

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
ESCOLA DE DIREITO**

RENATO CHAGAS MACHADO

**A FINALIDADE SOCIOECONÔMICA DO DIREITO DE GREVE
NO SETOR PRIVADO: O “ESPÍRITO” DO DIREITO COMO FATOR
DELIMITADOR DE SEU ABUSO**

**CURITIBA
2017**

RENATO CHAGAS MACHADO

**A FINALIDADE SOCIOECONÔMICA DO DIREITO DE GREVE
NO SETOR PRIVADO: O “ESPÍRITO” DO DIREITO COMO FATOR
DELIMITADOR DE SEU ABUSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito. Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Pós-Doutor Marco Antônio César Villatore.

CURITIBA
2017

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

M149f
2017 Machado, Renato Chagas
A finalidade socioeconômica do direito a greve no setor privado: “o espírito”
do direito como fator delimitador de seu abuso / Renato Chagas Machado;
orientador, Marco Antônio César Villatore. -- 2017
137 f.: il.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2017.
Bibliografia: f. 131-137

1. Greves e lockouts. 2. Abuso de direito. 3. Direitos civis. 4. Direito
econômico. I. Villatore, Marco Antônio César. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Programa de Pós- Graduação em Direito. III. Título.

Doris 20. ed. – 341.661

RENATO CHAGAS MACHADO

**A FINALIDADE SOCIOECONÔMICA DO DIREITO DE GREVE NO SETOR
PRIVADO: O “ESPÍRITO” DO DIREITO COMO FATOR DELIMITADOR DE
SEU ABUSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito. Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Pós-Doutor Marco Antônio César Villatore
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Pós-Doutor Gilberto Stürmer
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Doutor Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, março de 2017.

À Ana Beatriz, minha filha, minha razão,
minha emoção.

À minha querida esposa Patrícia,
companheira para qualquer momento e
circunstância.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que, com simplicidade, forneceram-me os instrumentos necessários e suficientes para que enfrentasse os desafios da vida, sem descurar-se da ética. Neste momento especial, emociono-me ao lembrar-me bem das três recomendações que deles sempre recebi: estude, estude e estude. O despertar da curiosidade pelos estudos, de forma dedicada, foi assim instigado. Para eles, minha eterna gratidão.

Às minhas irmãs, a quem espero que não desistam de seus sonhos e que tenham a disciplina necessária para conquistá-los.

Com amor, à minha esposa Patrícia, minha advogada preferida, que, dedicada e compromissada com nossa família, compreendeu minha ausência em razão dos estudos. Sem sua colaboração, a concretização deste sonho seria impossível.

À minha filha Ana Beatriz, minha vida, que, mesmo sem saber, contribuiu para a finalização desta pesquisa. Seu olhar e sorriso sempre me forneciam fôlego para superar as dificuldades que surgiram no decorrer do mestrado. Certo dia, no alto de seus três anos de idade, questionou-me por que o papai estudava tanto, esboçando sensivelmente que, em certa medida, sentia minha ausência. Um dia há de compreender que esse esforço, na verdade, tem como propósito os seus próprios interesses.

Aos amigos do departamento jurídico do Banco do Brasil, em especial ao Dr. Geraldo Chamon Júnior e ao Dr. Silvio Oliveira Torves, que colaboraram para que eu tivesse a disponibilidade necessária para enfrentar os dois anos de estudos no mestrado e a elaboração deste trabalho.

À amiga Ana Lúcia Francisco dos Santos Bottamedi, que, compartilhando o “desespero” para a conclusão de seu mestrado, em conversas de corredor, divertia-me e motivava-me com suas teses sobre educação e emancipação.

Ao amigo e professor pós-doutor Marco Antônio César Villatore, pela oportunidade de crescimento acadêmico que me foi concedida, pela dedicada orientação prestada para o desenvolvimento desta pesquisa, fazendo-me refletir sobre vários pontos e, sobretudo, por respeitar meu posicionamento, o qual, em algum aspecto, divergia do dele sobre o tema desenvolvido.

A diferença entre o remédio e o veneno é a dose.

RESUMO

Apontando que os direitos subjetivos não são absolutos e que seus exercícios não são ilimitados, de modo que não se prestam a servir ao mero arbítrio do sujeito de direito, a dissertação fixa-se na apresentação dos limites do exercício do direito de greve do setor privado brasileiro, mais precisamente desse direito contemplado no artigo 9º da Constituição de 1988. Especificamente, o intuito é o de demonstrar em que medida esse direito fundamental foi consagrado e qual é a sua finalidade socioeconômica no contexto do atual direito positivo brasileiro, viabilizando a investigação da regularidade de seu exercício. Para tanto, inicialmente analisa-se a concepção jurídica da greve e sua evolução como direito no Brasil. Em seguida, estuda-se a concepção e a evolução da teoria do abuso do direito, com a sua admissão explícita no direito positivo brasileiro pelo Código Civil de 2002, verificando-se cada um dos critérios para a caracterização do exercício abusivo do direito. Demonstra-se que o direito subjetivo, em sua dimensão normativa, tal como todas as prerrogativas jurídicas (liberdades, faculdades etc.), possui fins socioeconômicos, implícitos e subjacentes, denominados na doutrina como o “espírito” do direito, que atuam como limitadores ao respectivo exercício, de tal sorte que, em havendo manifesto desvio dessas finalidades inerentes e distintas para cada situação jurídica, a conduta se caracteriza como juridicamente abusiva, escapando-se da licitude. Por fim, aborda-se o recorte teórico sobre o “espírito” do direito de greve do setor privado brasileiro, especialmente diante dos parâmetros consagrados pela dimensão normativa da Constituição de 1988, pela teoria do abuso do direito acolhida no Brasil e pelo conteúdo da Lei de Greve do Setor Privado (Lei nº 7.783/1989), pontuando-se a finalidade socioeconômica desse direito no contexto do direito positivo brasileiro, distinguindo-se a greve-direito das greves de natureza extrajurídica, mais precisamente as de cunho sociológico (greve-fato social), que não são acobertadas pelo artigo 9º da Constituição, de maneira a promover a correta utilização daquele importante instituto jurídico, essencial para buscar o equilíbrio da relação capital-trabalho e o incremento de direitos socioeconômicos aos trabalhadores perante seus empregadores. Ressalva-se, por fim, que os conhecidos problemas inerentes ao direito de greve dos servidores públicos civis e dos militares não integraram o objeto desta pesquisa por motivos óbvios: a complexidade e a profundidade necessárias ao estudo exigem uma pesquisa própria para tanto, não participando do escopo do projeto ora desenvolvido.

Palavras-chave: Direito de Greve – Abuso do Direito – Finalidade Socioeconômica.

ABSTRACT

Pointing out that subjective rights are not absolute and that their exercises are not unlimited, so that they do not lend themselves to serve the mere arbitrariness of the subject of law, the dissertation is based on the demonstration of the limits of the exercise of the right of strike of the sector brazilian private law, more precisely that right contemplated in article 9º of the 1988 Constitution. specifically, the intention is to demonstrate to what extent this fundamental right was enshrined and what is its socioeconomic purpose in the context of the current brazilian positive law, making research of the regularity of its exercise. To do so, we initially analyze the legal concept of the strike and its evolution as a law in Brazil. Afterwards, the conception and evolution of the theory of the abuse of the law is studied, with its admission in the brazilian positive law by the Civil Code of 2002, verifying each one of the criteria for the characterization of the abusive exercise of the right. It is demonstrated that subjective law, in its normative dimension, as all juridical prerogatives (freedoms, faculties etc.), has implicit and underlying socioeconomic purposes, denominated in doctrine as the “spirit” of law, acting as limiting the exercise thereof, in such a way that, if there is a manifest deviation from these inherent and distinct purposes for each legal situation, the conduct is characterized as legally abusive, escaping from the lawfulness. Finally, the theoretical discussion on the “spirit” of the brazilian private sector’s right to strike is discussed, especially in the context of the normative dimension of the 1988 Constitution, the theory of the abuse of the right received in Brazil and the content of the Law (Law nº 7.783/1989), pointing out the socioeconomic purpose of this right in the context of brazilian positive law, distinguishing the right strike from strikes of an extrajuridic nature, more precisely those of a sociological nature (social fact strike), which are not covered by article 9º of the Constitution, in order to promote the correct use of this important legal institute, essential to seek the balance of the capital-labor relationship and the increase of socioeconomic rights to workers before their respective employers. Finally, it should be pointed out that the well-known problems inherent in the right to strike of civilian civil servants and the military did not integrate the object of this research for obvious reasons: the complexity and depth required for the study require their own research, of the scope of the project developed herein.

Key-words: Right of Strike – Abuse of Law – Socioeconomic Purpose.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A GREVE COMO DIREITO: O CONTEXTO DA CONSTITUÇÃO DE 1988	17
1.1 A CONCEPÇÃO JURÍDICA DA GREVE.....	17
1.2 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA GREVE: DO DELITO AO DIREITO	28
1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SUA SOCIALIZAÇÃO: A PERDA DO CARÁTER INDIVIDUALISTA DO DIREITO SUBJETIVO.....	36
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO	42
2.1 A CONCEPÇÃO DO ABUSO DO DIREITO.....	42
2.2 DA COMPREENSÃO DO DIREITO SUBJETIVO	52
2.3 TEORIA DA EMULAÇÃO: O EMBRIÃO DO ABUSO DO DIREITO	57
2.4 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO	60
2.4.1 Teoria subjetiva do abuso de direito.....	61
2.4.2 Teoria objetiva ou finalista do abuso de direito	63
2.4.3 Teoria mista do abuso de direito.....	67
2.4.4 Teoria negativista	68
2.5 O ABUSO DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	70
2.5.1 Do tratamento do abuso do direito no Código Civil brasileiro de 2002: a norma do artigo 187.....	70
2.5.2 O abuso do direito e os elementos para sua caracterização.....	75
2.5.2.1 <i>Do excesso manifesto às finalidades socioeconômicas.....</i>	<i>76</i>
2.5.2.2 <i>A boa-fé como parâmetro de aferição do abuso do direito.....</i>	<i>80</i>
2.5.2.3 <i>Do excesso manifesto aos limites impostos pelos bons costumes</i>	<i>84</i>
3 O “ESPÍRITO” DO DIREITO DE GREVE NO SETOR PRIVADO.....	87
3.1 A GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SUA CONFORMAÇÃO	87
3.2 LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE.....	102
3.2.1 Da greve-direito	103
3.2.2 Da oportunidade da deflagração da greve	106
3.2.3 Dos interesses a se defender pela greve	110
3.2.4 O abuso do direito de greve e a Lei nº 7.783/1989	121
3.3 A PROTEÇÃO DA GREVE CONTRA ATOS ANTISSINDICAIS.....	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

A pretensão da presente dissertação não é simples, podendo-se consignar que o intuito do projeto é corajoso. Afirma-se isso exatamente porque tem como escopo analisar institutos jurídicos complexos e sensíveis à sociedade, que assim os são desde períodos mais remotos, estando impregnados de conteúdo político-ideológico indissociável, o que suscita um certo clamor e controvérsia em relação ao tema.

Mais precisamente, o objetivo é o de analisar os limites do exercício do direito de greve no setor privado brasileiro, que tem reconhecimento no artigo 9º da Constituição de 1988, apontando em que medida esse direito fundamental foi consagrado e qual é a sua finalidade socioeconômica, o seu “espírito”, partindo-se da premissa de que o exercício regular desse direito contribui para o desenvolvimento econômico, em especial sob o viés da relação desequilibrada entre o poder do capital e o trabalho, até porque a greve se caracteriza como um elemento do direito coletivo do trabalho no contexto de uma “sociedade juridicamente organizada”.¹

Para tanto, se faz necessário analisar os limites ao exercício do direito de greve no setor privado brasileiro em se considerando o direito positivo, enfim, diante da dimensão normativa da Constituição de 1988, da Lei de Greve do Setor Privado (Lei nº 7.783/1989) e do Código Civil brasileiros, tudo sob o enfoque da teoria do abuso do direito.

Cediço que os conflitos oriundos da relação de trabalho aumentam significativamente em tempo de crise econômica, como a experimentada atualmente pelo Brasil, repercutindo no incremento da taxa de desemprego e negativamente no desenvolvimento, impondo, de certo modo, retrocessos sociais e econômicos à sociedade, o que deve ser evitado.

Neste cenário, a greve é um instrumento coletivo hábil a impor à classe econômica, também denominada de classe patronal, a necessidade de uma negociação coletiva igualitária e transparente, ou seja, justa, buscando a preservação de direitos inerentes à relação de trabalho.

Inclusive, deve-se ponderar que até mesmo em períodos de estabilidade e de

¹ GOTTSCHALK, Elson. O sujeito ativo no direito de greve na Constituição Federal de 1988. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. p. 471.

crescimento econômico, a greve mostra-se como meio de promover os direitos trabalhistas, econômicos e sociais vinculados ao contrato de trabalho. Isto é, não se presta tão somente para a manutenção daqueles direitos já conquistados, revelando a extrema importância desse direito fundamental.

Logo, percebe-se a relevância da greve para a promoção e preservação dos direitos trabalhistas e sociais, pelo que o exercício desse direito deve observar sua finalidade, buscando coibir desvios, da mesma forma que as condutas antissindicais eventualmente praticadas pela classe patronal também merecem objeção.

Contudo, sem prejuízo da relevância do tema, observa-se que a produção bibliográfica sistematizada acerca do objeto da presente pesquisa, sob o enfoque abordado (greve *versus* abuso do direito), é praticamente inexistente. Aliás, o Direito Coletivo do Trabalho e, por seu turno, a greve são pouco explorados, ficando submetidos ao casuísmo dos estudos pontuais, ao contrário de outros temas do direito.

É escassa a produção científica que enfrenta o tema de Direito Coletivo do Trabalho. E nesse contexto inclui-se a perspectiva do exercício da greve e de seu abuso, o que, ainda que por um lado dificulte a pesquisa, em razão de carência de referencial teórico, revela a importância desta dissertação.

Em sendo assim, a pesquisa apresenta-se útil e valiosa na medida em que propiciará o conhecimento dos limites do exercício de um direito humano fundamental, recortando sua finalidade socioeconômica, e destaca-se por ter objeto tão sensível.

É fato que a complexa relação existente entre o capital e o trabalho mereceu a atenção de vários estudos ao longo dos séculos na civilização moderna, exigindo uma efetiva intervenção do direito para acompanhar os fatos sociais até então inéditos.

Agora, sob o enfoque de uma economia globalizante e um mercado de trabalho cada vez mais acirrado pela concorrência e pelo profissionalismo da ciência administrativa, que cria e implementa novas técnicas de gestão (de capital, de pessoas, de informação etc.) que repercutem diretamente na vida das pessoas, mais se exige a regulamentação do trabalho e a continuidade dessas pesquisas, no intuito de se evitar ou minimizar, entre outros, a exploração do ser humano individualmente considerado.

Nesse contexto, essa regulamentação do trabalho deve ser objeto de constante discussão jurídica científica, sobretudo para acompanhar a rápida mudança que ocorre diariamente, buscando-se, pelo menos, a manutenção de condições mínimas

razoáveis que assegurem o desenvolvimento da sociedade, sem desprezar, contudo, a busca por uma vida digna do ser humano.

Pelos relatos históricos, percebe-se que as conquistas dos direitos trabalhistas, como as garantias mínimas asseguradas constitucionalmente, são resultado de anos de conflito entre o capital e o trabalho, convergindo, na verdade, para a evolução da humanidade civilizada e do Estado Constitucional, e para a conquista de garantias e noções humanísticas, ainda que em tese, de condições e direitos mínimos existenciais.

Ao longo da história da humanidade em sociedade civilizada, especialmente a partir do século XVIII, evidenciou-se uma verdadeira febre por produção e enriquecimento, aperfeiçoando-se ainda mais a oposição, nesse sentido, entre as classes trabalhadora e empregadora, podendo-se afirmar com segurança que existe um vasto campo de conflito de interesses nessa relação tão peculiar e dependente uma da outra.

Em uma análise sincera e no universo capitalista como fato social, o que se tem é que o empregador visa à exploração da mão de obra ao menor custo, enquanto, em contrapartida, o trabalhador visa a uma maior remuneração ao menor esforço. Essa dicotomia é verdadeira, não havendo espaço para hipocrisia, ao menos no universo acadêmico e da teoria da ciência e, portanto, deve sempre ser considerada.²

Nesse campo de evidente conflito perene, onde o capital explora o trabalho e possui maior força de pressão sobre este, o direito evoluiu para regulamentar essa relação e um dos fatos sociais mais importantes que surgiu no meio dela, a greve como direito. Esse direito é uma das maiores conquistas da classe trabalhadora, com força para se opor coletivamente a eventuais imposições opressoras ou buscar melhores condições de trabalho.

Neste início do século XXI, uma outra etapa na evolução do direito se opera. Não é mais possível considerar a greve somente como um direito. Sendo a greve uma clara manifestação do exercício da liberdade sindical, assume agora a qualidade de um direito humano fundamental. Esse reconhecimento tem início com a consideração da

² Sobre o assunto, Gilberto Stürmer leciona que “os que dispõem da atividade econômica visam lucro. Não há, em um caso e em outro, juízo de valor. Trata-se apenas de realidade oriunda da própria natureza humana. Na medida em que o trabalhador subordinado busca melhores condições de trabalho e o empregador, dono do empreendimento busca lucro, há um natural conflito de trabalho de ordem sociológica. Tal conflito é solucionado pelo contrato (O sindicalismo e os direitos sociais. **Revista do Curso de Mestrado da UFC**, Fortaleza, v. 30, p. 75-85, jan./jun. 2010. p. 76).

greve como um direito sem dúvida, mas diversos movimentos internacionais sinalizaram para que a greve evoluísse para um *status* maior, não só de direito, mas de direito humano fundamental.

Conquanto a greve seja classificada como direito fundamental, mesmo assim, sua caracterização se inclina mais para uma autotutela, ainda que com civilidade, diante da regulamentação expressa a respeito, mas não deixa de ser uma decisão, de certo modo, unilateral de pressionar a outra parte na relação contratual usando de meios coercitivos próprios.

Não há dúvida quanto a greve ser, originalmente, uma modalidade de autotutela, de coerção coletiva. Contudo, sua consagração nas ordens jurídicas democráticas, como direito fundamental, conferiu-lhe não somente força, mas também civilidade. Nesta última medida, a figura ultrapassou o caráter de mera dominação da vontade de um sujeito sobre outro, como inerente à autotutela.

Neste país, a regulamentação da greve está sob responsabilidade da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, objeto da conversão da Medida Provisória nº 59, de 26 de maio de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve do setor privado, regulamentando-o como disciplinado no referido dispositivo constitucional. Mas, mesmo com a referida normatização regulamentadora, ainda assim, o tema é complexo e não há unanimidade nas conclusões de seus estudos.

Talvez essa complexidade, como se não bastasse ser justificada pela própria complexidade do direito de que advém, diga-se, da complexidade da própria relação trabalhista-social, seja resultado da grande margem de a greve ser usada como instrumento de interferências políticas, estas propriamente ditas, para pechinchar interesses partidários, caracterizando verdadeiro nicho negocial.

Existem entidades representativas que são verdadeiros partidos políticos e até mesmo escritórios de advocacia, os quais, sob o impermeável manto da falsa premissa de defender direitos da categoria, na verdade, barganham troca de favores pessoais e buscam o enriquecimento de alguns.

A greve já foi considerada como ato ilícito, independentemente de qualquer situação, porém, atualmente, a sua classificação como direito, ainda mais constitucionalmente, como é o caso do Brasil, é uma conquista histórica. Mas, inobstante essa qualificação como direito coletivo dos trabalhadores, pode sim, se

irregularmente deflagrada e conduzida, ser levada à condição de ato abusivo e até mesmo delituoso.

Não obstante a greve ser um direito garantido expressamente pela Constituição de 1988, é bem verdade que, como todo direito, sofre limitações por outros direitos e princípios, de sorte que seu exercício deve observar os ditames legais, a razoabilidade e proporcionalidade, de modo que sejam preservadas outras garantias fundamentais, direitos individuais ou coletivos. Isto é, o direito de greve não é absoluto.

A evolução do direito caminhou no sentido de socializá-lo. Assim, buscando adequar o exercício do direito subjetivo individual aos interesses social e coletivo, considerado como maior, não mais prevalece o brocardo jurídico de que “tudo o que não é proibido, é permitido”. O exercício de um direito, via de regra, não pode causar prejuízos a outrem e sofre restrições de outros direitos subjetivos.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi um marco histórico ao passo que definitivamente consagrou o Estado do Bem-Estar Social, socializando os direitos subjetivos que até então prevaleciam a todo custo, em uma perspectiva egoísta de direito individual e pleno. Observa-se a implementação de garantias constitucionais expressas de valores fundamentais como a cidadania (artigo 1º, II), a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a igualdade (artigo 5º, *caput*), a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, e artigo 170, III), por exemplo.

O direito não deve se furtar aos conceitos éticos, valorativos e humanísticos, não havendo como encará-lo em um raciocínio lógico exato e absoluto, de plena efetividade teórica. Foi nesse contexto que, entre outros, o Código Civil de 2002 tratou do abuso do direito, direcionando, de certa forma, a eticidade e a socialidade do direito.

Há evidente relativização dos direitos frente à teoria do abuso de direito. Por mais que exista o direito subjetivo positivado – isto é, o direito formalmente prescrito em enunciado normativo, ou seja, previsto em legislação –, ele não é absoluto, pelo que seu exercício necessariamente deve se pautar em suas finalidades econômica e social e na boa-fé.

Se assim o é, o abuso do direito subjetivo caracteriza ato ilícito, reprovável pelo ordenamento jurídico, podendo resultar em obrigação de reparação civil e infração penal àqueles que agirem em desacordo com a legislação.

Portanto, é perfeitamente admissível que a greve como sendo um direito

possa resultar em inúmeros atos ilícitos ou ser praticada com abuso, quando poderá acarretar a responsabilização por eventuais danos causados.

Evidentemente que o desvio da finalidade do direito de greve repercute negativamente no desenvolvimento econômico e social, uma vez que não promove o interesse social atrelado ao seu intento, sequer representando instrumento hábil para se buscar a preservação e a promoção de direitos trabalhistas e sociais.

Sob essa perspectiva é que se desenvolve a presente dissertação, iniciando-se a abordagem com a concepção histórica do direito de greve e a sua evolução jurídica no Brasil, até sua elevação a direito humano fundamental por meio da consagração da Constituição de 1988, demonstrando a vertente do constitucionalismo contemporâneo que concretiza a dimensão normativa da Carta Política e implementa um método de interpretação sistêmico e principiológico que visa humanizar o direito e promover o desenvolvimento econômico e social de forma harmônica e estável.

Em seguida, analisa-se a teoria do abuso do direito, apresentando o seu contexto histórico, as correntes a ela relacionadas, culminando com o estudo de como essa teoria foi acolhida pelo direito positivo brasileiro e avaliando seus critérios e parâmetros.

Por fim, demonstra-se, em se considerando todo o contexto do direito positivo brasileiro, a legitimidade da regulamentação do direito de greve no setor privado brasileiro pela Lei nº 7.783/1989, para, após, pontuar o “espírito” do direito de greve contemplado no artigo 9º da Constituição de 1988, contextualizando sua finalidade socioeconômica imanente, o que permite avaliar qual o limite do exercício do direito de greve, que não se confunde com a greve-fato social, bem como a proteção da greve-direito contra a ingerência de terceiros, também sob o viés da abusividade do exercício de direitos daqueles que agridem qualquer conjuntura da atuação da liberdade sindical.

A afinidade do tema com a linha de pesquisa é revelada a partir da premissa de que o exercício regular dos direitos é o alicerce para o desenvolvimento da economia. Em um cenário econômico de multifacetadas relações entre o capital e o trabalho, dentro de uma concepção sistêmica do direito positivo brasileiro, a dimensão normativa da greve como o acolhimento de um fenômeno sociológico como direito subjetivo coloca em teste o aparato do sistema jurídico regulador que tem como

propósito a manutenção harmoniosa da vida em sociedade. A relativização do direito, sob a ótica da teoria do abuso do direito, propícia o alinhamento do exercício da prerrogativa jurídica à sua finalidade socioeconômica, impulsionando o alinhamento necessário para que a promoção do cenário ideal ao desenvolvimento econômico da sociedade.

Registra-se que a metodologia utilizada foi a hipotética-dedutiva com abordagem dialética, com pesquisa referenciada pela técnica bibliográfica em doutrinas nacional e internacional, assim como a análise da legislação nacional, o que serviu de fundamento ao desenvolvimento do presente trabalho acadêmico.

1 A GREVE COMO DIREITO: O CONTEXTO DA CONSTITUÇÃO DE 1988

A história da greve é repleta de divergências e talvez assim seja porque esse movimento coletivo tem impregnado em si um conteúdo político-ideológico que muitas vezes sobressai ao exame do critério científico de sua concepção e admissão desse fato social pelo direito.

A luta política entre as classes sociais repercute diretamente na discussão acerca do direito, havendo conflitos em relação aos limites do exercício da greve, sobretudo em se considerando que todo direito tem uma finalidade e que nem sempre os fins justificam os meios, ainda mais levando-se em conta a coerência que cadencia a sociedade dentro da concepção democrática da convivência.

Portanto, é importante observar a concepção jurídica da greve, a sua evolução histórica que a transformou de um fato social ao direito, passando pelo delito e pela tolerância, visando melhor compreender a sua consolidação dentro das ordens política, econômica e social vigentes na maioria dos países democráticos, os quais garantem certa segurança nas relações jurídicas pactuadas entre os cidadãos, o empresariado e o Estado.

1.1 A CONCEPÇÃO JURÍDICA DA GREVE

Predomina na doutrina a origem da greve no período posterior à Revolução Industrial (1760 a 1840), sendo minoria aqueles que a reportam aos períodos mais remotos, pelo que a greve seria “um fenômeno vinculado à moderna sociedade industrial, sem ligação direta com acontecimentos e conflitos desencadeados nas etapas históricas precedentes”.³

Ari Possidonio Beltran enfatiza a existência de autores que relacionam a greve com a origem da humanidade e que assim o fazem sob o enfoque de um aspecto dualista, como se os protestos e revoltas havidos na Antiguidade contra condições materiais desfavoráveis ou contra tratamento indigno, caracterizando violações morais, fossem greve, pelo que seria ela “considerada uma forma de descompressão da injustiça

³ ESTEVES, Juliana Teixeira; LIRA, Fernanda Barreto. A compreensão da greve no direito do trabalho, a partir das doutrinas políticas: a busca da emancipação social e do resgate da dignidade humana. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, v. 6, n. 10, p. 103-123, jul./dez. 2014. p. 105.

social em suas diversas manifestações ao longo do tempo”.⁴

Exemplo disso é a lição de Hélène Sinay, que remete a ocorrência de greve ao período do reinado de Ramsés III, no Novo Império Egípcio, tendo como referência o período de 1194 a 1163 a.C., quando os trabalhadores teriam recusado a trabalhar na tumba do faraó, em protesto diante de irregularidades da contraprestação *in natura* que recebiam.⁵

Alguns narram a ocorrência de greves deflagradas em período muito anterior ao aparecimento dos sindicatos, que ocorreu somente com a Revolução Industrial. Ainda que relacionando tais ocorrências às rebeliões ou aos motins promovidos por escravos, entendem que se tratava de greve, já que os movimentos tinham nexos com questões inerentes à relação do trabalho do homem, ainda que sem liberdade.⁶

Mas, com efeito, como pondera Carlos Alfredo Cruz Guimarães, não seria razoável admitir a existência de greve em período tão remoto, quando a natureza do trabalho era escravagista. Se inexistia liberdade de trabalho e nem sujeito de direito, tratava-se propriamente de rebelião, e não de greve propriamente dita.⁷

Esses movimentos de insurgência ocorridos em períodos tão remotos servem apenas como referências históricas. Tais revoltas, protestos e rebeliões coletivos contra a opressão ou violência a que o certo grupo era submetido não caracterizam a greve, especialmente porque não havia o elemento essencial que é a liberdade de trabalho.⁸

Na verdade, existe certa confusão entre os movimentos rebeldes e o instituto da greve, sobretudo por aqueles que buscam a origem deste na Antiguidade. O objeto perseguido pelas rebeliões e revoltas, ainda que coletivos, é diverso daquele perseguido pela greve.⁹ Essa confusão ocorre exatamente porque vinculam-se rebeliões de escravos

⁴ BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002. p. 35.

⁵ SINAY, Hélène. La grève. In: CAMERLYNCK, G. H. **Traité de droit du travail**. Paris: Dalloz, 1966. p. 12.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: LTr, 2010. p. 470.

⁷ GUIMARÃES, Carlos Alfredo Cruz. Direito de greve. **Revista LTr**, São Paulo, ano 53, n. 11, p. 1.356-1.363, nov. 1989. p. 1.356.

⁸ BELTRAN, *op. cit.*, p. 35.

⁹ SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A teoria do elemento subjetivo no direito de greve. **Revista IOB**, ano XX, n. 236, p. 51-72, fev. 2009. p. 53

com movimentos paretistas de trabalhadores.¹⁰

Mesmo na Idade Média (séculos V a XV) seria impossível a ocorrência de greve e essa conclusão é resultado da rigorosa hierarquia que naquela época prevalecia na sociedade, pelo que seria inviável o exercício de greve quando cada parte da sociedade tinha consciência do seu trabalho e a produção total visava ao consumo local próprio.¹¹ A greve é fato atrelado à Idade Moderna.

Ainda na concepção histórica, o abandono coletivo do trabalho que possuía mesmo a característica da greve edificada nesse período histórico se caracteriza somente a partir do século XV, quando surgiram movimentos de coalizão e associação de trabalhadores.¹²

Mas foi somente com a Revolução Francesa (1789) que se disseminou a doutrina do liberalismo, “período marcado pelo individualismo exacerbado”¹³, quando os trabalhadores somente dispunham de sua força de trabalho para oferecer como mercadoria, visando conquistar um contrato de trabalho para satisfazer suas necessidades. A ideia era a de que os trabalhadores possuíam a liberdade para trabalhar.

Ocorre que durante a Revolução Industrial essa liberdade trabalhista era propriamente individual, sendo proibidas as associações profissionais e as paralisações do trabalho, com os trabalhadores submetidos a condições indignas, havendo verdadeira exploração do ser humano, que eram submetidos a jornadas exaustivas, inclusive as crianças, bem como a condições absurdamente insalubres. Em razão disso foi que se admitiu que somente com o reconhecimento pelo Estado das associações dos trabalhadores e da greve é que se poderia haver oposição à essa indigna exploração.¹⁴

Evidentemente que o homem possui naturalmente o ideal de ascender dentro da sociedade e participar da distribuição da riqueza nela produzida, bem como acessar e usufruir os bens e serviços ofertados, visando a uma condição digna de vida. É certo também que a classe trabalhadora, na ordem político-econômica estruturante do capitalismo, somente possui a sua força de trabalho para prover o seu sustento, o que

¹⁰ CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. O direito de greve no Brasil: intervenção e autotutela. **Revista LTr**, São Paulo, ano 56, n. 10, p. 1.211-1.217, out. 1992. p. 1.211.

¹¹ SILVESTRE. A teoria do elemento subjetivo no direito de greve. **Revista IOB**, p. 53-54.

¹² SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 470-471.

¹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.283.

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003. p. 15.

conduz à conclusão de que é com a melhoria das condições de trabalho e de remuneração que a classe operária consegue atender suas necessidades básicas de sobrevivência e ainda evoluir dentro do contexto social.¹⁵ Isto é, o único caminho para a ascensão social dos trabalhadores é por meio da melhoria das contraprestações pelo trabalho realizado, pelo que os conflitos trabalhistas, diante da oposição direta entre os interesses da classe econômica com os da classe profissional, possuem um relevo importante nas relações jurídicas de trabalho, permeando toda a estrutura social.

Como bem lembra José Reinaldo de Lima Lopes, o Estado, na forma conhecida atualmente, é produto do capitalismo mercantilista do século XIII. O advento do mercantilismo repercutiu no capitalismo industrial, transformando de forma peculiar o sistema de produção. Porém, esse Estado, que representava a implantação de um sistema político despersonalizado, era controlado pelas classes dominantes. Nesse mesmo período e pelo mesmo fato, o capitalismo mercantilista, surgiu uma nova classe na sociedade, a saber, a de trabalhadores, também nominado de proletariados, oriundos do campo e que foram atraídos pela explosão urbana do capitalismo industrial. Estes eram pobres, não possuíam nenhum bem, senão a força de trabalho e não participavam das decisões políticas do Estado.¹⁶

Esse Estado passou a servir aos interesses das classes dominantes, as quais propriamente, por meio do governo, impuseram uma relação de dominação institucional. Qualquer interesse que não confluía com os dominantes era rechaçado pelo Estado, ao fundamento de que contrariavam os interesses públicos.¹⁷ E diante dessa situação os trabalhadores resolveram se unir em associações, visando oferecer oposição ao desmonte de seus interesses.

