nefasto e a efetividade da medida processual será próxima de zero.<sup>85</sup>

Embora postergado para assegurar a efetividade da jurisdição, o contraditório “[...] é apenas diferido para um momento posterior à constrição”, técnica que não viola nenhuma das garantias fundamentais do processo, na lição de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*.<sup>86</sup> De acordo com o jurista, “[...] o contraditório será pleno, com possibilidade de defesa, suspensão do processo em relação ao terceiro, produção de provas, decisão, recurso etc., mas num momento ulterior ou subsequente (contraditório diferido)”.<sup>87</sup> Isso porque – prossegue o jurista – sabe-se há muito tempo que a eficácia da medida constritiva resta prejudicada quando se adota a técnica do contraditório antecipado.<sup>88</sup> O novo CPC optou novamente pela paralisante segurança jurídica do devedor em detrimento da efetividade da jurisdição comum, equívoco no qual não pode incorrer a

84 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

85 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 56-57.

86 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

87 Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

88 *Idem, ibidem*.

jurisdição trabalhista se quiser preservar sua vocação histórica para apresentar-se como jurisdição de resultados e seu compromisso com promessas sociais da Constituição.

No âmbito do processo do trabalho, para a adoção da técnica da superação da personificação societária, basta a prolação de decisão fundamentada, decisão que desde logo abre as portas para as respectivas medidas de constrição, “[...] sem prejuízo do contraditório que será realizado de modo diferido”<sup>89</sup>, na precisa síntese de *Manoel Carlos Toledo Filho*. Nada obstante o contraditório não deva ser antecipado para não prejudicar a execução forçada do direito ao qual o executado opõe resistência, não se pode cogitar de violação ao princípio do contraditório, já que “[...] o sócio atingido em seu patrimônio tem remédio próprio para discutir referida decisão dentro do processo de execução, seja via embargos à execução (ou à penhora) ou exceção de pré-executividade, quando cabível”, conforme desmistificam *Eliana dos Santos Alves Nogueira* e *José Gonçalves Bento*.<sup>90</sup>

A doutrina reproduzida encontra amparo na jurisprudência. No que respeita à defesa do sócio na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade, tanto a jurisprudência do STJ quanto a jurisprudência do TST têm compreendido, na vigência do CPC de 1973, que a ausência de citação prévia do sócio não é causa de nulidade processual, exatamente porque o respectivo direito de defesa do sócio é assegurado de forma diferida, depois da garantia do juízo pela penhora. Eis as ementas:

DIREITO      PROCESSUAL      CIVIL.  
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

89 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 333. Vide nota de rodapé nº 24.

90 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 307.

ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contrário e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ.

A verificação da presença dos requisitos para a aplicação da *disregard doctrine* previstos no art. 50 do Código Civil, por constituir matéria fática, é vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedente.

Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.

Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1523930/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO INTENTADA CONTRA O ENTE PÚBLICO, SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA.

A jurisprudência deste Tribunal Superior caminha no sentido da possibilidade de direcionamento da execução ao ente federado, sócio majoritário da empresa executada, sem que tal procedimento configure qualquer ofensa à norma constitucional invocada. Isso porque a responsabilidade patrimonial é direcionada na execução, não sendo necessário que o responsável conste do título executivo e tenha participado do processo de conhecimento. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR-66400-62.1998.5.01.0050, Rel. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, data de julgamento: 04/02/2015, data de publicação DEJT 06/02/2015).

Com efeito, na desconsideração da personalidade jurídica realizada na execução trabalhista o contraditório apresenta-se na modalidade de contraditório diferido: a defesa do sócio executado é oportunizada após a garantia do juízo pela penhora (CLT, art. 884).

A adoção da técnica do contraditório diferido é utilizada também na antecipação de tutela (CPC, art. 273, *caput*) e na liminar concedida em ação de obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 461, § 3º). Se a técnica do contraditório diferido é adotada pelo legislador mesmo na fase de conhecimento do processo civil, revela-se razoável adotar-se tal técnica jurídica na execução trabalhista, quando da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, a fim de conferir maior eficácia à jurisdição executiva (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), mercê do poder geral de cautela que a ordem jurídica confere ao magistrado (CLT, art. 765; CPC, arts. 798 e 804).

Esse poder geral de cautela pode ser exercido de ofício pelo magistrado do trabalho. Foi o que afirmou uma das maiores autoridades do processo civil brasileiro. A opção por citar um jurista do âmbito do processo civil tem o objetivo de neutralizar determinada resistência que a doutrina justralhista tem enfrentado, por vezes acusada de adotar posições muito avançadas em detrimento do contraditório prévio e das garantias fundamentais asseguradas aos responsáveis subsidiários pelo pagamento do crédito trabalhista. Com o advento do novo CPC, a lição de *Galeno Lacerda* readquire a dimensão histórica que nem sempre foi por nós percebida<sup>91</sup>:

“Considerando-se que, pela prevalência do interesse social indisponível, esse processo se filia mais ao inquisitório, a tal ponto de poder o juiz promover de ofício a execução (art. 878 da CLT), parece evidente que, em consonância com tais poderes e objetivos, caiba ao juízo trabalhista, também, a faculdade de decretar providências cautelares diretas, a benefício da parte ou interessados, sem a iniciativa destes.”

---

91 *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 129-130.

Na desconsideração da personalidade jurídica, a constrição prévia à citação constitui-se em medida cautelar que tem fundamento jurídico no art. 804 do CPC, norma segundo a qual “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.” Vale dizer, o sistema jurídico brasileiro é dotado de diversas normas procedimentais que permitem realizar constrição prévia ao contraditório quando essa providência prévia se faz necessária para assegurar a tempestiva realização do direito material objeto da causa.<sup>92</sup>

Exigir citação prévia do sócio executado e postergar a constrição tende a tornar a medida de bloqueio de numerário ineficaz.<sup>93</sup> Essa mesma ineficácia tende a ocorrer quanto à constrição de veículo e outros bens móveis, especialmente tendo em consideração a orientação da Súmula 375 do STJ<sup>94</sup>, que exige prévio registro da penhora para só então reconhecer fraude à execução na alienação do bem, diretriz jurisprudencial que, embora tenha por objetivo a tutela do interesse do terceiro adquirente de boa-fé, tem fomentado o fenômeno da fraude patrimonial denunciada por *Manoel Antonio Teixeira Filho*. Para o processualista, “a orientação jurisprudencial cristalizada

92 Na execução fiscal, não se faz necessário adotar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC para redirecionar a execução aos bens do sócio-gerente. É a conclusão do Enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 do CPC/2015.”

93 É oportuno assinalar que o *sistema legal brasileiro* dá preferência à penhora de dinheiro, em detrimento de outros bens cuja expropriação acarreta dilação procedimental e despesas processuais, diretriz legislativa que visa à efetividade da jurisdição e à razoável duração do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII). Tanto a CLT (art. 882) quanto a LEF (art. 11, I) elegem dinheiro como bem preferencial à penhora. Mesmo o processo civil adota tal previsão legal (art. 655).

94 S-375-STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”<sup>95</sup>.

Tem razão *Luciano Athayde Chaves* quando pondera que é necessário considerar que o sócio não é um terceiro qualquer, alheio às obrigações da empresa que integra: “[...] o sócio é partícipe do empreendimento”, na medida em que a pessoa jurídica é uma ficção legal, administrada por pessoas naturais.<sup>96</sup>

A natural assimilação do princípio da primazia da realidade pelo Direito do Trabalho torna ainda mais intuitiva a consideração de que, no âmbito do subsistema jurídico trabalhista, a personificação societária é compreendida como mera ficção jurídica concebida ao fomento da atividade econômica e, por isso mesmo, “[...] há de ser preservada a presunção de que os seres humanos por detrás da pessoa jurídica são sabedores do que se passa com ela”, conforme prelecionam *Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento*<sup>97</sup> no estudo do tema. Embora possa parecer elementar, a reprodução da assertiva é necessária diante de uma certa cultura de resistência generalizada ao cumprimento de decisões judiciais em nosso país, fenômeno que levou o processualista *Luciano Athayde Chaves* à impressiva consideração de que “[...] acostumamo-nos com isso em

---

95 *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. Manoel Antonio Teixeira Filho sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

96 O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.

97 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303.

nosso país, como se houvesse um direito (fundamental?) ao descumprimento de obrigações. Mas, não se trata de *ethos* compatível com a *força normativa da Constituição*, que (re)afirma a segurança jurídica como valor e a efetividade das tutelas jurisdicionais (essa sim!) como *garantia fundamental*.<sup>98</sup>

Em conclusão, submeter a desconsideração da personalidade jurídica à exigência de contraditório prévio implicaria retrocesso procedimental incompatível com o princípio da simplicidade das formas, além de acarretar perda de efetividade da jurisdição trabalhista, fundamentos pelos quais não se faz presente o requisito axiológico da compatibilidade do incidente do CPC de 2015 com o Direito Processual do Trabalho.

## **10. A QUINTA INCOMPATIBILIDADE RESIDE NA PREVISÃO DE RECURSO IMEDIATO**

A quinta incompatibilidade reside na previsão de existência de recurso imediato da decisão interlocutória que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade empresarial (NCPC, art. 136 e parágrafo único).

A incompatibilidade decorre do fato de que – regra geral – as decisões interlocutórias não estão sujeitas a recurso imediato no processo do trabalho: a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias é remetida à oportunidade do recurso cabível da decisão definitiva na respectiva fase processual em que a decisão interlocutória foi proferida (CLT, art. 893, § 1º). Esse aspecto do procedimento laboral é identificado como traço característico da especialização do processo do trabalho, especialização que se completa no âmbito de seu sistema recursal pela opção legislativa de limitar o recurso de

---

98 O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.

agravo de instrumento à finalidade de destrancar recurso denegado (CLT, art. 897, *b*).

O compromisso social da jurisdição especializada do trabalho com a efetividade da tutela do direito material trabalhista não poderia ter conduzido a teoria processual laboral brasileira a outro caminho que não fosse a afirmação da especialidade de seu procedimento simplificado, o qual tem na regra da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias um de seus elementos hermenêuticos estruturais. Esse elemento estrutural está presente em todas as fases do itinerário procedimental trabalhista, inclusive na fase de execução, conforme lição pacífica da doutrina justralhista.

A doutrina de *Cleber Lúcio de Almeida* contextualiza com precisão a relação existente entre a regra da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias no processo do trabalho e a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, revelando que a sistemática recursal trabalhista assegura contraditório – diferido – à pessoa cujo bem é atingido pelo ato de penhora derivado da desconsideração da personalidade jurídica. A síntese adotada pelo jurista está assim enunciada<sup>99</sup>:

“Na execução, a decisão sobre a desconsideração é interlocutória, o que a torna irrecorribil (art. 893, § 1º, da CLT), podendo o sócio (desconsideração clássica) ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) voltar ao tema em embargos à execução, a serem ajuizados depois da garantia do júízo.”

A sentença que julga os embargos à execução (CLT, art. 884, § 4º) correspondente à *decisão definitiva* de que trata o art. 893, § 1º, da CLT. Essa sentença está sujeita ao recurso de agravo de pe-

99 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

tição previsto no art. 897, *a*, da CLT, de modo que o sistema recursal trabalhista assegura ao executado o direito de submeter o merecimento da decisão de desconconsideração da personalidade jurídica ao duplo grau de jurisdição. Daí porque não parece correta a opinião manifestada no enunciado nº 126 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Segundo o referido enunciado, “No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo.”<sup>100</sup>

O recurso de agravo de petição, a teor do art. 893, § 1º, da CLT, tem cabimento contra a sentença – decisão definitiva – que julga os embargos à execução e que reexaminará a decisão interlocutória que determinara a desconconsideração da personalidade jurídica. A decisão interlocutória que determina a desconconsideração da personalidade jurídica é anterior à sentença de embargos e não estará, por conseguinte, sujeita a recurso imediato por se constituir em decisão interlocutória cujo merecimento somente pode ser apreciado na sentença que julga os embargos à execução. É dessa última decisão – sentença – que cabe o recurso de agravo de petição para submeter ao Tribunal Regional do Trabalho o exame do merecimento da decisão interlocutória que determinara a desconconsideração da personalidade jurídica.

Embora seja legítimo ao Fórum Permanente de Processualistas Civis postular determinada interpretação acerca do alcance nas normas do novo CPC no âmbito do processo do trabalho, porquanto a exploração hermenêutica deve ser recebida com espírito científico no advento de um novo código de processo civil, não parece que se possa desnaturar o especial subsistema jurídico laboral a pretexto de pretender aplicar-lhe norma do novo CPC que, por contrariar as peculiaridades de seu sistema recursal, acaba por revelar-se incompatível com o direito processual trabalhista.

---

100 Cássio Scarpinella Bueno. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133.

Não havendo possibilidade de recurso imediato da decisão de desconsideração da personalidade jurídica no subsistema jurídico laboral por força da previsão do art. 893, § 1º, da CLT, emerge incontestável a incompatibilidade do incidente do CPC de 2015 com o princípio da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias no Direito Processual do Trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia da jurisdição parece ser a esfinge da Justiça do Trabalho. É no desafio de dar concretude à jurisdição trabalhista que se há de enfrentar a questão de saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC aplica-se ao processo do trabalho.

Na teoria processual justralhista majoritária que vem se formando sobre o tema desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem prevalecido categórica rejeição à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC no Processo do Trabalho, rejeição fundada sobretudo no argumento de que o incidente do CPC de 2015 não atende ao critério científico da compatibilidade exigido para a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho. Tem prevalecido o entendimento de que o incidente do novo CPC contraria diversos princípios do Direito Processual do Trabalho, de modo que a aplicação do incidente ao processo do trabalho não passaria pelo crivo da compatibilidade exigida pelos arts. 769 e 889 da CLT, preceitos compreendidos enquanto normas de contenção ao ingresso indevido de dispositivos de direito processual comum no direito processual do trabalho.<sup>101</sup>

---

101 Também identificadas como *normas de proteção*, os arts. 769 e 889 da CLT têm sido compreendidos como *normas de contenção* à influência indevida de normas de direito processual comum capazes de causar complexidade procedimental, retardamento processual e perda de efetividade da jurisdição trabalhista.

A majoritária rejeição ao incidente pode ser compreendida diante do itinerário histórico que o processo do trabalho percorreu na afirmação de sua autonomia científica em relação do processo civil, sobretudo considerando-se que cumpre ao subsistema jurídico trabalhista equacionar a desigualdade que caracteriza tanto a relação de direito material trabalhista quanto a respectiva relação de direito processual, propósito para o qual o incidente do novo CPC caracteriza-se como verdadeiro obstáculo, na medida em que dificulta e burocratiza o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, acarretando severa perda de efetividade à jurisdição trabalhista em relação ao procedimento simplificado hoje praticado de ofício.

Essa assimetria é objeto da atenção do direito material do trabalho que, ao instituir normas concebidas para reequilibrar o des-nível da relação de direito substancial, estabelece vantagens jurídicas em favor da parte mais frágil destinadas a compensar as vantagens econômicas da parte mais forte. A equação dessa assimetria faz evocar o princípio *corretor das desigualdades*, fórmula conceitual superior com a qual *Couture* explicita o conteúdo do princípio da proteção na perspectiva da ética aristotélica: igualar os desiguais mediante tratamento desigual proporcional à desigualdade. Pois bem, também ao direito processual do trabalho comunica-se o encargo de promover a equalização das desigualdades, pois as desigualdades originárias da relação econômica se reproduzem no âmbito da relação processual e demandam tratamento procedimental destinado a promover o equilíbrio da relação processual.

A doutrina justralhista majoritária tem compreendido que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC contraria o propósito superior de promover tal equalização na fase de execução do processo trabalhista, rompendo com a simplificada e produtiva fórmula do contraditório diferido consagrada historicamente no subsistema jurídico procedimental trabalhista ao longo de sete décadas, no que diz respeito à aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada. Vale dizer: de um lado, o incidente não seria compatível

com diversos princípios do Direito Processual do Trabalho; de outro lado, o incidente rompe com a simplificada e produtiva fórmula do contraditório diferido praticada no subsistema jurídico procedimental trabalhista, de modo que a aplicação do incidente ao subsistema jurídico trabalhista representaria histórico retrocesso procedimental, com prejuízo severo à efetividade da jurisdição e à própria realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal e na legislação trabalhista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria dinâmica do ônus da prova. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

BARACAT, Eduardo Milléo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Execução Trabalhista*. 2 ed. José Aparecido dos Santos (coordenador). São Paulo: LTr, 2010.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2009.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BENTO, José Gonçalves. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías e Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do Direito Processual do Trabalho. *Curso de Processo do Trabalho*. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução trabalhista: da desconsideração clássica à desconsideração *inversa* da personalidade jurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 42, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n.º 379. Julho de 2015.