Percebe-se que a greve tinha natureza revolucionária, no sentido propriamente político da palavra, estando assim vinculada às doutrinas políticas do socialismo utópico, do socialismo científico, do comunismo e do anarquismo. Tratava-se de um movimento sindical estritamente com enfoque ideológico anticapitalista.¹⁸

¹⁵ AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 353.

¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 16, v. 64, p. 221-234, out./dez. 1979. p. 224.

¹⁷ *Ibidem*, p. 224.

¹⁸ ESTEVES; LIRA. A compreensão da greve no direito do trabalho, a partir das doutrinas políticas: a busca da emancipação social e do resgate da dignidade humana. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, p. 105-116.

Como lembra Gustavo Filipe Barbosa Garcia, a coalização entre os proletariados era instigada pelo Manifesto Comunista, de Karl Marx e Friedrich Engels (1848), sendo imputada como forma de reverter a situação desfavorável aos trabalhadores.¹⁹ É que inicialmente a greve tinha o intuito de revolução, tratando-se de movimento social com enfoque anticapitalista, em seu sentido político.

Percebe-se, inclusive, que existe íntima ligação entre as entidades sindicais dos trabalhadores com os partidos de esquerda, e assim foi tanto na Europa quanto no Brasil. Esse relacionamento era justificado pelo ideal revolucionário que se propagava naquela época e pelas objeções impostas ao exercício do sindicalismo, no qual a greve era coibida, levando os sindicatos a se aproximarem dos partidos políticos com o intuito de que seus interesses fossem dispostos em legislação, de sorte que nesse momento as greves passam a ter fundamentação política.²⁰ E como lembram Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, “os sindicatos são um produto do movimento e da propaganda socialista”.²¹

É que com as transformações históricas ocorridas no Estado surgiram novas visões de sociedade, mais conhecidas como extraproletárias, nas quais o enfoque deixou de ser o suposto sofrimento da classe trabalhadora e o confronto com a estrutura capitalista, pelo que surgiu o sindicalismo reformista (em vez de revolucionário), o qual foi incorporado pelo Estado liberal. Era um sindicalismo “ligado à vertente social democrática do capitalismo, de caráter intervencionista, a qual findou por respaldar a edição de leis de proteção ao trabalho, e ampliar significativamente o âmbito de atuação dos sindicatos nas relações coletivas ligadas ao trabalho”²², desprestigiando o caráter político e revolucionário que outrora o conduzia.

As péssimas condições sociais e de trabalho da época da Revolução Industrial foram fatores determinantes para o surgimento do sindicalismo, que, vinculado por uma causa-condição comum, pretendiam reverter o quadro de injustiça e desigualdades sociais e econômicas²³, momento em que a greve foi impulsionada.

¹⁹ GARCIA. **Curso de direito do trabalho**, p. 1.283.

²⁰ PASTORE, José; ZYLBERSTAJN, Hélio. A administração do conflito trabalhista no Brasil. IPE/USP: São Paulo, 1988, p. 27-34 *apud* MARTINS FILHO. **Processo coletivo do trabalho**, p. 17.

²¹ ESTEVES; LIRA. A compreensão da greve no direito do trabalho, a partir das doutrinas políticas: a busca da emancipação social e do resgate da dignidade humana. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, p. 108.

²² *Ibidem*, p. 114.

²³ GARCIA, *op. cit.*, p. 1.283.

Nesse cenário em que o conflito entre o capital e o trabalho era inevitável, o proletariado percebeu na greve o único instrumento para se opor à dominação imputada pelos que detinham patrimônio, que não fosse somente a sua força de trabalho²⁴, de modo que a história da humanidade revela que conflitos dessa espécie ocorrem há séculos, sendo penoso o processo de evolução e regulação da greve, como fato social, direito.

A denominação “greve”, propriamente dita, surge na França, após a Revolução Francesa. Os trabalhadores que resolviam coletivamente deixar o trabalho se reuniam na Praça da Prefeitura, em Paris, tornando aquele local o ponto de encontro para serem procurados pelos empregadores interessados. Como aquela praça era corriqueiramente invadida por cascalhos do rio Sena, que são chamados no idioma francês de *grève*, aquele local passou ser conhecido como Praça da Greve (*Place de Grève*) e os operários estavam em greve (*grève*).²⁵

Constata-se que na Inglaterra, no ano de 1824, a greve era considerada delito e, por isso, proibida. Em seguida, passou a ser tolerada pelo Estado, sendo caracterizada como fato social, inexistindo lei que dispusesse a seu respeito. Já sob os ideais do liberalismo, com a liberdade do trabalho, “era impermitida, mas impunível”.²⁶

Observa-se que até a greve ser admitida como direito do trabalhador, foi precedida de vários conflitos violentos entre as classes econômicas e profissionais, inclusive com a participação do Estado, que a proibia. A greve é uma reação direta da classe profissional contra a classe econômica, detentora do capital. Percebe-se que a história da greve, no âmbito do Direito do Trabalho, confunde-se com a história do sindicalismo, sendo a greve instrumento essencial como forma de pressão para o êxito das reivindicações dos trabalhadores. “Daí porque a greve foi conceituada como delito, quando foram proibidas as coalizões operárias; tolerada, quando admitidos os sindicatos; elevada, a pouco e pouco, à categoria de direito dos trabalhadores, em decorrência do reconhecimento da sindicalização”.²⁷

Logo, pode-se afirmar que, dentro de uma perspectiva histórica, o

²⁴ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 225.

²⁵ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 470.

²⁶ GONÇALVES NETO, Francisco. Greve e abuso de direito. **Revista LTr**, São Paulo, ano 54, n. 10, p. 1.208-1.212, out. 1990. p. 1.208.

²⁷ SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 469-470.

movimento da greve surgiu oriundo de conflitos coletivos de trabalho, quando esta foi caracterizada como crime, agravando sua rejeição com a promoção dos ideais da Revolução Francesa, permanecendo, em regra, repelida até o período final do século XIX, quando então passou a ser tratada como direito em grande parte dos países ocidentais.²⁸

Note-se que a greve se equipara à legítima defesa, que foi levada a efeito ao fundamento de que seria a resposta da classe dos trabalhadores ao abuso e intolerância por parte dos empregadores.²⁹ Trata-se de “um fato social e universal, com conotações econômicas e políticas, que marca a história da classe trabalhadora na disputa com o capital, por melhores condições de salário e de trabalho diante da aspiração de ascensão social”.³⁰

Como efeito, reconhece-se a importância da greve, e dos movimentos sociais pacíficos de maneira geral, para o desenvolvimento do Direito. Inclusive, é fato que as revoluções implementadas pela greve no século XIX forçaram a reinvenção do capitalismo, pautado na ótica individualista, para um viés mais humanitário, elevando-se a greve à condição de direito e reconhecendo-se o diálogo coletivo para fins de resolução de impasses de natureza trabalhista, tratando-se a negociação coletiva de verdadeira fonte de direito.³¹

A questão é que existe uma defasagem entre a norma e o fato social que esta deveria regular, sobretudo no cenário dinâmico da realidade do contrato trabalhista. Isso resulta em conflitos entre a classe profissional e a classe econômica, haja vista os interesses divergentes, ainda que uma dependa da outra para a consecução de seus objetivos: maior remuneração e maior lucro, respectivamente. Todavia, se a classe econômica não satisfaz espontaneamente os interesses da classe profissional, alterando beneficentemente o contrato de trabalho, a classe profissional possui um instrumento de ação direta que é a greve, visando forçar a negociação e o atendimento de suas

²⁸ PINTO, Mário. O direito perante a greve. **Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 4, n. 13, p. 48-73, 1966. p. 57.

²⁹ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 225.

³⁰ AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 355.

³¹ ESTEVES; LIRA. A compreensão da greve no direito do trabalho, a partir das doutrinas políticas: a busca da emancipação social e do resgate da dignidade humana. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, p. 121.

reinvidicações.³²

Analisando o processo que levou à qualificação da greve como um direito, constata-se que haveria duas justificativas: a primeira delas, acredita-se que o Estado admitiu sua incapacidade de coibi-la efetivamente, ou seja, por mais que o Estado normatizasse sua proibição, inclusive qualificando-a como delito, era inevitável o seu acontecimento, não como direito, mas como fato social. A outra justificativa se pauta no reconhecimento de que somente a negociação coletiva direta entre as partes envolvidas na relação do capital e trabalho, categoria profissional e categoria econômica, é capaz de legitimar o meio como hábil para alcançar a paz social, considerando promover, em certa medida, a possibilidade de justa repartição do produto da atividade econômica, diante das pretensões de cada parte envolvida nessa relação, tornando legítimo o resultado do processo de negociação, sendo a greve um instrumento de persuasão à disposição da classe profissional frente ao poderio do capital.³³

José Reinaldo de Lima Lopes explica que, independentemente da existência ou não de disciplina normativa, a greve ocorre, já que se trata de fato social. Ainda que diante de disposição legislativa que a configure, a greve seria um fenômeno de confronto direto de poderes que merece a atenção do Direito³⁴, tratando-se de “uma manifestação de força”.³⁵

Por mais que a greve seja disciplinada como direito, traduz-se propriamente em uma ação direta que se assemelha mais com uma violência, rompendo com a ordem e a paz social, traduzindo-se em “ação de força executada fora dos canais monopolizados de coação”.³⁶ As greves são equiparadas a guerras, nas quais o Direito não conseguiria proibi-las, já que essa objeção não seria capaz de “eliminá-las da realidade sócio-econômica”.³⁷

Tratando a greve como todo e qualquer fato social, ela se submete aos ditames do ordenamento jurídico, independentemente de qualquer fundamento para o seu exercício. O fato é que o enquadramento da greve no universo jurídico varia em se

³² MARTINS FILHO. **Processo coletivo do trabalho**, p. 12.

³³ DE LUCA, Carlos Moreira. Considerações sobre o exercício do direito de greve. **Revista LTr**, São Paulo, ano 55, n. 4, p. 418-420, abr. 1991. p. 418.

³⁴ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 234.

³⁵ *Ibidem*, p. 223.

³⁶ *Ibidem*, p. 223.

³⁷ BARROS, Cassio Mesquita. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, São Paulo, ano 52, n. 11, p. 1.336-1.342, nov. 1988. p. 1.337.

considerando os distintos ordenamentos jurídicos de cada país. É que o seu tratamento normativo está diretamente relacionado à estrutura política e social de cada sociedade. Assim, a greve pode ser considerada um delito por lei, um ato lícito sem proibição ou até mesmo um direito subjetivo legítimo, o que significa que, respectivamente, a greve pode ser caracterizada como greve-crime, greve-liberdade e greve-direito.³⁸

José Carlos Arouca esclarece que “na sua dimensão histórica, a greve é o instrumento de força da classe trabalhadora que se exerce através de suspensão do trabalho para forçar o empregador diretamente [...] a atender suas reivindicações”³⁹, prevalecendo o entendimento de que a greve “é instituto eminentemente democrático”⁴⁰, merecendo, portanto, uma certa tolerância pela sociedade com os mais variados transtornos que promove.

Nesse contexto, a greve passa de delito à direito, havendo o reconhecimento pelo Estado, especialmente em se observando pautas de reivindicações consideradas justas, aquelas amparadas no desrespeito de normas trabalhistas pela classe econômica, inadmitindo o conteúdo revolucionário. “E a greve nada mais é do que a ação direta dos trabalhadores, na defesa do seu direito a melhores condições de vida”.⁴¹

Ao analisar as emblemáticas greves dos metalúrgicos ocorridas em São Bernardo do Campo nos anos de 1978 e 1979, nas quais os grevistas mantiveram a paralisação mesmo após a intervenção do Estado na entidade sindical da categoria profissional diante do impasse na tentativa de mediação promovida pelo Ministro do Trabalho e da destituição dos dirigentes sindicais, José Reinaldo de Lima Lopes, citando Max Weber, bem identifica a caracterização do poder que se cria com a mobilização do interesse coletivo, pelo que depreende daquela situação fática como “a ação homogênea, concentrada e consciente de um determinado grupo é capaz de criar aquilo que Weber chama de relação de poder. Entendido poder como a capacidade de impor a própria vontade e contra qualquer fundamento”.⁴²

³⁸ PINTO. O direito perante a greve. **Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, p. 55.

³⁹ AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 354.

⁴⁰ DE LUCA. Considerações sobre o exercício do direito de greve. **Revista LTr**, p. 420.

⁴¹ ESTEVES; LIRA. A compreensão da greve no direito do trabalho, a partir das doutrinas políticas: a busca da emancipação social e do resgate da dignidade humana. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, p. 111.

⁴² WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1974. p. 43 *apud* LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 230.

A justificativa do reconhecimento da greve como direito dentro do sistema jurídico estatal se evidencia diante da necessidade de se contrapor um instrumento de pressão direta ao poder econômico do capital, de modo que inexistindo essa necessidade, não haveria justificativa para a greve.⁴³

De maneira geral, são poucos os países democráticos que não regulamentaram o exercício do direito de greve por meio de lei ordinárias. Na Itália, na Argentina e no Uruguai, por exemplo, o direito de greve é previsto constitucionalmente, porém, com simples referência ao direito em si. Já no Brasil, na Espanha, no México, em Portugal e na Venezuela, além da previsão desse direito na constituição, há no enunciado normativo indicativos de regra sobre ele. Por outro lado, existem constituições que sequer dispõem sobre esse direito, como é o caso da Alemanha, da China, de Cuba, dos Estados Unidos, da França, da Grã-Bretanha, do Japão e da Rússia, o que não implica não o reconhecer.⁴⁴

Ainda que a greve não tenha sido objeto expresso de tratados internacionais, observa-se que o direito à sindicalização, que é corolário do direito de greve, tem tratamento em diversos dispositivos, sempre no sentido de resguardar a liberdade de se promover a associação sem a intervenção do Estado.

Nota-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, disciplina expressamente que “todo homem tem direito de organizar em sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses” (artigo XXIII, nº 4). Seguindo essa vertente a Organização Internacional do Trabalho possui as Convenções nº 87 e nº 98, que estabelecem diretrizes sobre a liberdade sindical e negociação coletiva.⁴⁵

A propósito, a Organização das Nações Unidas, por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, determina, no artigo 8º, alínea “c”, que os Estados-parte desse pacto comprometem-se a garantir “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

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 220.

⁴⁴ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 472.

⁴⁵ GARCIA. **Curso de direito do trabalho**, p. 1.285.

demais pessoas”.

Nessa ordem de ideias, a greve é um direito social, de ordem fundamental⁴⁶, caracterizada sob a noção sociológica como paralisação do trabalho.⁴⁷ Deve-se considerar que “a greve revela a natureza jurídica não apenas de liberdade, mas de efetivo direito, no sentido de ser a greve garantida, disciplinada e também limitada pela lei”.⁴⁸

Particularmente no Brasil, a greve foi objeto de tratamento legislativo mesmo antes da época em que sofreu o movimento de urbanização e da industrialização. Foi do crime ao direito, vivenciando em determinado período a tolerância.

Atualmente, a greve tem tratamento na Constituição de 1988, apresentando-se como direito subjetivo, não sendo mais mero fato social e apenas o exercício de uma liberdade.⁴⁹ Com maior precisão, a greve foi elevada constitucionalmente a direito humano fundamental, sendo submetida aos ditames do ordenamento jurídico.

Mas não se trata de um simples direito fundamental. É mais um instrumento garantido na ordem constitucional, e por isso superior, funcionando “como meio posto pela Constituição à disposição dos trabalhadores [...] para a concretização de seus direitos e interesses”.⁵⁰

A proteção coletiva do direito do trabalho ganhou relevância nos últimos tempos, diante da constatação inequívoca de que o sistema individualista de proteção do trabalhador não é suficiente para promover o equilíbrio da relação entre as classes patronal e econômica.⁵¹

Revela-se, assim, a importância do direito de greve para a consecução dos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores, merecedor de proteção constitucional, sem que isso implique a admissão de ato de barbárie pelo direito, tratando-se verdadeiramente da adequação de um fato social na harmonia exigida pelo direito positivo.

⁴⁶ GARCIA. **Curso de direito do trabalho**, p. 1.408.

⁴⁷ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.340.

⁴⁸ GARCIA, *op. cit.*, p. 1.408.

⁴⁹ GONÇALVES NETO. Greve e abuso de direito. **Revista LTr**, p. 1.208.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 657.

⁵¹ MELO, Raimundo Simão. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. p. 25.

1.2 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA GREVE: DO DELITO AO DIREITO

Sob o enfoque constitucional, o tratamento da greve no Brasil ocorreu pela primeira vez na Constituição de 1946⁵², quando se reconheceu o direito de greve, assegurando seu exercício nos termos da lei a ser promulgada⁵³, estabelecendo nítido caráter programático da norma. Portanto, da Carta do Império (1824) à primeira Constituição Republicana (1891), inexistia disposição constitucional sobre o tema no Brasil.⁵⁴

Deve-se ponderar, contudo, que somente em 1888 é que se aboliu o sistema escravagista neste país, ou seja, somente a partir da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, é que se inicia a relação de trabalho livre, como já se estimulava na Europa, dentro do sistema produtivo capitalista.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, outorgada por D. Pedro I após a proclamação da independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, foi consagrada sob um viés liberal oriundo da Revolução Francesa. Assim, não dispôs acerca dos direitos sociais dos trabalhadores, pautando-se na Lei de *Le Chapelier*, da França, de 1791.⁵⁵

Antes disso, na Constituição de 1824, não obstante não tratar do direito de greve, havia disposição que abolia as corporações de ofício (artigo 179, XXV⁵⁶), tratando-se de verdadeira advertência à insignificante classe de trabalhadores assalariados da época e de objeção por parte do Estado a qualquer espécie de sindicalização ou movimento paredista, ou seja, mesmo antes de ter se verificado a classe operária organizada no Brasil, já havia disposição constitucional objetando-a.

Mais à frente, em 15 de novembro de 1889, houve a proclamação da República, alterando o quadro político do Brasil e impulsionando o advento da primeira Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. “Sob a decisiva influência da Constituição norte-americana, o Estado brasileiro se tornou federal, republicano, presidencialista e liberal”⁵⁷, novamente sendo omissa em relação ao

⁵² Art. 158. É reconhecido o direito de greve cujo exercício a lei regulará.

⁵³ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 225.

⁵⁴ BELTRAN. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**, p. 52.

⁵⁵ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 28.

⁵⁶ Art. 179. [...] XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

⁵⁷ SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 30.

tratamento de direitos sociais, mas reconhecendo de modo genérico a liberdade de associação (artigo 72, §2º).⁵⁸

Depois do advento da República, em 11 de outubro de 1890 promulgou-se o Código Penal brasileiro (Decreto nº 847), no qual a paralisação do trabalho foi tipificada como crime, podendo-se afirmar que essa foi a primeira menção à greve no ordenamento jurídico do Brasil, inserindo-a no capítulo referente aos crimes contra a liberdade do trabalho.⁵⁹ Nesse período a greve era caracterizada como crime, portanto.

Pouco tempo depois, em 12 de dezembro de 1890 promulgou-se o Decreto nº 1.162, que alterava as disposições dos artigos 205 e 206 do citado Código Penal⁶⁰, de modo a condicionar esse crime somente se houvesse violência, ameaça ou constrangimento na execução⁶¹, concebendo a greve como atividade lícita.⁶²

Em 1891, a Constituição avançou em relação ao direito da livre associação, admitindo-a, como preconizava o artigo 72, §8º.⁶³ Já na era do governo de Getúlio Vargas, mais precisamente no ano de 1932, entrou em vigência o Decreto nº 21.296, que previa a punição dos grevistas, com a rescisão contratual, e dos representantes das associações profissionais; em sendo estrangeiros, eram expulsos do país.

⁵⁸ GARCIA. **Curso de direito do trabalho**, p. 33.

⁵⁹ Art. 204. Constranger, ou impedir alguém de exercer a sua industria, commercio ou officio; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e officinas de trabalho ou negocio; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias:

Pena - de prisão celllular por um a três mezes.

Art. 205. Seduzir, ou alliciar, operarios e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa, ou ameaça de algum mal:

Penas - de prisão celllular por um a três mezes e multa de 200\$ a 500\$000.

Art. 206. Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario:

Pena - de prisão celllular por um a três mezes.

§1º Si para esse fim se colligarem os interessados:

Pena - aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão celllular por dous a seis mezes.

§2º Si usarem de violencia:

Pena - de prisão celllular por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrerem pela violencia.

⁶⁰ Art. 1º Os arts. 205 e 206 do Codigo Penal e seus paragraphos ficam assim redigidos:

1º Desviar operarios e trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças e constrangimento:

Penas - de prisão celllular por um a tres mezes e de multa de 200\$ a 500\$000.

2º Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violencias, para impôr aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario:

Penas - de prisão celllular por um a tres mezes.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrario.

⁶¹ AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 345.

⁶² BELTRAN. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**, p. 52.

⁶³ Art. 72. [...]

§8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica.

Necessário observar que até o final do século XIX não existiam grandes problemas de natureza trabalhista no Brasil, pois, como explicado, a mão de obra era essencialmente composta por escravos, sem falar que se tratava de um país de produção quase que exclusivamente agrícola e assim foi até a primeira metade do século XX. Foi com a abolição da escravatura e com a chegada dos imigrantes europeus que o cenário da relação de trabalho foi transformado, iniciando-se um senso de necessidade de proteção legal de direitos considerados mínimos.⁶⁴

O êxodo rural, decorrente das condições desfavoráveis na prestação de serviços, em parte resultantes do desrespeito das normas trabalhistas então instituídas, e o começo da industrialização brasileira, especialmente em São Paulo, fizeram surgir um operariado urbano, ainda incipiente na época da Revolução de 1930 e desarticulado como classe.⁶⁵

Foi então que em 16 de julho de 1934 se promulgou nova Constituição brasileira⁶⁶, já na era pós Revolução de 1930, que procurava “conciliar filosofias antagônicas emanadas das cartas magnas de Weimar (social-democratas) e dos Estados Unidos da América (liberal-individualista)”, aportando diretrizes doutrinárias, com indícios de reconhecimento de autonomia dos sindicatos e da negociação coletiva de trabalho.⁶⁷ Denominada de democrática, ainda na era Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 reconhecia os sindicatos, a pluralidade sindical (artigo 120⁶⁸) e as convenções coletivas (artigo 121, §1º, j⁶⁹). Mas ainda que dispusesse de normas programáticas em relação a direitos econômicos e sociais, destacando garantias aos trabalhadores, não tratou da greve como tal.⁷⁰

Posteriormente, em 4 de abril de 1935, aprovou-se a Lei de Segurança

⁶⁴ GILGIO, Wagner. A solução dos conflitos trabalhistas no Brasil. In: BUEN, Nestor de (Coord.). **A solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 1986. p. 29-31 *apud* MARTINS FILHO. **Processo coletivo do trabalho**, p. 20-21.

⁶⁵ MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁶ Como consta no preâmbulo dessa Carta Política, visava “organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte”.

⁶⁷ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 34.

⁶⁸ Art. 120. Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

⁶⁹ Art. 121. [...]

§1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]

j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

⁷⁰ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 227.

Nacional nº 38, disciplinando os movimentos para paralisação do trabalho como crimes contra a ordem social.

A Constituição de 1937, de 10 de novembro, aprovada durante a ditadura do Estado Novo, possuía índole corporativista (foi elaborada sob a influência do sistema fascista da *Carta del Lavoro*, da Itália⁷¹), na qual as greves foram expressamente reconhecidas como recursos antissociais (artigo 139, parte final⁷²). Nesse período o Estado era intervencionista e coordenava os fatores de produção, vinculando a si todos os intervenientes do sistema produtivo. O Estado centralizava “para si a organização da economia nacional, com objetivos de promover o interesse nacional, justificando a possibilidade de controle dos entes sindicais”.⁷³

Até a Constituição de 1937, a greve sequer era tratada como direito. As Constituições de 1824 (Constituição Imperial) e 1891 (primeira Constituição da República) não dispunham sobre o assunto, talvez porque o Brasil à época era um país pouco desenvolvido na área urbana, não existindo uma classe trabalhadora ainda efetivamente formada.⁷⁴

O momento histórico e político do Brasil em 1937 já na era de implementação da industrialização, promovida pelo Estado, este criado e dirigido pela classe dominante, o mesmo cenário político e econômico já vivenciado na Europa, que buscava o desenvolvimento do capitalismo, em desfavor da classe trabalhadora.

Na mesma toada, em 18 de maio de 1938, o Decreto-Lei nº 431 tipificou a instigação de empregados e empregadores à cessação do trabalho como crime (artigo 3º⁷⁵).

Em 1939 a Justiça do Trabalho foi criada pelo Decreto-Lei nº 1.327, com um viés punitivo. Assim o era porque havia previsão de que, sob pena de suspensão ou dispensa, os trabalhadores não poderiam abandonar o trabalho sem sua autorização,

⁷¹ GARCIA. **Curso de direito do trabalho**, p. 1.287.

⁷² Art. 139. [...] A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

⁷³ GARCIA, *op. cit.*, p. 1.286.

⁷⁴ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 225-226.

⁷⁵ Art. 3º São ainda crimes da mesma natureza: [...]

21) incitar funcionários públicos ou servidores do Estado à cessação coletiva, total ou parcial, dos serviços a seu cargo;

Pena - 1 a 3 anos de prisão;

22) induzir empregadores ou empregados à cessação ou suspensão do trabalho;

Pena - 1 a 3 anos de prisão;

penalidade também prevista para hipótese de desobediência às suas decisões, havendo a previsão de multa aos sindicatos que também descumprissem seus julgados, o que poderia, inclusive, resultar no cancelamento do registro da associação, caso a desobediência tivesse origem em assembleia da categoria.

Logo entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Construída em um alicerce corporativista, previa punição aos empregados que participassem de movimento grevista e nas hipóteses de deflagração da greve sem prévia autorização do tribunal (artigos 722, 723 e 725⁷⁶).

O Código Penal de 1940, mais precisamente no artigo 201⁷⁷, incluído no

⁷⁶ Art. 722. Os empregadores que, individual ou coletivamente, suspenderem os trabalhos dos seus estabelecimentos, sem prévia autorização do Tribunal competente, ou que violarem, ou se recusarem a cumprir decisão proferida em dissídio coletivo, incorrerão nas seguintes penalidades:

- a) multa de cinco mil cruzeiros a cinquenta mil cruzeiros;
- b) perda do cargo de representação profissional em cujo desempenho estiverem;
- c) suspensão, pelo prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, do direito de serem eleitos para cargos de representação profissional.

§1º Se o empregador for pessoa jurídica, as penas previstas nas alíneas “b” e “c” incidirão sobre os administradores responsáveis.

§2º Se o empregador for concessionário de serviço público, as penas serão aplicadas em dobro. Nesse caso, se o concessionário for pessoa jurídica o Presidente do Tribunal que houver proferido a decisão poderá, sem prejuízo do cumprimento desta e da aplicação das penalidades cabíveis, ordenar o afastamento dos administradores responsáveis, sob pena de ser cassada a concessão.

§3º Sem prejuízo das sanções cominadas neste artigo, os empregadores ficarão obrigados a pagar os salários devidos aos seus empregados, durante o tempo de suspensão do trabalho.

Art. 723. Os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do tribunal competente, abandonarem o serviço, ou desobedecerem a qualquer decisão proferida em dissídio, incorrerão nas seguintes penalidades:

- a) suspensão do emprego até seis meses, ou dispensa do mesmo;
- b) perda do cargo de representação profissional em cujo desempenho estiverem;
- c) suspensão, pelo prazo de dois anos a cinco anos, do direito de serem eleitos para cargo de representação profissional.

Art. 724. Quando a suspensão do serviço ou a desobediência às decisões dos Tribunais do Trabalho for ordenada por associação profissional, sindical ou não, de empregados ou de empregadores, a pena será:

- a) se a ordem for ato de Assembléia, cancelamento do registro da associação, além da multa de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), aplicada em dobro, em se tratando de serviço público;
- b) se a instigação ou ordem for ato exclusivo dos administradores, perda do cargo, sem prejuízo da pena cominada no artigo seguinte.

Art. 725. Aquele que, empregado ou empregador, ou mesmo estranho às categorias em conflito, instigar a prática de infrações previstas neste Capítulo ou houver feito cabeça de coligação de empregadores ou de empregados incorrerá na pena de prisão prevista na legislação penal, sem prejuízo das demais sanções cominadas.

§1º Tratando-se de serviços públicos, ou havendo violência contra pessoa ou coisa, as penas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro.

§2º O estrangeiro que incidir nas sanções deste artigo, depois de cumprir a respectiva penalidade será expulso do País, observados os dispositivos da legislação comum.

⁷⁷ Art. 201. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de dois contos a dez contos de réis.

Capítulo VI, que dispunha dos crimes contra a organização do trabalho, também reprimia a ocorrência da greve.

No ano de 1945, o Brasil foi signatário da Ata da Conferência de *Chapultepec*, realizada no México, aderindo à Declaração de Princípios da América, em que se “recomendava que se considerasse de interesse público internacional uma legislação social protetora da população obreira, assegurando o reconhecimento do direito de associação dos trabalhadores, dos contratos coletivos e do direito de greve”.⁷⁸

Percebe-se que essa abertura para a tolerância da greve decorreu da conjuntura internacional da época, não propriamente da atuação sindical. Mas essa adesão era meramente formal, mormente porque com a expedição do Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, não implicava na garantia do direito de greve, já que esta somente era admissível depois de proposto o dissídio coletivo e deveria limitar-se às atividades acessórias.⁷⁹

Logo foi aprovada a Constituição de 1946, mais precisamente em 18 de setembro, por uma assembleia livre e democrática, quando houve o reconhecimento do direito de greve, ainda condicionado à promulgação de lei ordinária para sua conformação (artigo 158⁸⁰).

Assim, a primeira evolução do tratamento dos direitos sociais ocorreu na Constituição de 1946, como leciona Arnaldo Süssekind, para quem seria ela, até então, “o melhor dos estatutos fundamentais brasileiros”⁸¹, repercutindo em uma guinada democrática, reconhecendo direitos básicos trabalhistas (artigo 157).

No ano de 1953 o Decreto-Lei nº 431, de 1938, foi revogado, sendo substituído pela Lei nº 1.802, mantendo-se ainda a previsão de punição aos que de alguma forma instigassem ou viabilizassem eventuais paralisações de serviços públicos ou de abastecimento da cidade.

Sob o regime da ditadura militar, substituindo o Decreto-Lei nº 9.070 foi aprovada a Lei nº 4.300, de 1º de junho de 1964, que regulava o direito de greve previsto no artigo 158 da Constituição de 1946, mas diante da burocracia imposta ao procedimento a ser observado para a deflagração da greve, que repercutia em verdadeira

⁷⁸ AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 346.

⁷⁹ DE LUCA. Considerações sobre o exercício do direito de greve. **Revista LTr**, p. 418.

⁸⁰ Art. 158. É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

⁸¹ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 36.

limitação ao exercício do direito, foi qualificada como lei antigreve.⁸²

No ano de 1967, ocorreu o advento de nova Constituição, que manteve reconhecido o direito de greve⁸³, com pequena diferença da Constituição de 1946. Ainda que não tenha alterado os direitos sociais de forma significativa, a diferença entre as Constituições de 1946 e 1967 em relação ao direito de greve foi que esta última elevou à condição constitucional as exceções da inadmissão de greve nos serviços de interesse público e de segurança nacional, que antes eram tratados em legislação ordinária⁸⁴, pelo que assegurou o direito de greve (artigo 158, inciso XXI⁸⁵), mas não em relação aos serviços públicos e em atividades essenciais, o que seria regulamentado em lei (artigo 157, §7⁸⁶), impondo restrições anteriormente inexistentes.⁸⁷

A reforma ocorrida no ano de 1969, por meio de emenda menos democrática, manteve na Constituição idêntica disposição normativa da greve, em que esse direito estava inserido no capítulo da Ordem Econômica, não se traduzindo em um direito do cidadão, mas sim do trabalhador, já que não estava disposto na parte aos direitos e liberdades individuais.⁸⁸

Pode-se afirmar que a Constituição de 1967 foi um divisor de águas para a evolução da greve como direito no Brasil, pois, além de revogar a disposição anterior de que a greve teria natureza antissocial, remeteu a oportunidade ao legislador ordinário de regulamentá-la. Observa-se que em 1964 havia sido promulgada a Lei nº 4.330, que tratava sobre o exercício do direito de greve, havendo um exacerbado formalismo jurídico, submetendo os transgressores às leis penais.⁸⁹

Em seguida, ocorrência legislativa relevante para o instituto da greve ocorreu em 4 de agosto de 1978, quando o Decreto-Lei nº 1.632 proibiu a greve nas atividades essenciais catalogadas, bem como admitiu que outras atividades dessa

⁸² AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 347.