DUTRA, Renata Queiroz. DELGADO, Gabriela Neves. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Novo Código de*

*Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. O novo Código de Processo Civil e as prerrogativas de magistratura nacional: reflexões de um juiz. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

FONSECA, Bruno Gomes Borges. Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. GEMIGNANI, Daniel. Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

GEMIGNANI, Daniel. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo do trabalho e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, 15:87.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito Processual do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr; 2010.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr; 2003.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. O Princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

MIESSA, Élisson. *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Élisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.015/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

*In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Ramos. Justiça do Trabalho. *Revista do Trabalho.* fev. 1938.

PEREIRA, Iuri Pereira. Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. O novo Código de Processo Civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Processual do Trabalho.* 2 ed. São Paulo: LTr, 1977.

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado.* Volume 9 – Processo do Trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho.* Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

# 2 O DIREITO DE GREVE COMO RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EMPRESA: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO COMPARADO

---

## **Leandro Fernandez**

Juiz do Trabalho/TRT6. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

### **I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A liberdade de empresa é princípio de elevada importância em qualquer ordem jurídica que adote o capitalismo como sistema econômico. Tradicionalmente, a doutrina tem voltado sua atenção ao estudo acerca das possibilidades e limites de intervenção estatal no âmbito da referida liberdade. Persistem, ainda, em certa medida, as inquietações que surgiram com o advento do Estado Liberal e a necessidade histórica de proteção dos indivíduos em face do Poder Público.

Pouco se tem refletido, todavia, acerca da viabilidade de imposição de restrições à liberdade de empresa derivadas de atos de particulares. O presente trabalho objetiva examinar esta temática especificamente no que se refere ao exercício do direito de greve.

Constitucionalmente consagrada, a greve, por sua natureza ímpar, gera profundas controvérsias doutrinárias. A titularidade

do direito e mesmo a própria conceituação do instituto não gozam de unanimidade. A decisão dos trabalhadores por sua deflagração, ademais, inexoravelmente abala as faculdades oriundas da liberdade de empresa.

Para analisar as implicações entre esses direitos, é necessário, num primeiro momento, empreender um esforço de compreensão da liberdade de empresa, a partir de sua evolução histórica. É, ainda, imperioso analisar seu conteúdo jurídico e a possibilidade de se cogitar de uma dimensão laboral desta liberdade. Este é o objeto da segunda seção deste trabalho.

A investigação em torno da greve será realizada na terceira seção. Examinar-se-á, então, seu conceito, a titularidade do direito, assim como os requisitos para seu exercício. A apresentação sobre as modalidades da greve encerrará o tópico.

A quarta seção destina-se especificamente à reflexão acerca das restrições à liberdade de empresa decorrentes do direito de greve, tanto em sua dimensão coletiva quanto na individual.

Na quinta seção, declinam-se as conclusões alcançadas através do presente estudo.

Delineado o roteiro de investigação, cumpre, desde já, avançar para o exame da liberdade de empresa. É o que se empreenderá a seguir:

## **2.A LIBERDADE DE EMPRESA**

A compreensão da configuração jurídica da liberdade de empresa exige a apresentação, ainda que breve, do processo histórico de sua consagração no Ocidente e de sua evolução.

A tutela da liberdade de empresa atendeu aos anseios da recém-formada classe burguesa, condutora das Revoluções Liberais que marcaram o século XVIII. No contexto de ruptura com o Antigo

Regime, a noção de liberdade tornou-se verdadeiro fator definidor do projeto ideológico, político e econômico que então se implantava.

Precisamente por isto, já nos primeiros artigos da Declaração de Direitos da Virgínia<sup>1</sup> (precursora da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>2</sup> a liberdade é alçada à posição de valor fundamental.

A postura política que então se assumia — e que viria a se manter durante longo período — era a de não intervenção do Estado nas ações dos particulares. A função estatal era, basicamente, garantir a segurança necessária para o livre exercício dos direitos civis e políticos.

Com o decurso do tempo, todavia, a ampla consagração da liberdade de atuação no mercado permitiu o surgimento de estruturas empresariais diferenciadas, caracterizadas pela alta concentração de capital. Evoluía-se, então, do capitalismo atomista ao capitalismo

---

1 Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

2 Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

[...]

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

de grupo<sup>3</sup>. Nesta nova realidade econômica, a limitação à liberdade tornou-se exigência de efetiva existência de liberdade, exigindo-se a intervenção estatal para regular a economia.

Como reflexo deste contexto, uma nova perspectiva da Constituição passa a atrair a atenção dos estudiosos do Direito. Trata-se da denominada “Constituição Econômica”, objeto do tópico seguinte.

## 2.1 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

O aparecimento de monopólios e oligopólios, a formação de cartéis, os reiterados abusos do poder econômico cometidos por entidades detentoras de elevada concentração de capital, os desequilíbrios do sistema financeiro, bem como o estado de preocupante fragilização social verificados no início do século XX conduziram à inserção nos ordenamentos jurídicos de normas voltadas ao direcionamento da economia.

As Constituições, por consubstanciar o compromisso político fundamental de uma sociedade, exerceram, neste contexto, papel extremamente relevante. As Cartas Magnas editadas a partir desse período, passaram a assumir a responsabilidade de regular o fun-

---

3 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: LTr, 2001, p. 24. Pondera, a seu turno, EDILTON MEIRELES que, ao “mesmo tempo em que a empresa cresce em complexidade, ela perde na sua totalidade (ou exaustividade) e na sua auto-suficiência, pois sua capacidade de controlar diretamente os recursos estratégicos essenciais para sua sobrevivência se coloca cada vez mais distante do seu engrandecimento. É preciso, então, descentralizar, flexibilizar. O grupo econômico surge, assim, como o ‘modelo-tipo de empresa flexível contemporânea’” (Grupo econômico trabalhista. São Paulo: LTr, 2002, p. 39).

cionamento da economia, tendo em vista a promoção do bem-estar geral<sup>4</sup>.

Surge, então, a noção de Constituição Econômica, compreendida como a “*ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica*”<sup>5</sup>.

É possível, acompanhando-se EROS GRAU, distinguir a Constituição Econômica estatutária da denominada de programática ou diretiva. A primeira define os “estatutos da propriedade dos meios de produção, dos agentes econômicos, do trabalho, da coordenação da economia, das organizações do capital e do trabalho”<sup>6</sup>. A segunda, a seu turno, pretende-se protagonista de uma nova ordem coisas,

---

4 Acerca da omissão das Constituições Liberais quanto à regulação da economia, pondera EROS GRAU: “As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*” (grifo no original) (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71).

5 COMA, Martin Bassols. *Constitución y Sistema Económico*. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988, p. 17.

6 Op. cit., p. 76.

estabelecendo “diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos também por ela enunciados”<sup>7</sup>.

Instituidoras do Estado Social de Direito, as Constituições contemporâneas não abandonaram o capitalismo<sup>8</sup>, mas impuseram limites e condicionamentos para a atuação no mercado. A liberdade de empresa persiste, pois, como valor fundamental da sociedade, admitindo-se — e, mesmo, exigindo-se — restrições ao seu exercício.

Exemplificativamente, a atual Constituição da Itália reconhece-a em seu art. 41<sup>9</sup>, vinculando-a ao interesse social e admitindo a edição de leis voltadas à coordenação da atuação econômica pública e privada, tendo em vista os fins sociais, enquanto a Constituição es-

---

7 Ibidem, loc. cit. Impende destacar a relevância histórica da Constituição de Weimar, que viria a influenciar a posterior configuração do constitucionalismo europeu, sendo, inclusive, decisiva para o reconhecimento de novas áreas do Direito: “*La cultura jurídica de la época desarrolló una importante reflexión teórica sobre este material constitucional al propio tiempo que sistematizó y desarrolló nuevas ramas del Derecho — como el Derecho Económico, el Derecho del Trabajo, y el Derecho Social — que implicaban una superación de los fundamentos tradicionales del Derecho Privado y revelaban que la Constitución no debe limitarse a regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también justificar las relaciones entre los ciudadanos y los poderes económicos privados o de hecho*” (COMA, Martín Bassols. Op. cit., p. 30).

8 O caso português merece uma observação. Ao ser promulgada, em 1976, a atual Constituição portuguesa possuía uma série de referências à transição para uma sociedade de índole socialista, “sem classes”. A redação originária foi alterada em 1982, na Primeira Revisão Constitucional, excluindo-se do corpo do texto tais intenções.

9 Art. 41. *L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*

panhola de 1978 assegura-a em seus artigos 9º, item 2º, e 38<sup>11</sup>. A seu turno, a Constituição de Portugal, em sua atual redação, consagra-a nos artigos 61<sup>12</sup> e 86<sup>13</sup>.

Seguindo esta linha, também a Constituição brasileira de 1988 resguarda a liberdade de empresa, conforme se verificará a seguir.

## 2.2 A LIBERDADE DE EMPRESA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O constituinte de 1988 elegeu o *valor social* da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante se infere da leitura do art. 1º, inciso IV, da Carta Política, *in verbis*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

---

10 *Artículo 9 [...] 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

11 *Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

12 Artigo 61.º Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

13 Artigo 86.º Empresas privadas 1. O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.

2. O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial.

3. A lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

A livre iniciativa é princípio jurídico de ampla abrangência<sup>14</sup>. Na lição de EROS GRAU, uma de suas manifestações é a “liberdade de iniciativa econômica”<sup>15</sup>, titularizada pela empresa. Esclarece o jurista que esta liberdade pode assumir dois sentidos, a saber: “liberdade de concorrência” e “liberdade de comércio e indústria”<sup>16</sup>.

No primeiro sentido, abrange: a “faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal”, a “proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência”, bem como a “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”<sup>17</sup>.

No segundo sentido, corresponde à “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e à “não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei”<sup>18</sup>. É precisamente este sentido que interessa ao presente estudo, configurando o que se denomina de liberdade de empresa.

Especificamente no Título VII, que dispõe acerca da “Ordem Econômica e Financeira”, a Constituição reiterou a proteção à livre iniciativa, consagrando-a também, portanto, na dimensão relativa à liberdade de empresa, conforme se verifica a partir da redação do art. 170 e de seu parágrafo único, a seguir transcritos: “Art. 170.

---

14 Obtempera, neste sentido, MANOEL JORGE E SILVA NETO: “O princípio da livre iniciativa está complementado na Constituição pelo princípio da liberdade-matriz (ou liberdade de ação), previsto no art. 5º, II (‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’), o que nos leva a considerar que a liberdade de atuação na economia é apenas uma das porções da garantia fundamental, porquanto pode reconduzir, inclusive, à escolha de uma profissão pelo trabalhador” (Direito Constitucional Econômico. São Paulo: LTr, 2001, p. 96).

15 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 204.

16 Ibidem, p. 206.

17 Ibidem, loc. cit.

18 Ibidem, loc. cit.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Importa perceber que a proclamação da liberdade de empresa como um dos elementos basilares da ordem econômica brasileira não ocorre de maneira absoluta, mas, ao revés, acompanhada do reconhecimento da valorização do trabalho humano como fator que lhe é igualmente fundante e da vinculação à promoção da dignidade humana e da justiça social. Eventuais limitações à liberdade de empresa devem, pois, necessariamente buscar seu fundamento de legitimidade em tais elementos.

Demonstrada a positivação da liberdade de empresa, cumpre, agora, empreender o estudo de seu conteúdo. Eis o objeto do item seguinte.

### **2.3 O CONTEÚDO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EMPRESA**

Sinteticamente, a liberdade de empresa consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades<sup>19</sup>. Se é assim, inserem-se em seu âmbito de abrangência todas as condutas necessárias para viabilizar o ingresso no mercado, de acordo com os requisitos legais. Todos os atos, pois, indispensáveis para o efetivo

---

19 MARTIN BASSOLS COMA define-a como a “*libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*” (*Constitución y Sistema Económico*. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988, p. 137).

princípio das relações negociais incluídas nas finalidades da empresa estão garantidos sob o manto da liberdade de empresa.

Para além dos comportamentos e relações jurídicas preliminares, a liberdade de empresa abarca, também, toda a atuação empresarial desenvolvida no curso da exploração da atividade econômica. Isto envolve, exemplificativamente, aspectos relativos à alocação de bens e capitais, a decisões quanto a intensificação ou redução de ações em certos setores, ampliação ou deslocamento de unidades produtivas.

Consectário lógico, ainda, da consagração da liberdade de empresa é a tutela das condutas necessárias ao encerramento — total ou parcial — das atividades da empresa. Não é plausível que o sujeito ou a entidade seja, de fato, livre para empreender em dada área se nela somente lhe é facultado o ingresso, vedando-se sua saída. Assim, os atos relativos à dissolução da empresa ou à finalização das atividades de dado departamento estão, também, salvaguardados pela liberdade de empresa.

Refletindo acerca do conteúdo essencial da liberdade de empresa, MANUEL ARAGÓN REYES pondera: *“En cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también, esse reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía de dirección de su empresa, autonomía sin la cual no sería empresa privada, sino empresa pública [...]”*<sup>20</sup>.

Eis o delineamento geral do conteúdo jurídico da liberdade de empresa. Observe-se, por sua amplitude, que o exercício desta inevitavelmente provoca conseqüências no campo das relações de trabalho. Partindo-se, então, de suas facetas relativas ao início, ao desenvolvimento e ao encerramento de atividades, importa, agora,

---

20 REYES, Manuel Aragón. *El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 55.

aplicar este arcabouço teórico aos contratos de trabalho, no que se poderia denominar de dimensão laboral da liberdade de empresa. Esta é a proposta do próximo tópico.

## 2.4 A DIMENSÃO LABORAL DA LIBERDADE DE EMPRESA

Conforme declinado, a liberdade de empresa pode ser visualizada sob a tríplice faceta de ingresso, desenvolvimento e afastamento do exercício de atividade econômica no contexto do mercado.

Relativamente à primeira, as implicações no Direito do Trabalho referem-se às decisões da empresa sobre “*cuantos trabajadores necesita, quiénes van a ser contratados y qué modalidades contractuales se van a utilizar*”<sup>21</sup>. A mais evidente limitação à liberdade de empresa, neste campo, é a vedação à adoção de critérios discriminatórios para a seleção de trabalhadores<sup>22</sup>. O fato de o empregador possuir a faculdade de escolher com quem contratar não lhe autoriza, por óbvio, a violar o princípio constitucional da igualdade, valendo-se de distinções objetivamente injustificáveis.

A segunda faceta, consoante a lição de FREDERICO DURÁN LÓPEZ, pode ser visualizada sob duas perspectivas<sup>23</sup>. A primeira refere-se à utilização de mão-de-obra diretamente vinculada ao tomador ou intermediada por terceiro. É lícito, aqui ao empregador, obedecidos os ditames legais e jurisprudenciais, não utilizar empregados seus para a realização de certas atividades específicas. A segunda perspectiva diz respeito ao modo de exploração da mão-

21 LÓPEZ, Frederico Duran. *Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 59.

22 Ibidem, p. 60.

23 Ibidem, p. 61.

-de-obra, abrangendo, exemplificativamente, jornada, produtividade e local de trabalho.

Finalmente, o aspecto da liberdade de empresa relativo ao afastamento do exercício de atividades econômicas corresponde, no campo das relações laborais, ao encerramento de contratos de trabalho<sup>24</sup>. No Direito brasileiro, o melhor entendimento é no sentido de esta liberdade não abranger a despedida arbitrária, mas somente a motivada<sup>25</sup>.

Compreendida a configuração jurídica da liberdade de empresa, é possível, agora, avançar para a terceira seção, destinada a cuidar do direito de greve.

### 3. O DIREITO DE GREVE

A seção pretérita dedicou-se a abordar a liberdade de empresa. Historicamente, sua consagração como valor merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico está intimamente vinculada ao ideário das Revoluções Burguesas. O ambiente político do período que

---

24 “[...] *la libertad de empresa comprende, como decíamos, la libertad de abandonar total o parcialmente el mercado, reduciendo o suprimiendo las actividades productivas desarrolladas, o prescindiendo de trabajadores que para dicho desarrollo se habían contratado. Em estos casos, no siempre se trata de abandonar o mercado, sino que puede tratarse simplemente de reducir el número de trabajadores contratados, como consecuencia de reorganizaciones productivas, mejoras tecnológicas, aumentos de productividad, etc*” (Ibidem, p. 64).

25 Neste sentido, meditando acerca do art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988, EDILTON MEIRELES esclarece: “[...] a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação” (Abuso do Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004, p. 198). A Consolidação das Leis do Trabalho, convém ressaltar, define a despedida arbitrária como aquela que não se lastreia em “em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

se seguiu era, com efeito, propício à consolidação de um modelo de produção baseado na exploração do trabalho subordinado.

A proteção à liberdade de atuação no mercado não foi acompanhada, todavia, de um regime jurídico idôneo a garantir condições dignas para os homens, mulheres e crianças arremetidos para laborar nas indústrias e minas. A precariedade dos ambientes de trabalho, as jornadas exaustivas e os salários vis acenderam a centelha daquilo que viria a ser denominado de consciência de classe. O operariado apercebeu-se de que a única via possível para o equilíbrio na negociação com os empresários era a coletiva.

Neste quadro, surge a greve como mecanismo de luta por elevação da situação social dos trabalhadores<sup>26</sup>. Concomitantemente, a reação estatal à realidade de instabilidade social conduziu à edição das primeiras leis voltadas à redução dos abusos cometidos pelos empregadores, regulamentação precursora da futura disciplina do Direito do Trabalho. De fato, a própria *razão de ser* deste ramo do Direito, consoante leciona PALOMEQUE LOPEZ, é a de “*servir ao processo de juridificação do conflito entre o trabalho assalariado e o capital*, da sua canalização ou institucionalização pelo Estado”<sup>27</sup> (grifos no original).

26 Obtempera JOSÉ MARTINS CATHARINO que a “*greve é, acima de tudo, um fenômeno social e humano, por causas materiais e com efeitos da mesma natureza. Forma de luta de pessoas trabalhadoras contra pressão e opressão econômicas, desumanas e desumanizantes*”. (grifo no original) (Tratado Elementar de Direito Sindical: Doutrina, Legislação. São Paulo: LTr, 1982, p. 251).

27 LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. Direito do trabalho e ideologia. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19. Pondera, a seu turno, ALAIN SUPLOT, que a “*constitución del derecho del trabajo como rama autónoma del derecho se há llevado a cabo, de este modo, mediante el reconocimiento de derechos definidos colectivamente (derechos colectivos, o reglamentación colectiva) que fundam o confortan derechos individuales, es decir, derechos que cada trabajador puede alegar frente a su empresario*”. (*Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1996, p. 149).

Após etapas históricas nas quais a greve foi proibida<sup>28</sup> ou, apenas, tolerada, na atualidade é ela internacionalmente reconhecida como um direito fundamental. Nesta linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conquanto não mencione expressamente a greve, consagra o direito de criação e de participação em sindicatos<sup>29</sup>, bem como a liberdade de associação<sup>30</sup>. Constituinte-se a greve num dos meios mais contundentes e eficazes para a consecução de melhorias sociais, parece evidente sua implícita proteção no mencionado documento. Não é crível que se possa seriamente sustentar a existência de uma organização coletiva, destinada à defesa de direitos de classe, aleijada daquele que talvez seja seu principal instrumento.

A seu turno, o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais enuncia, em seu art. 8º, item 1, a obrigação dos Estados signatários de assegurar o direito à criação e participação em

---

28 Indica SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO que em “quase todas as nações existiu, de um modo ou de outro, uma perseguição penal ao fenômeno da greve, por considerá-la socialmente prejudicial. Os primeiros grandes agrupamentos de trabalhadores, a partir da Revolução Industrial, coincidem com esta primeira forma de encarar a greve” (O Direito de Greve. Tradução de Maria Stella Penteadó G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994, p. 42).

29 Artigo XXIII, 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

30 Artigo XX, 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

sindicatos e, explicitamente, o direito de greve, esclarecendo que este será concretizado de acordo com a regulamentação de cada nação<sup>31</sup>.

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, não editou qualquer Convenção que explicitamente consagre o direito de greve. Sua implícita proteção decorre, tal como se verifica relativamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da garantia da

---

31 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir:

- a) o direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente ao regulamento da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;
- b) o direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito desta de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;
- c) o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;
- d) o direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país. (sem grifos no original)

liberdade sindical e da negociação coletiva, previstas nas Convenções 87<sup>32</sup>, 98<sup>33</sup> e 154<sup>34</sup>.

Paralelamente ao reconhecimento explícito ou implícito, em documentos internacionais, da greve como direito, diversas Constituições ocidentais passaram a expressamente tutelar o seu exercí-

---

32 Art. 2 — Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

33 Art. 1 — 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. 2. Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:

- a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;
- b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.

34 Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

cio<sup>35</sup>. O exame específico da consagração deste direito na Constituição brasileira de 1988 iniciará o item seguinte, destinado à análise do regime jurídico da greve no ordenamento pátrio.

### 3.1 A GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito de greve em seu art. 9º, nos seguintes termos: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

O *caput* do dispositivo confere, assim como a Constituição portuguesa de 1976, aos trabalhadores a legitimidade decisória quanto aos interesses mercedores de tutela através da via extrema

---

35 Exemplificativamente, a atual Constituição da Itália garante o direito de greve, em conformidade com a legislação pertinente, conforme dispõe seu art. 40: “Art. 40. *Il diritto di sciopero si esercita nell’ambito delle leggi che lo regolano*”. A Constituição portuguesa de 1976, por sua vez, assegura o direito de greve, bem como a legitimidade dos trabalhadores na definição das finalidades que, mediante ela, objetivam defender, *in verbis*: “Artigo 57.º Direito à greve e proibição do lock-out. 1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito”. A seu turno, a atual Constituição espanhola consagra o direito de greve, remetendo à legislação infraconstitucional o delineamento de regras para a continuidade da prestação dos serviços essenciais, consoante se infere da leitura de seu art. 28, item 2: “*Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

da greve, explicitando, ademais, que também a eles cabe eleger o momento adequado para sua deflagração<sup>36</sup>.

O texto constitucional mitiga, por outro lado, o direito de greve ao conceder, no § 1º do referido artigo, competência ao legislador para assegurar que, no curso do movimento grevista, as necessidades reputadas essenciais para a sociedade persistirão sendo atendidas, aos moldes da previsão contida no art. 28, item 2, da Constituição espanhola de 1978.

Malgrado seja orientação da teoria geral do Direito a proibição do abuso de direito<sup>37</sup>, com a assunção das respectivas consequências para a hipótese de comportamento abusivo, pareceu bem ao constituinte de 1988 afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de responsabilização daqueles que ultrapassarem o legítimo exercício do direito de greve, o que o fez no § 2º do art. 9º.

Saliente-se, ainda, que, em seu art. 37, inciso VII<sup>38</sup>, a Carta Magna assegura o exercício do direito de greve aos servidores públicos, conforme delineamento estabelecido em legislação específica, a qual, até o momento, não foi editada. A temática da greve no serviço

---

36 Obtempera EDILTON MEIRELES que a Constituição Federal de 1988, ao “assegurar o amplo direito de greve, conferiu aos trabalhadores um instrumento de autotutela do trabalho. Criou um instrumento de real inserção do trabalho no sistema político, assegurando, ainda, aos trabalhadores um meio eficaz de interferência no âmbito econômico-empresarial, ao lhe conferir um maior poder de negociação” (A Constituição do Trabalho *in* Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. Cláudio José Montesso; Marco Antônio de Freitas; Maria de Fátima Coêlho Borges Stern (Coords.) São Paulo: LTr, 2008, p. 60).

37 No ordenamento jurídico nacional, o abuso de direito é disciplinado pelo art. 187 do Código Civil, *ipsis litteris*: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

38 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

público não será aqui analisada, em face da proposta do presente trabalho de exame do direito de greve como limite à liberdade de empresa.

No plano infraconstitucional, a greve é disciplinada pela Lei n.º 7.783/89, a qual, em seu art. 2º, a conceitua como “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”. A lei garante aos grevistas meios para a difusão e manutenção do movimento<sup>39</sup> e estabelece requisitos para a regularidade de sua deflagração, os quais serão posteriormente abordados.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o diploma legal dispõe, em seus arts. 10 e 11, acerca dos serviços essenciais e das necessidades inadiáveis da sociedade, determinando a manutenção das atividades indispensáveis<sup>40</sup>.

Ademais, a denominada Lei de greve estabelece, em seu art. 14, que se configura o abuso do direito de greve com a inobservância das disposições nela contidas, bem como com a manutenção

---

39 Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constringer o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

40 Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

do movimento paredista após a edição de norma coletiva ou decisão oriunda do Judiciário trabalhista.

Eis o panorama legislativo acerca do direito de greve. Cumpre, agora, avançar para a análise do conceito deste instituto, procedendo-se à necessária revisão diante das suas contemporâneas manifestações. É o que se empreenderá a partir do próximo tópico.

### 3.2 CONCEITO DE GREVE

No Direito brasileiro, consoante declinado, o legislador, afastando-se da orientação segundo a qual a tarefa de conceituar institutos cabe à doutrina, definiu a greve como “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”<sup>41</sup>.

O conceito legal corresponde à compreensão jurídica que tradicionalmente se construiu em torno da greve. A sustação, durante certo período, da prestação de labor por uma coletividade é, de fato, o elemento historicamente caracterizador da greve. Precisamente por isto, JOSÉ MARTINS CATHARINO a definiu como “suspensão coletiva e temporária de trabalho”<sup>42</sup>.

No entanto, com o decorrer do tempo, diversas outras espécies de manifestações coletivas foram agregadas àquela que tipicamente se denominava de greve. A riqueza da experiência social e a criatividade dos trabalhadores ampliaram a noção de greve, para abranger, por exemplo, modalidades nas quais não se verifica a

---

41 Verificar-se-á adiante que andou mal o legislador pátrio ao pretender conceituar o instituto da greve. Impende salientar, aqui, que as leis reguladoras da greve em Portugal (Lei n.º 65/77) e na Espanha (*Real Decreto-ley* 17/1977) abstiveram-se de apresentar seu conceito.

42 CATHARINO, José Martins. *Tratado Elementar de Direito Sindical: Doutrina, Legislação*. São Paulo: LTR, 1982, p. 263.

suspensão do labor, mas, ao revés, sua execução levada ao extremo rigor<sup>43</sup>.

O conceito tradicional de greve não mais atende, pois, à multiplicidade de manifestações possíveis do instituto, impondo-se a revisão de sua definição. Partindo de tais ponderações, RONALD AMORIM E SOUZA conceitua a greve como “um movimento concertado de empregados (trabalhadores subordinados), com o objetivo anunciado de exercer pressão sobre a entidade patronal para alcançar benefício ou melhoria contratual, cumprimento de norma ou resistência a exigência injustificada, em benefício da coletividade ou de parte dela”<sup>44</sup>.

Ressalte-se que não há razão para reputar legítima somente a modalidade de greve prevista no art. 1º da Lei n.º 7.783/89, como parece indicar a redação do dispositivo. Em verdade, a Constituição de 1988 assegura amplamente o direito de greve, não veiculando — ou autorizando que a lei o faça — meio específico através do qual ele seja exercido, mas, ao revés, remetendo ao âmbito da autonomia coletiva a definição de sua concretização.

Assim, acompanhando-se o conceito proposto por RONALD AMORIM E SOUZA, verifica-se que três são os elementos caracterizadores da greve: 1) atuação coletiva coordenada; 2) direcionamento a objetivo específico de interesse da categoria; 3) exercício em face do empregador.

Vale repisar que não apenas os mecanismos de exercício da greve, como também os interesses através dela tutelados serão definidos pela categoria, não cingindo-se, pois, apenas a fatores típicos e exclusivamente derivados da relação de emprego. É dizer, o âmbito material de direitos passíveis de defesa mediante o recurso à greve

---

43 As espécies de greve serão objeto de tópico específico, adiante.

44 SOUZA, Ronald Amorim e. *Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e econômicos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 54.

abrange tanto direitos laborais específicos<sup>45</sup> como inespecíficos<sup>46</sup>, na conhecida classificação de PALOMEQUE LOPEZ.

A necessária revisão do conceito de greve voltará a ser objeto do presente trabalho, na seção seguinte. Por ora, cumpre abordar as questões atinentes à titularidade do direito. É o que se fará adiante.

### 3.3 A TITULARIDADE DO DIREITO DE GREVE

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO distingue três correntes doutrinárias a respeito da titularidade do direito de greve<sup>47</sup>. Para a primeira, o titular do direito seria o sindicato. Conforme a segunda corrente, diversamente, o direito de greve seria do conjunto de trabalhadores. Por fim, haveria ainda aqueles que sustentam ser

---

45 “Los derechos laborales recogidos por la Constitución (CE) tienen su origen específico o razón de ser [exclusiva o principalmente], obvio es reconocerlo, em el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de los derechos ‘específicamente’ laborales [derechos específicos], de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios [o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses], en tanto que sujetos de una relación laboral [paradigmáticamente, derecho al salario, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, etc]” (grifos no original) (LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 229).

46 “Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales inespecíficos” (grifo no original) (Op. cit., p. 229-230). Exemplificativamente, tem-se os direitos à igualdade, à liberdade de opinião e de expressão e o direito à intimidade.

47 CASTILLO, Santiago Pérez. O Direito de Greve. Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994, p. 86.

o direito de greve um direito subjetivo titularizado pelo indivíduo trabalhador.

Valendo-se de classificação diversa, RONALD AMORIM E SOUZA indica a existência de controvérsia doutrinária em torno de três soluções para a questão da titularidade do direito de greve<sup>48</sup>. A primeira (teoria orgânica) afirma ser ele um direito titularizado pelo sindicato. A seu turno, a segunda teoria sustenta tratar-se de um direito individual do trabalhador. A terceira tese, por sua vez, admite a existência concomitante de uma dupla titularidade do direito de greve: coletiva e individual<sup>49</sup>.

Filiado a esta última corrente, ANTONIO BAYLOS GRAU assevera que a titularidade do direito de greve possui dupla dimensão. Na dimensão coletiva, encontram-se, exemplificativamente, as “*facultades de convocatoria o de llamada a la huelga, la determinación de los objetivos y la elección de modalidad, además de lo que se podría denominar actividades de gestión del conflicto, la publicidad del mismo y, claro está, la desconvocatoria*”<sup>50</sup>.

A dimensão individual abrange “*en primer lugar la facultad de adherirse a la convocatoria de huelga, participar en el desarrollo concreto de la huelga, en la toma de decisiones sobre su continuidad y cese y en las tareas de información y publicidad, o en fin, en secundar la desconvocatoria de la misma decidida colectivamente*”<sup>51</sup>.

48 SOUZA, Ronald Amorim e. Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e econômicos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 125 *et seq.*

49 Refletindo especificamente acerca do panorama francês, ALAIN SUPLOT afirma: “*Como en el ámbito sindical, hay que distinguir la libertad individual de huelga del derecho de huelga que enmarca el ejercicio colectivo de esta libertad. Aunque la Constitución invita a establecer esta distinción, el legislador se ha revelado incapaz de elaborar tal derecho, abandonando a la jurisprudencia lo esencial de esta responsabilidad*” (*Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1996, p. 169).

50 GRAU, Antonio Baylos. *El derecho de huelga in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 598.

51 *Ibidem*, loc. cit.

Impende ressaltar que a distinção não guarda mera importância acadêmica, mas produz efeitos práticos. Afirmar que o indivíduo trabalhador é titular do direito de greve não implica, exemplificativamente, ser dele exigível a adoção de medidas para previamente informar ao empregador acerca da deflagração do movimento. Tal responsabilidade situa-se no âmbito da dimensão coletiva da titularidade do direito de greve.