⁸³ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] XX - greve, salvo o disposto no artigo 162.

⁸⁴ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 226.

⁸⁵ Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...]

XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, §7º.

⁸⁶ Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] §7º Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

⁸⁷ SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 36-37.

⁸⁸ LOPES, *op. cit.*, p. 226.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 227.

natureza pudessem ser assim qualificadas por meio de mero decreto. “Especificou-se que, em prejuízo das sanções penais, o empregado que participasse de greve em serviços públicos ou atividades essenciais cometeria falta grave punível com advertência, suspensão ou despedimento por justa causa”.⁹⁰

José Reinaldo de Lima Lopes, com efeito, evoca o Decreto nº 1.632, promulgado no ano de 1978, período em que havia uma disseminação de movimentos grevistas no país, sobretudo em São Paulo, onde existia expressa e absoluta proibição de greve em alguns setores, sendo que tal norma era amparada no artigo 55, I, da Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, tratando a greve como situação atinente à segurança nacional, posto que referido decreto outorgou ao Presidente da República autonomia para decretar outras atividades proibidas de greve, sem falar na disposição contida no artigo 201 do Código Penal, que tipificava como crime a paralisação coletiva.⁹¹

A partir do ano de 1978, muito como consequência do surgimento de setores industriais como o automobilístico, iniciou-se um processo de rompimento do modelo corporativista que submetia os sindicatos ao controle estatal. Foi um período de sedimentação da greve no país, tratando-se de um marco para o sindicalismo brasileiro, diante do confronto havido entre a classe profissional contra os empregadores e o Estado. Ao menos no Brasil, foi a partir das greves desse período que se iniciou uma aceitação da greve como ingrediente de ação direta na conflituosa relação entre trabalho e capital⁹², o que certamente impulsionou sua regulamentação normativa como direito.

Por fim, a greve foi elevada a direito quando da aprovação da Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, em 05 de outubro de 1988, pelo que ficou “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”, na forma do artigo 9º. Na mesma oportunidade, assegurou-se também o direito de greve aos servidores públicos, como preconiza o artigo 37, VII⁹³, condicionando-o a

⁹⁰ AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 348.

⁹¹ LOPES. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, p. 228.

⁹² DE LUCA. Considerações sobre o exercício do direito de greve. **Revista LTr**, p. 419.

⁹³ 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;

regulamentação por meio de lei.

Depois do advento da Constituição Cidadã, em razão de diversas greves que começaram a ser deflagradas, foi publicada a Medida Provisória nº 50, de 27 de abril de 1989, visando conformar o exercício desse direito. Esgotado o prazo de vigência dessa medida excepcional, no mesmo sentido expediu-se a Medida Provisória nº 59, que foi submetida ao Congresso, quando se aprovou a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, atualmente vigente⁹⁴, que regulamenta o exercício do direito de greve no setor privado e nas empresas do Estado que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, referidas no artigo 173, §1º.⁹⁵

Em relação ao tratamento da greve no contexto constitucional, tem-se que, em relação à Constituição de 1988, “não houve inovação substancial quanto à natureza do direito de greve: as Constituições anteriores já o tinham como uma paralisação coligada do cumprimento do contrato de trabalho, por parte dos trabalhadores, e assim está mantido”.⁹⁶

Nesse panorama, percebe-se a evolução jurídica da greve no Brasil, que deixa de ser fato social para se tornar crime e evoluir para direito, estando introduzida assim no ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SUA SOCIALIZAÇÃO: A PERDA DO CARÁTER INDIVIDUALISTA DO DIREITO SUBJETIVO

Luís Roberto Barroso nos faz lembrar que “o advento da Constituição Federal de 1988 num contexto de redemocratização e reestruturação do estado brasileiro ocasionou, para a dogmática jurídica nacional, um movimento teórico de revisão do modelo tradicional de interpretação e aplicação do direito”.⁹⁷

Depois de indicar que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, referido autor afirma que esse fato é resultado da força normativa da constituição, que nada mais é do que o “reconhecimento de que as normas

⁹⁴ GARCIA. **Curso de direito do trabalho**, p. 1.407.

⁹⁵ BELTRAN. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**, p. 53.

⁹⁶ PRADO, Ney. A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo. **Revista LTr**, São Paulo, ano 77, n. 2, p. 138-141, fev. 2013. p. 139.

⁹⁷ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015. p. 774.

constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos”⁹⁸, conduzindo “a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional”.⁹⁹

A evolução dessa sistematização de princípios constitucionais próprios trata, na verdade, do “reconhecimento da existência de normas com estrutura de princípios, caracterizadas pela sua baixa densidade normativa e pela aplicação da técnica da ponderação”¹⁰⁰, de forma que o Direito, diante de tantas hipóteses de incidência, tenha uma característica principiológica, pautando-se também em valores que não estão escritos, não se resumindo às regras, caracterizando o pós-positivismo.¹⁰¹

A própria estrutura do Estado se transformou, resultado dessa alteração constitucional. Como bem esclarece Emerson Gabardo, a nova vertente do Estado brasileiro, o Estado Social, com os contornos delineados pela Constituição de 1988, tem uma mentalidade capitalista, mas com fortes influências socialistas, promovendo um intervencionismo na sociedade na procura da felicidade, não se limitando a atuar em escala de subsidiariedade.¹⁰² Isso implica que uma das características jurídicas da Constituição de 1988 foi a de estabelecer princípios que visam à efetividade dos direitos sociais.

Essa mudança de paradigma flexibilizou, de certo modo, os dogmas do liberalismo econômico, sobretudo enquanto defensor de que a atuação do Estado deveria ocorrer somente de forma subsidiária, prevalecendo as livres regras da propriedade e dos contratos. Isso acontece com a promoção da “ideia de que o equilíbrio entre liberdade e intervenção é essencial para a criação de um ambiente político-regulatório legítimo e eficiente”¹⁰³, influenciando a própria leitura dos princípios constitucionais, transcendendo ao resto do ordenamento jurídico.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-65, out./dez. 2005. p. 29.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰⁰ CAMPOS; ALBUQUERQUE. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Revista Quaestio Iuris**, p. 779.

¹⁰¹ Há críticas sobre esse processo hermenêutico baseado em ponderação de princípios, como se constata em: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

¹⁰² GABARDO, Emerson. Mecanismos de Intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014. p. 60.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 61.

Com a constitucionalização de todo o direito¹⁰⁴, com a interpretação do direito ordinário, considerando os princípios e valores constitucionais da nova ordem de 1988, o Poder Judiciário se apresentou mais ativo, usando a nova hermenêutica, baseada em princípios e, de certo modo, alargando os dizeres gramaticais das regras.

Essa situação fez surgir o que se denomina “ativismo judicial”, que corresponde a uma atuação mais ampla do Poder Judiciário enquanto conformador dos direitos fundamentais e valores constitucionais, pautado na interpretação das normas em valores e princípios não escritos, pelo que esse poder ganhou um protagonismo nesse sentido.

Conforme expõe Mônia Clarissa Hennig Leal, “este protagonismo está vinculado e é resultado, por sua vez, dentre outros aspectos, da supremacia da Constituição e da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais e aos direitos humanos”¹⁰⁵, que balizam os modelos hermenêuticos que querem fazer prevalecer a supremacia da força jurídica da Constituição, fazendo com que o Poder Judiciário participe em maior medida do contexto social.

Existem críticas a esse denominado “ativismo judicial” enquanto o Poder Judiciário interpreta os enunciados normativos, considerando o conteúdo subjacente das normas, o que se traduz em certa insegurança jurídica, já que esse processo interpretativo é demasiadamente subjetivo. Mas sequer é fácil definir o conceito de “ativismo judicial”, porque “é um termo tão aberto quanto as normas de princípio garantidoras de direitos fundamentais contidas nos textos constitucionais”¹⁰⁶, ficando a critério dos parâmetros interpretativos. Mas, de maneira geral, é bem aceito.

A Constituição de 1988 demonstra sua virtuosidade pautada na premissa assentada na proteção maior da dignidade da pessoa humana, em alinhamento com as declarações internacionais sobre o reconhecimento dessa dimensão protetiva fundamental.¹⁰⁷ Pode-se afirmar que “a dignidade da pessoa humana é o signo que representa o núcleo do texto constitucional, ao redor do qual orbitam os direitos e

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direito administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014, p. 250.

¹⁰⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014, p. 136.

¹⁰⁶ LEAL, *op. cit.*, p. 135.

¹⁰⁷ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 252-253.

garantias fundamentais”.¹⁰⁸

Todos estão submetidos a essa premissa maior da dignidade da pessoa humana, devendo inclusive as empresas se adequarem a essa perspectiva, procurando não somente o lucro para remunerar seus acionistas, mas também, em igual dimensão, preocupando-se com os interessados e beneficiários externos daquele negócio.¹⁰⁹

Ainda dentro dessa visão constitucional, pautada na eticidade e nos valores supremos, até mesmo a responsabilidade social da empresa foi revisitada, a qual deve visar conjuntamente à consecução dos objetivos constitucionais, como é o caso da distribuição mais equânime da riqueza produzida, preocupando-se com a visão política do negócio.¹¹⁰

Surge a “teoria do capitalismo humanista”, que requer a observância dos direitos humanos fundamentais como premissa maior da atividade econômica, conforme previsto no texto constitucional, sem prejuízo da harmonia entre a livre-iniciativa, a propriedade privada dos meios de produção, não havendo contradição entre progresso econômico e o respeito à dignidade da pessoa humana. Na hipótese de eventual conflito, a resolução deve se pautar na prevalência do bem maior, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹¹¹

Por mais que o sistema capitalista de economia e produção resulte em desigualdades sociais em razão da permissão de acúmulo de riqueza, tem-se que o efeito da má distribuição da renda é o que mais prejudica a sociedade, pois resulta diretamente em periferias marginalizadas, onde se prolifera a violência e se instiga o conflito social.¹¹²

A Constituição não se limita mais a dispor de normas programáticas ou a estabelecer parâmetros normativos para reger as relações existentes entre o Estado e os cidadãos. Mais que isso, agora regula direitos fundamentais de maneira subjetiva ou

¹⁰⁸ GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013. p. 131.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. La responsabilidade social corporativa: una reflexión. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 169-202, jan./jun. 2012. p. 174.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 172.

¹¹¹ BRESSANI, Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos. Capitalismo humanista: uma aplicação da justiça econômica?. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-61, jan./jun. 2011. p. 57.

¹¹² *Ibidem*, p. 49.

objetiva, apontando força normativa para interferir na sociedade de forma direta.¹¹³

Essa hermenêutica se pauta em todo o contexto constitucional, fazendo prevalecer os direitos fundamentais. Os objetivos do Estado Social brasileiro, previstos no artigo 3º da Constituição de 1988, também servem de parâmetro interpretativo. Como bem lembra Eneida Desiree Salgado, ao tratar dos objetivos do Estado, ainda que em outro contexto, “esses dispositivos são completados com outros ao longo do texto, que os especificam e condensam”¹¹⁴, o que leva à reflexão de que a interpretação constitucional deve considerar todo aquele sistema.

Sobre a dimensão constitucional, Edilson Pereira Nobre Júnior esclarece que não basta uma constituição escrita para que o Estado seja qualificado como constitucional. Entende o autor que a constituição, como norma fundamental do Estado, deve dispor sobre direitos básicos, bem como valores superiores que guardem sintonia “com a democracia, tais como a dignidade do ser humano e os direitos fundamentais, a soberania popular, a divisão de poderes, o compromisso com a igualdade, a justiça social, etc.”.¹¹⁵

Dentro do conceito de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, “os direitos fundamentais constituem padrão hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”.¹¹⁶

Verifica-se que a nova ordem constitucional se apresenta em um momento histórico propício à quebra de paradigmas, em que o Direito perde sua armadura positivista, impondo um maior dinamismo e integração da interpretação da ordem jurídica, vislumbrando a consecução dos direitos fundamentais, nos quais se inclui o direito de greve.

O constitucionalismo contemporâneo viabiliza que se assegure a finalidade socioeconômica do direito em perfeita harmonia com a teoria do abuso do direito, pelo que a greve, ainda que um direito humano fundamental assegurado expressamente na Constituição de 1988, se submete aos limites imanentes da colisão de direitos existentes

¹¹³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. p. 116.

¹¹⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 89-99, ene./jun. 2015. p. 90.

¹¹⁵ NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 130.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 66.

dentro da órbita jurídica como um todo, já que todo direito tem uma finalidade, a qual deve ser pautada pelos valores e princípios constitucionais, curvando-se aos princípios gerais do direito, inclusive porque “o direito tem, incontestavelmente, uma destinação social”.¹¹⁷

Nenhum direito escapa à harmonia que sustenta o direito positivo.

¹¹⁷ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e acto ilícito**. Rio de Janeiro: R. Americano, 1935. p. 159.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

Ultrapassado o momento de análise e concepção da greve, apresentado seu contexto histórico, bem como sua evolução jurídica no Brasil, finalizando com a sua previsão constitucional como direito fundamental e a respectiva conformação pela Lei nº 7.783/1989, deve-se neste momento direcionar a abordagem a desvendar a teoria do abuso do direito, com o intuito de revelar posteriormente o “espírito” do direito de greve no setor privado no Brasil.

Para melhor compreensão da teoria do abuso do direito, essencial tecer algumas considerações sobre a sua trajetória histórica, desde a sua concepção aos dias atuais.

Considerando o recorte teórico da presente pesquisa, conhecer o contexto histórico em que se desenvolveram as correntes relativas à evolução dessa teoria é relevante para se extrair os principais conteúdos científicos para o objeto desta dissertação.

2.1 A CONCEPÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

É fato que a história do instituto jurídico do abuso do direito é controvertida, havendo divergência na doutrina sobre o período de sua origem, sobre a consolidação do abuso do direito como instituto jurídico e do momento de seu apogeu como tal.

A proposta da teoria do abuso de direito de relativizar os direitos subjetivos e prerrogativas jurídicas demonstra sua complexidade, ainda mais em se considerando todo fundamento do pensamento jurídico liberal e absolutista que preponderou com o advento do movimento promovido pela Revolução Francesa, iniciado na parte final do século XVIII.

Para melhor compreensão da mudança proposta pela teoria do abuso do direito, deve-se partir da premissa de que, até o período do direito medieval, os direitos gozavam de um quase absolutismo.¹¹⁸

A primeira questão que se enfrenta diz respeito à origem da teoria do abuso do direito. Alguns autores defendem que sua concepção ocorreu somente no século

¹¹⁸ RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90.

XIX, pela jurisprudência dos Tribunais franceses, enquanto outros afirmam que a origem remonta ao período do direito romano, portanto em época mais remota.

O fato de inexistir qualquer sistematização do exercício abusivo do direito no período do direito romano, não havendo sequer indício de um tratamento do limite do ato abusivo como princípio geral do direito, absolutamente não afasta a constatação do início do enfrentamento da questão pelos jurisconsultos romanos, em alguma medida.

Sob o enfoque histórico, bem adverte Thiago Rodovalho que existem fragmentos do digesto romano, a exemplo do brocardo *summum ius summa iniuria* (muito direito, muita injustiça) atribuído à Cícero, que permitem concluir que “os romanos não foram completamente estranhos à ideia da figura do abuso de direito”.¹¹⁹

Esse entendimento é perfilhado por Milton Lautenschlager. Com a ressalva de que alguns desses fragmentos podem induzir ao equivocado entendimento da inexistência da noção do abuso do direito no período do direito antigo, a exemplo de *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (a ninguém prejudica aquele que usa o direito) – Legead. leg. Aquil., Liv. L, tít. 17, fr. 55¹²⁰ –, o fato é que existem várias máximas e conceitos elaborados naquela época que comprovam o contrário, como se vê: “por Celso, *malitis non est indulgendum* [a malícia não merece indulgência]; pelo imperador Leão, *ususquisque suis fruatur et non inhiet alienis* (Cód. 10, 15, lei única, in *fine* [nossos direitos devem ser exercidos sem o intuito de prejudicar os dos outros]) e outras”.¹²¹

Outrossim, registra-se que é certa a existência da teoria dos atos de emulação na época do direito romano clássico, que proibia o exercício de um direito com a intenção de prejudicar terceiros, instituto que evoluiu quando do direito medieval, impondo “limitação do exercício dos direitos subjetivos para o âmbito de sua finalidade social e econômica”.¹²²

Logo, ainda que de forma rudimentar e muito restrita, extraem-se do direito romano algumas particularidades iniciais sobre a proibição do abuso do direito,

¹¹⁹ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 91.

¹²⁰ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42.

¹²¹ *Ibidem*, p. 27-28. No mesmo sentido: MOLINA, Juan Carlos. **Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**. Buenos Aires: Astrea, 1969. p. 45-46.

¹²² LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 28.

sobretudo nos casos que envolviam conflitos de direito de propriedade e de relações de vizinhança¹²³, sendo que naquela época o proprietário poderia exercer seu direito para melhorar a sua coisa, desde que não o fizesse com a intenção de prejudicar a outrem.¹²⁴

Verifica-se, assim, uma tendência de se admitir a concepção inicial da proibição do exercício abusivo do direito no período do direito romano, mesmo se admitindo que a regra era de os direitos serem absolutos.¹²⁵

A verdade é que não existia ainda uma base para uma teoria do abuso do direito, o que somente ocorreu em período mais contemporâneo.¹²⁶ Nesse sentido, José Levy esclarece que “o tema da vedação ao abuso do direito, embora formulado teoricamente a partir da metade do século XIX, sempre esteve presente na aplicação do direito”.¹²⁷

Parte da doutrina afirma o total desconhecimento do abuso do direito na época antiga pelo fato de o instituto não ter sido sistematizado no período do direito romano¹²⁸, bem como ao fundamento de que a teoria do abuso do direito somente se firmou “no contexto histórico-social do liberalismo capitalista”, como o movimento contra o individualismo liberal que imperava nessa época moderna.¹²⁹ Compreende-se o raciocínio, mas não parece o mais adequado. Mas, de fato, por mais que se admita que o abuso do direito tenha sido considerado em alguma medida em períodos mais remotos (como pelo direito romano e direito medieval), é unívoco o entendimento de que o apogeu desse instituto jurídico ocorreu no século XIX na França, quando iniciou sua sedimentação pela jurisprudência dos tribunais franceses, pelo que tal país é considerado o berço do abuso do direito.¹³⁰

Logo, ainda que o abuso do direito não tenha surgido propriamente somente no século XIX na França, o movimento de acolhimento e a aplicação da respectiva teoria jurídica pela jurisprudência francesa para impor limites ao exercício do direito

¹²³ MARTINS. **O abuso do direito e acto ilícito**, p. 17-19.

¹²⁴ BOULOS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. p. 43, citando L. 1, §12, Dig., XXXIX, 3.

¹²⁵ Em sentido contrário, negando que o abuso do direito teria se iniciado no direito romano: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Almedina, 2006 p. 48-55.

¹²⁶ LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso do direito**. Forense: Rio de Janeiro, 1959. p. 96.

¹²⁷ LEVY, José Luiz. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 29.

¹²⁸ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 90.

¹²⁹ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 48-50.

¹³⁰ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 104.

foram decisivos para o ressurgimento, a evolução e a consolidação do instituto em período mais contemporâneo.¹³¹

A constatação de que as raízes do abuso do direito remontam propriamente ao direito romano é real, porém, obviamente, não provém de sistematização evoluída, mas possui nítidos alicerces dos parâmetros que, em alguma dimensão, apontavam pela ausência de absolutismo do direito.

Por esse motivo, a maioria dos autores entende que seria inadmissível considerar a origem do abuso do direito na França do século XIX, desprezando toda a experiência anterior sobre o instituto do abuso do direito nos direitos romano e medieval, que, de algum modo, trataram da questão, ainda que de maneira incipiente.¹³²

Explicado de outra maneira, a teoria do abuso do direito não foi construída, em sua completude, durante o período do direito romano. Naquele período iniciavam algumas noções rudimentares sobre os elementos que integraram esse instituto jurídico, que somente limitavam o exercício prejudicial do direito.

Importa observar que a consolidação do abuso do direito ocorreu exatamente no país onde vigia o Código de Napoleão, que foi um código que defendia a ideia absolutista do direito de propriedade, conclamando por uma segurança jurídica inflexível e pautada na lei.¹³³ Foi exatamente em conflitos que tinham como objeto o direito de propriedade que os tribunais franceses entenderam pela maleabilidade desse direito.¹³⁴

Nesse período de individualismo e de quase total absolutismo do direito subjetivo do Código de Napoleão, inexistiam limites legais para o conteúdo do direito de propriedade.¹³⁵ Portanto, materialmente o direito subjetivo de propriedade era plenamente garantido. Mas garantir o conteúdo do direito não era suficiente para satisfazer os anseios da burguesia que se encontrava livre do autoritarismo da monarquia. Era necessário assegurar o pleno exercício desse direito subjetivo de

¹³¹ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 105.

¹³² *Ibidem*, p. 105.

¹³³ Sobre a questão, Boulos registra que inexistia qualquer restrição relativo ao direito de propriedade ou mesmo à liberdade de contratar no Código de Napoleão. Não havia também qualquer referência expressa ao abuso de direito. Muito pelo contrário, induzidos pelo absolutismo do direito subjetivo que se propugnava na época, seja por influência da concepção burguesa, seja pelo conteúdo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a propriedade era talhada como direito absoluto, enquanto o contrato possuía força de lei entre as partes (**Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 33-34).

¹³⁴ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 109.

¹³⁵ MARTINS. **O abuso do direito e acto ilícito**, p. 38.

propriedade. Para tanto, o Código de Napoleão qualificou o contrato como lei entre as partes pactuantes, formatando o trato como meio de exercício daquele direito e dando-lhe a força jurídica necessária para colmatar eventuais fragilidades.¹³⁶

Percebe-se que essa jurisprudência do século XIX e a doutrina francesa do século XX, que iniciaram a construção da teoria moderna do abuso do direito, assim o fizeram sem exercer qualquer alusão de forma direta aos artigos do Código de Napoleão, de 1804. Isto é, esse Código não contemplava expressamente qualquer restrição ao direito subjetivo, a não ser a interpretação indireta do “artigo 1.382: ‘Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer’”.¹³⁷ É que essa situação de se promover o absolutismo do direito subjetivo, ostentando o individualismo, sobretudo ao direito de propriedade e aos respectivos contratos no caso do Código de Napoleão, resultou no exercício abusivo desses direitos. Por esse motivo é que os tribunais franceses foram os primeiros a enfrentar conflitos que tinham como objetivo o abuso do direito de propriedade. Foi então que a jurisprudência francesa, sensível à situação de abuso empregada no exercício do direito, reprimiu a conduta egoísta e eivada de má-fé que atentava injustificadamente contra a boa convivência social.¹³⁸

Desse modo, pode-se afirmar que foram os contextos jurídico e social da época, diga-se, da França do século XIX, sob a vigência do Código Napoleônico extremante individualista, que impulsionaram a evolução da teoria do abuso do direito com os seus primeiros contornos modernos pela jurisprudência francesa, em resposta à conduta maligna que o direito subjetivo, que parecia absoluto, propiciava.¹³⁹

Outrossim, deve-se considerar que o ressurgimento da teoria do abuso do direito na França do século XIX, em um período em que se disseminava fortemente a doutrina individualista, é franco resultado do movimento de socialização do direito, de sua relativização diante de um contexto de dimensão ética coletiva, “como expressão mesma do próprio princípio da socialidade (o viver em sociedade)”.¹⁴⁰

Foi percebido que o direito não é absoluto, é relativo. Partindo-se dessa premissa, tem-se que o exercício do direito se submete a restrições e limites imanentes

¹³⁶ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 34-35.

¹³⁷ MARTINS. **O abuso do direito e acto ilícito**, p. 38.

¹³⁸ BOULOS, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴⁰ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 110-111.

ao sistema jurídico como um todo, devendo-se conformar com os princípios que regem esse sistema e observar os fins perseguidos pelo direito geral. Louis Josserand, principal expoente da teoria do abuso do direito, adverte que todo direito subjetivo tem um “espírito”, pelo que o exercício do direito deve obedecê-lo, curvando-se sempre ao seu fim social.¹⁴¹

Note-se que a teoria do abuso do direito se desenvolveu na jurisprudência, sendo objeto da prática judiciária.¹⁴² O fato é que juízes vedavam os atos antissociais que eram praticados como se fossem o exercício de um direito. O direito não era examinado pelos juízes com uma vertente formal. Nos casos concretos, inicialmente avaliava-se a boa-fé do agente e a preservação do benefício da sociedade.¹⁴³

Não se verifica qualquer abordagem sobre o abuso de direito entre os autores oitocentistas. A justificativa para essa ausência de tratamento do assunto é óbvia: o abuso do direito foi criação da jurisprudência francesa nos anos finais do século XIX e iniciais do século XX, ou seja, a noção precisamente da teoria do abuso do direito lhes é posterior. A iniciativa pela construção da teoria do abuso do direito, propriamente dita, foi das cortes francesas, de modo que, posteriormente, a doutrina iniciou o trabalho de sistematização desse instituto que surgiu no âmbito jurisprudencial.¹⁴⁴

Ainda assim, pode-se afirmar que, pelo menos a partir do direito romano e até os dias atuais, especialmente no que tange à civilização ocidental, o direito não é encarado como instituto totalmente absoluto, capaz de ser exercido legitimamente de maneira ilimitada e com o intuito de satisfazer o individualismo, como se o direito, que é uma criação humana, não possuísse uma finalidade intrínseca própria que transcendesse o individualismo e que não se prestasse a harmonizar a convivência social.¹⁴⁵

É bem verdade que a sedimentação da ideologia que motivou e sustentou a Revolução Francesa (iniciada em 1789), e que reverberou no ocidente até as duas primeiras décadas do século XX, propugnava o absolutismo dos direitos subjetivos, exaltando a liberdade individual. Nesse período o direito passou a ter um foco

¹⁴¹ JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006. p. 41-42.

¹⁴² JOSSERAND, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴³ LEVY. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**, p. 33.

¹⁴⁴ TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo ao abuso do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 86.

¹⁴⁵ LEVY, *op. cit.*, p. 29.

individualista, centrado no indivíduo, portanto menos social, no qual a legislação definia, limitava e garantia o direito subjetivo e o seu exercício propriamente, instrumentalizando-o, razão pela qual o império da lei foi bem acolhido pela sociedade ocidental.

Mas, inobstante a importância disso para a evolução da sociedade e para a fixação de direitos subjetivos, concedendo espaço de poder e de arbítrio ao homem individualmente considerado, expurgando os excessos praticados pelos governos absolutistas, aquela ideologia foi aos poucos sendo superada pelas repercussões sociais, políticas, econômicas e filosóficas que eclodiram a partir da Revolução Industrial e das duas grandes Guerras Mundiais.

Em concreto, os fatores sociais atrelados ao efeito do capitalismo germinado com a Revolução Industrial, a emergência da doutrina socialista e os efeitos nefastos dos totalitarismos de esquerda e de direita que se apresentaram ao mundo iniciaram a compreensão da fragilidade do sistema vigente e conduziram a crise do estado liberal, instigando a procura de limites aos direitos subjetivos.¹⁴⁶ No início do século XX iniciava-se a sucumbência da corrente individualista com a fixação da noção de solidariedade que transitava na doutrina e jurisprudência da época, mesmo na França napoleônica.¹⁴⁷

A constatação de que os ideais individuais vinculados aos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade eram meramente formais e intangíveis deu relevo à teoria do abuso do direito, que descortinou a existência de finalidade imanente ao direito subjetivo, apontando-lhe limites impostos por princípios e valores maiores que promovem a coesão da convivência social, ainda que não expressamente estabelecidos na lei.¹⁴⁸

Para a teoria do abuso do direito, sob a ótica dogmática, o direito não se traduz em um aspecto meramente formal. O direito possui conteúdo, diga-se, conteúdo material. E esse conteúdo tem inspiração em valores e princípios jurídicos subjacentes, sendo que o direito também é composto pela moral, pela ética e pela realidade social, as quais, em alguma dimensão, limitam e conduzem o exercício do direito subjetivo.¹⁴⁹

¹⁴⁶ LEVY. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**, p. 179-180.

¹⁴⁷ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 35.

¹⁴⁸ LEVY, *op. cit.*, p. 29-30.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 33.

Notabiliza-se que a teoria do abuso do direito possui a capacidade de humanizá-lo, conduzindo-o aos ideais da solidariedade e da cooperação, conciliando o direito com as exigências axiológicas diante da realidade da vida social, visando harmonizar e viabilizar a convivência social, repelindo condutas individualistas que se mascaram sob um aparente exercício legítimo de direito.¹⁵⁰

Por tudo isso é que se faz necessária a compreensão da finalidade do direito como um todo, como um sistema jurídico. O direito não se presta a satisfazer as vontades individuais a qualquer custo e em detrimento de todo um conjunto que visa uma convivência social harmônica, em que existe espaço para relação legítima entre liberdades e autonomias com a observância de valores e princípios sociais.

Para a teoria do abuso do direito, o direito não tem as feições rabiscadas pelo jusnaturalismo racionalista ou pela escola da exegese, em que era encarado como uma mera restrição à liberdade ou à autonomia do indivíduo. Ao contrário, para a teoria do abuso do direito, o direito e seu exercício possuem uma finalidade social.¹⁵¹

É afirmar que o exercício de direitos subjetivos, ainda que amparado, a princípio, em autorizativo legal, não pode ser contrário aos ditames do sistema jurídico analisado como um todo. É que toda norma jurídica possui uma finalidade, que na maioria das vezes não está estampada no enunciado normativo respectivo. A avaliação da regularidade do exercício do direito subjetivo perante os valores éticos e sociais que sustentam todo um ordenamento jurídico pode demonstrar que o exercício de um direito subjetivo viola, em certas circunstâncias, o conjunto do direito.¹⁵²

A teoria do abuso do direito, em resumo, viabiliza a adequação do direito subjetivo à realidade social, adaptando o direito aos valores de justiça, à ética e à finalidade econômica e social do sistema jurídico, resguardando a origem e o fim do direito para dada sociedade.¹⁵³ Essa teoria promove uma clara inversão metodológica, em que o direito passa a ter um viés finalista, ao invés de formalista.¹⁵⁴

Certo que toda teoria científica é submetida a avaliações e críticas da comunidade técnica, o que não foi diferente com a teoria do abuso do direito, a qual

¹⁵⁰ LEVY. **A vedação ao abuso do direito como princípio jurídico**, p. 33.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵² *Ibidem*, p. 37.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 37-38.

¹⁵⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 9 *apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

enfrentou inclusive as correntes negativistas do abuso do direito, que tinham suas proposições apoiadas “sobre duas premissas: a da negação do direito subjetivo e a da defesa de seu caráter absoluto”.¹⁵⁵

A doutrina aponta como clássicas as críticas lançadas por Marcel Planiol, o qual rejeitava a existência do abuso do direito. O fundamento para tanto era simples: a inadmissibilidade do exercício abusivo de um direito. Se se tratava de um direito, seria inviável caracterizá-lo como abusivo, ao passo que o direito cessaria quando se iniciava o ato abusivo. Por essa razão qualificava o abuso do direito como uma *logomaquia*.¹⁵⁶

Mas essa posição de Marcel Planiol foi devidamente rebatida por Louis Josserand. Essa tese de rejeição do abuso do direito era meramente formal e não prevalecia. Não se sustentava porque desconsiderava a dupla acepção do direito, que se desmembrava em direito subjetivo e direito objetivo, como um todo, como uma dimensão maior da ordem jurídica positiva.¹⁵⁷

A crítica de Marcel Planiol não atingia a substância da teoria do abuso do direito, que, comprovando sua utilidade, era consagrada na doutrina e aceita de forma consistente pela jurisprudência, com repercussão e acolhimento em vários ordenamentos jurídicos dos países ocidentais¹⁵⁸, traduzindo sua inquestionável relevância.¹⁵⁹

Consolidou-se que o sistema jurídico é um todo complexo, permeado por valores e princípios que nem sempre são visíveis ao primeiro exame e na dimensão que permita sua compreensão como um conjunto harmônico. Mas assim o é. O direito possui certa racionalidade, mas esta não pode se restringir simplesmente ao contexto de uma lógica dedutiva formal. Ao contrário, o direito tem uma finalidade que está diretamente vinculada à justiça material que propicia, espaço este que permite a construção da teoria do abuso do direito.

A doutrina que trata do abuso do direito é praticamente uniforme em indicar dois exemplos clássicos da jurisprudência francesa do século XIX, que resolveu os

¹⁵⁵ PINHEIRO. **O abuso do direito e as relações contratuais**, p. 69.

¹⁵⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do direito no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 22.

¹⁵⁷ MARTINS. **O abuso do direito e acto ilícito**, p. 28-29.

¹⁵⁸ Nesse sentido, afirma Molina que “A análise das principais legislações do mundo sobre a matéria revela que a repressão ao ato abusivo, é, no direito moderno, um fenômeno universal”. Tradução livre de: “El análisis de las principales legislaciones del mundo sobre la materia, revela que la represión de acto abusivo, es, en el derecho moderno, un fenómeno universal (MOLINA. **Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**, p. 63).

¹⁵⁹ LEVY. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**, p. 32.

conflitos aplicando a teoria do abuso do direito, limitando o exercício do direito subjetivo.

Um dos conflitos foi resolvido por decisão proferida em 2 de maio de 1855, pelo Tribunal da cidade de Colmar, na França, onde, demandado pelo vizinho, o proprietário foi condenado a demolir uma chaminé construída em sua casa com a intenção de prejudicá-lo, pois retirava-lhe a luz e inexistia qualquer benefício da construção ao proprietário.

Como registra Louis Josserand, constou na referida sentença que:

se é certo que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário ao uso e ao abuso da coisa, no entanto o exercício desse direito, como o de qualquer outro, deve ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; [...] e os princípios da moral e da equidade se opõem a que a justiça possa sancionar uma ação inspirada na malevolência, executada sob o império de uma má paixão, não justificada por nenhuma utilidade pessoal, e que ocasiona, enfim, um grave prejuízo ao outro.¹⁶⁰

Outro exemplo é o referente ao julgamento do caso de Clément-Bayard, no ano de 1915. Talvez este seja o mais emblemático e conhecido exemplo da jurisprudência francesa daquela época sobre o abuso de direito, em que um proprietário que era vizinho de um fabricante de dirigíveis instalou em sua propriedade várias hastes de ferro, com lanças pontiagudas, sem motivo justo ou interesse legítimo, com o intuito aparente de atrapalhar o seu vizinho. Ocorre que, de fato, um dos dirigíveis foi atingido pelas lanças, pelo que o fabricante demandou o proprietário rural por perdas e danos. Nesse caso, este foi condenado a reparar os danos causados, quando o Tribunal Francês entendeu caracterizado o abuso de direito por parte do proprietário.¹⁶¹

Constata-se, então, que a evolução da teoria do abuso de direito tem como marco histórico mais importante o entendimento disseminado pela jurisprudência francesa do século XIX, que passou a admitir a relativização do direito subjetivo, preservando interesses outros que não somente o do titular do direito em exercício,

¹⁶⁰ Tradução livre de: “s’il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et à abuser de la chose, cependant l’exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limit la satisfaction d’un intérêt sérieux et legitime. [...] les principes de la morale et de l’équité s’opposent à ce que la justice sanctionne une action mauvaise pasion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portanto un grave préjudice à autri” (JOSSERAND. **De l’espírito des droits et de leur relativité**: théorie dite de l’abus des droits, 2006, p. 26).

¹⁶¹ MARTINS. **O abuso do direito e acto ilícito**, p. 40-41.

mantendo-se íntegra a necessária harmonia do direito positivo considerando como um todo a preservar as relações sociais.

2.2 DA COMPREENSÃO DO DIREITO SUBJETIVO

Pelo o abordado até então, constata-se que a teoria do abuso do direito trata verdadeiramente da concepção de instituto jurídico que admite a relativização de direito, razão pela qual para desenvolver o seu entendimento, necessariamente se deve antes compreender a questão jurídica atinente ao direito subjetivo, que não se revela tarefa simples, tratando-se, na verdade, de uma das mais complexas discussões jurídico-filosóficas do direito.

Por óbvio que o intuito aqui não é o de esgotar a análise do conceito de direito subjetivo e suas implicações, sobretudo porque isso demandaria, em razão da profundidade e extensão, uma pesquisa própria e específica, além do que promoveria o desvio do objetivo proposto neste estudo. O objetivo aqui é intermediário, que se fixa em aportar uma compreensão sobre a estrutura da teoria do abuso do direito, viabilizando o alicerce para a construção do próximo bloco de conhecimento.

O fato é que o entendimento sobre o direito subjetivo é condição essencial para a compreensão da teoria do abuso do direito, revelando-se verdadeira condição *sine qua non*, ou seja, deve-se necessariamente compreender a concepção do direito subjetivo para se estudar o abuso do direito, pois para se abusar de um direito, deve-se tê-lo previamente.

No mínimo, a forma como se compreende o direito subjetivo interfere no abuso do direito. “É dizer, a maneira pela qual se compreende o direito subjetivo influencia decisivamente na maneira como se compreenderá a figura do abuso de direito”.¹⁶² E a concepção da teoria do abuso do direito implica a ideia de limitação do direito subjetivo, o que os vinculam necessariamente.¹⁶³

Independentemente de todas as considerações que se possa fazer, “é inegável que o estudo acerca do direito subjetivo é polêmico, indo desde aqueles que negam até diversas teorias que o procuram explicar”.¹⁶⁴

¹⁶² RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 25-26.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 26.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 38.

Existem algumas teorias acerca da concepção do direito subjetivo, havendo inclusive as que negam a sua existência. Em regra, se resumem em três clássicas vertentes: a teoria da vontade, representada por Windscheid e Savigny; a teoria do interesse, de Ihering; e a teoria mista, de Jellinek e Saleilles.

Para a teoria da vontade, o direito subjetivo seria o campo da autonomia da vontade do titular do direito, com essa liberdade reconhecida pela ordem jurídica. Tal autonomia da vontade ocorreria sob o enfoque de duas acepções: a primeira delas, a de o titular do direito exigir determinado comportamento das pessoas, que estariam assim submetidas por conta de previsão do ordenamento jurídico (direito objetivo). Portanto, haveria uma faculdade ao titular do direito de promover a sua vontade, considerando o previsto no direito objetivo. No mais, a outra acepção do direito subjetivo seria inerente ao poder da vontade da pessoa em criar direitos a que se submete, vinculando-se a imperativos jurídicos criados pela vontade dela mesma, a exemplo de pactos consensuais admitidos pelo direito objetivo.¹⁶⁵

Essa corrente teria fundamento na teoria kantiana sobre a coexistência de liberdades, em que a liberdade de um seria limitada pelo exercício da liberdade do outro¹⁶⁶, pelo que o direito subjetivo concederia o espaço de liberdade para o exercício da vontade do titular do direito. “O ordenamento jurídico disciplinaria em que medida a vontade individual seria determinante para os demais, em que medida o sujeito teria o poder de impor sua vontade individual aos demais (faculdade de querer em harmonia com a lei)”.¹⁶⁷

Essa teoria foi alvo de duras críticas, sendo a maior delas apontada por Ihering, que defendia a teoria dos interesses na concepção do direito subjetivo. Para ele, o direito subjetivo não poderia se resumir na vontade, ainda que esta fosse de certo modo importante para justificar o direito objetivo¹⁶⁸, sem falar que em muitas hipóteses o direito subjetivo seria resguardado mesmo quando não houvesse manifestação da vontade, a exemplo de casos que envolvem o direito de nascituro e do absolutamente incapaz, por exemplo, pelo que não seria a vontade o núcleo essencial do direito subjetivo, mas sim o interesse.¹⁶⁹

¹⁶⁵ LEVY. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**, p. 180.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 181.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 182-183.

¹⁶⁸ RODOVALHO, **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 29.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 30.

Isto é, o direito subjetivo seria caracterizado pelo interesse protegido juridicamente, não se restringindo ao exercício da vontade do titular, de modo que o direito subjetivo seria construído por dois elementos: um formal e outro substancial. O elemento formal é a proteção ao direito em si, enquanto o elemento substancial, o interesse do homem.¹⁷⁰

Nesse sentido, “o verdadeiro titular do direito não é aquele que pode querer, mas sim aquele para quem o direito é útil, proveitoso”.¹⁷¹

Sobre o direito subjetivo, surgiu ainda a teoria mista ou eclética, que na verdade buscava um meio termo entre os fundamentos das teorias da vontade e dos interesses, no que se destacaram Jellinek e Saleilles. De maneira geral, propugnavam que o elemento essencial do direito subjetivo seria o interesse (tratando-o como a finalidade do direito), mas que dependia da vontade, que seria a iniciativa pelo titular, para exercitar o direito e preservar seu interesse.¹⁷²

Mas a teoria eclética também foi alvo de críticas. Percebia-se que ora defendia os fundamentos da teoria da vontade, ora os da teoria do interesse, não se tratando propriamente de uma construção doutrinária original¹⁷³, mas foi majoritariamente aceita.

O que se percebe é a dificuldade de se justificar a concepção e a caracterização do direito subjetivo, permanecendo forte controvérsia na doutrina sobre o tema, com fortes questionamentos jurídico-filosóficos a respeito.

Entretantes, não se pode deixar confundir o direito subjetivo, que é a pretensão garantida pelas regras e princípios, com o respectivo exercício desse direito, que é o resultado de uma real conduta humana. Há uma nítida distinção entre o direito subjetivo e o exercício desse direito.

Essa distinção se faz essencial porque “o ato abusivo será assim o exercício de um ato que, realizado sob a aparência de um direito subjetivo, desatende aos princípios que fundamentam axiológica e materialmente a norma jurídica”.¹⁷⁴

É que os direitos subjetivos possuem limites intrínsecos e isso conduziria à conclusão de que inexistiria o exercício abusivo de um direito subjetivo, já que o ato

¹⁷⁰ LEVY. *A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico*, p. 182-183.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 183.

¹⁷² *Ibidem*, p. 187.

¹⁷³ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁴ LEVY, *op. cit.*, p. 198.

abusivo não seria o exercício de um direito propriamente dito, mas sim de um aparente direito, então inexistente.¹⁷⁵

Ademais, considera-se que o abuso do direito não se limita ao exercício de um direito subjetivo. A teoria do abuso do direito se aplica a todas as posições ou prerrogativas jurídicas, tais como nas liberdades, nas faculdades, nos direitos potestativos, englobando todas as posições e situações jurídicas subjetivas, sobretudo porque todas elas possuem fundamentos axiológicos e, portanto, preservam uma finalidade vinculada a valores de determinada sociedade.¹⁷⁶

É importante que sejam fixados dois pontos sobre o direito subjetivo: o primeiro deles é que a polêmica sobre o conceito do direito subjetivo ocorre porque, de fato, ele não explica de forma suficiente todos os fenômenos jurídicos afetos a todas as posições jurídicas em que o homem é colocado; outrossim, deve-se observar que por mais insuficiente que seja a noção de direito subjetivo, a sua conceituação é de extrema importância para o direito, de modo que não se cogita a possibilidade de se negar a sua existência; ou seja, o fato de o direito subjetivo não ser capaz de explicar juridicamente todas as posições jurídicas ativas não conduz à sua inexistência. Trata-se, na verdade, de instituto jurídico de extrema relevância, possuindo importância ideológica e histórico-cultural para a evolução da sociedade como sujeito de direito.¹⁷⁷

Pode-se afirmar que os direitos subjetivos, ligados ao movimento do positivismo, foram e são instrumentos jurídicos inerentes à evolução da sociedade e do direito nos países ocidentais, traduzindo-se na segurança da liberdade do homem.¹⁷⁸

Sob a perspectiva histórica, percebe-se que tradicionalmente estão vinculados às grandes conquistas do indivíduo em razão das arbitrariedades promovidas pelo Estado, entendido este como ente soberano, como se reverberou a partir da Revolução Francesa, tratando-se de resultado de um movimento democrático e liberal que se afirmou durante o século XVIII.¹⁷⁹

Assim, assegura-se que os direitos subjetivos são pertencentes a um núcleo de garantia de uma parcela de liberdade de agir dentro da disponibilidade da lei e de forma a proteger o indivíduo contra possíveis arbitrariedades de terceiros (entre os quais

¹⁷⁵ LEVY. **A vedação ao abuso do direito como princípio jurídico**, p. 200.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 201.

¹⁷⁷ RODOVALHO. **Abuso do direito e direitos subjetivos**, p. 40.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 41.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 41.

o Estado); traduz-se em parcela mínima de segurança jurídica da expressão de liberdade vinculada aos direitos fundamentais, sendo os direitos subjetivos indissociáveis da situação do homem livre, inclusive para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional.¹⁸⁰

Inclusive, percebe-se que os direitos subjetivos, mormente após as duas grandes Guerras Mundiais, ganharam relevantes espaços nas constituições modernas, qualificando os direitos fundamentais como direitos subjetivos, promovendo a proteção jurídica do indivíduo e da sociedade contra possíveis arbitrariedades eventuais de poderes provisórios que usam do Estado para atuar em interesses diversos do comum.

Deve-se examinar os limites do direito subjetivo sob um viés mais amplo, visando permitir uma melhor visualização e compreensão da existência da limitação ao abuso do direito. A ideia é a de que essas limitações não sejam somente analisadas ao crivo do direito subjetivo, devendo-se ampliar o foco para analisar a situação jurídica em que o titular do direito é submetido.

Assim, a imposição de limites ao exercício de posições jurídicas ativas nada mais é que determinar ao titular de um direito que observe a função social desse direito subjetivo quando do seu exercício. Logo, não se trata de impor qualquer restrição ao exercício de uma situação jurídica ativa, mas sim de que seu exercício seja democrático, reconhecendo-se os limites imanentes de cada situação jurídica, inclusive dos direitos fundamentais.¹⁸¹

Isso implica que, sob uma ótica mais ampliada, não se resumindo tão somente ao direito subjetivo, a visualização de que as situações jurídicas às quais o indivíduo é submetido amplia o complexo de direitos e deveres deste em relação aos demais. Admitir a imposição de limitação ao direito subjetivo apresenta-se mais difícil do que visualizá-la sob o enfoque da situação jurídica. Na visão mais ampla, inserindo o titular de um direito subjetivo no espectro de uma situação jurídica, em que há também deveres de sua parte, fica mais simples visualizar que o exercício do direito possui limites e que esses limites lhe são imanentes. Tal fato se dá porque na situação jurídica se impõe a cooperação, a participação, a responsabilidade e os deveres imanentes.¹⁸²

¹⁸⁰ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 42.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁸² *Ibidem*, p. 46.

Em sendo assim, afigura-se mais correto falar em situações jurídicas subjetivas e em abuso no exercício das posições jurídicas (ou, ainda, em exercício abusivo das posições jurídicas), em vez de centrar-se apenas no direito subjetivo, posto que o abuso de direito não se aplica apenas aos direitos subjetivos (*rectius*: não se aplica apenas ao exercício dos direitos subjetivos).¹⁸³

Em outras palavras, “a teoria aplica-se também a outras prerrogativas individuais, como as liberdades, faculdades, funções ou poderes, visto que todas elas possuem um fundamento axiológico”.¹⁸⁴

A ideia é que o abuso do direito não se resume exclusivamente ao direito subjetivo. Ao contrário, a dimensão de análise é muito maior, mesmo porque as situações jurídicas subjetivas às quais o indivíduo se insere são muito mais complexas, não se traduzindo ora somente em direitos ora somente em deveres. Essas situações, em regra, contemplam a uma só vez tanto direitos quanto deveres, de modo que o espaço jurídico de liberdade para a ação deve ser compreendido no contexto de situação jurídica. Assim, o exercício da posição jurídica deve ocorrer de forma responsável, viabilizando a coexistência de várias liberdades, havendo, além do direito, deveres e limitações imanentes, que recaem sobre todos.¹⁸⁵

Fixadas essas considerações e contextualização sobre a concepção da teoria do abuso do direito e a compreensão sobre o direito subjetivo, apresentam-se as teorias que se desenvolveram no decorrer da história acerca do instituto do abuso do direito.

2.3 TEORIA DA EMULAÇÃO: O EMBRIÃO DO ABUSO DO DIREITO

Pode-se afirmar que o embrião autêntico da construção da teoria do abuso do direito remonta à teoria da emulação (teoria dos atos emulativos – *aemulatio*), que tem como marco histórico de sua fixação o período do direito medieval. Trata-se de “precedente imediato da teoria do abuso do direito”.¹⁸⁶

¹⁸³ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 50-51.

¹⁸⁴ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380.

¹⁸⁵ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 50-51.

¹⁸⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

Ainda que se tenha indícios de seu início na era pretérita do direito romano¹⁸⁷, foi mesmo no período do direito medieval que o instituto da emulação se consolidou.

A emulação se caracterizava pela prática de ato sem qualquer utilidade para o titular do direito e com a intenção de prejudicar terceiro, sendo que foi nesse período que se percebeu, pela primeira vez, a utilização do direito com a finalidade de prejudicar a outrem, ou seja, a utilização do direito como elemento de emulação.¹⁸⁸

Foi então que, sob a forte influência do direito canônico e do cristianismo, passou-se a exigir do indivíduo um certo conteúdo ético em seus atos, de modo que sua vontade fosse a expressão dos princípios cristãos então veiculados na época, a exemplo da caridade e da humanidade, pelo que, nesse sentido, haveria um limitador moral ao exercício do direito, que era atrelado à intenção do agente (*animus*).¹⁸⁹ Portanto, o direito canônico e a teoria cristã impulsionaram a criação da teoria dos atos emulativos, repercutindo positivamente na construção e relativização do direito, caracterizando a abusividade do exercício de uma prerrogativa jurídica que desconsiderasse os princípios vinculados à moral cristã.

É que, sob o viés da religião católica, o ato emulativo se configurava como imoderado, eivado de um egoísmo extremo e inaceitável, razão pela qual, dado o seu caráter imoral e perverso, mereceu a reprovação social e, após, a jurídica.¹⁹⁰

Sobre essa influência, leciona Everardo Luna que:

No direito intermédio, a doutrina da *aemulatio* teve grande desenvolvimento¹⁹¹, ficando assentado, definitivamente, o princípio de que são proibidos os atos realizados com *animus aemulandi*. A doutrina foi acolhida pelos canonistas, o que era natural, pois, segundo Santo Tomás de Aquino, que continuou a obra de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, só a

¹⁸⁷ Conforme lição de Pedro Baptista Martins, “o conceito da *aemulatio* encontrou, por conseguinte, as suas origens no direito romano, onde ella aparece circumscripta, nas suas applicações, às questões relativas ao uso das águas. O direito medieval nada mais fez que estendê-la às relações vizinhança, dando-lhe, por esse meio, maior desenvolvimento e maior importância” (**O abuso do direito e o ato ilícito**, p. 17).

¹⁸⁸ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 95.

¹⁸⁹ GUALAZZINI, Ugo. **Abuso del diritto**. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giunfré, 1964. p. 164.

¹⁹⁰ TAKAOKA. **Do ato emulativo ao abuso do direito**, p. 88-89.

¹⁹¹ Conforme Molina, “É realmente no direito medieval que a doutrina dos atos de emulação adquire seu crescimento verdadeiro, mas sempre restrita a determinados atos e não com caráter geral”. Tradução livre de: “Es realmente en el derecho medieval en que la doctrina de los actos de emulación adquire verdadero auge, aunque siempre restringida a determinados actos y non com carácter general” (**Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**, p. 46).

Deus corresponde um *dominium* absoluto: secundário e relativo, por consequência, é o *dominium* correspondente aos homens.¹⁹²

Observa-se que não havia propriamente no direito medieval uma identificação completa da teoria do abuso do direito como atualmente é delineada.¹⁹³ Ainda que exista alguma identidade entre a teoria da emulação e a teoria do abuso do direito, a distinção entre ambas é patente, sobretudo em se considerando os elementos caracterizadores do ato emulativo e do ato abusivo, que são diversos. Tomando-se em conta o estágio evolutivo da teoria do abuso do direito, compreende-se que todo ato emulativo é abusivo, mas nem todo ato abusivo é emulativo.¹⁹⁴

Melhor esclarecendo, pode-se afirmar que a relação existente entre o abuso do direito e o ato emulativo é a de gênero e espécie, em que o ato emulativo é uma espécie de abuso de direito.¹⁹⁵

Contudo, a sistematização da teoria dos atos emulativos precede à teoria do abuso do direito, sob a ordem cronológica.¹⁹⁶ Foi a partir da teoria dos atos emulativos que o direito iniciou o processo de rejeição ao exercício de direito que tivesse como intenção prejudicar alguém e sem qualquer utilidade para o agente, ainda que esse exercício estivesse em conformidade formal com a norma estabelecida, relativizando o direito diante de sua finalidade intrínseca.

Por mais que a teoria de emulação imponha, em certa medida, limitações ao exercício do direito subjetivo, não há se cogitar confundi-la com a atual teoria do abuso do direito. É que a *aemulatio* se vincula tão somente ao aspecto subjetivo da intenção do agente, repelindo aqueles atos praticados com o intuito de causar danos ou prejuízo a outrem.

Logo, o elemento fundamental da teoria dos atos emulativos se fixa na intenção de prejudicar do agente (*animus nocendi*), diferentemente da teoria do abuso do direito, que, como será melhor abordado oportunamente, é examinada ao fundamento

¹⁹² LUNA. **Abuso do direito**, p. 97-98.

¹⁹³ Merece registro o fato de que, segundo Takaoka, inexistia qualquer palavra ou locução na terminologia jurídica romana que indicasse a noção de abuso do direito, ou coisa que o valha, o que corrobora a ideia de que inexistia a concepção do abuso do direito fixada como tal no final do século XIX (**Do ato emulativo ao abuso do direito**, p. 89).

¹⁹⁴ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 96.

¹⁹⁵ TAKAOKA. **Do ato emulativo ao abuso do direito**, p. 86.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 87.

de elementos objetivos, desprezando-se a intenção do agente, sequer exigindo avaliação da existência de culpa ou dolo para caracterização do ato abusivo.

Mas é inevitável considerar que a teoria dos atos emulativos foi o ponto de partida para a construção da teoria do abuso de direito, até porque a já referida jurisprudência francesa do século XIX, em que se fixou as primeiras premissas modernas do abuso do direito, construiu a concepção do abuso do direito a partir do elemento intencional do agente, exatamente como nos atos emulativos. Por si só, isso implica que os primeiros casos de vedação do abuso de direito reconhecidos pelos tribunais franceses naquele período tratavam de vedação aos atos emulativos, ainda que sob uma nova denominação, o que demonstra o vínculo existente entre essas teorias.¹⁹⁷

Esse acontecimento justifica a posição de Salvatore Riccobono no sentido de que ocorreu uma evolução conceitual do ato emulativo para o abuso de direito¹⁹⁸, em que se definiu um conceito mais amplo, o de abuso de direito, criando-se uma categoria conceitual em dimensão maior que abarca a anterior, de origem, que se tornou uma espécie elementar desta última, mesmo porque há várias possibilidades de se abusar do direito, entre as quais está a prática de ato emulativo.¹⁹⁹

Pode-se afirmar que a teoria da emulação se confunde e muito com a corrente da teoria subjetiva do abuso do direito, sendo, na verdade, a base sobre a qual esta última se desenvolveu e foi aprimorada sob o aspecto de instituição jurídica.

2.4 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO

Partindo-se do desenvolvimento e evolução da teoria da emulação, surgiram as teorias modernas do abuso do direito, com várias correntes internas.

Ao que interessa ao presente estudo, limita-se a análise sobre as três principais teorias que se desenvolveram a partir do século XX sobre esse instituto jurídico, que foi objeto de estudos entre vários expoentes do direito nacional e internacional, merecendo destaque na comunidade acadêmica dada a sua importância para o direito como um todo, especialmente em se considerando a finalidade do

¹⁹⁷ TAKAOKA. **Do ato emulativo ao abuso do direito**, p. 88.

¹⁹⁸ RICCOBONO, Salvatore. La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana. **B.I.D.R.**, Milano, v. 5, n. 46, p. 1, 1939 *apud* TAKAOKA, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁹ TAKAOKA, *op. cit.*, p. 88.

ordenamento jurídico e a sua capacidade de harmonizar o exercício do direito subjetivo e das prerrogativas jurídicas aos interesses sociais subjacentes.

Inicia-se a apresentação pela teoria subjetiva do abuso do direito, que foi a primeira a ser elaborada, seguindo uma ordem cronológica.

2.4.1 Teoria subjetiva do abuso de direito

A teoria do abuso do direito, sedimentada na virada do século XIX para o século XX, na França, ainda sob a vigência do absolutista e individualista Código de Napoleão de 1804, tem como precedente histórico, como articulado anteriormente, a teoria dos atos emulativos, esta fixada e desenvolvida no período do direito medieval com algumas características, ainda que mínimas e esparsas, dispostas em período pretérito, como se extrai em alguns fragmentos do digesto do direito romano.

Iniciada a abordagem doutrinária da teoria do abuso do direito, buscando-se sua sistematização, após o surgimento do instituto do abuso do direito na jurisprudência francesa como delimitador do exercício do direito ou posição jurídica subjetivos, elaborou-se a primeira teoria do abuso do direito, que foi classificada como teoria subjetiva, que foi acolhida inicialmente pelas Cortes Francesas.

Como se denota da própria denominação dessa teoria, o elemento subjetivo inerente à intenção do agente (*animus*) era essencial para a caracterização do exercício abusivo do direito, ou seja, era necessário verificar a real intenção do titular no exercício de seu direito, com o intuito de analisar se agia, em seu íntimo, com a intenção de prejudicar ou causar dano a terceiro (*animus nocendi*), o que revela uma saliente proximidade com a teoria dos atos emulativos desenvolvida no período do direito medieval.²⁰⁰ Constata-se uma certa equivalência entre as propriedades típicas da teoria dos atos emulativos com as da teoria subjetiva do abuso do direito.

“No exercício de seus direitos, gozam os indivíduos de plena liberdade, contanto que não se movam na exclusiva intenção de prejudicar a outrem”, defendem os adeptos dessa teoria.²⁰¹ Em outras palavras, “o exercício de um direito é abuso, e torna-

²⁰⁰ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 166.

²⁰¹ LUNA. **Abuso do direito**, p. 70.

se ilícito, se aquele que o exerce apenas teve em vista prejudicar terceiros, sem nenhum ou com insignificante proveito para si”.²⁰²

Para essa corrente é necessário depreender a intenção do agente, de modo que, inexistindo o intuito de prejudicar alguém, não se configura o abuso do direito, ainda que o ato tenha causado danos a terceiros. Explicado de outra forma, não há qualquer importância o fato de o exercício do direito ter contrariado sua finalidade social ou a boa-fé e ter causado danos a alguém. Inexistindo a intenção do titular do direito nesse sentido, o exercício do direito se qualificaria como regular.²⁰³

Mas, a verdade é que essa corrente não se limita ao critério intencional do agente para investigar a caracterização do abuso, e nesse particular desponta a sua distinção da *aemulatio*. É que a teoria subjetiva propõe a caracterização do exercício abusivo do direito ao exame de dois critérios: um deles é o intencional de prejudicar (dolo), o *animus nocendi* – o qual recebeu maior acolhimento pela doutrina –, enquanto o outro seria o técnico, que diz respeito ao agir com culpa (omissão, agir com imprudência, negligência ou imperícia) no exercício do direito²⁰⁴, sendo este último critério uma versão mais evoluída dessa teoria.

Verifica-se, portanto, o desprezo a qualquer critério objetivo para fins de investigação sobre a caracterização do exercício abusivo do direito. Isto é, para tanto, pouco importava a gravidade do dano.²⁰⁵

A principal fragilidade dessa corrente reside na dificuldade de perquirir sobre a real intencionalidade do agente, sobretudo porque a intenção é o resultado de um movimento psicológico, cuja realidade somente o agente conhece, impossível de se aferir com convicção por meios externos.

Com efeito, o critério então utilizado para averiguar a intenção do agente se fixou na avaliação “da falta de interesse legítimo do titular, ou mesmo de existência de um interesse muito diminuto”.²⁰⁶ Isto é, se o proveito do resultado do ato ao titular do direito for mínimo ou praticamente nulo, não havendo vantagem que justifique o ato e, ainda mais, ocasionando dano a terceiro, depreende-se a intenção de prejudicar, havendo abuso no exercício do direito.

²⁰² CASTRO FILHO. **Abuso do direito no processo civil**, p. 25-26.

²⁰³ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 166.

²⁰⁴ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 38.

²⁰⁵ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 167.

²⁰⁶ BOULOS, *op. cit.*, p. 39.

Exaltando o critério adotado pela teoria subjetivista, ainda que discorde do critério, Luna manifesta que “é apreciável, na teoria da intenção, o fundamento ético que a anima e a coloca em posição de relevo diante de doutrinas materialistas”.²⁰⁷

Os parâmetros dessa teoria foram os reconhecidos pela jurisprudência francesa nas emblemáticas primeiras decisões havidas sobre o abuso do direito, ocorridas no final do século XIX e início do século XX, quando se reprimiu o exercício abusivo do direito de propriedade, como no caso Clément-Bayard.^{208 209}

Sobre a repercussão dessa corrente nos ordenamentos jurídicos ocidentais, tem-se conhecimento que as legislações alemã (Código Civil de 1900), austríaca (Código Civil de 1811, modificado em 1916)²¹⁰, suíça (Código Civil de 1907), turca (Código Civil de 1926) e chinesa (Código Civil de 1929)²¹¹, acolheram o critério intencional como caracterizador do abuso do direito.²¹²

Como lembra Castro Filho, essa corrente teve vários adeptos de renome, a exemplo de Bonnecase²¹³, Demogue²¹⁴, Ruggiero²¹⁵, Lalou^{216, 217} de modo que foi uma corrente inicialmente predominante.

2.4.2 Teoria objetiva ou finalista do abuso de direito

Ainda que admitindo a relativização do direito subjetivo tal qual reconhecido pela teoria subjetiva do abuso do direito, a teoria objetiva ou finalista do abuso do direito defende a utilização de critérios diversos para a caracterização do exercício abusivo do direito subjetivo, fixando-os em elementos objetivos.

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Takaoka, seria um equívoco confrontar as teorias subjetiva e objetiva do abuso do direito, especialmente porque

²⁰⁷ LUNA. **Abuso do direito**, p. 72.

²⁰⁸ Trata-se do caso em que o proprietário de um terreno construiu pontas de lança para prejudicar seu vizinho que trabalhava com aeróstatos.

²⁰⁹ BOULOS, **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 39.

²¹⁰ LUNA, *op. cit.*, p. 70.

²¹¹ CASTRO FILHO. **Abuso do direito no processo civil**, p. 26.

²¹² LUNA, *op. cit.*, p. 70.

²¹³ BONNECASE. Supplément ao Traité de Droit Civil, de Baudry Lacantinere, t. III, n. 225, p. 441 *apud* CASTRO FILHO, *op. cit.*

²¹⁴ DEMOGUE. Traité des obligations, IV, p. 316 *et seq. apud* CASTRO FILHO, *op. cit.*

²¹⁵ RUGGIERO. Instituições, t. I, p. 58, 213 *apud* CASTRO FILHO, *op. cit.*

²¹⁶ LALOU. La responsabilité civile *apud* CASTRO FILHO, *op. cit.*

²¹⁷ CASTRO FILHO, *op. cit.*, p. 25-26.

essas correntes não são contemporâneas, de sorte que essa comparação direta somente se justificaria se fossem elas oponíveis entre si ou mesmo complementares uma a outra, o que não é o caso.²¹⁸

Para referido autor, houve sim uma substituição da teoria subjetiva pela teoria objetiva, tratando-se de verdadeira evolução conceitual sobre o abuso do direito, o que levou a teoria objetiva a incorporar a teoria subjetiva, adaptando-se à sucessão de novas realidades sociais experimentadas pela sociedade.²¹⁹ Essa tese também é aceita por Boulos, quando aduz que a teoria objetiva engloba os critérios da teoria subjetiva.²²⁰

Mas o fato é que, ao menos para o que interessa ao propósito da presente dissertação, a teoria objetiva do abuso de direito apresentou novos critérios para a verificação do exercício abusivo do direito subjetivo, critérios estes de natureza objetiva, tratando-se de um estágio mais avançado do desenvolvimento da teoria do abuso do direito, quando “a doutrina se inclinou a relacionar a ocorrência do abuso do direito com a falta de interesse econômico ou com a ausência de uma finalidade social”.²²¹

O ícone da teoria objetiva do abuso do direito é Louis Josserand, que foi o precursor no desenvolvimento sistematizado dessa corrente classificada como finalista.