### 3.4 REQUISITOS PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE

A Lei n.º 7.783/89 estabelece uma série de requisitos para a regularidade da deflagração do movimento grevista. O primeiro deles consiste no insucesso ou impossibilidade na utilização de outros meios para a solução do conflito coletivo<sup>52</sup>. Por ser a greve medida extrema, de elevado impacto na relação entre capital e trabalho, exige-se que a via negocial haja sido exaurida.

Ademais, é necessário que o sindicato obreiro atenda às formalidades previstas em seu estatuto relativamente à convocação e ao *quorum* para decisão quanto à greve<sup>53</sup>.

---

52 Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

53 Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

§ 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

Deliberando-se pela deflagração do movimento grevista, é obrigatória a cientificação do correspondente sindicato patronal ou empregador, com antecedência de pelo menos 48 horas<sup>54-55</sup>.

Durante a greve, os trabalhadores aderentes são proibidos de obstar o acesso aos locais de trabalho dos colegas que não desejem participar do movimento, assim como de provocar danos à propriedade do empregador ou a pessoas envolvidas no conflito<sup>56</sup>.

Além disso, deverão ser mantidas as atividades sem as quais bens ou equipamentos do patrão sofrerão prejuízo irreparável e também aquelas imprescindíveis ao futuro retorno ao normal funcionamento da empresa<sup>57</sup>. Devem, ainda, ser realizadas as tarefas reputadas indispensáveis à satisfação das necessidades inadiáveis da sociedade, no âmbito dos serviços essenciais<sup>58</sup>.

---

54 Art. 3º *omissis* Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.

55 Registre-se a posição de RAIMUNDO SIMÃO DE MELO, no sentido da ausência da obrigação de cientificação em certas hipóteses: “[...] torna-se dispensável a notificação à classe patronal, nos seguintes casos: a) por atraso de pagamento de salários; b) na existência de riscos graves e iminentes para os trabalhadores, nos locais de trabalho, por falta do cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho” (A Greve no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 81).

56 Art. 6º *omissis* [...]§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

57 Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

58 Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Saliente-se, por fim, que, havendo sido confeccionada norma coletiva ou proferida decisão pelo Judiciário Trabalhista, a manutenção da greve é também considerada abusiva, salvo diante de eventual descumprimento de imposição da norma regente da categoria ou advento de fato que altere substancialmente as circunstâncias nas quais era prestado o labor<sup>59</sup>.

Analisados os requisitos para o regular exercício do direito de greve, cumpre, agora, avançar para o exame de suas modalidades. Este é o objeto do próximo tópico.

### 3.5 MODALIDADES DE GREVE

Consoante declinado no início desta seção, a noção de greve evoluiu para abranger uma multiplicidade de manifestações. O presente item destina-se a abordar, ainda que sucintamente, algumas delas.

A primeira delas pode ser denominada de clássica e corresponde ao conceito previsto na Lei n.º 7.783/89, consistindo na sustação da prestação dos serviços por um conjunto de trabalhadores durante certo período.

A seu turno, a greve de solidariedade pode concretizar-se quando “colegas se manifestam, coletivamente, em apoio a algum ou alguns outros que sofreram punições que a coletividade considere injusta ou desproporcional” ou quando trabalhadores “de um tercei-

---

59 Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:

I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição;

II - seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho.

ro, que não está nem teria por que estar em conflito, apanham-no de surpresa pela ação constituída em se solidarizarem com grevistas de outra empresa, no claro intuito de ampliar o efeito da greve [...]”<sup>60</sup>.

A greve política, por sua vez, é, em princípio, voltada “contra o poder constituído para que adote ou deixe de adotar determinada providência, no âmbito de suas atribuições”<sup>61</sup>. Tal manifestação coletiva, observe-se, não é, *a priori*, passível de enquadramento no conceito de greve anteriormente delineado, sendo, talvez, mais adequado falar-se em utilização política da greve.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO apresenta quatro outras espécies de greve, a saber: greve intermitente; greve rotativa; greve trombose e greve retroativa. A primeira consiste em “uma série de curtas interrupções do trabalho, que provocam uma baixa de rendimento tão elevada como a decorrente de uma única paragem do trabalho durante o mesmo tempo total”<sup>62</sup>. A greve rotativa, por sua vez, é realizada através da paralisação alternada de setores da empresa<sup>63</sup>. Na greve trombose, os atores são o “sector ou a categoria chave da empresa, chegando-se, neste caso, ao objectivo de impedir a produção dos trabalhadores não grevistas, sem a necessidade de haver uma greve rotativa”<sup>64</sup>. A greve retroativa, denominação proposta pela jurista, ocorre “quando uma paralisação se verifica num momento tal que implica necessariamente a invalidação de todo o trabalho realizado efectivamente até esse momento e que causa um prejuízo desmesurado à entidade patronal”<sup>65</sup>.

---

60 SOUZA, Ronald Amorim e. Greve & Locaute: Aspectos jurídicos e económicos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 86-87.

61 Ibidem, p. 88.

62 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de Direito do Trabalho. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 291.

63 Ibidem, p. 306-307.

64 Ibidem, p. 324.

65 Ibidem, p. 333.

RAIMUNDO SIMÃO DE MELO indica ainda outras modalidades de greve, dentre as quais é possível destacar<sup>66</sup>: a) a greve de zelo, em que o rigor no labor é enfatizado; b) a greve tartaruga, em que o labor é prestado de maneira vagarosa; c) a greve de braços cruzados, na qual os empregados dirigem-se aos postos de trabalho, mas não realizam qualquer atividade.

Aponta o autor, também, a existência da greve ambiental, consistente na “paralisação coletiva ou individual, temporária, parcial ou total da prestação de trabalho a um tomador, qualquer que seja a relação de trabalho, com a finalidade de preservar e defender o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador”<sup>67</sup>.

A greve, como visto, pode assumir diversas espécies de manifestação. Em qualquer hipótese, todavia, revela-se como inegável limite à liberdade de empresa. A análise do direito de greve sob esta específica perspectiva será objeto da seção seguinte.

#### **4. O DIREITO DE GREVE COMO RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EMPRESA**

Até aqui foram abordados a liberdade de empresa e o direito de greve. A primeira consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades.

O direito de greve, a seu turno, foi reconhecido pela Constituição de 1988 como um mecanismo viabilizador da negocia-

---

66 MELO, Raimundo Simão de. *A Greve no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 40.

67 *Ibidem*, p. 102.

ção equilibrada entre capital e trabalho<sup>68</sup>. Por ser um veículo para a promoção da valorização do trabalho humano, mereceu ela especial proteção e ampla consagração no texto constitucional.

Pode-se, por isto, reformular o conceito de greve, na iniciativa privada, visualizando-a como o *direito, titularizado por trabalhadores e sindicato, de, atuando de maneira coordenada, criar restrições ao exercício da liberdade de empresa, visando à consecução de interesses da categoria*<sup>69</sup>.

O Direito, porém, não pode ser interpretado em tiras<sup>70</sup>. A Constituição Federal de 1988 elegeu o capitalismo como sistema econômico do Brasil, modelo em que a liberdade de empresa assume importância essencial. Ao direito de greve não é dado, pois, esvaziar a liberdade de empresa. Neste sentido, é lícito afirmar que a liberdade de empresa também impõe restrições ao direito de greve.

68 Como manifestação do conflito entre os detentores do capital e os trabalhadores, é da essência da negociação coletiva a existência de investidas recíprocas, com a finalidade de assegurar, na maior medida possível, o interesse da respectiva classe. Pondera, neste sentido, RODOLFO PAMPLONA FILHO que a “negociação coletiva de trabalho [...] é um conjunto de atos eminentemente políticos, pois não se está ali protegendo direitos, mas sim criando-os, atividade normativa que precisa de pressão política e social para existir” (Pluralidade sindical e democracia. São Paulo: LTr, 1997, p. 61).

69 Neste sentido, cf. trecho da Sentença n.º 11, de 08 de abril de 1981, proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha: “*Hay que subrayar, sin embargo, que el sistema que nace del art. 28 de la Constitución es un sistema de ‘derecho de huelga’. Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa, como más adelante veremos*” (AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Sentencia n.º 11/1981. Fecha de Aprobación: 8/4/1981. Publicación BOE: 25/4/1981. Disponível em: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=)

SENTENCIA-1981-0011. Acesso em 10 dez 2011).

70 GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

Conquanto decorra da própria Constituição a proibição de, mediante a greve, eliminar a liberdade de empresa — e aqui se está a tratar da eficácia horizontal de um direito fundamental, em face dos trabalhadores e do sindicato —, pareceu bem ao legislador infraconstitucional explicitar a vedação, o que realizou na Lei n.º 7.783, no art. 6º, §3º (proibição de causar dano à propriedade) e no art. 9º, *caput* (manutenção de serviços cuja ausência gere prejuízo irreparável ao empregador, bem como dos necessários a futuro retorno das atividades regulares da empresa) e parágrafo único (faculdade conferida ao patrão de, acaso desrespeitado o *caput*, contratar diretamente os serviços referidos).

Sob outra perspectiva, vale, ainda, rememorar que a liberdade de empresa pode ser restringida por ato do próprio sujeito ou entidade, no exercício da autonomia privada. Imagine-se, por exemplo, a celebração de um contrato através do qual dada companhia se comprometa a não ampliar suas operações para certa região, a fim de não concorrer, naquele espaço, com a outra contratante. Ou mesmo quando da celebração de um contrato de trabalho<sup>71</sup>, no qual, *v.g.*, pactue-se a permanência do empregado em dada localidade, afastando-se a possibilidade de transferência mesmo nas hipóteses legalmente autorizadas.

Os pontos que interessam, todavia, ao presente estudo, são as restrições à liberdade de empresa decorrentes de atos de particulares que não sejam seus titulares, especificamente os praticados por trabalhadores e sindicatos no início e no curso de um movimento grevista. É dizer, o enfoque daqui em diante é direcionado à greve como direito de restringir a liberdade de empresa. Consoante asse-

---

71 Neste sentido: “*El reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado conduce además a la admisión de un amplio margen de discrecionalidad en el poder empresarial, en la medida en que tantos los objetivos de la empresa como los medios para alcanzarlos son trazados por el propio empresario. Dentro de esa libertad hay que enmarcar sin duda la posible voluntad del empresario de fijar límites pactados, individual o colectivamente, a su poder de mando*” (MELGAR, Alfredo Montoya. *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 149).

verado no tópico 3.3, o direito de greve possui dupla dimensão de titularidade. Restrições à liberdade de empresa podem decorrer de ambas. Examinar-se-ão, desde já, as oriundas da dimensão coletiva e, após, as provenientes da individual.

#### 4.1 RESTRIÇÕES DECORRENTES DA DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO DE GREVE

Na dimensão coletiva da titularidade do direito de greve, a primeira restrição verificável diz respeito à dimensão laboral da liberdade de empresa relativa à livre contratação de empregados. Há, de fato, a proibição de contratação de novos trabalhadores com o escopo de substituir o labor dos grevistas. Admitir a manutenção da faculdade de contratação concederia, em verdade, ao empregador o poder de esvaziar o movimento paredista.

Nesta linha, a Lei n.º 7.783/89 expressamente veda a contratação de substitutos durante a greve, em seu art. 7.º, parágrafo único, *in fine*<sup>72</sup>, a seguir transcrito: “Art. 7º *omissis* Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14”.

Para além da substituição de empregados, parece imperioso reconhecer, ainda, a impossibilidade de o empregador transferir os serviços que seriam executados por seus funcionários para uma terceira empresa, sob pena de haver-se franqueado o completo esvaziamento do direito de greve. É exatamente esta a orientação constante no Código do Trabalho de Portugal (Lei n.º 99/2003, que revogou o antigo diploma regulador da greve, Lei n.º 65, de 26 de agosto de 1977): “Artigo 596.º Proibição de substituição dos grevistas 1 - O

72 No mesmo sentido dispõe o *Real Decreto-ley* n.º 17/77, que regulamenta a greve na Espanha, *in verbis*: “Artículo seis [...] 5. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”.

empregador não pode, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que à data do aviso prévio referido no número anterior não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, nem pode, desde aquela data, admitir novos trabalhadores para aquele efeito. 2 - *A concreta tarefa desempenhada pelo trabalhador em greve não pode, durante esse período, ser realizada por empresa especialmente contratada para o efeito, salvo no caso de não estarem garantidos a satisfação das necessidades sociais impreteríveis ou os serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações*” (sem grifo no original).

Há, aí, uma restrição à liberdade de empresa que transborda a dimensão laboral, alcançando o próprio plexo de relações comerciais passível de celebração pelo empregador.

Outra restrição decorrente da dimensão coletiva do direito de greve refere-se à livre utilização dos espaços físicos da empresa, especificamente quanto à impossibilidade de obstar-se a entrada de representantes do movimento grevista nas instalações do empregador visando à divulgação do movimento e persuasão de empregados ainda não aderentes.

Com efeito, o art. 6º, § 2º, da Lei n.º 7.783/89 veda a utilização, pelo patrão, de expedientes para frustrar a difusão das informações relativas à greve, consoante se infere da leitura do dispositivo: “Art. 6º *omissis* [...] § 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, *bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento* (sem grifos no original)”<sup>73</sup>.

Não é dado ao empregador, portanto, impedir o ingresso dos grevistas — que deve, sempre, realizar-se de maneira pacífica

<sup>73</sup> A garantia de divulgação encontra-se também na legislação espanhola, no art. 6, item 6, do *Real Decreto-ley* n.º 17/77: “*Artículo seis [...] 6. Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna*”.

— ou a temporária utilização de espaços da empresa para fins de divulgação do movimento e convencimento de colegas<sup>74</sup>.

As restrições à liberdade de empresa, todavia, não decorrem somente da dimensão coletiva do direito de greve, mas também da individual. As limitações provenientes desta serão a seguir examinadas.

## 4.2 RESTRIÇÕES DECORRENTES DA DIMENSÃO INDIVIDUAL DO DIREITO DE GREVE

Encerra-se o presente estudo com a análise das restrições à liberdade de empresa oriundas da dimensão individual do direito de greve. A primeira delas consiste na temporária suspensão do exercício das faculdades abrangidas pelo direito diretivo<sup>75</sup> do empregador. Com efeito, durante o curso do movimento grevista, paralisa-se

---

74 Neste sentido: “[...] es consustancial al ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores contar con un espacio en el centro de trabajo y que su negación o la prohibición de utilizarlo supondría un obstáculo importante para este ejercicio, especialmente cuando se trata de ejercitar el derecho de huelga” (PRIETO, Esther Carrizosa. *Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa in El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*. Gutiérrez, Fermín Rodríguez-Sañudo; Prieto, Esther Carrizosa (Coords). Madrid: Tecnos, 2011, p. 214).

75 Empregam-se, neste trabalho, as expressões “direito diretivo” e “direito disciplinar”, em detrimento dos tradicionais “poder diretivo” e “poder disciplinar”, indistintamente vinculados à concepção institucionalista da relação de emprego. Com efeito, contemporaneamente há que se compreender o direito diretivo — em sentido amplo, abrangente do direito disciplinar — como uma norma de direito fundamental atribuída a partir da livre iniciativa (especificamente de sua faceta relativa à liberdade de empresa) e da autonomia privada, abarcando todas as posições jurídicas titularizadas pelo empregador na relação de trabalho. Para um aprofundamento na discussão acerca da necessidade de revisão da doutrina acerca dos denominados “poderes” do empregador, a partir do reconhecimento da natureza contratual da relação de emprego, vide: MEIRELES, Edilton. *Abuso do Direito na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 2004, p. 90 et seq.).

a liberdade de empresa na dimensão laboral relativa ao comando e ordenação do modo, do tempo e da produtividade do trabalho<sup>76</sup>.

Veda-se também ao empregador, precisamente por isso, a faculdade de alterar o local da prestação dos serviços. Não é lícito ao patrão transferir empregados de uma região não abrangida pelo movimento grevista para, exemplificativamente, um setor no qual todos os trabalhadores hajam aderido à greve<sup>77</sup>. Perceba-se, assim, que a imobilização do direito diretivo referente à determinação de transferências alcança não apenas os obreiros grevistas — caso em que evidentemente se estaria diante de conduta movida por ânimo punitivo, dotada de manifesto caráter discriminatório —, como também a de trabalhadores cujo deslocamento realizado com o intuito de enfraquecer a greve.

Da mesma maneira, resta paralisado o direito disciplinar do empregador enquanto perdurar o movimento paredista, sendo-lhe proibido aplicar a qualquer dos grevistas as sanções previamente contratadas.

Há, na Espanha, previsão específica a respeito, consoante se observa da redação do art. 6º, item 1, *in fine*, do *Real Decreto-ley* n.º 17/77, adiante transcrito: “*Artículo seis. 1. El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral*”.

---

76 Dispõe, nesta linha, o Código do Trabalho português: “Artigo 597.º Efeitos da greve 1 - A greve suspende, no que respeita aos trabalhadores que a ela aderirem, as relações emergentes do contrato de trabalho, nomeadamente o direito à retribuição e, em consequência, desvincula-os dos deveres de subordinação e assiduidade”.

77 “[...] *el empresario no puede utilizar las facultades de movilidad funcional de los trabajadores para sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores de la propia plantilla que no se sumen a la medida de presión, ni tampoco las que le facultan a la movilidad geográfica con el mismo motivo, ni, en fin, cualquier acto de disposición de personal del que derive una restricción u obstáculo al derecho de huelga*” (GRAU, Antonio Baylos. *El derecho de huelga in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 604).

Na legislação portuguesa, a imposição de eventual sanção pode ser enquadrável como ato discriminatório e, portanto, destituído de efeito, consoante previsão constante no Código do Trabalho: “Artigo 603.º Proibição de discriminações devidas à greve. É nulo e de nenhum efeito todo o acto que implique coacção, prejuízo ou discriminação sobre qualquer trabalhador por motivo de adesão ou não à greve”.

No Direito brasileiro, a aplicação de sanção, durante o movimento grevista, pode ser compreendida como ato destinado a coagir o empregado a retornar à regular prestação de seus serviços, conduta vedada pelo art. 6º, § 2º, da Lei n.º 7.783/89, *in verbis*: “§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento”.

Por fim, cumpre explicitar que também a dimensão laboral da liberdade de empresa relativa ao encerramento de contratos de trabalho estará restringida ao longo do movimento paredista. É neste sentido a disposição da parte inicial do parágrafo único do art. 7º da Lei de Greve: “Art. 7º *omissis* Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14”.

Tal proibição, convém ressaltar, está prevista também no Código do Trabalho<sup>78</sup> português e no *Real Decreto-ley* n.º 17/77<sup>79</sup>, da Espanha.

Esclareça-se, neste ponto, que a lei brasileira não delineou qualquer exceção à vedação à ruptura do contrato de emprego. Res-

78 Artigo 597.º Efeitos da greve [...] 2 - Relativamente aos vínculos laborais dos grevistas, mantêm-se, durante a greve, os direitos, deveres e garantias das partes na medida em que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho, assim como os direitos previstos na legislação sobre segurança social e as prestações devidas por acidentes de trabalho e doenças profissionais.

79 *Artículo seis. 1. El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.*

salvando-se, por motivos óbvios, as hipóteses de prática de condutas ensejadoras de justa causa, não será lícito, então, ao empregador romper, por qualquer motivo, o contrato, ainda que de ordem econômica ou financeira, mesmo porque a discussão acerca da situação econômica da empresa — e de suas implicações quanto aos obreiros — é fator praticamente constante nas negociações coletivas.

## 5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível declinar as seguintes conclusões:

A liberdade de empresa, reconhecida na Constituição Federal de 1988, consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades.

O direito de greve, constitucionalmente assegurado, pode ser definido, no campo das relações privadas, como o direito, titularizado por trabalhadores e sindicato, de, atuando de maneira coordenada, criar restrições ao exercício da liberdade de empresa, visando à consecução de interesses da categoria.

A liberdade de empresa pode sofrer restrições decorrentes da atuação estatal ou de atos de particulares. Especificamente quanto à greve, o exercício desta impõe limites à liberdade de empresa tanto em dimensão coletiva quanto na individual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Sentencia n.º 11/1981. Fecha de Aprobación: 8/4/1981. Publicación BOE: 25/4/1981. Disponível em: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc\\$cid=](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc$cid=)

SENTENCIA-1981-0011. Acesso em 10 dez 2011.

CATHARINO, José Martins. *Tratado Elementar de Direito Sindical: Doutrina, Legislação*. São Paulo: LTTr, 1982.

CASTILLO, Santiago Pérez del. *O Direito de Greve*. Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTTr, 1994.

COMA, Martin Bassols. *Constitución y Sistema Económico*. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988.

GRAU, Antonio Baylos. *El derecho de huelga in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madri: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LÓPEZ, Frederico Duran. *Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derechos fundamentales generales y relacion laboral: los derechos laborales inespecíficos in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madri: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

MEIRELES, Edilton. *A Constituição do Trabalho in Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. Cláudio José Montesso; Marco Antônio de Freitas; Maria de Fátima Coêlho Borges Stern (Coords.) São Paulo: LTTr, 2008.

\_\_\_\_\_. Abuso do Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. Grupo econômico trabalhista. São Paulo: LTr, 2002.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. A Greve no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Pluralidade sindical e democracia. São Paulo: LTr, 1997.

PRIETO, Esther Carrizosa. *Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa in El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*. Gutiérrez, Fermín Rodríguez-Sañudo; Prieto, Esther Carrizosa (Coords). Madrid: Tecnos, 2011.

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

REYES, Manuel Aragón. *El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: LTr, 2001.

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

SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1996.

# 3 REGISTRO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL E A NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI

---

**Gustavo Oliveira de Sá e Benevides**

Advogado OAB/PB. Pós-graduando em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM)

## I. INTRODUÇÃO

Para a elaboração deste artigo, parte-se da premissa de que o registro da promessa de compra e venda de bem imóvel constitui negócio jurídico distinto da hipótese de incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, porquanto inábil a provocar a transmissão do bem imóvel ou de direitos a ele relativos, e incipiente para a cessão de direitos à aquisição de bem imóvel.

Ocorre que os entes municipais, sob equívoca linha argumentativa, defendem a incidência do ITBI quando do momento do registro da promessa de compra e venda, alegando que este atosatisfaz o descritor normativo da exação tributária, atraindo à incidência do aludido imposto.

Neste contexto, acabam por praticar diversas ilegalidades em âmbito municipal, condicionando o registro das promessas de compra e venda ao pagamento do ITBI, ainda que estes atos não importem em hipótese de incidência deste imposto.

De igual maneira, além de cobrarem a exação sobre o registro da promessa de compra e venda, repetem a exigência fiscal

quando da transmissão definitiva do imóvel, na data da lavratura da escritura pública de compra e venda. Tributam, portanto, tanto o ato preliminar, como o ato definitivo.

Apesar da aguerrida tentativa, por parte dos entes fiscais, de enquadrar o registro da promessa de compra e venda como fato gerador do ITBI, conforme será demonstrada, a prática deste ato jamais propicia o nascimento da relação jurídica obrigacional tributária.

## **2. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI SOBRE O REGISTRO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA**

Como bem se sabe, o ITBI possui como pressuposto de incidência três hipóteses: a transmissão de bens imóveis, a transmissão de direitos reais sobre bens imóveis e a cessão de direitos à aquisição de bens imóveis<sup>1</sup>.

Não nos preocuparemos com a cessão de direitos à aquisição de bens imóveis, vez que, além do registro da promessa de compra e venda claramente não se amoldar a este descritivo, não é este o argumento adotado pelos entes fazendários.

De igual maneira, não se faz necessário discorrer sobre a hipótese de incidência alusiva a “transmissão de bens imóveis”, haja vista que a promessa de compra e venda registrada, por constituir um mero contrato preliminar de caráter especial, não obstante cause o nascimento de um direito real à aquisição, não provoca, de imediato, a transferência do bem imóvel para o patrimônio do promitente-comprador.

Isto porque, a promessa de compra e venda remete a um contrato preliminar bilateral *sui generis*, comportando uma obrigação

---

1 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:[...]II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

de fazer voltada a realização da futura avença definitiva, o direito de exigir a transmissão da propriedade subordina-se ao cumprimento das condições acordadas<sup>2</sup>.

É dizer que o direito à adjudicação compulsória, medida judicial substitutiva do contrato definitivo, destinada a garantir o cumprimento da prestação do promitente-vendedor (transmissão da propriedade), surge, tão somente, após a quitação das prestações pecuniárias contratualmente firmadas.

Esta assertiva baseia-se na regra do *exceptio non adimpleticontractus*, legalmente estabelecida no artigo 476 do Código Civil, cuja redação impõe que nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, poderá exigir o implemento da do outro<sup>3</sup>.

Tem-se, portanto, que o contrato de promessa de compra e venda não, desde logo, a transmissão do bem imóvel, configurando, unicamente, o direito real à sua futura aquisição. Por logo, a transmissão ocorrerá apenas com a lavratura da escritura definitiva, título aquisitivo ao qual faz referência o artigo 1.245 do Código Civil<sup>4</sup>.

É de se ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona neste sentido, estabelecendo que apenas a escritura definitiva de compra e venda transfere o bem imóvel, de modo que não incide ITBI sobre o registro da promessa de compra e venda. Observe-se:

## AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO

2 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos em espécie. Volume 4. Tomo II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75

3 BRASIL. **Código Civil**. *Ibidem. Idem.* “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

4 BRASIL. **Código Civil**. *Ibidem. Idem.* “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. NÃO-INCIDÊNCIA DO ITBI. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. A celebração de contrato de compromisso de compra e venda não gera obrigação ao pagamento do ITBI. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>5</sup>

Em igual sentido, a jurisprudência Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao asseverar não incidência do ITBI sobre o registro da promessa de compra e venda. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ITBddI. FATO GERADOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO CONTRATUAL. NÃO-INCIDÊNCIA.1. A jurisprudência do STJ assentou o entendimento de que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. Somente após o registro, incide a exação.2. Não incide o ITBI sobre o registro imobiliário de escritura de resilição de promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo. 3. Agravo regimental

---

5 BRASILSupremo Tribunal Federal. AI 603.309-AgR. Relator: GRAU, Eros. Segunda turma. Data de Julgamento: 23/12/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000233628&base=baseAcordaos>. Acessado em: 15/10/2014

desprovido<sup>6</sup>.

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI - FATO GERADOR - ART. 35, II DO CTN E ART. 156, II DA CF/88 - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - NÃO INCIDÊNCIA.1. O fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel, nos termos do art. 35, II do CTN e art. 156, II da CF/88.2. Não incidência do ITBI em promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo - Precedentes do STF.3. Recurso especial não conhecido.<sup>7</sup>

Destarte, faz-se relevante esclarecer que o argumento da Fazenda Pública para defender a incidência do ITBI sobre este negócio jurídico, refere-se ao seguinte raciocínio: ainda que não se considere a promessa de compra e venda como o próprio título translativo – posto ser um mero negócio jurídico preliminar ao contrato definitivo, o seu registro implica na subsunção normativa à segunda hipótese de incidência da exação, atinente à transmissão de direitos reais sobre bens imóveis.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRG no AG 4488.2245/DF. Relator: FUX, Luiz. Primeira turma. Julgado em: 22/11/2002. DJ 09/12/2002. p. 309. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=itbi+e+promessa+de+compra+e+venda&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=itbi+e+promessa+de+compra+e+venda&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3). Acessado em: 15/10/2014

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 57.641/PE. Relatora: CALMON, Eliana. Segunda turma. Julgado em: 04/04/2000. DJ 22/05/2000. P 91. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/87763429/stj-12-03-2015-pg-3163>

Isto porque o Código Civil de 2002, por meio dos artigos 1.225, VII, 1.227 e 1.417, elevou o direito do promitente-comprador à categoria de direito real, desde que registrada a promessa de compra e venda, de modo, a partir deste ato cartorário, ocorreria uma transmissão de direitos reais sobre imóveis.

De início, impõe-se assentar, como premissa básica adotada, que o registro da promessa de compra e venda jamais se amolda ao antessuposto normativo do ITBI, mormente no que tange ao seu aspecto material, consistente na junção entre o verbo (núcleo do tipo fiscal) e o seu complemento<sup>8</sup>.

Notadamente, ao aplicarmos o critério material da regra matriz normativa ao presente imposto, o verbo “transmissão” revela-se como o núcleo do tipo fiscal do ITBI, ao qual se agrega os seus complementos, consistentes em “bens imóveis” e “direitos relativos a bens imóveis”.

Como o termo “transmissão” remete ao verbo núcleo da exação tributária, a correta especificação deste vocábulo, mostra-se, no momento, de essencial importância para a análise da incidência do tipo.

Em verdade, a transmissão pressupõe a preexistência de um determinado direito, anteriormente criado e já atuante no mundo jurídico, cuja titularidade encontra-se sob a guarda de um sujeito de direitos, que dele pode livremente dispor.

Ora, apenas se transmite aquilo que já se possui. Perfazendo uma interpretação lógico-semântica do caso, se este vocábulo significa “fazer passar de um lugar a outro”, deduz-se que pré-constituição da coisa transmitida é o pressuposto básico para este ato.

---

8 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 263

Apenas como forma de solidificar este raciocínio, se utilizássemos o *argumentum ad contrarium*, chegar-se-ia a absurda ideia de que é possível o deslocamento de algo que não existe<sup>9</sup>.

Assim sendo, sob este prisma hermenêutico, tendo em vista que somente os direitos já constituídos podem ser objeto de transmissão, caso não se configure a preexistência destas prestações, configurar-se-á, por dedução lógica, a hipótese de nascimento de um direito (e não da sua transmissão).

Por outro lado, a constituição de um direito condiz com o seu surgimento na ordem jurídica, mediante a feita de um determinado ato ou de um negócio jurídico, de modo a subsidiar o exercício de determinada vontade no mundo fático que, outrora, não era possível ou admitido.

Explicitada a diferença entre os termos, cuja importância se mostrará adiante, passemos à desconstrução dos argumentos contrários a tese ora adotada.

Saliente-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, apesar de estar em consonância com o entendimento ora defendido, jamais atentou para o raciocínio tecido abaixo, restringindo-se ao argumento de que o fato gerador do ITBI é a transmissão de bens imóveis, por isto não incide no registro da promessa.

É certo que o registro do contrato de promessa não transmite o próprio bem imóvel, porém o que ora se discute é se este ato importa em transmitir o direito real à aquisição do bem imóvel, fato este que também atrai a incidência da aludida exação fiscal.

Mais uma vez, a questão é solucionada através da aplicação da regra-matriz de incidência tributária, dissecando a estrutura

---

9 BRASIL. *Dicionário Michaelis*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=transmiss%0E30>. Acessado em: 15/10/2014

do descritivo, especialmente no que se refere ao verbo que compõe o aspecto material da norma fiscal<sup>10</sup>.

Neste momento, revela-se a útil a diferenciação semântica acima realizada, atinente aos significados dos vocábulos “transmissão” e “constituição”.

Isto porque, para que haja a incidência do ITBI na hipótese em tela, deve-se aferir se realmente houve transmissão de direitos reais. Lado outro, caso tenha ocorrido a mera constituição ou nascimento do direito real, não será devida a exação fiscal.

Quando se efetua o registro da promessa de compra e venda, o respectivo direito real concedido ao promitente-comprador importa na preferência à aquisição do bem imóvel. Acontece que o ato cartorário não gera a transmissão deste direito, mas a sua constituição.

Conforme demonstrado, o termo transmissão parte da premissa da anterior existência da coisa transmitida. Significa dizer que, para a ocorrência da transmissão na espécie, o direito real transmitido, sobre o qual, supostamente, incidiria o ITBI, deve ser de titularidade do alienante.

Ora, se o direito real *in casuse* trata da prerrogativa à aquisição do bem imóvel, seria ilógico admitir o mesmo se encontra arrolado na esfera jurídica do alienante, atual proprietário.

Com efeito, não se pode inferir que um proprietário detém o direito de adquirir o imóvel, quando ele próprio já é o titular da propriedade deste bem. Não existe logicidade para a coexistência de ambos os direitos. Se alguém detém o direito à aquisição de um bem, é porque não possui este bem.

Fazendo uso novamente da técnica *argumentum ad contrario sensu*, consistiria em dizer que o proprietário de um bem também possuiria o direito a adquiri-lo, muito embora já o ter anteriormente adquirido.

---

10 ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 95

Fosse esta a hipótese, significa então que alguém poderia comprar, de si mesmo, um bem que já possui e, em seguida, recompra-lo infinitas vezes em um círculo vicioso.