Com efeito, registrando as premissas que sustentaram o desenvolvimento da teoria objetiva, Josserand admite a relatividade dos direitos subjetivos, pelo que não seriam eles absolutos. Admitindo que o direito é uma criação da sociedade e, como tal, é talhado com uma finalidade social própria, afirma que o titular do direito não pode desviar do “espírito” do direito que serve à sociedade, sob pena de caracterizar o seu abuso e responder pelos desvios que praticar.²²²

O titular de um direito subjetivo que desviar de sua finalidade ao exercitá-lo, cometerá um ato ilícito, denominado abuso do direito.²²³ Foi assim que Josserand criticou a teoria subjetiva, ao fundamento de que os critérios por ela utilizados para a

²¹⁸ TAKAOKA. **Do ato emulativo ao abuso do direito**, p. 102.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 102.

²²⁰ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 41.

²²¹ LAUTENSCHLAGER. **Abuso do direito**, p. 41.

²²² JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Ed. Temis S.A., 1999. p. 4.

²²³ JOSSERAND, Louis. **El espíritu de los derechos y su relatividade**: teología jurídica. Tradução por Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Granada: Editorial Comares, 2012. p. 192.

caracterização do abuso do direito (intenção do agente e dano) não seriam capazes de sustentar uma teoria de abuso do direito que a distinguísse da dos atos ilícitos em geral.

Sobre o assunto, leciona Jossierand:

Os direitos subjetivos, valores sociais, produtos sociais, concebidos pela sociedade, não são atribuídos abstratamente para que os usemos discricionariamente, *ad nutum*; cada um deles tem sua razão de ser, a sua missão a cumprir; cada um deles é animado por um espírito que não pode ser ignorado ou disfarçado por seu titular; quando os exercemos, devemos conformá-los com este espírito e manter-se em coerência com a instituição; sem o qual o direito desvia de seu destino, pelo que faríamos mal uso dele, abusaríamos, cometeríamos uma culpa que comprometeria nossa responsabilidade.²²⁴

A construção teórica desta corrente se fixa na possível antifuncionalidade do exercício de um direito. O abuso do direito seria caracterizado quando fosse o direito exercido em desarmonia com a sua finalidade social e econômica ou na hipótese de sua motivação não ser legítima.²²⁵

Para essa corrente doutrinária, “a tendência de conceber, objetivamente, o abuso de direito origina-se nas doutrinas que querem, a todo o transe, fazer o divórcio entre o direito e a moral”, o que implica defender que “não se há de investigar o elemento subjetivo do ato, porque não é dado ao juiz penetrar o recôndito da alma humana. Não importa o dolo, nem a culpa, mas o fato material”.²²⁶

Saieilles também era adepto da teoria objetivista, pautando-se no critério econômico como o caracterizador do abuso. Contudo, inicialmente era adepto da chamada teoria objetiva radical, defendendo que qualquer dano ocasionado pelo exercício de um direito deveria ser indenizado, ainda que o ato fosse lícito e regular, como se o ato abusivo fosse próprio do exercício do direito.²²⁷

Sua tese era a de que o ato abusivo seria um ato anormal, “porque contraria a finalidade econômica e social do direito, – ato sem conteúdo jurídico,

²²⁴ Tradução livre de: “Los derechos subjetivos, valores sociales, productos sociales, concebidos por la sociedad, no nos son atribuidos abstractamente y para que usemos de ellos dicrecionalmente *ad nutum*; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión que cumplir; cada uno de ellos está animado de cierto espíritu que no puede su titular desconocer o disfrazar; cuando los ejercemos, debemos conformarnos com este epíritu y permanecer en la línea de la institución; sin lo cual apartaríamos el derecho de su destino, hariámos mal uso de él, abusaríamos, cometeríamos una culpa que comprometería nuestra responsabilidad” (JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1950. v. 1. t. 2. p. 311-312).

²²⁵ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 41.

²²⁶ LUNA. **Abuso do direito**, p. 75.

²²⁷ LAUTENSCHLAGER. **Abuso do direito**, p. 38-40.

economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública”²²⁸, no que era acompanhado por Pardessus, Sourdat, Charmont, Geny, Bartin e Brète.²²⁹

Na lição de Martins, para essa corrente o que interessa é o caráter antifuncional e antissocial do exercício imoderado do direito que tem por consequência causar um dano a outrem.²³⁰

Atualmente, trata-se da corrente majoritariamente aceita nos países ocidentais, onde a investigação da possível abusividade do exercício de um direito subjetivo se revela por meio de “uma análise objetiva dos meios (*modus operandi*) e dos efeitos (resultados) que advieram de um determinado comportamento humano no exercício de um direito subjetivo, sem se perquirir a respeito da intenção do agente ou se houve ele com culpa”.²³¹

Dentro da concepção da doutrina finalística do abuso de direito, surgiu uma vertente que tinha como parâmetro a anormalidade do dano produzido pelo exercício do direito, a qual, conforme lição de Carvalho Neto, era imputada a Char-Mont, Carbonier e Savatier, que defendem a caracterização do ato abusivo em se considerando a anormalidade do resultado danoso.²³²

Essa corrente interna dispunha que o dano anormal exigido para a caracterização do abuso do direito, resultado do exercício normal de direito previsto em lei, seria aquele que ultrapassasse os limites determinados pelas próprias necessidades sociais, que seria apurado pela aplicação do princípio da equidade. Mas não se sustentou à mais simples crítica. Cunha de Sá desmantelou a tese argumentando que somente pode ser qualificado como ilegítimo o dano que for ilegitimamente causado. Logo, o dano anormal pode ser a consequência de um ato abusivo, devendo a irregularidade ser verificada pela qualificação do ato e não por seus resultados.²³³

De maneira geral, para a teoria objetiva, prevaleceram os critérios elencados para a verificação do exercício abusivo do direito, que seriam: “o critério intencional, radicado na intenção de prejudicar; o critério técnico, fundado no exercício incorreto de um direito; o critério econômico, assente na utilização dos direitos para satisfazer a

²²⁸ LUNA. **Abuso do direito**, p. 81.

²²⁹ *Ibidem*, p. 81-82.

²³⁰ MARTINS. **O abuso do direito e acto ilícito**, p. 158.

²³¹ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 168-169.

²³² CARVALHO NETO. **Abuso do direito**, p. 77-79.

²³³ SÁ. **Abuso do direito**, p. 355 *apud* LAUTENSCHLAGER. **Abuso do direito**, p. 41.

interesses ilegítimos; e, o mais importante deles, o critério funcional, finalista ou social”.²³⁴

Depreende-se, então, o acréscimo de critérios para a verificação do exercício regular de um direito subjetivo ou situação jurídica, pautados em elementos objetivos, escapando da dificuldade da exclusiva análise subjetivista da intenção do agente, o que corroborou com a evolução do instituto do abuso do direito.

2.4.3 Teoria mista do abuso de direito

A tese da teoria mista do abuso de direito, também denominada de eclética, resume-se em uma corrente intermediária às teorias subjetiva e objetiva.

A principal característica dessa corrente é a de “conjugar o critério subjetivo e o objetivo para a aferição da existência do exercício abusivo de um direito subjetivo”²³⁵, havendo, assim, a utilização combinada de critérios psicológicos/intencionais e critérios finalistas/funcionais, ou seja, os critérios utilizados são mistos.

Há quem aponte a ausência de relevância prática dessa corrente, a exemplo de Boulos. Para esse autor, a teoria objetiva, em sua plenitude, engloba a teoria subjetiva, sendo desnecessária a conjugação dessas teorias para se construir a teoria mista.

O raciocínio é o de que sempre que um agente praticar um ato com *animus nocendi* (intenção de prejudicar) – que é o requisito para configuração do abuso do direito na teoria subjetiva –, estará contrariando a finalidade econômica e social do direito subjetivo, além de violar a boa-fé, pelo que o ato também será qualificado como abusivo pelos critérios da teoria objetiva.²³⁶

Sem prejuízo, existem os defensores da teoria mista. Um deles é Carvalho Neto, para quem essa teoria “tem a vantagem de nos permitir a análise objetivista da intenção do autor”²³⁷, não se inclinando nem ao subjetivismo e nem ao objetivismo radical.

²³⁴ LAUTENSCHLAGER. *Abuso do direito*, p. 41.

²³⁵ BOULOS. *Abuso do direito no novo Código Civil*, p. 41.

²³⁶ *Ibidem*, p. 41-42.

²³⁷ CARVALHO NETO. *Abuso do direito*, p. 61.

O que se percebe é que pela teoria mista, o abuso do direito é investigado ora sob a análise dos critérios da subjetividade, ora pelos critérios da objetividade, inexistindo propriamente uma nova teoria, senão a mera conjugação dos critérios das teorias subjetiva e objetiva.

Para ser mais exato, independentemente da argumentação para justificar a teoria mista, tem-se que da mesma forma que o agente pode exercitar seu direito subjetivo com *animus nocendi* ou sob alguma modalidade de culpa, podem inexistir essas características e mesmo assim restar configurado o abuso do direito²³⁸, tratando-se de mera questão situacional para avaliar o abuso do direito.

2.4.4 Teoria negativista

Por fim, existe a corrente teórica que nega a existência do abuso do direito, a qual possui como principais expoentes históricos Léon Duguit, Mário Rotondi e Marcel Planiol.

Como pouco interessa para o desenvolvimento deste estudo, impõe-se menor dedicação à sua apresentação, sem prejuízo de sua importância acadêmica para a evolução, construção e compreensão da moderna teoria do abuso do direito que impera na maioria dos países democráticos ocidentais.

Para tanto, contextualizam-se os principais fundamentos de cada uma das teses de referidos autores se utilizando da lição de Carpena, que, com invejável concisão, os apresenta com a fácil compreensão de que:

A formulação do conceito, assim como a indagação sobre a existência do abuso como conceito jurídico autônomo fizeram surgir diversas teorias, as quais procuraram justificar ou negar o ato abusivo, identificá-lo ou distingui-lo do ilícito. As teorias negativistas buscaram demonstrar sua inexistência, seja como consequência lógica da própria negação do conceito de direito subjetivo (Duguit); seja por situá-lo fora do campo jurídico, definido apenas como conceito metafísico (Rotondi); como também por entender que os direitos subjetivos não admitem limitação que não seja imposta pelo ordenamento (Planiol).²³⁹

²³⁸ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 169.

²³⁹ CARPENNA. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2003, p. 378.

A ideia defendida por Duguit é a de que inexistente direito subjetivo.²⁴⁰ Para esse autor somente existiria situação jurídica subjetiva, pelo que o homem não teria direitos, mas somente deveres perante o direito objetivo.²⁴¹ “O indivíduo é simplesmente situado em relação à regra, ativa ou passivamente”²⁴², inadmitindo “os poderes dos homens sobre os homens”.²⁴³ Sob essa perspectiva, inexistindo o direito subjetivo, não haveria que se falar em abuso do direito.

De outro lado, para Rotondi, a negativa à teoria do abuso do direito se sustenta por outro fundamento. É que o abuso do direito não estaria inserido no conceito jurídico, tratando-se de fenômeno sociológico, na medida em que “o abuso do direito, enquanto significa a condenação moral, pela consciência colectiva, de um determinado acto, que, todavia, pelo ordenamento positivo vigente, consiste no exercício de um direito e que, por conseguinte, é lícito, apresenta-se como um fenómeno social de interesse geral”.²⁴⁴ Logo, trata-se de um fenômeno externo ao direito, o que justificaria a impropriedade do abuso do direito.

Já para Planiol, dentro de um contexto absolutista do direito subjetivo, a impossibilidade do abuso do direito se justifica sob a motivação de que o direito cessaria quando o abuso se iniciasse²⁴⁵, sendo “irrefutável de que um só e mesmo acto não pode ser simultaneamente conforme o direito e contrário ao direito”.²⁴⁶

Contudo, essas correntes doutrinárias da teoria negativista não prevaleceram, devendo-se partir da premissa de que “hoje, não se discute possa admitir-se o abuso de direito; discute-se, apenas, em que ele consiste”.²⁴⁷

Compreendida a concepção das teorias sobre o instituto do abuso do direito, consolida-se o alicerce necessário para a análise de como ele foi acolhido pelo direito positivo brasileiro atual.

²⁴⁰ SÁ. **Abuso do direito**, p. 294.

²⁴¹ MARTINS. **O abuso do direito e acto illicito**, p. 25.

²⁴² GHESTIN, Jacques. **Traité du droit civil: introduction générale**. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 1994. p. 130 *apud* PINHEIRO. **O abuso do direito e as relações contratuais**, p. 71.

²⁴³ PINHEIRO. **O abuso do direito e as relações contratuais**, p. 71.

²⁴⁴ SÁ, *op. cit.*, p. 294.

²⁴⁵ MARTINS. **O abuso do direito e acto illicito**, p. 27.

²⁴⁶ SÁ, *op. cit.*, p. 322-323.

²⁴⁷ LUNA. **Abuso do direito**, p. 98.

2.5 O ABUSO DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No presente título se pretende analisar a norma que trata do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente sobre o enunciado normativo existente a respeito no Código Civil vigente.

O objetivo é investigar e avaliar os critérios reconhecidos pela norma brasileira para a caracterização do abuso do direito, viabilizando a construção do objeto central da pesquisa, que é o de demonstrar o “espírito” do direito de greve do setor privado no Brasil, apontando os parâmetros que limitam o exercício regular desse direito subjetivo.

2.5.1 Do tratamento do abuso do direito no Código Civil brasileiro de 2002: a norma do artigo 187

Analisada a história mais recente do ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que no direito pré-codificado, que engloba o período das Ordenações do Reino, inexistia qualquer dispositivo legal que abordasse o abuso do direito.²⁴⁸ E quando da promulgação do Código Civil de 1916, o abuso de direito também não foi recepcionado de forma tão incisiva como ocorreu em sistemas jurídicos do direito comparado.

Na verdade, o abuso de direito foi tratado no Código Civil de 1916 de forma absolutamente tímida, o que era depreendido da interpretação, a *contrario sensu*, do enunciado normativo do artigo 160, I²⁴⁹, que mesmo assim se tratou de “uma inovação que veio romper com a tradição do direito brasileiro”, sendo que, desta maneira, “quase clandestina, sem nem ao menos receber do legislador sua denominação, penetrou a teoria no ordenamento jurídico brasileiro”.²⁵⁰

²⁴⁸ CARVALHO NETO. **Abuso do direito**, p. 31.

²⁴⁹ Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

²⁵⁰ CARPENA. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2003, p. 384-385.

Por seu conteúdo, acolhia a tese subjetiva da teoria do abuso do direito, em que a caracterização dependia da intencionalidade do agente e, em certa medida, do ato culposos.

Com o advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, mais conhecida como Código Civil de 2002, indicou-se uma mudança de postura da legislação brasileira em relação ao tratamento dos direitos subjetivos de maneira geral, o que de certo modo já era um indicativo previsto em razão da disposição democrática e social da Constituição de 1988.

Referido Código Civil trouxe consigo algumas características antes desconhecidas pela norma civil anterior (o Código Civil de 1916). É que, conforme disseminado por Miguel Reale, que foi o presidente da comissão que elaborou o anteprojeto do Código de 2002, este tem como características marcantes, verdadeiros princípios, a saber, a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade.²⁵¹

Ultrapassou-se a era do direito meramente formal e individualista, com proposições jurídicas desassociadas da realidade em concreto. Agora, o direito tem uma responsabilidade e vinculação com valores sociais e éticos que o integram como elementos finalísticos.²⁵²

Tanto é assim que “em oposição à inspiração individualista do Código Civil de 1916, o novo Código Civil brasileiro optou, claramente, pela criação de normas com nítido caráter social”.²⁵³

Nesse sentido é que o legislador brasileiro caracterizou expressamente em lei o abuso do direito como sendo ato ilícito, indicando os critérios para sua caracterização, pelo que impôs formalmente limites ao exercício do direito subjetivo e às posições jurídicas, promovendo, por via indireta, que o direito fosse exercido visando atingir sua finalidade social.

Faz-se referência ao artigo 187 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: “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”.

²⁵¹ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 89-90.

²⁵² LAUTENSCHLAGER. **Abuso do direito**, p. 69.

²⁵³ BOULOS, *op. cit.*, p. 90.

Referido dispositivo nacional sofreu forte influência do artigo 334º do Código Civil português²⁵⁴, o qual, por sua vez, assim o recebeu do artigo 281 do Código Civil grego de 1940²⁵⁵; ambos possuem redação praticamente idêntica.²⁵⁶

É bem verdade que “interdição do abuso do direito é um postulado de toda ordem jurídica”²⁵⁷, o que torna prescindível a sua “prescrição positiva”, pois trata-se de um “princípio normativo”, devendo ser encarado como verdadeiro “postulado axiológicos-normativos do direito positivo”, pelo que sua aplicação independe de previsão legal. Mas, quando o abuso do direito tem previsão normativa, torna-se mais fácil a estruturação e sistematização do instituto jurídico, mitigando-se dúvidas sobre sua aplicação.²⁵⁸

No Brasil, há tratamento legal para o abuso do direito, de onde se extrai que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu a teoria objetiva ou finalista da ilicitude para a caracterização do abuso do direito, o que implica desconsiderar qualquer subjetividade inerente ao *animus* ou culpa do agente no exercício do direito ou da prerrogativa jurídica para fins de avaliação da conduta abusiva. Esse dispositivo legal se apresenta como verdadeiro princípio geral do Direito Civil, com incidência em qualquer área do direito, seja de direito privado ou público, tratando-se de uma verdadeira regra geral.²⁵⁹

Defende-se, inclusive, que a norma subjacente ao enunciado normativo do referido artigo 187 é a essência material da qualificação do princípio da socialidade que alicerça o Código Civil de 2002²⁶⁰, transparecendo a necessidade de que o direito não deve ser utilizado para fins egoísticos, em total desprezo à sua finalidade social.

Considerando a disposição legal brasileira, a investigação sobre o exercício abusivo do direito subjetivo ou prerrogativa jurídica deve ser realizada sob o prisma dos critérios então estabelecidos em referido enunciado normativo, de modo a analisar e compreender os limites então impostos pelo sistema jurídico.

²⁵⁴ “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

²⁵⁵ “O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito.”

²⁵⁶ LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 34-35.

²⁵⁷ KISS, Alexandre Charles. **L’Abus de droit em droit internacional**. Paris, 1953. p. 15 *apud* CASTRO FILHO. **Abuso do direito no processo civil**, p. 17.

²⁵⁸ ABREU. **Do abuso do direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais, p. 49-50.

²⁵⁹ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 157.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 149.

Pondera-se que a maior dificuldade no estudo do abuso do direito diz respeito à definição dos critérios para sua caracterização. Reconhecê-los e defini-los é tarefa árdua e nem sempre absolutamente conclusiva e consistente, e mesmo que esses critérios estejam dispostos em lei, ainda assim, a tarefa não deixa de ser complexa, haja vista a necessidade de compreensão de seus elementos, que via de regra são vagos e genéricos e estão intimamente ligados à evolução das relações sociais e à análise de determinado caso em concreto.

Mas, no Brasil, com efeito, é absolutamente suficiente para caracterizar o ato como abusivo o fato de o agente, no exercício de um direito subjetivo ou de uma prerrogativa jurídica próprios, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, pouco importando que, de fato, tenha essa noção.

A concepção de abuso de direito formulada por Molina representa bem essa dimensão consolidada no ordenamento jurídico brasileiro:

Quando o titular de uma prerrogativa jurídica, de um direito subjetivo, atua de modo que sua conduta é coerente com a norma legal que concede a faculdade, mas que é contrário à boa-fé, à moral, aos bons costumes, aos fins sociais e econômicos em virtude do qual o outorgado tem a prerrogativa; ou quando atua com culpa ou dolo, sem utilidade para si mesmo e causando danos a terceiros, incorre em um ato abusivo, não exerce seu direito, mas abusa dele. Em tal caso, o ato carece de eficácia e vincula a responsabilidade do agente pelos danos causados.²⁶¹

Observa-se que o Código Civil brasileiro dispôs o abuso do direito no Título II sobre os Atos Ilícitos, enumerando ao menos duas modalidades distintas da espécie, como previsto nos artigos 186 e 187. A distinção é verificada primeiramente porque existe um enunciado normativo próprio separado para cada uma delas, sem falar que os requisitos caracterizados da ilicitude também são diversos. Ainda que digam respeito à

²⁶¹ Tradução livre de: “Cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se há outorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él. En tal caso, e lacto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por los daños causados” (MOLINA. **Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**, p. 11-12).

configuração de atos ilícitos, o fato é que as realidades normativas entre ambos são diferentes.²⁶²

Enquanto o ato ilícito previsto no artigo 186 é aquele praticado por quem não está no exercício de um direito subjetivo ou prerrogativa jurídica, o disciplinado no artigo 187, ao contrário, o é. A hipótese do artigo 187 é de ato ilícito pelo abuso do direito, que é o exercício irregular de um direito, faculdade, liberdade ou situação jurídica.²⁶³

Essa afirmação conduz à conclusão de que somente o titular de um direito ou prerrogativa jurídica reconhecidos é que poderá ter a imputação do artigo 187, sendo inviável a prática de abuso no exercício de um direito subjetivo por aquele que não seja detentor do direito ou prerrogativa jurídica.

Para ser mais exato, o fato de o agente ser titular de um direito subjetivo ou de prerrogativa jurídica é questão prejudicial para incidência do artigo 187 do Código Civil brasileiro.

Muito precisa é a distinção apresentada por Carpena, quando aduz que:

O que diferencia a duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.²⁶⁴

Ademais, ressalva-se que ainda que as sanções para os atos ilícitos previstos nos artigos 186 e 187 possam ser as mesmas, isso por si só não advoga contra a distinção desses atos. Outro argumento pela distinção é o de que:

[...] os pressupostos para a configuração das *formas de ilicitudes* descritas nos artigos 186 e 187 do Código Civil são diferentes, o que também corrobora o entendimento segundo o qual, embora se trate dos *atos ilícitos*, não

²⁶² BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 46.

²⁶³ *Ibidem*, p. 46.

²⁶⁴ CARPENA. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2003, p. 381.

correspondem ao *mesmo tipo de ato ilícito* ou, se preferirem, ao *mesmo ato ilícito*.²⁶⁵

Esclarecida referida distinção, cumpre agora debruçar-se sobre os critérios previstos no artigo 187 do Código Civil para a caracterização do abuso do direito. Sobre o assunto, extrai-se desse dispositivo legal a existência de três “balizas de averiguações da disfuncionalidade”, que seriam o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes, os quais se traduziriam em apenas dois núcleos essenciais, a saber, o fim econômico ou social do direito e a boa-fé objetiva. A exclusão dos bons costumes como um núcleo autônomo para exame se justifica porque os bons costumes estariam implicitamente integrados às demais balizas.²⁶⁶

Esmiuçando ainda mais esses parâmetros, tem-se que:

quando a norma faz uso da expressão fim econômico ou social, acaba por albergar duas balizas de interpretação do exercício abusivo: (i) a finalidade da norma (*ratio essendi*), “o que a norma protege”, e (ii) a função social.

Assim, dos dois núcleos essenciais do tipo, extraímos três cláusulas gerais que deve funcionar como bitolas interpretativas: (i) finalidade (*ratio essendi*), (ii) função social e (iii) boa-fé.

Desde modo, o balizamento do exercício das posições jurídicas é fazê-lo em consonância com sua finalidade (*ratio essendi*), conforme sua função social, e entendo como standard jurídico a boa-fé objetiva.

Essas balizas servem de bitola de interpretação para aferição do espaço de liberdade (*agire licere*) dentro do qual as posições jurídicas devem, de boa-fé, ser exercidas.²⁶⁷

Apresenta-se apropriada, então, a análise de cada um dos elementos, frisa-se, objetivos caracterizadores do abuso do direito previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.5.2 O abuso do direito e os elementos para sua caracterização

Neste momento, para compreensão de como a teoria do abuso do direito é caracterizada no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário analisar especificamente cada um dos elementos estabelecidos expressamente no artigo 187 do Código Civil.

²⁶⁵ BOULOS. *Abuso do direito no novo Código Civil*, p. 47-48.

²⁶⁶ RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, p. 52.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 54.

É muito significativo que se compreenda a exata norma desse dispositivo legal, porque diz respeito exatamente ao enunciado normativo que reconhece o abuso do direito e o equipara a um ato ilícito propriamente dito, indicando objetivamente os critérios que balizam a investigação jurídica sobre a ato praticado pelo titular do direito.

2.5.2.1 *Do excesso manifesto às finalidades socioeconômicas*

Considerando a ordem disposta na redação do citado artigo 187 do Código Civil brasileiro, o primeiro critério para caracterização do abuso do direito é aquele inerente ao exercício da prerrogativa jurídica que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social.

Faz-se necessário analisar e compreender o conteúdo da norma que impõe esse limite ao direito, sendo essencial criticar cada um dos elementos gramaticais que compõem a redação desse enunciado. Implica dizer que a correta interpretação desse dispositivo legal deve considerar cada um dos termos que o constituem.²⁶⁸

O primeiro ponto a ser observado é que não é qualquer excesso no exercício de direito que conduz à caracterização do ato ilícito oriundo do abuso do direito. Para tanto, é exigência legal que o excesso seja manifesto. Não caracteriza, portanto, o abuso do direito quando o excesso for mínimo ou insignificante.

Compreende-se que o exercício deve exceder de tal modo os parâmetros de sua finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes a ponto de qualificá-la como clamorosa e evidente.²⁶⁹

Qualificar o excesso é o mesmo que resguardar o direito subjetivo e reconhecer a sua importância no ordenamento jurídico. Não passa despercebido que o direito subjetivo é inerente à garantia de um espaço de liberdade do indivíduo em que ele pode exercer a sua autonomia privada e seu poder em dirigir sua vida, faculdades essenciais para a segurança jurídica contra a constantes interferências externas.

O Direito não é também uma ciência capaz de induzir a uniformidade de todas as condutas dos agentes, ainda que em relação ao exercício do mesmo direito subjetivo. É que há um espaço de liberdade em que o exercício do direito pode ser realizado, que viabiliza que o mesmo direito seja praticado de várias maneiras e com

²⁶⁸ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 163.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 162-163.

diversos impactos. O que se pretende esclarecer com essa argumentação é que a segurança jurídica é uma das funções do direito e, assim sendo, evidente que há uma razoável expectativa sobre a forma que determinado direito deva ser exercido. E em se considerando esse espaço de autonomia do exercício do direito, não se pode exigir que o mínimo desvio possa ser configurado como abuso de direito, mesmo porque o direito não é exato em si mesmo.²⁷⁰

Para uma melhor compreensão das condicionantes ao exercício regular do direito previstas no artigo 187, é essencial observar a seguinte distinção: enquanto a boa-fé e os bons costumes são limites gerais incidentes sobre todos os direitos de maneira geral, sem particularidade distinta para cada direito subjetivo diverso, a finalidade econômica e social, ao contrário, é específica para cada direito ou prerrogativa jurídica.²⁷¹

Então, afirma-se que:

a boa fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e económico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício. Este último limite é específico – cada direito tem, ou pode ter o seu fim social e económico; os dois primeiros são gerais: a boa fé e os bons costumes não emergem, na fórmula legal, de cada direito em si.²⁷²

Leia-se, portanto, que cada direito subjetivo tem uma finalidade econômica e social diversa, especialmente considerada, ainda que em alguns casos possa haver coincidência, diferentemente da boa-fé e dos bons costumes que incidem da mesma forma, como princípios gerais do direito, sobre todos os direitos subjetivos e prerrogativas jurídicas de forma indistinta.

Logo, para cada caso em concreto deve-se avaliar a finalidade econômica e social de determinado direito para se investigar a caracterização do abuso no seu exercício.

Exemplifica-se: é intuitivo que a finalidade econômica e social do direito de greve é certamente diversa da do direito de propriedade. Há uma finalidade econômica e social distinta para cada um desses direitos. Já no que diz respeito às condicionantes da

²⁷⁰ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 58.

²⁷¹ BOULOS, *op. cit.*, p. 179.

²⁷² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2015. p. 659.

boa-fé e dos bons costumes, evidencia-se que, independentemente do direito (de greve, de propriedade, de ir e vir etc.), a incidência será a de valor idêntico para todos os casos.

Deve-se ter a sensibilidade de não confundir aqui a finalidade econômica e social de cada direito subjetivo com a inexistência de relatividade desse mesmo direito subjetivo. Não se deve confundir eventual desequilíbrio econômico havido no conflito de interesses com a finalidade econômica ou social de cada direito. O fato é que, diferentemente da boa-fé e dos bons costumes (que incidem da mesma forma, dimensão e generalidade sobre todos os direitos subjetivos e prerrogativas), existe uma finalidade econômica e social específica de cada direito subjetivo.

Nota-se que a finalidade econômica e social do direito já era, em alguma medida, apontada por Louis Josserand no início do século XX, quando defendia que o direito subjetivo não se prestava tão somente a satisfazer os interesses exclusivos do titular, havendo um delimitador ao seu exercício que seria o “espírito” daquele direito, como lhe é atribuído pela sociedade que lhe concedera.²⁷³

Importa neste momento definir os parâmetros gerais para a identificação da finalidade econômica ou social de cada direito subjetivo ou prerrogativa jurídica, mormente porque cada um destes possui a sua finalidade própria e, a princípio, distinta, ainda que se admita eventual coincidência.

Para tanto, apresenta-se coerente a proposta de Lautenschlager, no sentido de que esses “fins econômicos e sociais [...] podem ser delimitados e depreendidos através da interpretação de princípios e disposições constitucionais”.²⁷⁴ Em outras palavras, faz-se necessário o exame das disposições contidas na Constituição de 1988 para encontrar parâmetros legítimos que viabilizem a definição dos fins econômicos e sociais de cada direito, inclusive no direito de greve, que se inclui também no objeto da presente pesquisa e que será enfrentado no próximo capítulo.

Cediço que a Constituição de 1988 oferta dimensão jurídica própria às ordens econômica e social. E assim o fez seguindo tradição histórica que iniciou no ano de 1917 pela Constituição mexicana, a primeira a elevar ao plano jurídico supremo tais institutos, passando pela Constituição alemã de Weimar de 1919, a qual influenciou a

²⁷³ JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1950. v. 1. t. 2. p. 311-312.

²⁷⁴ LAUTENSCHLAGER. **Abuso do direito**, p. 96.

primeira disposição da ordem econômica e social em Constituição no Brasil, no ano de 1934.²⁷⁵

Historicamente, os direitos da ordem econômica, em regra, foram tratados no mesmo capítulo que os da ordem social, repercutindo em certa confusão sobre a distinção do que seriam os direitos de natureza econômica e os de natureza social.

Por óbvio, permanece uma margem de atuação ao titular do direito no exercício de sua prerrogativa jurídica, de modo que, ainda que o direito tenha uma função social e uma econômica, estas não são de tal modo absolutamente vinculativas que imponham a “supressão radical das liberdades pessoais”.²⁷⁶

Nesse aspecto, bem articula Cordeiro que:

quando o Direito atribua ou reconheça, às pessoas, espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio; a referência a uma função social e econômica exprime a ideia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de econômica.²⁷⁷

Ademais, importante a distinção realizada pelo Superior Tribunal de Justiça entre a finalidade do instituto jurídico e o fim social e econômico do exercício de um direito. Como se nota do trecho do voto condutor do julgamento, este entendeu que a função social não é o objetivo do contrato (instituto jurídico), mas sim um critério limitador do exercício do direito subjetivo:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.²⁷⁸

²⁷⁵ LAUTENSCHLAGER. **Abuso do direito**, p. 91.

²⁷⁶ CORDEIRO. **Da boa-fé no direito civil**, p. 1.231.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 1.231.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 783.404/GO, Goiás. 2ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

O que não se deve confundir, e se percebe alguma tentativa de impor essa confusão a depender da ideologia que se defende, é que a imposição de uma função social e econômica como limitadora do exercício de uma prerrogativa inversa à lógica do sistema capitalista, em que a circulação de riquezas e a liberdade de se contratar prevalecem, para defender a necessidade de distribuição dessas riquezas. Evidente que os critérios para a proibição do exercício abusivo do direito não se prestam a isso, sem que essa posição implique promoção de qualquer espécie de exploração do homem pelo homem. Ao contrário, acredita-se que a estabilização das instituições e a segurança jurídica permitem a evolução da sociedade.