De fato, não há qualquer lógica nesta aceção. Afigura-se desarrazoado considerar que exista transmissão do direito real à aquisição do bem imóvel, por parte de alguém que já possua este bem.

Assim sendo, temos que não existe transmissão de direito real no momento do registro da promessa de compra e venda. Trata-se, em verdade, não de transmissão, mas de constituição de um direito real, exclusivamente pertencente àquele que se propõe à adquirir o bem, ou seja, na espécie, do promitente-comprador.

Diante do exposto, tendo em vista que a interpretação lógica do sistema normativo impõe a conclusão de que se trata de uma constituição de direito real, e não de sua transmissão, de maneira que a hipótese de incidência do ITBI não estará satisfeita em sua totalidade, porquanto ausente o critério material de transmissibilidade do direito real.

Por estas razões, chegamos, embora por argumentos distintos, ao mesmo entendimento dos tribunais superiores, constatando que o registro da promessa de compra e venda não configura, em qualquer hipótese, fato gerador do ITBI, aferindo-se, por conseguinte, a plausibilidade da tese ora defendida.

### **3. CONCLUSÃO**

Conforme visto, o registro da promessa de compra e venda não se subsume a nenhuma das hipóteses de incidência descritas no antessuposto fiscal do ITBI, haja vista que este ato não implica em transmissão de bens imóveis ou de direitos a aquisição de bens imóveis.

Isto porque, a promessa de compra e venda, ainda que registrada, por constituir um contrato preliminar, não opera, de per si, a transmissão da propriedade imóvel, haja vista que o deslocamento

da coisa do patrimônio do vendedor para o do comprador, somente ocorre, para os bens imóveis, no momento do registro da escritura pública de compra e venda (contrato definitivo objeto da promessa de compra e venda).

Desta feita, como não ocorre a transmissão de bem imóvel por meio do registro da promessa de compra e venda, resta ausente o critério material de incidência tributária do ITBI, vez que o núcleo típico verbal da norma (transmissão) não restou preenchido. Não se opera, portanto, subsunção fática ao descritivo da exação.

De igual maneira, não obstante o registro da promessa de compra e venda proporcionar, ao seu titular, o direito real à aquisição do imóvel, não ocorrerá incidência do ITBI sobre este ato, por força da inexistência do critério material de transmissibilidade do direito real.

Com efeito, o ato cartorário não gera a transmissão deste direito, mas a sua constituição. Ora, o vocábulo transmissão parte da premissa da anterior existência da coisa transmitida, de modo que, para a sua ocorrência, o direito real transmitido, sobre o qual, supostamente, incidiria o ITBI, deve ser de titularidade do alienante.

No entanto, conforme visto, se este direito real refere-se à prerrogativa a aquisição do bem imóvel, seria ilógico admitir o mesmo se encontra arrolado na esfera jurídica do alienante, atual proprietário.

De fato, é inadmissível pressupor que um proprietário possui o direito de adquirir o bem imóvel, quando ele próprio já detém a titularidade do bem. Se alguém detém o direito à aquisição de um bem, é porque não possui este bem. Não há espaço para a coexistência destas suas acepções.

Nesta toada, revela-se ilógico considerar que, no momento do registro da promessa de compra e venda, ocorre a transmissão do direito real à aquisição do bem imóvel, quando o próprio alienante já era o proprietário do bem.

Por estes argumentos, concluímos que o registro do contrato preliminar não promove a transmissão do direito real, mas a sua constituição.

Desta maneira, como o pressuposto normativo do ITBI, mormente em seu aspecto material, expressamente requer a transmissão do direito real, restará afastada a incidência desta exação sobre o registro da promessa de compra e venda, uma vez que, neste evento, ocorrerá o surgimento da aludida prerrogativa.

Assim sendo, denota-se que o registro da promessa de compra e venda não se amolda à hipótese de incidência do ITBI, porquanto inábil a satisfazer o aspecto material da exação, de modo que, conquanto utilizada uma linha de raciocínio distinta, chega-se ao mesmo posicionamento da jurisprudência nacional.

#### 4. REFERÊNCIAS

##### LEGISLAÇÃO:

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 07/10/2014

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08/10/2014

##### DOUTRINA:

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro e MOREIRA, André Mendes. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário**. Disponível em: <http://sachacalmon.com.br/biblioteca/artigos/reflexos-do-novo-codigo-civil-no-direito-tributario/>. Acesso em: 12/10/2014

HARADA, Kiyoshi. **Direito Tributário Municipal: Sistema Tributário Municipal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

CASTRO, Eduardo de *et al.* **Tributos em Espécie**. 1ª ed. Salvador: Juspodivum, 2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 3º volume. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 2º volume. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

# 4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BIOÉTICA: A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.105/05 (LEI DE BIOSSEGURANÇA) PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

**James Magno Araújo Farias**

Desembargador do TRT da 16ª Região (MA).

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)

## I. INTRODUÇÃO

O objeto central deste trabalho será a análise do julgamento histórico feito no dia 5 de março de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, quando deu o veredicto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, proposta em 2005 pelo então Procurador Geral da República brasileira, Cláudio Fontelles, que questionava a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05).

Na ação o Procurador Geral da República defendia o argumento de que a vida acontece a partir da fecundação e, portanto, o embrião já é vida humana; por isso o pedido da ação era para o STF tornar inconstitucional o uso de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa científica, pois violaria a vida humana. Caso

aceita a tese da ação haveria risco de mitigação da liberdade de pesquisas científicas no Brasil em diversos níveis.

O relator do caso no STF foi o Ministro Carlos Ayres Britto, que determinou a realização de audiência pública sobre o assunto em 20 de abril de 2007, quando ouviu diversos cientistas, religiosos e estudiosos favoráveis e contrários ao uso de células-tronco embrionárias, antes de levar o caso a julgamento no Plenário da Suprema Corte.

O eixo do julgamento gravitou em três pontos de argumentação:

- a) deveria ser permitida pesquisa com células-tronco adultas e células de embrião para tentar desenvolver tratamento para doenças que nos atacam, como câncer, Alzheimer e Parkinson?
- b) deveria ser proibida a pesquisa ‘agressiva’ contra “pequenos seres humanos”?
- c) deveria ser permitida apenas pesquisa com células-tronco adultas e proibir a pesquisa em células embrionárias?

Analisaremos ao longo do texto os principais fundamentos trazidos na decisão da Suprema Corte e no voto do ministro Ayres Britto, relator do processo. O eixo de discussão partirá de algumas indagações básicas colocadas na discussão no STF: quais os limites para as experimentações científicas, quais os limites para o exercício dos direitos individuais em razão do interesse maior de preservar o restante da sociedade e quando isso fere a dignidade humana e a Bioética?

Enfim, se tentará analisar neste trabalho o objeto da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, com um enfoque através do Biodireito, da Bioética e à luz do texto constitucional.

## 2. SOBRE O BIODIREITO E A BIOÉTICA

O termo Bioética foi utilizado pela primeira vez em janeiro de 1971, nos Estados Unidos, pelo cientista Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wiscosin, em obra intitulada “Bioethics: bridge to the future”. Van Potter disse que seu objetivo seria ajudar a humanidade em direção a uma participação racional, mas cautelosa, no processo da evolução biológica e cultural, sendo que ‘bio’ representa o conhecimento biológico científica e ‘ética’ representa o conhecimento dos sistemas de valores humanos.<sup>1</sup>

Um semestre depois o médico holandês Andre Hellegers, fundador do Joseph and Rose Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics, atribuiu ao termo Bioética um sentido mais próximo do atual, como uma ética da vida humana.

A professora Stela Barbás ensina que “do ponto de vista etimológico a Bioética consiste no esforço de estabelecer um diálogo entre a ética e a vida. Em grego bios quer dizer vida e éthiké quer dizer Ética”.<sup>2</sup> Stela Barbás afirma que no fundo a Bioética, que tem uma ligação também com a Biomedicina, “é um ramo da ética aplicada que estuda as implicações de valor dos desenvolvimentos das ciências da vida”.<sup>3</sup>

A Bioética, nas palavras de José Emílio Medauar Ommati, “estuda a ética das ciências da vida, consideradas particularmente ao nível do humano.”<sup>4</sup>

A UNESCO em 1997, através do Comitê Internacional de Bioética (CIB), proclamou a Declaração Universal sobre Geno-

1 BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética*. Bauru/SP: Edusc, 1997.

2 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 131.

3 Id. IBID. p. 133.

4 OMMATI, José Emílio Medauar. *Bioética: origens, fundamentos*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1839>.

ma e Direitos Humanos, documento que, composto por vinte e cinco artigos, fundamenta os direitos da comunidade global no tocante ao genoma humano. Considerando o genoma humano como a base fundamental para todos os membros da família humana e o fator de reconhecimento de sua dignidade e diversidade intrínsecas, estabelece a Declaração que cada indivíduo possui o direito ao respeito de sua dignidade e dos direitos inerentes à sua manifestação, independentemente de suas características genéticas. Traz, pois, a dignidade como fator assegurador da impossibilidade de redução dos indivíduos a suas características genéticas.

A Declaração da UNESCO de 1997 diz que nenhuma investigação relativa ao genoma humano e sua aplicação poderá violar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana. A Declaração veda ainda aos países realizar quaisquer práticas que sejam contrárias à dignidade humana, convocando os países e os organismos internacionais a cooperarem no sentido de identificá-las e adotar planos multinacionais que tenham medidas garantidoras de respeito aos termos da declaração.

A Declaração da UNESCO estabeleceu que os novos conhecimentos científicos e técnicos não serão utilizados para fins auto-destrutivos; isso tem muita relevância quando se percebe que a humanidade corre risco real ao ser exposta a experiências bizarras<sup>5</sup>, no sentido de que as liberdades alcançadas possam comprometer a própria tranquilidade da vida social.

Para José Emílio Medauar Ommati, denomina-se Bioética “*o novo ramo do conhecimento humano que tenta relacionar os avanços médico-biológicos com uma reflexão ética. Em outras pala-*

---

5 Refiro-me a experimentos realizados com combinações de DNA humano e de animais (rato com orelha humana desenvolvida ou porcos com DNA humano implantado); tentativa de clonagem de seres humanos; fertilização *in vitro* com seleção genética de caracteres; mulheres que retiram costelas para adaptarem-se a padrões estéticos; mulheres orientais que ‘ocidentalizam os olhos’; biopirataria e muitos outros exemplos. O que seria mera ficção científica, tipo na famosa série canadense Orphan Black, já adquire contornos preocupantes. Escrevi sobre isso no artigo “A crise bioética” em **A toda velocidade possível**. Op.cit. p. 161.

vas, é a utilização dos conhecimentos científicos de forma eticamente equilibrada”.<sup>6</sup>

Os princípios básicos da Bioética e do Biodireito são: a) princípio da autonomia/do consentimento informado; b) princípio da beneficência/não-maleficência; c) princípio da justiça e d) princípio da sacralidade da vida humana e dignidade da pessoa humana.

Enéas Castilho Chiarini diz que a Bioética se divide em dois grandes ramos: macro-bioética e micro-bioética. A macro-bioética, segundo ele, seria “*a ética que visa o bem da vida em sentido amplo -direcionada ao macro-sistema da vida-, e estaria diretamente ligada ao meio ambiente e ao Direito Ambiental.*” Bioética, neste aspecto, seria, pois, um padrão de conduta capaz de trazer o bem ao meio-ambiente.

A micro-bioética, por sua vez, teria origem a partir de uma restrição do objeto da Bioética. Seria a ética da vida humana. E, avançando-se um pouco mais, alcança-se o conceito de “Biodireito”, que seria, justamente, a positivação -ou a tentativa de positivação- das normas bioéticas. Biodireito para Chiarini é “*a positivação jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas normas.*”<sup>7</sup>

Se a ética é atemporal, a moral já revela um momento histórico, político e cultural de uma sociedade. É neste sentido que, perante os avanços médico-científico-tecnológicos, os termos “Bioética” e “Biodireito”, vêm sendo utilizados no sentido de resguardo da vida humana, com o escopo especial de proteger todos os seres humanos que, de modo direto ou indireto, estejam envolvidos em experimentos científicos.

---

6 Id ibid.

7 CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *Noções introdutórias sobre Biodireito*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>.

### 3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BIOÉTICA

A Constituição Federal brasileira garante desde o art. 1º a dignidade da pessoa humana e ao longo do Título II proíbe o tratamento desumano ou degradante, garantindo também as liberdades individuais, de pensamento e de livre escolha nos atos da vida civil.

Ao Estado foram impostos diversos limites quando se positivaram os direitos individuais, como a proteção da liberdade religiosa, direito à propriedade, de ir e vir, liberdade de opinião, apenas para citar alguns. Inobstante, a constituição não limita expressamente o grau de experimentações científicas ora permitidas. O primeiro dilema surge daí: quando a constituição diz que é inviolável o direito à vida, à integridade física e à saúde, estes direitos devem ser respeitados e observados, também rigidamente pelas legislações infraconstitucionais que versem sobre temas ligados às pesquisas científicas, já que a norma constitucional não é tão específica?

No Brasil o Biodireito está ligado ao gênero macro do direito civil e ao direito Constitucional. O Brasil estabeleceu a tutela jurídica da chamada Biossegurança pela Lei nº 11.105/05. No Brasil, os princípios fundamentais da Bioética estão previstos na resolução do CNS n.º 196/96.

Em Portugal há uma tutela jurídica prevista nas Leis 46/2004, 12/2005, 32/2006. Resolução 47 e 48 da Assembleia da República. Em Portugal é tipificado como crime no artigo 168º do Código Penal a Procriação artificial não consentida, definida como “praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento”, sendo punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. No Brasil não há norma igual.

Stela Barbás lembra que o Parlamento Europeu aprovou uma Resolução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética em 16 de março de 1989.<sup>8</sup>

---

8 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 161.

É fato que apenas depois da Segunda Guerra Mundial passou-se a reconhecer expressamente nas constituições a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, considerado, sem dúvida alguma, o mais importante princípio bioético e jurídico da atualidade.

Luís Augusto Matiazzo Cardia assevera:

*“O Direito Constitucional relaciona-se com a Bioética, pois o profissional da área jurídica, ao se deparar com as novas indagações surgidas em decorrência das novas tecnologias, deve sempre garantir os princípios constitucionais, que, na área humanística, já passou pelos obstáculos que enfrenta a Bioética na atualidade.”*<sup>9</sup>

É importante ressaltar a existência de outros princípios comumente aceitos no âmbito do Direito ambiental e que também deveriam ser considerados como princípios ligados ao Biodireito, tais como princípio da ubiquidade, da cooperação entre os povos, do desenvolvimento sustentável, preservação da espécie humana, da precaução e da prevenção.<sup>10</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil, disse:

Com o reconhecimento expreso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987.88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação

9 CARDIA, Luís Augusto Mattiazzo. *Estudos da Bioética e o Sistema Constitucional Brasileiro*. <[www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1841](http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1841)>

10 CARDIA. Id.Ibid.

do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.<sup>11</sup>

Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas aos transplantes de órgãos, etc.<sup>12</sup>

Para José Afonso da Silva a dignidade da pessoa humana é “*um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.*”<sup>13</sup>

Alexandre de Moraes diz que a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais:

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria

---

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004, p. 110.