Sobre o assunto, esclarece Diniz que:

a função social da propriedade e a dos contratos constituem limites à autonomia da vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade (CF, art. 3º, I), à justiça social (CF, art. 170, *caput*), à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade da pessoa humana.²⁷⁹

Conclusivamente, “a referência ao fim econômico e social, encontrada no artigo 187 do novo Código Civil, importa em dizer que o exercício do direito se encontra limitado pelo seu fim”.²⁸⁰ Isto é, deve-se avaliar cada direito subjetivo e prerrogativa jurídica em concreto, visando verificar a sua finalidade social e econômica no contexto do direito positivo (leia-se, ordenamento jurídico).

2.5.2.2 A boa-fé como parâmetro de aferição do abuso do direito

Outro limitador do exercício regular do direito é a boa-fé²⁸¹, mais precisamente a boa-fé objetiva, sendo este o parâmetro para avaliação do eventual abuso de prerrogativa jurídica no caso em concreto.²⁸²

Essa classificação da natureza da boa-fé é essencial para a compreensão da análise, especialmente porque há evidente distinção entre suas duas modalidades

²⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. Teoria das obrigações contratuais extracontratuais. p. 23.

²⁸⁰ PINHEIRO. **O abuso do direito e as relações contratuais**, p. 305.

²⁸¹ BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 181-182.

²⁸² *Ibidem*, p. 180.

jurídicas. É que a boa-fé pode ser classificada como subjetiva ou objetiva, e o artigo 187 do Código Civil brasileiro contempla o critério da boa-fé objetiva²⁸³, a qual tem previsão legal no artigo 422 do mesmo Código.²⁸⁴

A boa-fé subjetiva é aquela inerente a “um estado ou situação de espírito que se traduz no convencimento da licitude de certo comportamento ou ignorância da sua ilicitude, resultando de tal estado consequências favoráveis para o sujeito do comportamento”²⁸⁵, portanto vinculada a uma esfera psicológica.

Enquanto, por outro lado, a boa-fé objetiva se traduz em um verdadeiro princípio geral do direito referente à conduta do sujeito de direito, referindo-se à obrigação de que “as pessoas devem ter um comportamento honesto, correto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros”.²⁸⁶

Logo, “a boa-fé objetiva é justamente aquela que impõe a todos os sujeitos de direitos o dever de manter, em todas as situações e relações jurídicas, um comportamento probo, leal e confiável”²⁸⁷, ao passo que a boa-fé subjetiva é vinculada ao estado de consciência, caracterizada pela crença de licitude naquilo que se apresenta.

Como parâmetro limitador para o comportamento do sujeito de direito, deve-se considerar que o princípio da boa-fé vale “para todo comportamento juridicamente relevante das pessoas”²⁸⁸, caracterizando como verdadeira norma genérica de conduta. Por isso que se defende que a boa-fé objetiva é um “*standart* de comportamento”²⁸⁹, atuando como balizador da conduta do titular do direito, um verdadeiro “princípio estruturante”.²⁹⁰

Verifica-se que a boa-fé objetiva não se trata de um estado de “espírito” do sujeito de direito. Melhor distinguindo-as, enquanto na modalidade subjetiva o titular do direito deve atuar *em* boa-fé, na objetiva a conduta deve ocorrer *segundo* a boa-fé.

²⁸³ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 68.

²⁸⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁸⁵ ABREU. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais, p. 55.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 55.

²⁸⁷ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 69.

²⁸⁸ ABREU, *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁹ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 71.

²⁹⁰ LEVY. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**, p. 234.

Traduz-se assim em um parâmetro que deve conduzir o exercício de todo direito subjetivo.²⁹¹

Assim sendo, o ordenamento jurídico rechaça o exercício de direito imbuído de má-fé, um comportamento axiologicamente reprovável. A boa-fé tem relação com os princípios da eticidade e socialidade que motivam o Código Civil brasileiro²⁹², incidindo como balizadora de todo o ordenamento jurídico, fixando uma “ética relacional”.²⁹³

De todo modo, faz-se necessário conhecer a funcionalidade da boa-fé objetiva dentro de uma dimensão mais concreta sob o aspecto do Código Civil brasileiro. Sobre o tema, Cavalieri Filho define as funções da boa-fé objetiva em três planos, indicando, entre outras, a função de controle do exercício do direito subjetivo, que é o que interessa para o presente estudo:

Três são as funções da boa-fé objetiva no atual Código Civil: a função interpretativa – regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113); b) função integrativa – fonte de deveres anexos dos contratos (art. 422); c) função de controle – limite ao exercício dos direitos subjetivos (art. 187). Em sua função de controle, que aqui nos interessa, a boa-fé representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. E assim é porque a boa-fé é o princípio cardinal do Código de 2002, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, em quanto forma regulamentadora das relações humanas. Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.²⁹⁴

A propósito, sobre a função de controle, Martins-Costa indica hipóteses de sua caracterização:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos. Por essa razão é alargadíssimo esse

²⁹¹ SÁ. **Abuso do direito**, p. 171.

²⁹² RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 76.

²⁹³ *Ibidem*, p. 76-77.

²⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178-179. No mesmo sentido: LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso do direito e a função de controle da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, ano 7, n. 18, p. 229-241, out./dez. 2008. p. 236.

campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc. Nesse panorama privilegiarei, porém, a invocação de três hipóteses, quais sejam a teoria do adimplemento substancial, em matéria de resolução de contrato, a invocação de regra do *tu quoque*, em matéria de oposição da exceção de contrato não cumprido, e o *venire contra factum proprium*, todas possíveis de ser englobadas na ampla categoria da inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé.²⁹⁵

Mas, como bem pondera Abreu, existe um problema na determinação da boa-fé objetiva. É que, a princípio, ela se caracteriza como uma cláusula geral com excessivo caráter indeterminado²⁹⁶, o que prejudica sua concreção.

Para superar essa imprecisão, referido autor indica a solução dada pela doutrina alemã, que, em se considerando os casos enfrentados pelos tribunais, relaciona algumas “hipóteses típicas” ou “figuras sintomáticas” que caracterizariam, em concreto, a cláusula geral da boa-fé. As principais delas seriam a proibição de *venire contra factum proprium*²⁹⁷, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu toque*, figuras estas ligadas à teoria dos atos próprios.

O *venire contra factum proprium* impede que o titular de um direito exija uma pretensão dissonante com a conduta própria que praticou anteriormente. Isto é, proibi-se o comportamento contraditório. A *supressio* (uma das espécies da *verwirkung* da doutrina alemã) corresponde a uma consequência da inércia de um titular de direito no exercício do direito subjetivo ou de prerrogativa jurídica, que implica a diminuição de uma obrigação a outrem em razão da expectativa que essa inércia gera. Por outro lado, a *surrectio* (a outra espécie da *verwirkung* da doutrina alemã) “seria o contraposto da *supressio*, ou seja, ocorrerá sempre que houver um comportamento reiterado que gera para a contraparte um direito subjetivo baseado na confiança”.²⁹⁸ Corresponde mesmo ao aumento da obrigação, oriundo também da legítima expectativa de direito gerada pela conduta de uma das partes, ainda que tal obrigação não esteja pactuada.

O *tu toque*, por sua vez, “relaciona-se à ideia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las”, a exemplo do “menor, relativamente incapaz,

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 454.

²⁹⁶ ABREU. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais, p. 59-60.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 59-60.

²⁹⁸ LOURENÇO. O abuso do direito e a função de controle da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, p. 239.

que oculta sua pouca idade para driblar a vedação contida no art. 180 do CC e, posteriormente, invoca esse mesmo dispositivo para eximir-se da obrigação contraída”.²⁹⁹

Nessa perspectiva, depreende-se que nem o direito e nem o seu respectivo exercício, a princípio, são proibidos pelo ordenamento jurídico. O que torna o exercício de uma posição jurídica abusivo, por contrariar a boa-fé objetiva, é exatamente a maneira pela qual ocorre o seu exercício.³⁰⁰ Isto é, um comportamento que inicialmente não era vedado, passa a sê-lo por circunstâncias objetivas. “Os exercícios das posições jurídicas passam a ser axiologicamente orientados pela boa-fé objetiva, como regra de conduta leal”.³⁰¹

Assim sendo, evidencia-se que objetivamente deve-se avaliar a conduta do agente, independentemente de sua consciência (elemento subjetivo), para se aferir a regularidade do exercício de sua prerrogativa jurídica. O parâmetro é a análise objetiva da conduta diante da regra imposta pela boa-fé objetiva.³⁰²

Considera-se, de todo modo, que o princípio da boa-fé objetiva é apenas um dos critérios limitadores no exercício regular do direito, existindo outros parâmetros que se contrariados, simultaneamente ou não, concretizam o exercício anormal do direito, caracterizando o comportamento abusivo, que é repellido pelo ordenamento jurídico.

Por qualquer enfoque que se avalie a conduta, sendo contrariado o fundamento axiológico do direito subjetivo, haverá a concretização do abuso do direito.³⁰³

A boa-fé objetiva configura um dos elementos mais importantes da aferição da conduta abusiva, revelando-se essencial critério regulador da convivência harmoniosa para o sujeito de direito.

2.5.2.3 *Do excesso manifesto aos limites impostos pelos bons costumes*

Por fim, o último limitador do exercício regular de direito previsto no artigo 187 do Código Civil brasileiro são os bons costumes. Uma vez que o exercício do

²⁹⁹ LOURENÇO. O abuso do direito e a função de controle da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, p. 238.

³⁰⁰ RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, p. 86.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 85.

³⁰² BOULOS. **Abuso do direito no novo Código Civil**, p. 182.

³⁰³ LEVY. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**, p. 235-236.

direito subjetivo ou de prerrogativa jurídica exceda manifestamente os limites impostos pelos bons costumes restará caracterizado o abuso do direito.

Ainda que todos os parâmetros para a caracterização do abuso do direito sejam genéricos, tem-se que os bons costumes talvez seja o mais impreciso de todos eles, excessivamente fluído, até porque incita a influência da moral sobre o direito, dificultando ainda mais a sua concepção objetiva, relegando a sua investigação mais ainda para o caso em concreto.

De plano, deve-se perceber que os bons costumes não se confundem com os usos e costumes. São situações jurídicas distintas, merecendo a atenção devida para que eventual equívoco conceitual não desvirtue a credibilidade da pesquisa.

Da mesma forma que a boa-fé, também existem duas concepções dos bons costumes, a sociológica e a idealista, assim definidas por Cunha de Sá: “a sociológica, que procura o respectivo conceito, naturalmente evolutivo, na opinião socialmente dominante, e a idealista, guiada por ditames de ordem filosófica ou religiosa, reagindo sobre as práticas usuais”.³⁰⁴

Mas o critério dos bons costumes, utilizado como limitador do exercício do direito, é exatamente aquele inerente à “moral objectiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social”. Assim sendo, não se aplica a concepção idealista dos bons costumes, referente aos “ditames de ordem filosófica ou religiosa, reagindo sobre as práticas usuais”, nem tão menos a “da moral subjectiva do juiz”³⁰⁵, concretizando o critério na consciência social dominante.³⁰⁶

Esse é o mesmo entendimento de Cavalieri Filho, mormente quando afirma que os bons costumes:

Compreendem as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio.³⁰⁷

³⁰⁴ SÁ. **Abuso do direito**, p. 189-190 *apud* ABREU. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais, p. 63.

³⁰⁵ ANDRADE, Manuel A. D. de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. p. 341 *apud* ABREU, *op. cit.*, p. 63-64.

³⁰⁶ ABREU, *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁷ CAVALIERI FILHO. **Programa de responsabilidade civil**, p. 180.

É afirmar que são equivalentes “àquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável”, tratando-se de verdadeira moral pública positiva³⁰⁸, possuindo, por isso, uma natureza variável e contingente.

Portanto, determina-se assim a concepção do critério dos bons costumes como parâmetro ao exercício regular de um direito, especificando-se como não idealista, mas sim atrelado à consciência ética coletiva predominante em certo momento na sociedade.

³⁰⁸ BOULOS. *Abuso do direito no novo Código Civil*, p. 186-188.

3 O “ESPÍRITO” DO DIREITO DE GREVE NO SETOR PRIVADO

O propósito do presente capítulo é o de analisar o “espírito” do direito de greve no setor privado no Brasil, investigando os limites do exercício desse direito subjetivo em se considerando o ordenamento jurídico brasileiro e o fim social de referido direito dentro do contexto desse delimitado direito positivo.

Portanto, ressalta-se, sobretudo para evitar equivocadas expectativas, que o exame aqui se fixa exclusivamente ao “espírito” da greve no setor privado no Brasil. Logo, absolutamente, não há o intuito e nem o espaço de se abordar a greve no setor público (artigo 37, VII, da Constituição de 1988³⁰⁹) e nem dos militares ou equiparados, mesmo porque questões desta complexidade exigiriam um projeto específico para tanto, dada a problemática e controvérsia existentes sobre esse direito.

Registrado objetivamente o presente recorte da pesquisa, inicia-se a abordagem sobre o “espírito” do direito de greve, abordando a qualificação da greve como direito humano fundamental e a sua regulamentação e conformação pela Lei nº 7.783/1989.

3.1 A GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SUA CONFORMAÇÃO

Conforme ensinamentos de Daniel Wunder Hachem, “o que diferencia um direito qualquer de um direito que receba do sistema constitucional – explícita ou implicitamente – ao qualificativo de fundamental é o regime jurídico ao qual cada um deles está submetido”.³¹⁰ Esse regime jurídico a que o referido autor faz alusão diz respeito a uma proteção jurídica superior, que não cede tão facilmente e nem tão menos é vencido em qualquer espécie de colisão.

Para o citado autor, existem dois critérios para se reconhecer os direitos fundamentais na Constituição de 1988. O primeiro deles é o enunciado normativo estar

³⁰⁹ 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: [...]

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

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

³¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107635>>. Acesso em: 1º maio 2015.

inserido no bojo do Título II, onde consta um rol expresso de direitos fundamentais. O segundo é o disciplinado no artigo 5º, §2º³¹¹, que reconhece expressamente que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.³¹²

“Que direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece ser uma ideia natural”³¹³, mesmo porque é regra se difundir que inexistente direito absoluto, sem prejuízo da complexidade relacionada à matéria, ainda mais quando se trata de restrições a direitos fundamentais.

A respeito, desenvolveram-se duas teorias que justificariam a restrição dos direitos fundamentais: a teoria externa e a teoria interna.

Para a teoria externa existe o direito e sua restrição, em se considerando duas situações distintas. Então, há o direito em si, original e não restringido, e sua restrição posterior, havendo então o direito restringido.³¹⁴ Extrai-se dessa teoria que não há qualquer relação imanente entre o direito e a restrição. A relação entre ambos ocorre no conceito externo ao direito, no momento em que se deve conciliar o direito em si com outros direitos, quando incide a restrição.

Por outro lado, na teoria interna existe uma relação imanente entre o direito e sua restrição, sendo o direito determinado por seu conteúdo, não havendo se falar em restrição, mas sim em limite daquele direito considerado em si. Aos limites do conteúdo do direito denomina-se restrições imanentes.³¹⁵

Robert Alexy compreende que a prevalência de uma teoria sobre a outra está condicionada ao fato de se entender os direitos fundamentais como regras (posições

³¹¹ HACHEM. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**.

³¹² A respeito, Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 74-75) entende que “com relação à nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais [...] somente a análise de seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material”.

³¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 276. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições a publicidade de refrigerantes e sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 109-141, jul./set. 2004. p. 112 e MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun. 2014. p. 128.

³¹⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 277-278.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 277-278.

definitivas) ou como princípios (*prima facie*). Na hipótese de se entender que os direitos fundamentais são regras, portanto, colocados em posições definitivas (que não cede, tudo ou nada), a teoria externa pode ser afastada. Ao contrário, entendendo-se os direitos fundamentais como princípios, submetendo-se a sopesamento e cedendo, a teoria interna que é refutada.³¹⁶

Deve-se ter a devida noção de que “a violação ao direito fundamental é algo muito diferente de sua restrição”.³¹⁷

É bem verdade que absolutamente inviável é o tratamento pelo legislador constituinte da concretude dos direitos fundamentais, sob o enfoque abstrato, a ponto de estabelecer toda suas matizes no âmbito da norma constitucional de modo a desprezar a necessidade de legislação infraconstitucional para adequar aquela previsão à vida real em concreto, de sorte que “os direitos fundamentais constitucionais são limitáveis, restringíveis, modificáveis, por parte da lei ordinária, mesmo quando não há autorização constitucional expressa para tanto”.³¹⁸

Sobre essa questão, o pensamento de Jorge Reis Novais é que a lei ordinária que procede, de alguma forma, a configuração de um direito fundamental ou até mesmo lhe imponha restrições, no sentido de dar efetividade àquele direito, permitindo a sua vinculação com a realidade social, inclusive por criar condições para o seu exercício, “é norma e garantia do direito fundamental, é norma de direito fundamental, é direito fundamental”.³¹⁹

Como adverte Robert Alexy, em se tratando das espécies de restrições a direitos fundamentais, deve-se observar a diferença existente entre normas restritivas das normas conformadoras e regulamentadoras. Na oportunidade, traz a lição de Lerche³²⁰, que chama a atenção para a diferenciação existente “entre normas interventoras, esclarecedoras, conformadoras, protetoras de abuso e solucionadoras de conflitos”³²¹, concluindo, aquele primeiro, que inexistente “uma sistemática das restrições que seja satisfatória”.³²²

³¹⁶ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 278.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 279.

³¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 162-163.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 165.

³²⁰ Conforme Peter Lerche, *UbermB und Verfassungsrecht*, p. 106 et seq. apud ALEXY, *op. cit.*, p. 286.

³²¹ ALEXY, *op. cit.*, p. 285-286.

³²² *Ibidem*, p. 285-286.

Ao abordar as restrições de direitos fundamentais, Robert Alexy leciona que “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”.³²³ Isso significa que essas restrições podem ocorrer diretamente por norma constitucional, quando a restrição é classificada como sendo diretamente constitucional, ou por norma infraconstitucional, desde que autorizada pela constituição, quando falar-se-á em restrições indiretamente constitucionais.³²⁴

No entendimento de referido autor, as “restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer”.³²⁵ Logo, para esses casos, deve haver expressa autorização admitindo a restrição de um direito fundamental, sem o que seria ela inconstitucional, a princípio.

Essa autorização ocorre por meio de cláusulas de reserva explícitas, que são disposições contidas na própria constituição, que tratam da autorização de restrição àquele direito. Elas podem ser cláusulas simples ou qualificadas: a simples se caracteriza quando a constituição autoriza a restrição de maneira genérica, enquanto na reserva qualificada o dispositivo constitucional, ao autorizar a imposição de restrição, já lhe delimita o conteúdo.

Interessante observar que a referida autorização expressa constitucional também abarca a referência à lei ordinária, ampliando a competência ordinária para impor restrições ao respectivo direito fundamental, tratando, no caso, de cláusula implícita de reserva.

“O principal problema das reservas é sua delimitação”³²⁶, até mesmo para avaliar sua validade e constitucionalidade sob o aspecto material. A pergunta inerente é a seguinte: qual o limite dos limites a ser imposto ao direito fundamental?

Apresenta-se como alternativa na verificação desse limite, dessa dimensão restritiva, sem prejuízo da verificação da observância dos parâmetros formais, a avaliação do conteúdo da restrição imposta sob o enfoque da proporcionalidade, até para se evitar o esvaziamento do direito fundamental restringido, assim como para

³²³ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 286.

³²⁴ *Ibidem*, p. 286.

³²⁵ *Ibidem*, p. 291.

³²⁶ *Ibidem*, p. 291-293.

evitar o excesso de determinado direito fundamental, o que pode prejudicar outros direitos e todo o sistema.³²⁷

Porém, é certo que “as leis restritivas, por sua vez, devem ter caráter geral e abstrato, não podendo ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.³²⁸

Assim sendo, observa-se que “o legislador tem, portanto, uma competência constitutiva para imposição de restrições”³²⁹, pelo que, de certo modo, não há como limitar a atuação do legislador no sentido de que deva somente repetir aquilo que já está dito na norma fundamental.

Sob esse enfoque, apresenta-se que a teoria da restrição só merece atenção à medida que se admite esse raciocínio porque, ao contrário, bastaria expor que não haveria espaço ao legislador ordinário para impor restrições aos direitos fundamentais, especialmente àqueles que não há autorização expressa na constituição. Por mais que a competência legislativa constitutiva deva obedecer, nesse sentido, princípios substanciais, diga-se em relação aos limites das restrições, existe margem à competência legislativa para tanto.³³⁰

De todo modo, ao menos sob o entendimento de Robert Alexy, seria admissível a restrição de direito fundamental somente na hipótese de se aos “princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”³³¹, razão pela qual o referido autor conclui que os direitos fundamentais, por sua própria natureza e, portanto, por si sós, “são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”.³³² Portanto, “nem todas as normas de direito ordinário que tenham como objeto algo que é abarcado por um direito fundamental podem ser consideradas como restrições a esse direito”.³³³

Deve-se perceber, nesse contexto, a distinção existente entre a imposição de restrição e a promoção de regulamentação ou configuração do direito. É fato que é legítima uma norma que tem nexos com o direito fundamental, ou seja, que de algum

³²⁷ ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 291-293.

³²⁸ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 91-128, jan./mar. 2006. p. 97.

³²⁹ ALEXY, *op. cit.*, p. 294.

³³⁰ *Ibidem*, p. 295.

³³¹ *Ibidem*, p. 294.

³³² *Ibidem*, p. 294.

³³³ *Ibidem*, p. 332.

modo tenha relação direta com aquele direito, tratando de seu objeto e sem o qual aquele direito não seria efetivo, mas que não lhe imponha restrição. Eis a norma configuradora.

Segundo Haberle, citado por Robert Alexy, “todos os direitos fundamentais são não apenas passíveis e carentes de restrição legal como também de uma configuração a todos os direitos fundamentais, como também utiliza um conceito bastante amplo de configuração”.³³⁴ O referido autor entende que a configuração do direito fundamental se impõe como modo de trazê-lo para a realidade social, aproximando a teoria constitucional da prática, pelo que, através do legislador ordinário, a legislação infraconstitucional teria a competência e legitimidade para promover uma “configuração criadora”.³³⁵

Avaliando um determinado direito fundamental, deve-se ponderar sobre sua amplitude. Existem direitos fundamentais que possuem dimensões que se fossem aplicadas de forma plena inviabilizariam a existência de outros direitos fundamentais, que, não obstante não serem determinados com tamanha amplitude, têm valores equivalentes ou até mesmo superiores, dependendo da aplicação no caso em concreto. Nesse caso, deve-se admitir a imposição de restrição ao direito fundamental, não para fins de impedi-lo de existir, mas com o intuito de satisfazer a “necessidade de conferir adequada proteção a todo o inumerável conjunto de valores potencialmente conflituante com a liberdade geral de ação”.³³⁶

Isso implica que “mesmo quando a Constituição não a prevê expressamente, a possibilidade de restrição de um direito fundamental é inexorável e resulta da necessidade de preservação de outros direitos”³³⁷, como bem esclarece Estevão Mallet.

Ricardo Marcondes Martins oferece interessante exemplo sobre a restrição de direitos fundamentais, tendo como base a própria Constituição de 1988. A respeito, tece considerações sobre a restrição ao acesso a informações imposta por regras constitucionais, como ocorre no caso de “informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Sem prejuízo, existem outras previsões constitucionais que também justificam restrições a informações, com ocorre entre os

³³⁴ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 333.

³³⁵ *Ibidem*, p. 333.

³³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 592.

³³⁷ MALLETT, Estevão. **Dogmática elementar do direito de greve**. São Paulo: LTr, 2015. p. 23.

incisos XIII e X do artigo 5º, no qual, “independentemente da ponderação legislativa, outros valores constitucionais impõem restrições ao acesso, dentre eles [...] a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.³³⁸

A preocupação maior em se proibir a imposição de restrições não formalizadas ou autorizadas pela constituição é a de proteger os direitos fundamentais de alterações prejudiciais praticadas por eventuais maiorias parlamentares. Assim, preservam-se os direitos fundamentais como uma concepção imutável em relação ao retrocesso, podendo ser opostos aos poderes então constituídos a todo tempo.³³⁹

O que se deve observar, contudo, é se as restrições impostas são justificadas e se mostram adequadas e necessárias, isso em relação ao titular do direito restringido, bem como se refletem sob o ponto de vista da eficiência e também adequação daquele titular do direito que se promove, apresentando uma justificação constitucional razoável.³⁴⁰

Eduardo Rocha Dias registra que por não haver dispositivo na Constituição de 1988 que disponha sobre a restrição de direitos fundamentais, a doutrina formou alguns critérios como “limites aos limites” da restrição aos direitos fundamentais não autorizados pela constituição, “além da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais [...], o princípio da proporcionalidade e a proibição de restrições casuístas”.³⁴¹

Em relação ao direito comparado, em especial ao português, Jorge Reis Novais informa que, historicamente, foram raros os casos em que houve a declaração de inconstitucionalidade de norma que impôs restrições a direitos fundamentais não autorizadas pela constituição, ao menos sob o fundamento autônomo do quanto previsto no artigo 18, nº 2³⁴², da Constituição portuguesa de 1976, que expressamente proíbe a restrição de direitos fundamentais não admitidos por ela própria.³⁴³ Referido autor constatou que quando o Tribunal Constitucional português “conclui pela razoabilidade,

³³⁸ MARTINS. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, p. 130-131.

³³⁹ NOVAIS. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 597.

³⁴⁰ DIAS. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, p. 92.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

³⁴² 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

³⁴³ NOVAIS, *op. cit.*, p. 597-598.

proporcionalidade ou oportunidade da restrição, a ausência de autorização expressa nunca constitui fundamento de decisão de inconstitucionalidade”.³⁴⁴

Confirma, ainda e corroborando o seu entendimento no sentido de que é admitida a restrição de direitos fundamentais não autorizadas pela constituição, que aquele Tribunal Constitucional “chega a reconhecer expressamente que basta que uma restrição se funde na prossecução de um interesse com valor constitucional para que sua possibilidade se considere constitucionalmente prevista”.³⁴⁵

Entende-se que “as restrições são admissíveis mesmo na ausência de reservas”.³⁴⁶ Assim se conclui porque entende-se que, às vezes e dependendo do caso em concreto, podem prevalecer outros bens protegidos pelo sistema jurídico que possuam valores de mesma proporção do direito fundamental a ser restringido, mesmo diante de ausência de autorização expressa na constituição, importando, para tanto, o conteúdo material do bem e não a sua hierarquização formal da norma respectiva, se constitucional ou ordinária. O fato de o direito fundamental estar consagrado constitucionalmente, ápice da hierarquia jurídica, não conduz automaticamente o seu entendimento como regra (definitiva), ainda que essa formalidade possa ser um importante valor para solucionar eventual colisão entre direitos e bens.³⁴⁷

A título de exemplo, considere a norma do artigo 5º, XIII³⁴⁸, da Constituição de 1988, em que consta o reconhecimento da liberdade de trabalhar em qualquer profissão, mas com a reserva simples expressa de que a lei pode estabelecer e exigir qualificações profissionais. Por outro lado, existem outros dispositivos constitucionais que não dispõem expressamente sobre a possibilidade de restrições por lei ordinária ao direito neles tratados. Ainda assim, tem que se admitir que “a circunstância de tais direitos não contarem com a referência explícita à sua limitação por via legislativa não impede de forma radical conformações do sentido desse direito ou restrições ao seu exercício”.³⁴⁹

³⁴⁴ NOVAIS. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 597-598.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 597-598.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 600.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 620-621.

³⁴⁸ 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

³⁴⁹ BARROSO. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições a publicidade de refrigerantes e sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, p. 115-116.

Dessa forma, há margem para sucessivas alterações na legislação ordinária que regulamenta ou restringe direitos fundamentais. Mas essa alteração implicará alteração de direitos fundamentais, não somente de uma mudança legislativa infraconstitucional.³⁵⁰ Portanto, nessa hipótese, “o legislador deixa de dispor livremente das possibilidades de alteração dessa norma, exatamente porque de direito fundamental se trata”³⁵¹, estando submetido a toda proteção pertinente à direito fundamental.

Há casos em que a norma de direito fundamental tem tratamento completo pela constituição, de sorte que inexistente margem para atuação do legislador ordinário, a não ser em promover a regulamentação daquele direito, instituindo procedimentos para sua efetividade³⁵², como é o caso do direito de greve no Brasil, que inobstante estar expressamente garantido pelo artigo 9º da Constituição de 1988, teve regulamentado o seu exercício pela Lei nº 7.783/1989.

Porém, assim não ocorre na maioria dos casos, uma vez que ordinariamente o que se constata é o direito fundamental previsto na constituição necessitar de legislação ordinária posterior para a sua implementação, uma vez que pende certa “determinabilidade de conteúdo que lhes garanta efectividade jurídica e judiciabilidade”.³⁵³

Portanto, a legislação ordinária é essencial para promover os direitos fundamentais, admitindo-se a imposição de restrições por essa via legislativa, desde que observados alguns parâmetros como exposto anteriormente.

Com o advento da Constituição de 1988, ao contrário das constituições pretéritas, o direito de greve no Brasil passa a integrar formalmente o rol de direitos sociais fundamentais, especialmente porque o artigo 9º³⁵⁴, que o disciplina, está inserido no Capítulo II, que trata “Dos direitos sociais”, do Título I, referente aos direitos e garantias fundamentais³⁵⁵, de modo que a legislação brasileira acompanhou a tendência mundial, ganhando a greve *status* de direito humano fundamental, revelando a plenitude

³⁵⁰ NOVAIS. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, p. 165.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 169.

³⁵² *Ibidem*, p. 171.

³⁵³ *Ibidem*, p. 172.

³⁵⁴ 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.

³⁵⁵ MALLETT. **Dogmática elementar do direito de greve**, p. 18.

do exercício de liberdade sindical.³⁵⁶

Estevão Mallet lembra que sequer existe disposição específica de garantia do direito de greve em convenção da Organização Internacional do Trabalho³⁵⁷, o que demonstra a evolução da Constituição de 1988 acerca da implementação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Estabeleceu verdadeiro marco teórico.

O que se verifica no âmbito da Organização Internacional do Trabalho que mais guarda relação com o direito de greve são as Convenções nº 87 e nº 98, que dispõem de políticas e recomendações no sentido de promover o sindicalismo e a liberdade sindical, de maneira geral.

A greve é, de certa forma, a “legítima defesa dos trabalhadores, visando a constranger o empregador a acatar suas reivindicações. Como tal, a greve tende a reequilibrar os fatores da produção (capital e trabalho)”³⁵⁸, sendo executada com “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”, como disposto no artigo 2º da Lei nº 7.783/1989.

Ainda que a greve seja classificada como direito fundamental, ainda assim, sua caracterização se inclina mais para uma autotutela, mesmo que com civilidade, por conta da normatização expressa a respeito, mas não deixa de ser uma decisão, de certo modo, unilateral de pressionar a outra parte na relação contratual, usando de meios coercitivos próprios, sem se restringir a um mero meio de dominação da vontade de um sobre o outro.³⁵⁹

Em razão disso mereceu regulamentação pela Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve do setor privado, disciplinando o referido dispositivo constitucional.

Cássio Mesquita Barros classifica a viabilidade de regulamentação da greve em dois modelos, calcados em um cenário democrático: (a) o primeiro deles, e mais autêntico, seria o modelo da autorregulamentação, em que a greve seria limitada diretamente pelos atores participantes da negociação coletiva, por meio de cláusulas de

³⁵⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. A greve como delito, como liberdade e como direito humano fundamental: um percurso histórico e jurídico e suas consequências sociais e econômicas: a situação do Brasil. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). **Direito penal do trabalho reflexões atuais**: “cabe a pena onde se ganha o pão?”. São Paulo: LTr, 2014. v. 1. p. 142.

³⁵⁷ MALLETT. **Dogmática elementar do direito de greve**, p. 19.

³⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1.031.

³⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 1.434.

trégua, prazos de aviso-prévio, entre outras condições procedimentais; (b) a segunda, seria a hetero-composição, pelo que a regulamentação seria disposta por lei, em que o Estado atua para conformar o exercício do direito.³⁶⁰ No Brasil, prevaleceu este último modelo citado.

Nesse contexto, a verdade é que apesar de a greve ser um direito garantido pela Constituição de 1988, como todo direito, sofre recortes por outros direitos e princípios, de sorte que seu exercício deve observar os ditames legais materiais e procedimentais, as finalidades social e econômica, a boa-fé objetiva, os bons costumes, a razoabilidade e proporcionalidade, preservando-se outras garantias fundamentais, direitos individuais ou coletivos.