12 SARLET. Id. *ibid.*, p. 117.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo : Editora Malheiros, p.105.

vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”<sup>14</sup>

Maria Helena Diniz escreveu:

“Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.”<sup>15</sup>

Volnei Garrafa, Sérgio Costa e Gabriel Oselka asseveram:

“Apesar de algumas situações bioéticas persistentes como o aborto e a eutanásia continuarem dividindo o planeta com posições opostas e aparentemente inconciliáveis, e em que pese

---

14 MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 121.

15 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2003. p. 251

a fecundação assistida ter ocupado os principais espaços da mídia na década passada no que se refere às situações emergentes, dois assuntos passaram a receber atenções redobradas dentro do contexto histórico atual – apesar de uma delas ser originada das épocas bíblicas e a outra mais recente. Esses assuntos são, respectivamente, à saúde pública e coletiva, pelo lado dos velhos problemas que – se o atual estado de coisas permanecer inalterado – não serão resolvidos tão cedo de modo satisfatório pela inteligência humana; e a engenharia genética (incluindo o Projeto Genoma Humano) pelo lado das novidades”.<sup>16</sup>

Volnei Garrafa lembra ainda que:

*Após o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, em 1978, na Inglaterra, o mundo, perplexo, viu-se diante de um dilema ético, até então só existente na ficção científica, a realidade inesperada, provocou uma reação imediata dos países desenvolvidos. Os EUA criaram as Comissões Nacionais Governamentais. A Inglaterra constituiu a Comissão Warnock. A Suécia criou comissões especializadas sobre o assunto. A França, o Comitê Consultivo Nacional de Ética para as ciências da vida e da saúde. Na Itália, o Comitê Nacional de Bioética, em dezembro de 1994, excluiu das possibilidades de utilização das técnicas de reprodução assistidas a doação de óvulos e espermatozói-*

16 GARRAFA, Volnei et alii. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 295.

*des em mulheres fora da idade reprodutiva, em casais do mesmo sexo, em mulher solteira, após morte de um dos cônjuges e em casais que não proporcionem garantias adequadas de estabilidade efetiva para criar e educar uma criança.*<sup>17</sup>

Alhures se disse que novas experiências científicas não previstas pelo ordenamento jurídico surgiram nas últimas décadas, como a manipulação do óvulo fecundado em laboratório (fecundação *in vitro*), o desenvolvimento de órgãos artificiais para transplante, um novo conceito de personalidade – bancos de sêmen, alimentos transgênicos (organismos geneticamente modificados), rediscussão do conceito de Eugenia, combinações de DNA humano e animais e biopirataria e a prática corrente de empresas de Seguro saúde excluïrem de sua proteção pessoas com parentes com doenças graves.<sup>18</sup>

Enéas Castilho Chiarini Júnior ressalta que a combinação do princípio da dignidade humana com o da não-maleficência permite que se chegue a uma limitação do princípio da autonomia, uma vez que, mesmo que seja da livre e consciente vontade do paciente, o cientista deve abster-se de praticar certas condutas que possam configurar uma forma de se atentar contra a dignidade da pessoa submetida a tratamento. Conclui Chiarini:

*Qualquer conduta que termine por transformar ou equiparar o ser humano em um simples objeto é atentatória contra a dignidade intrínseca de todos os membros da família humana, e deve ser proibida, mesmo que conte com a concordância da vontade autônoma deste indivíduo*<sup>19</sup>.

17 Id. *ibid.* p. 115

18 FARIAS, James Magno Araújo. *A toda velocidade possível*. São Luiz: Azulejo, 2013. p. 115.

19 Id *ibid.*

Assim, práticas nocivas como a clonagem humana, comercialização de órgãos, tecidos, sangue e esperma são hoje repudiadas em todas as dimensões protetivas universais com base no princípio da dignidade da pessoa humana. E cada vez mais serão judicializadas questões dessa natureza, pela importância que guardam e pelo amplo interesse para toda a sociedade.

#### **4.A DECISÃO DO STF SOBRE O ART. 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 foi proposta em 2005 pelo então procurador-geral da República brasileira, Claudio Fonteles. A Ação questionava o artigo 5º da lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) em relação ao uso de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa científica.

O art. 5º da lei 11.105/05 diz:<sup>20</sup>

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

---

20 FARIAS, James Magno. *A toda velocidade possível: ensaios sobre um mundo em movimento*. Azulejo: São Luís, 2013. p. 160.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O relator do processo, ministro Carlos Ayres Britto, realizou elogiada audiência pública sobre o assunto em 20 de abril de 2007, quando ouviu cientistas, religiosos e estudiosos favoráveis e contrários ao uso de células-tronco embrionárias, com destaque, de cada lado da argumentação, para as intervenções da geneticista Mayana Zatz e dos representantes da CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que expuseram sua argumentação na referida audiência.

Na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, o Procurador Geral da República Cláudio Fontelles, reconhecido católico praticante, defendia o argumento de que a vida acontece a partir da fecundação e, portanto, o embrião já é vida humana. O objeto central da ação era para que o Supremo Tribunal Federal tornasse inconstitucional o uso dessas células embrionárias em pesquisas no Brasil.

Na fundamentação de seu voto o ministro Ayres Britto disse que o artigo impugnado seria “*um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano in vitro*”. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de

pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Ayres Britto disse *que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos...individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.*<sup>21</sup>

O relator reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando, que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto.

---

21 ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, 5.3.2008. (ADI-3510). O texto integral do acórdão pode ser obtido no *Informativo STF n° 497* e em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Ayres Britto afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal disporiam que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.

Ayres Britto considerou, também, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de certa pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada. Por fim, acrescentou a esses fundamentos, a rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica.

O ministro Britto afirmou que o § 4º do art. 199 da Constituição Federal<sup>22</sup> faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), que seria garantida por meio de ações e serviços qualificados como de relevância pública, com o que se teria o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CF, art. 5º, IX).

---

22 Art. 199, § 4º: “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

No voto vencedor do ministro Ayres Britto ficou registrado que a vida tem início com a fecundação, mas somente após a nidação pode-se falar em pessoa, pois é quando o óvulo se instala na parede do útero. Logo, para o STF, um embrião não é juridicamente pessoa, nem “um pequenino ser”, argumento comum dos grupos pró-vida, que atuaram como *amicus curiae* no julgamento.

Todos os ministros entenderam que é constitucional o uso de células-tronco embrionárias humanas, porém, cinco Ministros, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e César Peluso, fizeram outras ressalvas, além daquelas já enunciadas no art. 5º da Lei de Biossegurança.

A ementa do acórdão revela que a maioria dos Ministros entendeu que a introdução de mais restrições, além daquelas previstas na Lei de Biossegurança, acabaria por inviabilizar a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias e que não estavam reunidos os pressupostos para a aplicação de tais restrições, porquanto incabível a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, já que o texto não sofria de polissemia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nenhum escritor do século XIX poderia imaginar os grandes avanços científico-tecnológicos da Humanidade obtidos menos de um século depois de Mary Shelley ter inventado Frankenstein ou Julio Verne ter escrito sobre a viagem à lua. Já estivemos lá e descobrimos outros planetas e galáxias, descobrimos novos genes responsáveis por muitas doenças até então desconhecidas, surgiram novos remédios, antibióticos e vacinas. A cada dia surgem novidades: um novo conceito de personalidade criado pela simples existência de bancos de sêmen, alimentos transgênicos, organismos geneticamente modificados, as ovelhas Dolly e Polly e muitos outros exemplos.<sup>23</sup>

---

23 FARIAS, James Magno. *A toda velocidade possível*. op. cit. p. 145.

O Supremo Tribunal Federal declarou no julgamento da Ação 3510/05, em resumo, que a Constituição Federal já trazia os elementos centrais para julgar o caso e consagrou como mandamentos constitucionais a laicidade do Estado e o direito à pesquisa científica em prol da vida.

A liberdade de pesquisa científica, entendida a liberdade como direito fundamental, encontra limite em outros princípios constitucionais, como o direito à vida, a integridade física e moral, ou a privacidade, por exemplo. E a colisão entre os direitos personalíssimos e os direitos de pesquisa científica deve ser resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de que o exercício de um direito não anule o exercício do outro, uma vez que ambos devem ser efetivamente protegidos e garantidos.

A luta para a garantia dos direitos fundamentais culminou com o estabelecimento das chamadas gerações ou dimensões de direitos, de primeira, segunda e terceira geração, previstos na maioria das constituições. A discussão bioética fez com que alguns especialistas chegassem a profetizar uma nova e quarta geração de direitos fundamentais, que resguardariam o patrimônio genético humano, ameaçado pelos avanços tecnológicos.

O *leading case* do Supremo Tribunal Federal trouxe novas luzes sobre os limites para a autonomia da vontade em matéria de biodireito no Brasil. Indaga-se: a partir da declaração de constitucionalidade do art. 5º da lei 11.105/05 teria sido aberto o campo para a discussão da livre escolha para praticar aborto, eutanásia, distanásia, mistanásia, eutanásia social e barriga de aluguel?

Talvez ainda seja prematuro judicializar temas tão delicados, mas diversas decisões judiciais posteriores de outras instâncias, que permitiram cirurgias de transplante de órgãos e de mudança de sexo, com operação garantida e custeada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), são um indicativo desse novo e longo caminho da tutela judicial de direitos dessa natureza.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do Genoma Humano**. Lisboa: Almedina, 2007.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**. Bauru/SP: Edusc, 1997.

CARDIA, Luís Augusto Mattiazzo. **Estudos da Bioética e o sistema constitucional brasileiro**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1841>.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, James Magno Araújo. **A toda velocidade possível**. São Luiz: Azulejo, 2013.

GARRAFA, Volnei et alii. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999

OMMATI, José Emílio Medauar. **Bioética: origens, fundamentos**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1839>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

# 5 O RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL PELO TRT-6 DA ATUAÇÃO DO FISIOTERAPEUTA COMO PERITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: UM ESTUDO QUANTITATIVO E QUALITATIVO

---

## **Rebeka Borba Gil Rodrigues**

Fisioterapeuta do Trabalho. Mestre em Fisioterapia pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

## **Claudio Gil Rodrigues Filho**

Advogado. Doutorando em Direito do Trabalho na Universidade de Buenos Aires - UBA

## **Maria Eduarda de Araújo Schulze**

Fisioterapeuta. Pós-graduada em Fisioterapia do Trabalho com ênfase em Ergonomia pela Faculdade Redentor – RJ

## **INTRODUÇÃO**

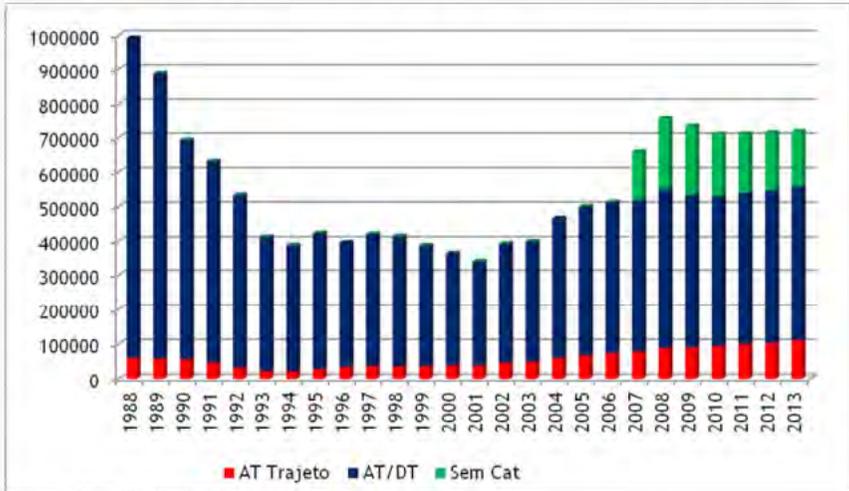
Segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT, cerca de 2,34 milhões de pessoas morrem a cada ano vítimas de acidentes e doenças relacionadas com o trabalho<sup>1</sup>. No Brasil, o Ministério da Previdência Social divulgou recentemente os dados estatís-

ticos referentes à área de segurança e saúde do trabalhador do ano de 2013, apesar da subnotificação existente, ainda foram registrados 717.911 acidentes e doenças relacionadas com o trabalho, dos quais 432.254 foram acidentes típicos e 15.226 foram identificados como doenças do trabalho<sup>2</sup>.

Consoante se observa no gráfico 01, o número de acidentes de trabalho sofreu redução até 2004 quando, por sua vez, iniciou uma nova elevação. Esta se deveu, em parte, à melhora do sistema de notificação e às mudanças dos critérios para caracterização do nexo de causalidade, especialmente a partir de 2007 quando a Previdência passou a conceder benefícios relacionados a acidentes e doenças do trabalho mesmo sem Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT registrada, identificando-os pelo tipo de profissão ou trabalho, pelo Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP ou Nexo Técnico por Doença Equiparada a Acidente de Trabalho - NTDEAT<sup>3</sup>.

Além dos prejuízos trazidos para o trabalhador, a ocorrência de acidentes e doenças relacionadas com o trabalho enseja custos a toda sociedade e estado. Estes custos podem ser classificados em três categorias principais: 1) Custos Diretos: consistem em componentes relativos ao tratamento e reabilitação; 2) Custos Indiretos: são relacionados com as oportunidades perdidas pelo trabalhador acidentado, o empregador, os colegas de trabalho e a sociedade, compreendendo custos previdenciários, salariais, administrativos e perdas de produtividade; 3) Custos Humanos: referem-se à piora na qualidade de vida do trabalhador e de sua família<sup>4</sup>. A OIT estima que cerca de 4% do produto interno bruto mundial (PIB), cerca de 2,8 trilhão de dólares, são despendidos por ano em custos diretos e indiretos devido a acidentes e doenças relacionadas com o trabalho<sup>1</sup>.

Número de Acidentes de Trabalho no Brasil entre 1988 a 2013



Fonte: Previdência Social

**Gráfico 1.** Número de notificações de acidentes de trabalho (AT) e doenças do trabalho (DT) no Brasil entre os anos de 1988 a 2013.

Este cenário inevitavelmente se reflete na justiça do trabalho, que, por sua vez, tem a prova pericial como atividade essencial para o desdobramento instrumental do binômio Justiça e Saúde. No que tange à expressão Perícia Judicial, o Código de Processo Civil Brasileiro, em seu Artigo 145 dispõe o seguinte: “quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito”. Ainda nesse dispositivo, constata-se no § 1º: “Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente.” Logo se vê que não há qualquer menção no CPC que estabeleça restrição de natureza profissional quanto à escolha do perito, ficando a cargo do juiz a escolha do profissional que lhe assistirá no caso. O novo CPC, por sua vez, mantém este entendimento.

É importante destacar que a Fisioterapia é uma ciência da saúde que estuda, previne e trata os distúrbios cinéticos funcionais intercorrentes em órgãos e sistemas do corpo humano, gerados por alterações genéticas, traumas ou doenças adquiridas. Fundamenta suas ações em mecanismos terapêuticos próprios, sistematizados através dos estudos da fisiologia, patologia, biomecânica, cinesiologia, dentre outros<sup>5</sup>.

A Fisioterapia do Trabalho, por sua vez, utiliza de tais conceitos, porém com olhar refinado e voltado para assistência à saúde do trabalhador, analisando os aspectos relacionados ao contexto laboral no qual o indivíduo esteve inserido. As competências e áreas de atuação deste profissional estão previstas na resolução nº 403/2011 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – COFFITO<sup>6</sup>.

Portanto, a Fisioterapia *“tem como objeto de estudo o movimento humano em todas as suas formas de expressão e potencialidades, quer nas alterações patológicas, cinético-funcionais, quer nas suas repercussões psíquicas e orgânicas, objetivando a preservar, desenvolver, restaurar a integridade de órgãos, sistemas e funções, desde a elaboração do diagnóstico físico e funcional, eleição e execução dos procedimentos fisioterapêuticos pertinentes a cada situação”* (Resolução nº. 4 do Conselho Nacional de Educação)<sup>7</sup>.

O Diagnóstico Cinesiológico funcional ou Cinético-funcional pode ser definido como a **avaliação física e funcional das propriedades e condições de todas as estruturas envolvidas com o movimento humano**. Dentre estas propriedades, é possível citar a avaliação das condições relacionadas à força, resistência, amplitude de movimento e memória cinética dos componentes do sistema musculoesquelético.

A avaliação ergonômica do ambiente laboral associada ao diagnóstico cinesiológico funcional fornecem ao perito Fisioterapeuta subsídios necessários para a **análise do Nexo de Causalidade** entre a doença, previamente diagnosticada por profissional médico, e a atividade laboral do indivíduo.

As Lesões por Esforços Repetitivos (LER) e Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (Dort) são por definição um fenômeno relacionado ao trabalho<sup>8</sup>, caracterizados pelo desgaste de estruturas do sistema músculo-esquelético que atingem várias categorias profissionais, decorrentes da utilização excessiva, imposta a este sistema, e da falta de tempo para recuperação. Os fatores de risco ocupacionais envolvem aspectos biomecânicos, cognitivos, sensoriais, afetivos e de organização do trabalho. Estes não são independentes, interagem entre si e devem ser sempre analisados de forma integrada<sup>9</sup>.

Dentro deste contexto, fica claro que o profissional Fisioterapeuta, em especial, o Fisioterapeuta do Trabalho, pode contribuir significativamente com a justiça do trabalho fornecendo aos magistrados informações técnicas pertinentes, das quais fazem parte da expertise deste profissional. Por se tratar de uma atuação relativamente recente, esta ainda é pouco compreendida pelo meio jurídico e frequentemente confundida com a atuação de outros profissionais da área da saúde, principalmente profissionais da medicina.

Portanto é objetivo deste estudo, analisar o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região – TRT-6 acerca da atuação do Fisioterapeuta como perito da justiça do trabalho, analisar os principais dispositivos legais citados nas decisões desta corte e esclarecer os limites e competências desta atuação.

## **METODOLOGIA**

Para realizar uma profunda análise, tanto qualitativa quanto quantitativa, a cerca do entendimento das quatro turmas do TRT-6, sobre a admissibilidade de laudos periciais produzidos por Fisioterapeutas, foi realizada uma pesquisa textual de jurisprudência através do site do referido tribunal ([www.trt6.jus.br](http://www.trt6.jus.br)). Para a pesquisa foram utilizadas as seguintes palavras chaves: Perícia, Fisioterapeuta e Nulidade.

Foram considerados acórdãos de inteiro teor pertencentes a processos físicos e eletrônicos, nos quais havia decisão sobre alegação de nulidade do laudo pericial sob a justificativa de incompetência por ter sido produzido por profissional da Fisioterapia.

Durante o levantamento jurisprudencial, não foi aplicada restrição para as datas das decisões, porém a última pesquisa realizada ocorreu em 27/08/2015.

As decisões jurisprudenciais obtidas através da pesquisa foram minuciosamente analisadas, e em seguida separadas em dois grupos: 1) VALIDADE: acórdãos que validaram o laudo pericial produzido por Fisioterapeuta, portanto foi rejeitada a arguição de nulidade; 2) NULIDADE: acórdãos que anularam o laudo pericial produzido por Fisioterapeuta, portanto foi acatada a arguição de nulidade.

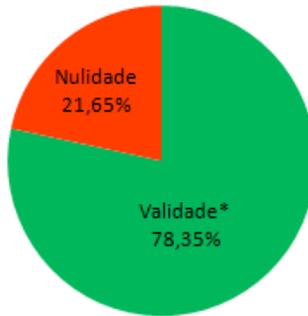
## RESULTADOS

O levantamento jurisprudencial através do site do TRT-6 inicialmente revelou um montante de 152 acórdãos de inteiro teor. Após análise, 55 foram excluídos por não tratarem especificamente de decisão sobre alegação de nulidade do laudo pericial produzido por Fisioterapeuta.

Por tanto, foi considerada a amostra válida de 97 decisões jurisprudenciais sobre o tema em questão, datadas do ano de 2009 à 08/2015.

Esta análise evidenciou que 76 acórdãos (78,35% das decisões) consideraram VÁLIDA a atuação profissional do Fisioterapeuta como perito judicial, conforme observado no gráfico 2.

**Posicionamento do TRT-6 acerca da admissibilidade de laudos periciais produzidos por Fisioterapeutas**



**Gráfico 2.** Distribuição quantitativa da análise qualitativa das decisões jurisprudenciais do TRT-6, a cerca da admissibilidade de laudos periciais produzidos por Fisioterapeutas. Os acórdãos foram separados em dois grupos: 1) VALIDADE e 2) NULIDADE. Os percentuais apresentados se referem à amostragem válida total (97 acórdãos). O asterisco representa o entendimento majoritário da corte.

## DISCUSSÃO

Esta pesquisa mostrou que o entendimento majoritário desta corte é o de que **é válido o laudo pericial produzido por profissional Fisioterapeuta**. Entendimento este que está em concordância com o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), se não vejamos a jurisprudência pátria<sup>10</sup>:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE. PERÍCIA REALIZADA POR FISIOTERAPEUTA. INOCORRÊNCIA.** Não

há nulidade a ser declarada. A Resolução 259/2003 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia ocupacional prevê que ao fisioterapeuta do trabalho compete estabelecer o nexa causal e emitir parecer técnico para os distúrbios funcionais. (TST-AIRR-36500-91.2008.5.06.0002. 3ª turma TST. Relatora Des. VANIA MARIA DA ROCHA ABENSUR. Data de Publicação: 24/08/2015.)

**LAUDO PERICIAL ELABORADO POR FISIOTERAPEUTA. DOENÇA PROFISSIONAL - LER/DORT. POSSIBILIDADE.**

10.1. Nos termos do art. 145 do CPC, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz escolherá o perito dentre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, desde que este seja especialista na matéria sobre a qual deverá opinar. Na hipótese, o profissional escolhido tem formação em fisioterapia, profissão devidamente regulamentada pelo Decreto-Lei nº 938/1969 e pela Lei Federal nº 6.316/1975. 10.2. Assim, diante do que preceituam as Resoluções do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional nºs 381/2010, 259/2003 e 80/1997, revela-se incontestável a possibilidade de o profissional de fisioterapia elaborar laudo pericial, em lides que envolvam doença profissional, no âmbito da sua atuação, com vistas a identificar, avaliar e observar os fatores ambientais que possam cons-

tituir risco à saúde funcional do trabalhador e, ainda, elaborar o diagnóstico fisioterapêutico, indicando o grau de capacidade ou de incapacidade funcional, competências ou incompetências laborais, mudanças ou adaptações nas funcionalidades e seus efeitos no desempenho laboral. 10.3. Cumpre, aqui, ressaltar que não se está a discutir a possibilidade de o fisioterapeuta vir a elaborar diagnóstico médico, situação que, por óbvio, escapa da sua área de atuação, mas sim, dentro da sua competência, atuar como perito judicial. 10.4. Por outro lado, na dicção do art. 436 do CPC, a convicção do magistrado não fica adstrita ao conteúdo do laudo pericial e às conclusões do -expert-. Na situação dos autos, o Juízo de primeiro grau firmou seu convencimento não só com base na perícia, mas também nas demais provas já produzidas. Recurso de revista conhecido e desprovido. [...]” (RR - 76100-64.2005.5.09.0092, 3ª Turma TST. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de Publicação: DEJT 03/06/2011.)

É importante salientar que grande parte das decisões desfavoráveis encontradas tratam-se de decisões antigas (anos de 2009 até meados de 2011), quando a presença de Fisioterapeutas na justiça do trabalho, bem como suas competências profissionais, ainda eram questões pouco conhecidas pela maior parte do judiciário.

No tocante à competência legal, é necessário trazer à luz da discussão os argumentos mais frequentemente utilizados pelos magistrados seja para ratificar a competência do profissional Fisioterapeuta em emitir laudos periciais para a justiça do trabalho, seja para negar esta tese.

O COFFITO no uso das atribuições normativas previstas na Lei Federal nº 6.316/75, editou as seguintes resoluções: 259/2003<sup>11</sup>, 381/2010<sup>12</sup> e 403/2011<sup>6</sup>, nas quais determinam como **atribuições do Fisioterapeuta: estabelecer diagnóstico fisioterapêutico, elaborar relatório de análise ergonômica, estabelecer nexos causais para os distúrbios cinesiológicos funcionais, elaborar e emitir parecer, atestado ou laudo pericial em razão de demanda judicial, dentre outros.**

Em reforço a presente tese, o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, ao listar a Fisioterapia do Trabalho na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), representada pelo localizador de nº 2236-60, explicita, dentre as atribuições deste profissional, a de **“estabelecer diagnóstico fisioterapêutico”**, dentro do qual especifica a competência em estabelecer **“nexo de causa cinesiológica funcional, ergonômica”**, assim como **“Emitir laudos de nexos de causa laboral”**<sup>13</sup>.

Esse tipo de atividade, conferida aos profissionais de fisioterapia, não se confunde, em absoluto, com a realização de perícia médica.

Por sua vez, o decreto-lei 938/69, além de reconhecer a Fisioterapia como profissão de nível superior, também estabelece as atividades que são PRIVATIVAS destes profissionais, ou seja, atividades que EXCLUSIVAMENTE Fisioterapeutas podem realizar. Não há qualquer menção neste decreto-lei que limite os Fisioterapeutas a somente realizar tais atividades. Existem atividades que são compartilhadas entre os profissionais da saúde e por tanto, não são atos privativos nem de uma ou de outra profissão, como é o caso da Ergonomia, por exemplo, que não está contemplada no referido decreto-lei, mas sabe-se muito bem que os Fisioterapeutas a realizam com maestria.

Outro exemplo disto é a lei 12842/2013 (conhecida como lei do ato médico), em seu projeto de lei havia a prerrogativa de que a realização do Diagnóstico Nosológico (diagnóstico das doenças) seria atividade privativa dos profissionais da

medicina, este SERIA o inciso 1º do 4º artigo da lei, porém este inciso foi VETADO pela presidência da república, com a justificativa de ferir as políticas de saúde pública do SUS. Portanto, o Diagnóstico Nosológico NÃO É um ato privativo médico, mas sim um ato MULTIPROFISSIONAL. Registre-se que, mesmo esta prerrogativa não sendo contemplada na lei como ato privativo médico, os médicos realizam o diagnóstico de doenças, pois semelhante à Fisioterapia, os médicos não estão limitados a SOMENTE realizar as atividades que lhe são privativas.

O ato médico (lei 12842/2013) respeita as atribuições de outras profissões da saúde, e isso se observa no seu § 7º do artigo 4º, quando, ao dispor sobre as atividades privativas do médico, preleciona que: “O disposto neste artigo será aplicado de forma **que sejam resguardadas as competências próprias das profissões** de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, **fisioterapeuta**, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia.” Deixando claro que este dispositivo legal não restringe a atuação dos profissionais Fisioterapeutas, que por sua vez, possuem suas competências profissionais regulamentadas pelo COFFITO.

É importante salientar que o Profissional Fisioterapeuta não realiza o diagnóstico da doença, mas sim, analisa a relação entre a doença, previamente diagnosticada por médico e devidamente comprovada nos autos do processo, e as atividades laborais do trabalhador, ou seja, o **Nexo de Causalidade**<sup>14</sup>.

O Fisioterapeuta munido de todo o seu profundo conhecimento do corpo humano e seus movimentos analisa a anatomia, biomecânica, cinesiologia, fisiologia e ergonomia envolvidas no labor e suas correlações com a doença e repercussões funcionais no indivíduo, atividade notoriamente atrelada à missão do Fisioterapeuta.

O termo “perícia médica” é utilizado de maneira inadequada para nomear as “PERÍCIAS TÉCNICAS JUDICIAIS”, pois não somente o médico é habilitado para este fim. Como também, não

há qualquer previsão legal no CPC, tão pouco na CLT, que estabeleça a realização de “perícias médicas” na justiça do trabalho<sup>15</sup>.

Portanto, quando a controvérsia no processo judicial for dada pela dúvida da presença ou não da doença, a perícia deve ser realizada por um profissional médico. Porém, **quando a doença já tiver sido diagnosticada e claramente comprovada nos autos, e existir controvérsia processual sobre o nexo de causalidade e/ou a capacidade funcional laboral, a perícia deve ser realizada por um profissional Fisioterapeuta**<sup>16</sup>.

Desta maneira é nítido e cristalino que os Fisioterapeutas não realizam perícias médicas, mas sim PERÍCIAS TÉCNICAS JUDICIAIS, sendo estas últimas as previstas no CPC.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto é possível concluir que considerando os dispositivos legais vigentes e o amplo entendimento jurisprudencial acerca do assunto, o profissional Fisioterapeuta detém a competência legal e o conhecimento técnico-científico sobre os aspectos necessários para a realização de Perícias Técnicas Judiciais voltadas à constatação dos distúrbios correlatos ao movimento, quando essas requerem o estabelecimento do Nexo de Causalidade, Condições Ergonômicas e Capacidade Funcional Laboral exigidos pela legislação pertinente ao assunto.

A expertise do profissional Fisioterapeuta versado no conhecimento de biomecânica, cinesiologia, fisiologia, doenças ocupacionais, avaliação cinesiológica funcional e ergonomia, bem como, sua ampla visão concernente às questões relacionadas à saúde e segurança do trabalhador tornam este profissional de extrema importância e necessário para a realização dos laudos periciais auxiliando o juiz na busca da verdade.

Resta evidente a importância de sumular esta matéria nos tribunais brasileiros, com objetivo de oferecer aos magistrados de

primeiro grau maior segurança na indicação do profissional da Fisioterapia ao exercício deste *múnus*, contribuindo por tanto, com a celeridade processual, sem o receio de decisões conflitantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Safety and Health in the Use of Chemicals at Work. International Labour Office, 2014. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_235085.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_235085.pdf). Acesso em: 31 ago. 2015.

2. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Anuário de Estatísticas de Acidentes do Trabalho - 2013. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/aeat-2013/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

3. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Estratégia Nacional para Redução dos Acidentes do Trabalho 2015-2016. Brasília, 2015. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080814D5270F0014D71FF7438278E/Estrat%C3%A9gia%20Nacional%20de%20Redu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Acidentes%20do%20Trabalho%202015-2016.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2015.

4. LEBEAU, Martin; DUGUAY, Patrice. The Costs of Occupational Injuries A Review of the Literature. Studies and Research Projects. Report R-787. The Institut de recherche Robert-Sauvé en santé et en sécurité du travail (IRSST), jul. 2013. Acesso em: 31 ago. 2015. Disponível em: <http://www.irsst.qc.ca/media/documents/PubIRSST/R-787.pdf>

5. CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. Definição de Fisioterapia e Áreas de Atuação. Disponível em: <http://www.coffito.org.br/site/index.php/fisioterapia/definicao.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

6. CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. Resolução n° 403 de 18/08/2011: Disciplina a Especialidade Profissional de Fisioterapia do Trabalho

e dá outras providências. Disponível em: <http://www.coffito.org.br/site/index.php/home/resolucoes-coffito/482-resolucao-n-403-2011-disciplina-a-especialidade-profissional-de-fisioterapia-do-trabalho-e-da-outras-providencias.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

7. CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR (CNE/CES). Resolução do Conselho Nacional de Educação de n.º. 4. 2002.

8. KUORINKA I, FORCIER L., editors. Work-related musculoskeletal disorders (WMSDs): a reference book for prevention. Great Britain: Taylor & Francis; 1995.

9. LER/DORT. Protocolo de atenção integral à saúde do trabalhador. Ministério da Saúde. 2006. Acesso em: 31 ago. 2015. Disponível em: [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo\\_ler\\_dort.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_ler_dort.pdf)

10. RODRIGUES, Rebeqa Borba Gil; FILHO, Claudio Gil Rodrigues. TST valida laudo pericial produzido por fisioterapeuta. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4442, 30 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/42075>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

11. CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. Resolução n.º 259 de 18 /12/2003: Dispõe sobre a Fisioterapia do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.coffito.org.br/site/index.php/home/resolucoes-coffito/332-resolucao-n-259-2003-dispoe-sobre-a-fisioterapia-do-trabalho-e-da-outras-providencias.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

12. CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. Resolução n.º 381 de 03/11/2010: Dispõe sobre a elaboração e emissão pelo Fisioterapeuta de atestados, pareceres e laudos periciais. Disponível em: <http://www.coffito.org.br/site/index.php/home/resolucoes-coffito/459-resolucao-n-381-2010-dispoe-sobre-a-elaboracao-e-emissao-pelo-fisioterapeuta-de-atestados-pareceres-e-laudos-periciais.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

13. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. CBO: Relatório Tabela de Atividades.Família Ocupacional: 2236 – Fisioterapeutas. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>. Acesso em: 31 ago. 2015.

14. VERONESI, JR. Perícia Judicial para Fisioterapeutas. 2ª edição. Ed. Andreoli: São Paulo, 2013.

15. PEREIRA, JG. Atuação do Fisioterapeuta como Perito judicial. **In Limine**, 2011. Páginas: 11-13.

16. VERONESI, J. R. As diferenças e características das perícias médicas para as perícias fisioterapêuticas. 2014. Acesso em: 31 ago. 2015. Disponível em: <http://veronesi.jusbrasil.com.br/artigos/111859030/as-diferencas-e-caracteristicas-das-pericias-medicas-para-as-pericias-fisioterapeuticas>