Neste ponto, chama-se a atenção do quanto a ausência de legislação ordinária pode afetar a efetividade de um direito fundamental, como ocorre com o direito de greve dos servidores públicos civis. Como se infere do inciso VII do artigo 37 da Constituição de 1988, o direito de greve dos servidores públicos civis deve ser “exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, direito este que não foi até hoje regulamentado pelo Poder Legislativo, evidenciando-se a patente inércia legiferante que, a princípio e em tese, imporia óbice intransponível ao acesso e gozo legítimos e lícitos a esse direito fundamental por parte dos servidores públicos civis.

Essa omissão legislativa justificou a impetração, no início da década de 2000, de três mandados de injunção junto ao Supremo Tribunal Federal (MI nº 670/ES, MI nº 708/DF e MI nº 712/PA), com o intuito de que o Poder Legislativo cumprisse sua competência constitucional e promovesse o preenchimento da referida lacuna legislativa; e isso sem prejuízo do fato de que aquele Tribunal já havia acolhido a pretensão posta em análogo, MI nº 20/DF, em 14 de maio de 1994, reconhecendo a mora no mesmo sentido, não surtindo qualquer resultado.

Nesses casos em concreto, em julgamento realizado em 25 de outubro de 2007, o STF rompeu com o paradigma, até então instalado, no sentido de conferir apenas eficácia abstrata aos acórdãos proferidos em remédio constitucional da espécie, em que, em resumo, somente havia uma comunicação ao Poder Legislativo acerca da mora na edição da respectiva lei, isto é, sem qualquer efeito concretizador do direito.

O citado rompimento ocorreu na exata medida em que o STF, ao acolher as

³⁶⁰ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.337.

pretensões, também estabeleceu, expressamente e de plano, os parâmetros provisórios para o exercício de greve da referida classe interessada, os quais foram pautados na citada Lei nº 7.783/1989 (lei de greve do setor privado), o que deverá prevalecer, ao menos, até que sobrevenha a legislação própria, ofertando, de certo modo, uma alternativa na satisfação imediata do exercício daquele direito fundamental.

Demonstra-se assim a importância da legislação ordinária para a regulamentação e configuração de direito fundamental, sendo incumbência do Estado cumprir essa obrigação diante da imposição que lhe determina a dimensão objetiva do direito fundamental³⁶¹, como de fato fez tempestivamente em relação ao direito de greve previsto no artigo 9º da Constituição de 1988, conquanto em 1989 promulgou a Lei nº 7.783.

A regulamentação do exercício desse direito fundamental, sob a regência da Constituição de 1988, ocorreu através da Lei nº 7.783/1989, que, entre outros, estabelece parâmetros para o regular exercício do direito de greve.

O artigo 9º da Constituição de 1988 dispõe que “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”, enquanto o §1º desse dispositivo impõe uma cláusula de reserva legal simples ao afirmar que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, ao passo que o §2º aduziu que “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”, resumindo-se assim, a princípio, o tratamento ao direito de greve no âmbito constitucional.

Percebe-se que, como de fato ocorre em normas dessa envergadura, a referida disposição constitucional é aberta, apenas assegurando o direito de greve, não expondo em detalhes os parâmetros ao exercício regular desse direito, sem prejuízo da citada cláusula de reserva simples em relação aos serviços essenciais e sobre o atendimento das necessidades inadiáveis, o que justifica aquela lei regulamentadora.

Constata-se que a Lei nº 7.783/1989 dá conformidade ao direito de greve,

³⁶¹ Segundo Daniel Wunder Hachem (**Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 159), “Além de conferir posições subjetivas ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, que autoriza o titular individualizado a exigir determinadas condutas ativas e passivas do destinatário, os direitos fundamentais expendem deveres objetivos ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente de provocação do particular”.

conceituando-o (artigo 2º) e estabelecendo, entre outras obrigações, a necessidade de prévia notificação de 48 ou 72 horas acerca da paralisação (parágrafo único do artigo 3º e artigo 13, respectivamente), bem como estabeleceu quais são os serviços essenciais (artigo 10).

Nota-se, ainda, que assegurou a suspensão do contrato de trabalho durante a greve (artigo 7º) e vedou expressamente a rescisão do contrato durante o movimento, bem como vedou a contratação de trabalhadores substitutos (parágrafo único do artigo 7º), sem falar que veda a paralisação das atividades do empregador que tenha o objetivo de frustrar o movimento.

O artigo 6º, I e §1º, da Lei nº 7.783/1989 aduz que são assegurados aos grevistas “o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve”, bem como, respectivamente, que em hipótese alguma “os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem”, impondo restrições aos interessados.

O artigo 6º, §3º, da Lei nº 7.783/1989 expressa que “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”.

Como se não bastasse, o artigo 14 da Lei nº 7.783/1989 caracteriza como abuso do direito de greve o movimento que não observa as normas nele descritas, bem como a manutenção da greve após a celebração de acordo ou convenção coletivos ou de decisão judicial.

Na forma prevista no artigo 15 da Lei nº 7.783/1989, a “responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal”.

Observa-se pelo contexto geral que essa lei regulamentadora não impõe a restrição ao direito do exercício de greve, mas somente estabelece parâmetros razoáveis para o seu exercício, os quais sequer estavam dispostos no texto constitucional, havendo cláusula implícita de reserva, já que o texto constitucional nada dispôs a respeito, o que a legitima.

Nessa medida, constata-se que o núcleo essencial do direito de greve permanece íntegro, sem prejuízos dos parâmetros conformadores proporcionais estabelecidos, sendo adequados e razoáveis, dentro do contexto em que se estabelece a

greve e toda a afetação que um movimento paredista pode acarretar para a sociedade e para a economia e, por que não, para a classe patronal.

Existe um movimento no sentido de argumentar pela inconstitucionalidade da Lei nº 7.783/1989, ao pretexto da imposição de restrições indevidas³⁶², o qual não ganha eco, porque, como demonstrado, não há fundados motivos para tanto, a não ser o argumento de natureza ideológica.

Como bem pondera Luís Roberto Barroso, de maneira geral, “seria absurdo admitir, porém, que o exercício de um direito pudesse chegar ao ponto de inviabilizar a vida em sociedade ou de violar direitos de terceiros. Daí porque se reconhece [...] a possibilidade de restringir o exercício de direitos fundamentais”.³⁶³

Sobre esse aspecto, Jorge Reis Novais reflete sobre alteração ocorrida na Constituição portuguesa sobre o direito de greve, no sentido de o legislador impor uma restrição quando determinou a necessidade de manutenção de serviços mínimos. Segundo o autor, essa alteração não implica “atestado sobre a capacidade de previsão e regulação do legislador constitucional que permita concluir que este tenha esgotado, no texto constitucional, todas as eventuais restrições admissíveis do direito à greve”.³⁶⁴

Portanto, primeiramente entende-se que a Lei nº 7.783/1989 não impõe restrições ao direito de greve previsto no artigo 9º da Constituição de 1988. Ainda que para argumentar, ainda que os enunciados normativos estabelecidos em seus artigos dissessem respeito a restrições, de todo modo essas são legítimas, haja vista que decorre de cláusula de reserva implícita, já que a norma constitucional que assegura o direito de greve necessariamente exigia sua conformação e regulamentação no âmbito ordinário, o que foi satisfeito pelo legislador infraconstitucional, de forma razoável e adequada, sem atingir o núcleo essencial daquela norma, que corresponde à paralisação coletiva e temporária da prestação de serviços. Nesse sentido, afirma-se que “condicionantes equilibradas [...] são legítimas”.³⁶⁵

Como bem adverte Ingo Wolfgang Sarlet, “a limitação de um direito

³⁶² A exemplo de BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil**. São Paulo, 2013. 177f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. f. 33.

³⁶³ BARROSO. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições a publicidade de refrigerantes e sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, p. 113.

³⁶⁴ NOVAIS. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 595.

³⁶⁵ MALLETT. **Dogmática elementar do direito de greve**, p. 22.

fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia³⁶⁶, o que comprova a não violação do direito fundamental de greve pela Lei nº 7.783/1989, até porque se constata no dia a dia o pleno exercício do direito de greve no setor privado, sem qualquer intervenção externa, desde que regularmente instaurado.

Nota-se que a Constituição de 1988 trouxe consigo o neoconstitucionalismo atrelado ao pós-positivismo, que pode ser conceituado como uma nova ordem constitucional qualificada por uma disposição socialista, exigindo-se uma nova metodologia hermenêutica com premissa em valores e princípios gerais, pautada em princípios que tenham como centro a dignidade da pessoa humana, o que levou à constitucionalização de todo o ordenamento jurídico ordinário.

Nesse contexto, o direito de greve foi alçado à direito social fundamental (artigo 9º), gozando de todas garantias dessa modalidade jurídica especial, que foi regulamentado com a Lei nº 7.783/1989, em relação a procedimentos, limites e parâmetros para o seu exercício regular.

Demonstrou-se, dessa forma, que nenhum direito é absoluto, inclusive os direitos fundamentais podem sofrer restrições e limitações, as quais podem ocorrer por expressa determinação constitucional, por outra legislação ou até por eventual resolução de colisão com princípios ou regras que, para o caso, se mostrarem de maior valor, frente ao sopesamento.

Verificou-se também que é admissível a imposição, por leis ordinárias, de restrições a direitos fundamentais, ainda que não haja a autorização expressa constitucional nesse sentido, devendo, porém, essa restrição não ser de tal dimensão a ponto de atingir o núcleo essencial daquela norma fundamental, esvaziando sua efetividade.

Acredita-se que essa norma restritiva deve, então, se pautar nos valores e princípios existentes na Constituição, o que conduzirá essa limitação a ser ponderada e proporcional.

Em relação ao direito de greve no Brasil, conclui-se por ser legítima a regulamentação e conformação havida pela Lei nº 7.783/1989, não havendo se falar em restrição propriamente dita, uma vez que, apesar de impor condicionantes procedimentais e materiais, assim o fez de forma proporcional, havendo a necessidade e

³⁶⁶ SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 411.

adequação de seus termos e objetivos, promovendo, na verdade, os parâmetros para a efetividade da norma insculpida no artigo 9º da Constituição de 1988, cumprindo o Estado a sua obrigação oriunda da dimensão objetiva desse direito fundamental.

3.2 LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE

O objetivo do presente item é, essencialmente, apurar o “espírito” do direito da greve no setor privado no Brasil, especialmente em se considerando o conteúdo normativo da Constituição de 1988, da Lei nº 7.783/1989 e do Código Civil, revelando-se a função socioeconômica do direito de greve.

Para tanto, enfrenta-se a questão sob a ótica da teoria do abuso de direito consagrada neste país, partindo-se da premissa de que, como demonstrou-se no capítulo anterior, “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”, na forma preconizada no artigo 187 do Código Civil.

Como abordado, os critérios da boa-fé objetiva e dos bons costumes são considerados normas gerais, aplicados uniformemente para todo e qualquer exercício de direito ou prerrogativa jurídica, ao contrário da finalidade econômica e social, que é específica e própria para cada situação jurídica. Logo, a cada exame de um direito ou prerrogativa pode-se encontrar uma finalidade socioeconômica diferente, ainda que eventualmente possa haver coincidência.

Portanto, o direito subjetivo de greve, previsto no artigo 9º da Constituição de 1988³⁶⁷, como todo direito, não é absoluto, e se exercido de modo a exceder manifestamente os limites impostos por referidos critérios previstos no artigo 187 do Código Civil pode ser caracterizado como abuso de direito, qualificando-se como ato ilícito, sem prejuízo das possibilidades de abuso consagradas na Lei nº 7.783/1989.

No caso do direito subjetivo de greve, deve-se perceber que esse direito não se exaure em si mesmo. Na verdade, ele se configura como um “instrumento” para a consecução de finalidade socioeconômica, que coincide com sua função jurídico-

³⁶⁷ 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.

social.³⁶⁸

Passa-se então a analisar a molidade da greve reconhecida pelo direito brasileiro positivo brasileiro.

3.2.1 Da greve-direito

Antes de analisar o “espírito” do direito de greve propriamente, o que se traduz em sua finalidade socioeconômica, apresenta-se essencial que previamente se defina o conceito do direito de greve dentro do contexto do direito positivo brasileiro. É que o conceito de greve-direito pode variar de um ordenamento jurídico para outro, ainda que exista certa coincidência entre as disposições contidas nas legislações dos países democráticos ocidentais que a admitem como direito subjetivo.

Considera-se que o reconhecimento constitucional da greve como direito, ainda que com uma generalidade que exija um raciocínio sistemático para lhe extrair os limites, não tem o condão de torná-la um direito absoluto e ilimitado, sem prejuízo de se tratar de direito fundamental.

O estabelecimento da greve como direito ao nível constitucional conduz à “um duplo valor jurídico”, a saber: o primeiro deles é que impede que detentores eventuais do poder promovam facilmente a sua alteração, mormente para retrocedê-lo; o segundo é que impõe que o seu exercício não seja encarado como um inadimplemento contratual por parte dos grevistas, imunizando-os dos reflexos legais negativos de uma paralisação desmotivada da prestação de serviços.³⁶⁹

Depreende-se da dicção do artigo 9º da Carta Política a conceituação da greve-direito, o que restou regulamentado pela Lei nº 7.783/1989. No Brasil, na forma disciplinada pelo artigo 2º de referida Lei, o exercício regular do direito de greve é definido como “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços ao empregador”.

A interpretação desse enunciado normativo é única, não deixando margem para controvérsia a ser instaurada sobre em que exatamente implica o exercício normal do direito de greve, estando sua legitimidade “condicionada a que seja suspensão

³⁶⁸ AMARANTE, João Armando Moretto. **Lei de greve comentada**. Lisboa: Almedina, 2015. p. 56.

³⁶⁹ MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 232-233.

coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços ao empregador”³⁷⁰, nada mais e nada menos que isso.

A propósito, a definição de Ruprecht esclarece bem o conceito do direito de greve, para quem a greve implica:

suspensão coletiva e concertada de trabalho, por tempo indeterminado, pacífica e com abandono dos lugares em que se cumprem as tarefas, determinadas pela organização sindical, para exercer pressão sobre o patrão, com o fim de obter o reconhecimento de uma prestação de caráter profissional ou econômico.³⁷¹

Em certa medida, é a concepção de Tissembaum, de modo que a greve seria “a suspensão coletiva do trabalho, a título temporário, organizada pela entidade sindical para promover pressão contra os empregadores, visando a obtenção do reconhecimento de suas pretensões profissionais”.³⁷²

Corroborando essa aceção Rivero e Savatier, tratando-se a greve de “a cessação planejada do trabalho pelos trabalhadores assalariados, em vista de coagir o empregador, através deste meio de pressão, para que ceda às suas reivindicações sobre a questão que é o objeto do litígio”.³⁷³

Portanto, “a greve é, por definição, omissiva. O direito de greve é direito de omissão de atos de trabalho: omite-se o trabalho. Mas omite-se coletivamente”³⁷⁴, o que permite depreender que o exercício do direito de greve é regular quando se configura como ausência da prestação de serviço em razão do não comparecimento do trabalhador

³⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 201.

³⁷¹ RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1979. p. 75-76.

³⁷² Tradução livre de: “La suspensión colectiva del trabajo, con carácter temporal, concertada por la organización gremial, para secundar la reclamación planteada ante los empleadores y con el objeto de obtener el reconocimiento de sus gestiones profesionales” (TISSEMBAUM, Mariano R. **Las controversias del trabajo: la huelga y el lock out ante el derecho**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1952. p. 91). Da mesma forma, Süsskind: “Afigura-se-nos, por todo o exposto, que, frente ao direito positivo brasileiro, a greve deve ser conceituada como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, da prestação pessoal de serviços em uma ou mais empresas, no todo ou em parte, determinada por entidade sindical representativa dos respectivos empregados (a hipótese de comissão de negociação deve ser desprezada face à existência de confederações de todos os ramos profissionais), com a finalidade de pressionar a correspondente categoria econômica, ou os empresários, para a instituição ou revisão de normas ou condições contratuais ou ambientais de trabalho, assim como para o cumprimento de disposições de instrumento normativo” (**Direito constitucional do trabalho**, p. 486).

³⁷³ Tradução livre de: “La grève est la cessation concertée du travail par les salariés, en vue de contraindre l’employeur, par ce moyen de pression, à accepter leur de vue sur la question qui fait l’objet du litige” (RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. **Droit du travail**. Paris: Dalloz, 1956. p. 168).

³⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 47. Parte especial. p. 346.

no local do trabalho.

Insofismável que o direito de greve, entre outras características, é um direito de, licitamente, causar prejuízos a outrem, mais precisamente ao empregador. Esse prejuízo é somente o resultante da suspensão da prestação de serviços. Assim, o prejuízo sobre o qual não se imputa a responsabilidade civil aos trabalhadores no exercício do direito de greve, desde que regularmente deflagrada, é aquele oriundo exclusivamente da paralisação do trabalho.

Destaca-se que a paralisação da prestação de serviços é suficiente para impor pressão ao empregador visando impulsionar a negociação coletiva. Por certo, os reflexos da paralisação dos processos produtivos, do atendimento aos clientes, das vendas, dos controles, dos serviços, enfim de tudo aquilo que integra as etapas dos processos internos de determinado empregador, são as medidas legítimas da repercussão negativa da greve na esfera patrimonial do empregador.

Outrossim, é fato que os efeitos da greve não se resumem a isso. A greve resulta em um verdadeiro “estado de anormalidade funcional”, muitas vezes afetando diretamente o ritmo normal da vida, refletindo no comércio em geral, atingindo diretamente a sociedade.³⁷⁵ Assim, os efeitos desconfortáveis da greve não são poucos e são capazes de atingir toda uma coletividade.

Assim porque “a suspensão do trabalho, a omissão temporária, é usada como arma, pela ameaça de diminuição de lucros e outras causas de prejuízo”.³⁷⁶

Nesse sentido, defende-se que a greve implica exclusivamente na abstenção da prestação de serviços. Aliás, rebatendo a possibilidade de greves impróprias, ou seja, daquelas modalidades que não se resumem à paralisação da prestação de serviços com os prejuízos advindos dessa suspensão, Barros aduz pela inadmissibilidade de que uma “ordem jurídica aceite comportamentos que, ao mesmo tempo, se utilizam das faculdades do contrato para desorganizar a produção ou gerir negligentemente bens da empresa que através do mesmo contrato, foram confiados ao grevista”.³⁷⁷

É que, sob o enfoque jurídico, a greve é um “‘direito de imunidade’ do trabalhador em face das consequências normais de não trabalhar. Seu reconhecimento

³⁷⁵ TISSEMBAUM. **Las controversia del trabajo**: la huelga y el lock out ante el derecho, p. 77.

³⁷⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, p. 347.

³⁷⁷ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.340.

como direito implica numa permissão de não cumprir uma obrigação”³⁷⁸, mas não de causar prejuízo por condutas comissivas com o intuito de prejudicar.

Portanto, tudo que, no exercício do direito de greve, ultrapasse a omissão de prestar o serviço ao empregador, a exemplo da invasão do local do trabalho pelos trabalhadores, as denominadas greves atípicas ou impróprias (como a greve tartaruga, greve de zelo, greve intermitente etc.), violam a boa-fé objetiva e, por isso, caracterizam exercício abusivo de um direito subjetivo.

Fixada a compreensão da greve como direito, ao menos para o ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a analisar os termos do enunciado normativo do artigo 9º da Constituição de 1988, no intuito de conhecer o “espírito” desse direito.

3.2.2 Da oportunidade da deflagração da greve

A disposição genérica e aberta do artigo 9º da Constituição de 1988 repercute em várias controvérsias acerca do exato limite de sua dimensão normativa, sem prejuízo do caráter ideológico de algumas interpretações promovidas, que visam desprezar os limites inerentes ao próprio conceito do admitido direito de greve.

A primeira questão controversa diz respeito à oportunidade do exercício do direito de greve por parte da categoria profissional, diante da interpretação gramatical do enunciado normativo de referido dispositivo constitucional.

O debate se desenvolve exatamente em torno de supostamente não haver quaisquer condicionantes em relação ao momento da deflagração da greve, estando essa decisão exclusivamente sob a deliberação, até mesmo arbitrária, da categoria interessada.

Denota-se que “oportunidade quer dizer conveniência, mas, também, ocasião favorável, com o que é preciso saber qual o sentido do texto constitucional que confere aos trabalhadores o poder de decidir sobre a oportunidade da greve (CF, art. 9º)”.³⁷⁹

Há quem sustente até que o enunciado normativo do artigo 9º da Constituição de 1988 é resultado de uma “manifesta leviandade no trato de matéria de

³⁷⁸ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. *Revista LTr*, p. 1.336.

³⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 311.

tal gravidade”³⁸⁰, como se o legislador constituinte tivesse admitido a legitimidade de todo e qualquer tipo de greve, inexistindo limites ao referido direito, já que a oportunidade e o exercício do direito ficariam sob a discricionariedade dos trabalhadores.

Mas, como já é difundido na doutrina constitucionalista, em se tratando de norma constitucional, a interpretação mais adequada é a sistemática, considerando todo o contexto da normatividade constitucional³⁸¹, ainda mais em normas com disposições genéricas.

A verdade é que há divergência na doutrina, que se traduz em duas correntes. De um lado, aqueles que admitem o sistema político-econômico capitalista vigente, com uma interpretação mais restritiva, para quem, na vigência de pacto coletivo, seria inadmissível a greve; do outro lado, aqueles que entendem que a greve seria um instrumento de luta de classes e teria natureza revolucionária, não havendo qualquer limitação sobre o momento de sua deflagração.

Entretanto, a Constituição de 1988, como um todo, não propõe qualquer movimento econômico ou político contra o sistema capitalista, instigando movimentos revolucionários e antidemocráticos, ou quaisquer ações diretas que o valham, de modo que a greve não foi admitida no direito, ao menos no brasileiro, como instrumento reacionário de lutas de classes, como se caracteriza para os comunistas no aspecto sociológico.

Atualmente, inadmissível conceber a greve-direito admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de luta de classes da forma propugnada pela doutrina marxista, hoje superada até mesmo na Rússia. A greve jurídica é encarada como instrumento do Direito Coletivo do Trabalho vinculado à negociação coletiva³⁸², viabilizando a construção de um conjunto de normas pelas partes interessadas, com a mínima intervenção estatal.

Ao contrário, referida Carta Política, com nítida feição social democrática, instiga a coesão entre a ordem econômica e social, elevando ambas à mesma

³⁸⁰ SILVA, José Ajuricaba da Costa e. Greve nos serviços essenciais da comunidade e da nação. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. p. 489.

³⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 348.

³⁸² GOTTSCHALK. O sujeito ativo no direito de greve na Constituição Federal de 1988. *In*: TEIXEIRA FILHO (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**, p. 470.

envergadura e com idêntica proteção naquela esfera, especificando os meios legítimos para eventual reestruturação política e econômica do país, tornando viável a participação dos cidadãos nesse processo.

É admitir que “a liberdade quanto à oportunidade e aos interesses geradores da greve, consagrada no mencionado dispositivo constitucional, também tem os seus limites”.³⁸³ Logo, ainda que a Constituição de 1988 tenha delegado aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade da greve e os interesses que por meio dela serão defendidos, não consagrou “a liberdade de greve num sentido lato e de modo a afastar qualquer tipo de limitação ou, mesmo, qualquer possibilidade de declaração de legalidade e ilegalidade da greve”.³⁸⁴

Com efeito, “a ideia da limitação da greve esbarra nas restrições inerentes à sua própria conceituação, como, também, nas limitações decorrentes da própria Constituição, ao assegurar outras garantias individuais e coletivas que devem ser preservadas diante de eventuais paralisações do trabalho”.³⁸⁵

Sobre o assunto pontua Nascimento que:

Não há dúvida que cabe aos trabalhadores resolver se convém fazer greve. É uma decorrência natural da titularidade do direito. O juízo da conveniência da greve é atribuído aos trabalhadores, sendo esse o significado da expressão oportunidade. Se o sentido da expressão fosse o de ocasião favorável, não haveria como compatibilizá-la com a proibição natural de greves na vigência de convenções ou acordos coletivos, bem como de sentenças normativas, uma vez que esses instrumentos coletivos consubstanciam exatamente a decisão do conflito. Não teria sentido, solucionada a disputa, voltar-se à greve em torno das mesmas pretensões que já foram objetivo de negociação ou de decisão judicial. Essas razões são suficientes para mostrar que seria ilógico interpretar que a greve pode ser deflagrada a qualquer momento.³⁸⁶

É verdade que “a decisão sobre a oportunidade é o preenchimento constitucionalmente exigível de condição essencial ao exercício do direito de greve”³⁸⁷, mas essa decisão é passível de verificação sob o aspecto do abuso do direito.

³⁸³ CARVALHO. O direito de greve no Brasil: intervenção e autotutela. *Revista LTr*, p. 1.213.

³⁸⁴ NASCIMENTO. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*, p. 308.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 308-309.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 311-312.

³⁸⁷ PRADO. A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo. *Revista LTr*, p. 139.

Por isso que se defende a ideia de que:

O trabalhador tem a faculdade de escolher a oportunidade de exercer o seu direito, não, porém, de forjar uma falsa oportunidade onde ela não exista, nem possa existir. A faculdade é para escolher entre alternativas juridicamente possíveis e não de simulá-las. Assim, por exemplo, não há oportunidade jurídica para entrar em greve para rever um acordo coletivo em vigor.³⁸⁸

Tanto é assim que a Lei nº 7.783/1989, que regulamentou o exercício do direito de greve no setor privado, reconhece que é imprescindível, para a regular paralisação, que exista um conflito instaurado entre a classe profissional e o empregador, além do que seja frustrada a tentativa de negociação em se considerando as pretensões dos empregados.³⁸⁹

No mesmo diapasão, é a redação do artigo 14 da referida Lei de Greve³⁹⁰ que considera abuso de direito, entre outros, manutenção da paralisação após a celebração do pacto coletivo ou de decisão do Poder Judiciário trabalhista, estabelecendo, no seu parágrafo único, que, durante a vigência de pacto coletivo ou sentença normativa, o exercício da greve somente seria legítimo se tivesse como objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição pactuada ou que se justifique em razão de fato novo superveniente que altere substancialmente a relação de trabalho.³⁹¹

Destaca-se, então, que a oportunidade de exercer o direito de greve diz respeito à conveniência temporal de seu início no contexto diminuído de sua licitude e regularidade. Isto é, ultrapassadas eventuais questões jurídicas prejudiciais, mormente aquelas que se relacionam com o direito objetivo, mais precisamente com os ditames da Lei nº 7.783/1989, em decidindo pela deflagração da greve, os trabalhadores têm a liberdade de escolher o dia de seu início, se hoje ou amanhã ou ainda na próxima semana. Essa é a leitura correta do sistema do artigo 9º da Constituição de 1988, já que

³⁸⁸ PRADO. A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo. **Revista LTr**, p. 139.

³⁸⁹ Lei nº 7.783/1989: Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

³⁹⁰ 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.

³⁹¹ Art. 14. [...] 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.

o direito de greve possui uma limitação implícita em seu próprio conceito jurídico, que é o albergado pela Constituição.

3.2.3 Dos interesses a se defender pela greve

Da mesma forma que a questão afeta a decisão acerca da “oportunidade” de a deflagração da greve competir aos trabalhadores, a interpretação do artigo 9º da Constituição também ocasiona controvérsias em relação ao fato de que seria de competência dos trabalhadores decidir sobre os “interesses” que pretendem defender por meio daquele instrumento.

A bem da verdade, essa controvérsia resulta na divergência de entendimento pela doutrina, que via de regra tem origem subjacente ideológica, considerando a suposta abertura para interpretações diversas diante da vagueza da expressão utilizada em citado dispositivo constitucional, ainda mais se considerando que o conflito interpretativo se fixa em limitar ou não a dimensão desse direito.³⁹²

A definição precisa dos “interesses” é de suma importância para o exercício regular desse direito. É que “sem um perfeito entendimento científico desses dois conceitos [interesse e finalidade da greve], confundir-se-á o direito com seu exercício, o interesse com a finalidade, o meio com o fim; erros palmares que pode conduzir, quem neles labora, a consequências desastrosas”.³⁹³

O problema se consubstancia pelo fato de haver:

afirmações desinformadas de que a Constituição de 1988 consagrou um direito absoluto ou irrestrito à greve, acentuando o que pareceria ser um ângulo socialmente positivo, ou de que a nova Carta estimulou o grevismo irresponsável, sublinhando, o que também pareceria ser um ângulo socialmente negativo.³⁹⁴

De todo modo, é constatado que o artigo 9º da Constituição admitiu a greve trabalhista como direito (e não qualquer greve-fato social), como facilmente se depreende da leitura de seu dispositivo. Apresenta-se óbvio que o rol dos interesses a ser defendido é aquele especialmente relacionado ao contrato de trabalho subordinado.

³⁹² CARVALHO, Suzete. Greve: uma questão sempre polêmica. **Revista LTr**, São Paulo, ano 57, n. 7, p. 825-833, jul. 1993. p. 827.

³⁹³ PRADO. A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo. **Revista LTr**, p. 138.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 138.

Isto é, a decisão acerca dos interesses a serem defendidos na greve possui limite implícito originário entre os de natureza profissional da categoria.

Se a origem da greve como direito é relacionada às causas inerentes ao direito do trabalho, mais propriamente ao contrato de trabalho subordinado, absolutamente não se presta a defender interesses que não sejam os profissionais³⁹⁵ associados diretamente à respectiva categoria e ao respectivo empregador.

O propósito da greve é o de preservar, modificar ou criar novas condições de trabalho, ocasionando a “manutenção ou reconhecimento de direitos ou reivindicações relacionadas com a atividade profissional de que se trate”.^{396 397}

Sob essa perspectiva, não se deve confundir o fato de o citado dispositivo constitucional atribuir aos trabalhadores a decisão sobre os interesses a serem defendidos pela greve com a suposta liberdade ilimitada para que seja a greve utilizada como instrumento para a persecução de interesses estranhos à relação do contrato de trabalho subordinado e que a pretensão não se recaia em face do empregador.

Essa acepção é levada a efeito até porque a greve não é instrumento de participação política da sociedade. Tanto é assim que o artigo 14 da Constituição de 1988 prescreve os meios legítimos pelos quais o povo participa da política.³⁹⁸

Esse fundamento corrobora que “esses interesses não podem ser outros senão os do trabalhador enquanto sujeito de um contrato de trabalho. [...] Há de se distinguir entre trabalhador enquanto cidadão e cidadão trabalhador”.³⁹⁹ Logo, “a greve pressupõe o contrato de trabalho, sobre cuja execução influi, já que seu objetivo tradicional é a alteração de suas condições”.⁴⁰⁰

³⁹⁵ GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 302. No mesmo sentido: DE LUCA. Considerações sobre o exercício do direito de greve. **Revista LTr**, p. 420; MAZZONI. **Relações coletivas de trabalho**, p. 224.

³⁹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor; CABANELLAS, Guillermo. **Conflitos coletivos do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 28-29.

³⁹⁷ A propósito, a lição de Mazzoni: “Mas o elemento essencial para a subsistência da greve, em senso próprio, é a existência de uma real ou potencial ‘relação coletiva de trabalho’: fora de tal relação, todas as ações de grupos organizados, mesmo se denominadas de ‘greve’, não realizam tal fato típico. A greve se inicia com uma forma típica de acordo preventivo, de concerto: pode falar-se, pois, de abstenção coletiva concertada: com tal expressão se individualizam aqueles que são os três elementos essenciais para que se verifique o fato da greve. A abstenção concordada coletivamente pressupõe que os trabalhadores, que aderiram à greve, sejam subordinados. Abstenção significa suspensão da prestação laborativa no contrato de trabalho; concordada, no sentido de que deve ser organizada como expressão de um interesse coletivo e não individual; coletiva, no sentido de que deve ser atuada coletivamente” (MAZZONI, *op. cit.*, p. 224).

³⁹⁸ FERREIRA FILHO. **Direito constitucional econômico**, p. 220.

³⁹⁹ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.339.

⁴⁰⁰ GOMES, *op. cit.*, p. 302.

O ordenamento jurídico brasileiro atual não comporta essa proposta revolucionária, mesmo porque:

Vivemos no sistema capitalista, e por mais compreendido que seja o intérprete, escolado mesmo na perspectiva social, a visão de equilíbrio de interesses, suponha-se que seja o quadro desejável por todos, a não ser que apregoe ainda a visão revolucionária do fim do capital, com a tomada pelos trabalhadores dos meios de produção. Isso, contudo, é perspectiva, que independente que se discuta sua viabilidade social, está fora dos ordenamentos jurídicos atuais.⁴⁰¹

Implica observar que “fora das doutrinas revolucionárias [...] jamais se admitiu, na doutrina jurídica, na legislação e na jurisprudência de países ocidentais, inclusive o Brasil, que a greve servisse a outro fim que não a reivindicação de caráter trabalhista”.⁴⁰²

Nessa relação de capital-trabalho, dentro do contexto capitalista econômico vigente, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser equilibrada, não devendo desprezar o importante papel dos empregadores para a sociedade.

Assim é que seria inadmissível admitir a greve como um exercício ilimitado e impor todos os seus ônus aos empregadores, independentemente de a relação da pretensão ter nexos com o contrato de trabalho e com o respectivo empregador.

Portanto, o marco fundamental da empresa capitalista no campo do direito do trabalho não pode deixar de ser também considerado, sob pena de se negar uma realidade científica e os compromissos assumidos pelas legislações no convívio capital-trabalho. E capitalismo e empresa, rima em muito com o valor segurança jurídica, com a ideia de um direito racional, previsível. Ao passo que a preocupação maior dos princípios protecionistas está na busca de um justo equilíbrio no seio do contrato. Via de regra, temos valores diferentes, para os empregados prevalecerá de forma precípua a ideia da justiça já para a empresa a ideia da segurança jurídica. Contudo, nenhum valor em comento poderá prevalecer sobre o outro, se o ordenamento jurídico deseja ser equilibrado [...].⁴⁰³

Soa desarrazoada a admissão do entendimento ampliativo sobre os interesses a serem perseguidos na greve, eis que em desconformidade com todo o sistema constitucional vigente. A interpretação das normas constitucionais conduz ao

⁴⁰¹ TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. A dignidade da empresa no direito do trabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. p. 286.

⁴⁰² FERREIRA FILHO. **Direito constitucional econômico**, p. 220.

⁴⁰³ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 287.

unívoco entendimento de que somente os interesses profissionais podem ser objeto da greve de modo que “seu exercício tem como referencial as condições próprias do contrato de trabalho, o que é agasalhado pelo balizamento do artigo 8º, inciso III, da CF”.^{404 405} Como pontua Sússekind:

A interpretação sistemática de normas da Lei Maior sobre os direitos sociais e a Justiça do Trabalho e, bem assim, da Lei nº 7.783, nos revela, de forma inquestionável, que os interesses suscetíveis de serem defendidos por meio desse procedimento conflituoso concernem a condições contratuais e ambientais de trabalho, ainda que já estipuladas, mas não cumpridas. Com efeito, se a greve só pode ser deflagrada depois de frustrada a negociação coletiva e verificada a impossibilidade da submissão do conflito coletivo à arbitragem (art. 3º da lei cit.); se a negociação coletiva há de versar sobre postulações que possam ser atendidas por convenção coletiva do trabalho, celebrada entre o sindicato dos trabalhadores e o sindicato patronal da respectiva categoria, ou acordo coletivo de trabalho firmado entre aquele sindicato e a empresa ou empresas interessadas (art. 611 da CLT e art. 8º, VI, da CF) ser submetido à Justiça do Trabalho, cuja competência para estabelecer normas e condições em dissídios coletivos concerne a campo das obrigações que podem ser impostas aos empregadores (art. 114 §§ 1º e 2º, da CF) – cumpre concluir que o objeto da greve está limitado a postulações capazes de serem atendidas por convenção, ou acordo coletivo, laudo arbitral ou sentença normativa do tribunal do trabalho.⁴⁰⁶

A interpretação teleológica da Constituição de 1988 conduz à convicção de que a greve é instrumento legítimo para defender e reivindicar direitos inerentes à relação de trabalho diretamente vinculados à categoria profissional.⁴⁰⁷

As greves de caráter geral, que possuem natureza política, são fatos extrajurídicos ou antijurídicos, pelo que não são propensos à previsão pelos ordenamentos jurídicos. Resulta em desvio de finalidade da greve, quando não se fincam em pressionar os empregadores a atenderem reivindicações de natureza trabalhista, inerentes aos contratos de trabalho, que se concretizam, ao final, por acordos ou convenções coletivas.⁴⁰⁸

Implica reconhecer que seriam ilícitas, por exemplo, eventual greve geral contra a promulgação de lei que disponha desfavoravelmente a classe trabalhadora ou contra o *impeachment* de um presidente da república, ou contra operações de

⁴⁰⁴ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

⁴⁰⁵ CARVALHO. O direito de greve no Brasil: intervenção e autotutela. **Revista LTr**, p. 1.214.

⁴⁰⁶ SÚSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 483-484.

⁴⁰⁷ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.339.

⁴⁰⁸ SÚSSEKIND, *op. cit.*, p. 474.

investigação promovidas pelo Ministério Público ou Polícia Federais na apuração de crimes, pois são questões que escapam à relação de trabalho com o respectivo empregador.

Esse entendimento tem acolhida de Rivero e Savatier, para quem a greve jurídica limita-se a defender interesses da relação de trabalho, sendo que utilizá-la como “arma política” é distorcer e desviar sua finalidade própria.⁴⁰⁹

A greve regular é aquela que possui “finalidades profissionais, objetivando pressionar o empregador a adotar ou rever condições contratuais ou ambientais de trabalho”.⁴¹⁰

Aliás, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho que “a greve é um direito social e não um direito coletivo do cidadão. Não pode ser exercido contra a ordem jurídica e institucional [...] não existe direito individual ou coletivo contra a ordem jurídica, estando a greve sujeita a limites implícitos na própria Constituição que a sustenta”.⁴¹¹

O que não se pode confundir é a greve, direito fundamental previsto no artigo 9º da Constituição de 1988, com as demais espécies de “greve” que por ventura se criem ou assim se denominem na sociedade, caracterizadas como greve-fato social. Observe-se que a greve-direito tem natureza jurídica, enquanto a greve-fato social é extrajurídica, caracterizando-se como fenômeno sociológico.

Portanto, a greve a que se refere Arouca, como sendo “um fato social e universal, com conotações econômicas e políticas, que marca a história da classe trabalhadora na disputa com o capital, por melhores condições de salário e de trabalho diante da aspiração de ascensão social”⁴¹², não coincide com greve-direito admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. O enfoque dado por referido autor, diz respeito à greve-fato social, fora da esfera do direito, mais precisamente daquele previsto no artigo 9º da Constituição.

É que o exercício do direito de greve previsto na Constituição é o resultado

⁴⁰⁹ Ideia extraída do seguinte trecho: “Dans la conception dominante, le droit de grève reste défini par un fin: les intérêts professionnels; lorsque la grève se transforme en arme politique, lorsqu’elle constitue, par exemple, une protestation contre une décision de politique internationale ou intérieure sans incidence directe sur l’activité des travailleurs, elle subit en quelque sorte une dénaturation: le droit de grève ne la couvre plus, elle devient fautive” (RIVERO; SAVATIER. **Droit du travail**, p. 176-177).

⁴¹⁰ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 475.

⁴¹¹ TST – Dissídio coletivo 18/89.6 – Relator Marcelo Pimentel *apud* SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 489.

⁴¹² AROUCA. **Curso básico de direito sindical**, p. 355.

da realização de um “poder jurídico”, não de um “poder de fato”⁴¹³, razão pela qual:

A greve, como direito, não poderá alcançar a insubordinação articulada contra instituições ou sistemas legais e, bem assim, ter como alvo pressionar órgãos estatais no exercício da sua competência constitucional. Nestas hipóteses, a manifestação de índole sociopolítica constituirá um fato extrajurídico, insuscetível de regulamentação.⁴¹⁴

Sob o enfoque jurídico, deve-se partir da premissa de que a greve pode ser encarada como delito, liberdade ou direito. Quando qualificada como direito, como é o caso no Brasil, o seu exercício regular obsta a incidência de qualquer efeito negativo pelo inadimplemento contratual por parte do empregado, e é essa modalidade de greve que foi acolhida pela Constituição de 1988⁴¹⁵, inexistindo, atualmente, a greve como liberdade ou delito no âmbito do ordenamento jurídico nacional.

A greve-direito não se presta para alterar o modelo do sistema político-econômico vigente. Existem outros meios de ação direta para esse desiderato.

Logo:

A greve como atitude objetiva pode ter as mesmas manifestações de externalização, mas sua natureza, no entanto, pode ser completamente diferente de o propósito que o inspira, o que torna mudar radicalmente a sua consideração, porque em um caso poderia ser considerado como um direito e outro como um crime.⁴¹⁶

Observa-se que não se nega a existência no universo dos fatos sociais de movimentos coletivos (muitas vezes democráticos e legítimos) e várias outras espécies de ações direta por parte da sociedade civil. O que se defende é que esses tipos de ações diretas não são qualificados como a greve-direito prevista na Constituição de 1988⁴¹⁷, possuindo outras características que não recebem a guarida da legalidade expressamente prevista no direito positivo.

Para melhor compreensão, utiliza-se da lição de Tissebaum, que pontua sobre a identidade das modalidades de greve sobre o aspecto de sua “significância

⁴¹³ MAZZONI. **Relações coletivas de trabalho**, p. 243.

⁴¹⁴ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 475.

⁴¹⁵ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.340.

⁴¹⁶ Tradução livre de: “La huelga como actitud objetiva puede tener las mismas manifestaciones de exteriorización, pero su naturaleza en cambio, puede ser totalmente distinta por la finalidad que la inspira, lo que hace variar radicalmente su consideración, pues en un caso podría ser considerada como un derecho y en outro como un delito” (TISSEBAUM. **Las controversias del trabajo: la huelga y el lock out ante el derecho**, p. 96).

⁴¹⁷ RUPRECHT. **Conflitos coletivos de trabalho**, p. 76.

formal”, já que correspondem, neste particular, a um instrumento coletivo de ação direta. A distinção recai em relação às suas finalidades e motivos: enquanto a greve-direito tem condicionantes legais (finalidade e motivos definidos e vinculados), as demais, oriundas de fenômeno sociológico, têm natureza de fatos sociais, não regulamentados.

Assim expôs o referido autor:

Em igual modo, também dentro do campo laboral, não se encontra o recurso em si, certa identidade em relação ao propósito de utilização da greve, pois muitas delas tem respondido a objetivos de natureza política, quando não revolucionárias, de fins simbólico, de adesão ou de solidariedade, etc.

Esta circunstância faz com que seja necessário distinguir entre a greve na sua mera significância formal como um meio de ação coletiva, diríamos de natureza instrumental, e a greve relacionada a uma forma específica de ação direta, de natureza sindical de trabalhadores, vinculada a relação trabalhista e que são especificadas nesta área.

Dentro do primeiro aspecto, encaixa as mais diversas expressões da vida coletiva. É um fenômeno de características sociológicas.

Em vez disso, no segundo aspecto, um modo de operação que está vinculado e está qualificado pelo fim com que se utiliza. É parte integrante, como um recurso do conflito trabalhista e é subordinado, na sua ação e modalidade, a este âmbito limitado definido por suas características legais.⁴¹⁸

A distinção é necessária porque a greve jurídica tem respaldo no direito objetivo e se qualifica como um direito subjetivo, enquanto a outra, a extrajurídica, caracterizada como fato social, não possui esse mesmo reconhecimento legal.⁴¹⁹ É que “a regulamentação supõe o enquadramento desse fenômeno fático dentro de um conjunto minucioso de normas jurídicas”.⁴²⁰

⁴¹⁸ Tradução livre de: “En igual modo, aún dentro del campo laboral, no se encuentra em el recurso em si, certa identidad em relación al propósito de la utilización de la huelga, pues muchas de ellas han respondido a objetivos de caracteres políticos, cuando no revolucionarios, de fines simbólicos, de adhesión o de solidaridad, etc. Tal circunstancia hace necesario distinguir entre la huelga en su mera significación formal, como medio de acción colectiva, diríamos de naturaleza instrumental, con la huelga que implica en cambio, una modalidad específica de acción directa, de naturaleza gremial de los trabajadores, en punto a la relación laboral y con fines que se concretan a este ámbito. Dentro del primer aspecto caben las expresiones mas diversas de la vida colectiva. Constituye un fenómeno de características sociológicas.

En cambio, en el segundo aspecto, se concreta una modalidad operante que se vincula y se califica por el fin con que se la utiliza. Es parte integrante, como recurso, de la contienda laboral y está subordinada en su acción y modalidad, a este limitado ámbito que se define por sus caracteres jurídicos” (TISSEMBAUM. **Las controversias del trabajo**: la huelga y el lock out ante el derecho, p. 76).

⁴¹⁹ Sobre o tema, Russomano e Cabanellas criticam a equiparação do senso comum de toda e qualquer paralisação coletiva planejada de atividade como sendo greve, a exemplo de paralisações de estudantes, consumidores etc. (**Conflitos coletivos do trabalho**, p. 26).

⁴²⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Formas de regulamentação da greve. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: 1989. p. 456.

Mas, pode-se perguntar: essa diferença implica em quê? Implica que a greve-direito, desde que exercida regularmente, surte os efeitos inerentes ao exercício da greve legítima, enquanto as extrajurídicas não. A greve-direito, regularmente exercitada, suspende o contrato de trabalho, de modo que não há prestação de serviço pelos empregados e nem o pagamento de salário pelos empregadores⁴²¹, mas não implica, por si só, qualquer falta por parte dos trabalhadores por não prestarem o serviço.

A greve-direito tem uma finalidade socioeconômica fixada pelo ordenamento jurídico, enquanto a greve-fato social não é normatizada pelo direito.

A Constituição de 1988 concede natureza jurídica à greve, atribuindo-a como um direito subjetivo aos trabalhadores, desprezando a greve como fato social ou como mera liberdade, mesmo porque é impossível regulamentar a greve como fato social pelo direito.⁴²²

É por isso que se afirma que “o direito de greve é um direito trabalhista, com finalidade trabalhista e a interpretação sistemática da Constituição permite excluir da garantia constitucional, greves extra-trabalhistas, não dirigidas contra o empregador”.⁴²³

Sobre essa questão, pondera-se ainda que:

A admissão do direito de greve no sistema jurídico de um Estado de Direito somente se pode justificar por uma razão fundamental: a necessidade de contrapor ao ‘poder econômico’ dos patrões um instrumento de pressão que o contrabalance. Realmente, se não houvesse tal necessidade, o direito de greve, que muito se assemelha no seu exercício a situações que o direito condena, jamais seria admitido.⁴²⁴

A referida greve-direito e as outras espécies de greves, ditas extrajurídicas, são tratadas de forma distinta pelo ordenamento jurídico. A situação, por si só, de haver coincidência entre o fato, melhor explicando, entre o modo de execução do procedimento (paralisação do trabalho) entre os tipos de greve, não as equiparam juridicamente, eis que a greve-jurídica possui finalidade própria e definida pelo direito

⁴²¹ ZAINAGHI, Domingos Sávio. A greve como direito fundamental. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 12, p. 1.472-1.473, dez. 2006. p. 1.472.

⁴²² GONÇALVES NETO. Greve e abuso de direito. **Revista LTr**, p. 1.208.

⁴²³ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.339. No mesmo sentido: RUSSOMANO; CABANELLAS. **Conflitos coletivos do trabalho**, p. 29.

⁴²⁴ FERREIRA FILHO. **Direito constitucional econômico**, p. 220.

positivo, ao contrário das demais espécies, que sequer têm proteção expressa pelo direito, tratando-se exclusivamente de fatos sociais.

Assim sendo, admite-se que:

As considerações acima mencionadas, levam-nos a fazer da greve uma definição para esclarecer suas natureza e personagens no local de trabalho. Qualquer finalidade que transcenda essa área para outro aspecto ou consequência, faz surgir outros problemas, quer de natureza sociológicas ou políticas, correspondendo haver circunstâncias estimadas fora do direito do trabalho. Por isso, não pode ser considerada dentro de uma definição que tende a definir a sua natureza legal, problemas ou questões que têm significado outro, que geram situações diferentes e devem ser julgados de forma diferente. A coincidência do fato em si não é suficiente para se concentrar em sua qualificação jurídica, todas as manifestações, mesmo as mais contraditórias.⁴²⁵

Pode-se entender que “nem todas as formas de lutas são legitimadas pelos ordenamentos jurídicos, bem como não se pode falar de greve em certas formas conflituais que dela só tem o nome”⁴²⁶, o que conduz ao entendimento de que todas as formas atípicas de greve são ilícitas, já que sua regularidade se resume à abstenção da prestação de trabalho.

Salienta-se que ainda que haja certa discricionariedade aos trabalhadores, resta evidente que discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade.

Há a noção de que interesses profissionais é uma expressão mais restritiva do que interesses econômicos e sociais⁴²⁷, ou interesses do cidadão. Logo, a greve assegurada na Constituição de 1988 de modo algum legitima a paralisação do trabalho por reivindicações e protestos de outra ordem que não aquela estritamente profissional e diretamente vinculada à categoria profissional.

Depreende-se, sobre o interesse a ser defendido na greve-direito, que “inarredavelmente será o interesse (coletivo) profissional. Não seria o político, pois ao

⁴²⁵ Tradução livre de: “Las consideraciones precedentemente expuestas, nos inducen a formular una definición de la huelga para precisar su naturaleza y caracteres dentro del ámbito laboral. Toda finalidad que trascienda de ese ámbito hacia otro aspecto o consecuencia, plantearían otros problemas ya sea de naturaleza sociológica, o política, circunstancias que correspondem ser estimados fuera del derecho del trabajo. De ahí que no pueda considerarse dentro de una definición que tienda a precisar su naturaleza jurídica, problemas o cuestiones que tienen otro significado, que generan diversas situaciones y que deben ser juzgados en modo distinto. La coincidencia del hecho en si, no basta para concentrar en su caracterización jurídica, todas las manifestaciones, aún las mas contrapuestas” (TISSEMBAUM. **Las controversia del trabajo: la huelga y el lock out ante el derecho**, p. 90).

⁴²⁶ No conceito de Russomano e de Cabanellas, a greve, entre outros, pressupõe o abandono dos lugares da prestação de serviço pelos trabalhadores. (**Conflitos coletivos do trabalho**, p. 27).

⁴²⁷ BARROS. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, p. 1.338.

sindicato não se outorga, naturalmente, assumir o desenvolvimento dos direitos políticos dos trabalhadores”.⁴²⁸

É importante observar que “esses interesses, não obstante, devem existir, ser juridicamente defensáveis (possibilidade jurídica) e ser faticamente defensáveis (possibilidade material)”, estando eles condicionados, para fins de verificação de regularidade, à existência de “compatibilidade fática e jurídica dos interesses defendidos com a relação sociolaboral tal como constitucionalmente balizada”.⁴²⁹

Em outras palavras, os interesses devem ser lícitos e diretamente vinculados ao respectivo contrato de trabalho e, ainda que em tese, faticamente possível de atendimento pelo sujeito passivo da greve, o empregador.⁴³⁰

Nota-se que essa interpretação ampliativa dos “interesses” a serem perseguidos na greve, como se não houvesse qualquer restrição, é contrário ao ordenamento jurídico positivo brasileiro. Esclarece Mazzoni:

A contraposição, que alguns observam relativamente aos diversos regimes de greve e que é posta em imediata conexão com particulares ideologias políticas é, ao revés, avaliada com base no próprio ordenamento constitucional de um Estado. Diremos mais: é avaliada com referência à concepção que das relações econômicas e do trabalho se faz num dado ordenamento. Pode ocorrer, com efeito que nenhuma norma constitucional, legal ou administrativa proíba a greve de maneira específica ou a considere como delito, e todavia tal ato seja igualmente considerado delito, porque antijurídico, enquanto substancialmente contrários aos fins queridos e fixados pelo ordenamento jurídico daquele Estado.⁴³¹

Em conclusão, a margem de deliberação da categoria profissional se vincula aos direitos relacionados ao contrato de trabalho, pelo que tem total liberdade para decidir, por exemplo, se vai reivindicar aumento de salário e adicional de horas extras de 60% ou somente um dos dois. Não se admite que esses interesses sejam ilimitados, por exemplo, para protestar contra a promulgação de alguma legislação que desfavoreça a categoria ou pelo fato de a tarifa do transporte público ser majorada.

Observe-se que não se questiona aqui a legitimidade de movimentos

⁴²⁸ GONÇALVES NETO. Greve e abuso de direito. **Revista LTr**, p. 1.209.

⁴²⁹ PRADO. A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo. **Revista LTr**, p. 139.

⁴³⁰ Defendem Russomano e Cabanellas que: “o direito de greve, em primeiro lugar, deve dirigir-se ao êxito de um interesse comum para os trabalhadores que tomem parte no conflito. Como segunda condição, deverá afetar o regulamento do trabalho. Como terceira posição, a greve deve ter relação com o sujeito passivo ao qual se propõe” (**Conflitos coletivos do trabalho**, p. 62).

⁴³¹ MAZZONI. **Relações coletivas de trabalho**, p. 227.

coletivos que surgem no meio da sociedade, de natureza política e social, como verdadeiras ações diretas contra as mais diversas situações. O que se afirma é que esses movimentos não correspondem à greve-direito estatuída no artigo 9º da Constituição de 1988, não possuindo a proteção constitucional da verdadeira greve-direito, relacionada ao Direito do Trabalho.

A propósito, particularmente sobre a greve, eis o posicionamento de Jossierand:

Tudo é compreendido com base em duas ideias simples: por uma parte, a greve, e de uma maneira mais geral, a coalizão, constitui um direito e cria uma situação em que pode interferir nos direitos mesmos, mas, por outra, se trata de um direito relativo, de finalidade claramente indicada, que não pode exercitar-se impunemente sem uma direção determinada, a dos interesses profissionais, e que se exercida em outra direção, é suscetível de comprometer a responsabilidade, tanto do agentes diretos, como do que interveem diante da parte contrária, como também em relação ao boicote injustamente imposto aos trabalhadores e empregados; se trata, em outros termos, de um direito suscetível de abuso, consistindo este, como em todos os demais casos, em falsear a prerrogativa, colocando-a a serviço de finalidades ilícitas, por seu inadequada à sua missão social.⁴³²

Assim sendo, “as greves políticas, de consumidores, de estudantes, etc., precisamente por que o atendimento da respectiva postulação não depende de um dos polos da relação de emprego, escapam às fronteiras do direito do trabalho”.⁴³³

Há quem defenda que “é necessário que as pretensões que se formulam não sejam exageradas, que se crie uma situação que o empregador não pode aceitar, seja por impossibilidade econômica de fazê-lo, seja por circunstancia de notoriedade pública”.⁴³⁴

Nesse sentido, também é o entendimento de Teysié, para quem a perceptível

⁴³² Tradução livre de: “Todo se aclara entonces a la luz de dos sencillas ideas: por una parte, la huelga, y de una manera más general, la coalición constituye un derecho y crea una situación em la que pueden intervenir los derechos mismos, pero, or outra, se trata de un derecho relativo, de finalidad claramente acusada, que no puede ejercitarse impunemente sino en una dirección determinada, la de los intereses profesionales, y que si se ejercita en otro sentido, es susceptible de comprometer la responsabilidad , tanto de los autores principales, como de los que intervienen, frente a la parte contraria, como también respecto de los obreiros y empleados injustamente boicoteados; se trata, en otros términos, de un derecho susceptible de abuso, consitiendo éste, como en todos los demais casos, en falsear la prerrogativa poniéndola al servicio de fines ilegítimos, por ser inadecuados a su misión social” (JOSSERAND. **El espíritu de los derechos y su relatividad**: teología jurídica, p. 148).

⁴³³ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 475. Além do que, conforme Beltran: “Cumpre analisar, primeiro, que o vocábulo greve, nem sempre é empregado de forma correta, no sentido técnico que lhe é atribuído pelo Direito do Trabalho, sendo, frequentemente, utilizado para a designação de múltiplas espécies de conflitos. Há, pois, impropriedade quando é empregado para significar protestos de estudantes, consumidores, contribuintes ou produtores” (**A autotutela nas relações do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996. p. 210).

⁴³⁴ RUSSOMANO; CABANELLAS. **Conflitos coletivos do trabalho**, p. 71.

impossibilidade jurídica ou econômica da pretensão profissional defendida pela greve retira-lhe o fundamento sério, tornando-a ilícita.⁴³⁵

A finalidade socioeconômica do direito subjetivo de greve não se confunde propriamente com os interesses a serem defendidos pelos trabalhadores, uma vez que estes variam a cada movimento paredista e dependem da situação real em concreto, estando submetida a deliberação da categoria dentro do contexto da negociação coletiva.

Essa finalidade é mais abstrata e menos flexível. No caso, em se considerando o ordenamento jurídico positivo brasileiro, dentro do contexto da normatividade da Constituição de 1988, inclusive de todos os princípios que nela se protegem, os de natureza econômica e política, tem-se que o “espírito” do direito de greve pode ser definido como o instrumento jurídico legítimo disponível aos trabalhadores, que deve ser exercido coletivamente, a fim de exigir cumprimento de legislação ou cláusula de pacto coletivo por parte do empregador, bem como buscar o incremento de direitos, ficando estritamente vinculado ao contrato de trabalho e ao respectivo empregador.⁴³⁶

Por via indireta, tudo aquilo que trafegue fora desse “espírito” está em desconformidade com o direito de greve previsto no artigo 9º da Constituição de 1988.

Logo, em havendo greve para defender interesses de outra natureza ou com o objetivo de atingir terceiros estranhos à relação laboral, o exercício desse direito se configura como abusivo, porque excederá manifestamente a sua finalidade socioeconômica.

3.2.4 O abuso do direito de greve e a Lei nº 7.783/1989

Além do reconhecimento da greve pelo desvio por parte do titular do direito de seu “espírito”, em outras palavras, de sua finalidade socioeconômica, esse exercício

⁴³⁵ Interpretação livre de: “La grève a pour but la satisfaction de revendications professionnelles auxquelles l’employeur, au prix, le cas échéant, de mesures de réorganisation, d’investissements ou gains de productivité supplémentaires, peut répondre favorablement, au moins pour partie. L’impossibilité, d’ordre juridique ou économique, prive la grève de fondement sérieux. Elle la rend illicite” (TEYSSIÉ, Bernard. **La grève**. Paris: Dalloz, 1994. p. 28).

⁴³⁶ Conforme Carvalho: “Verifica-se que, mesmo no direito comparado, o interesse a ser objeto do exercício do direito de greve encontra limites no razoável mesmo porque não é lógico pressionar o empregador no sentido de extrair dele algo que ele não pode oferecer” (Limitações ao direito de greve consoante o texto constitucional de 1988. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. p. 501).

de direito também pode ser caracterizado como abusivo também por descumprir o procedimento previsto na Lei nº 7.783/1989, que o regulamenta e o conforma.

Assim é a redação do *caput* do artigo 14 da Lei nº 7.783/1989:

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.

Portanto, a greve não pode ser deflagrada durante a vigência de pacto coletivo ou de decisão da Justiça do Trabalho.⁴³⁷ Contudo, ressalva-se que, conforme conteúdo dos incisos I e II do parágrafo único do artigo 14, não configura abuso de direito a paralisação que tenha como finalidade exigir o cumprimento de cláusula ou condição pactuada ou que seja motivada por fato novo superveniente que altere substancialmente a relação de trabalho:

Art. 14. [...]

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.

O abuso sob este aspecto de descumprimento procedimental tem um viés de exceder os limites da boa-fé objetiva como já se abordou anteriormente, que se revela com cláusula geral do exercício do direito, que exige do sujeito de direito que ele atue com lealdade e moralidade, cumprindo inclusive as normas procedimentais a que está submetido.

Como se demonstrou no subitem 3.1, a Lei nº 7.783/1989 estabeleceu o procedimento formal para a deflagração da greve, impondo condicionantes razoáveis para o seu exercício regular, concretizando o exercício daquele direito e harmonizando-o ao direito positivo com um todo complexo.

Na forma do artigo 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei de Greve⁴³⁸, ela somente pode ser deflagrada após a frustração da negociação coletiva, devendo a classe

⁴³⁷ SÜSSEKIND. **Direito constitucional do trabalho**, p. 486.

⁴³⁸ Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

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

profissional notificar a classe patronal com antecedência mínima de 48 horas, acerca da paralisação.

A oportunidade de paralisação e os interesses a serem defendidos pela greve devem ser objetivo de deliberação em assembleia geral, convocada e organizada pela entidade sindical respectiva, ou, na falta desta, por comissão de trabalhadores⁴³⁹, que representarão a classe profissional na negociação coletiva e perante o Poder Judiciário trabalhista.⁴⁴⁰

O artigo 6º da Lei nº 7.783/1989 assegura aos grevistas, entre outros direitos e obrigações, “o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve”, e a “a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento”. Da mesma forma, “em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem”.⁴⁴¹

Aos empregadores impõe-se a vedação legal de constranger os funcionários grevistas a comparecerem ao trabalho. Inclusive, não podem adotar medidas para frustrarem a divulgação do movimento.⁴⁴²

Além do que, “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”.⁴⁴³

A princípio, a greve regularmente deflagrada suspende o contrato de trabalho, para todos os efeitos, sendo proibida a rescisão do contrato de trabalho nesse período, tal como é vedada a contratação de trabalhadores substitutos dos grevistas.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Lei nº 7.783/1989: Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia 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.

§2º Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no “caput”, constituindo comissão de negociação.

⁴⁴⁰ Lei nº 7.783/1989: Art. 5º A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho.

⁴⁴¹ Art. 6º, §1º, da Lei nº 7.783/1989.

⁴⁴² Art. 6º [...] §2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

⁴⁴³ Art. 6º [...] §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.

⁴⁴⁴ Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Existem outras duas limitações aos impactos do exercício do direito greve regulamentadas pela Lei nº 7.783/1989: a primeira delas é a de que, na forma do artigo 9º, o representante da classe profissional deve, em comum acordo com a empresa ou representante da classe econômica, “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”⁴⁴⁵, enquanto a outra diz respeito à proibição de descontinuidade da prestação de serviços ou atividades essenciais.^{446 447}

Caso a pretensa paralisação recaia sobre atividades ou serviços essenciais, o prazo para notificação sobre a decisão de paralisação aumenta para 72 horas, devendo ser comunicada tanto aos empregadores ou seus representantes, quanto aos usuários de tais atividades ou serviços.⁴⁴⁸

Na forma do artigo 15 da Lei nº 7.783/1989, o fato da deflagração da greve não conduz a uma imunidade à conduta dos trabalhadores, do sindicato e seus prepostos, e nem muito menos à conduta do empregador.⁴⁴⁹ Isso quer dizer que o fato de a greve ser lícita, necessariamente não isenta a verificação da conduta dos grevistas ou de terceiros que eventualmente participem do movimento, tal qual a do empregador, podendo estes serem responsabilizados por suas condutas nos âmbitos civil, trabalhista

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.

⁴⁴⁵ 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 Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

⁴⁴⁶ 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.

⁴⁴⁷ Registra-se que o artigo 10 da Lei de Greve estabelece os serviços e as atividades essenciais como sendo: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; e a compensação bancária.

⁴⁴⁸ Art. 13. Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

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

⁴⁴⁹ Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.

Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.

e penal.

Ao empregador é imposta a proibição de paralisação das atividades, também denominado de *lockout*, quando, por sua iniciativa, assim o faz com o intuito de reagir à greve e promover obstáculos que prejudicam a negociação.⁴⁵⁰

O que se tem é que o descumprimento do quanto disciplina essa lei constitui verdadeiro abuso de direito, seja por parte da categoria profissional como dos empregadores, que também possuem limitações ao seu poder diretivo, tendo-se em consideração, quanto ao aspecto formal da greve, os critérios inerentes à boa-fé objetiva, enquanto em relação aos aspectos materiais, a finalidade socioeconômica desse direito.

3.3 A PROTEÇÃO DA GREVE CONTRA ATOS ANTISSINDICAIS

Como se desenvolveu no decorrer deste trabalho, todo direito subjetivo é relativo e cada espécie desse direito (ou prerrogativa jurídica) tem um “espírito” (mais precisamente uma finalidade socioeconômica subjacente) que o limita no seu exercício dentro de uma esperada normalidade compatível com a vida harmônica em sociedade.

Portanto, assim como o direito de greve tem seu “espírito” e seus limites, todos os outros direitos estão submetidos à mesma restrição. Sob esta ótica, o direito de greve também está protegido contra o exercício abusivo, por parte de terceiros, de direitos ou prerrogativas que irregularmente o atinja.

Ordinariamente, os atos praticados contra o direito de greve, que é um desdobramento do princípio da liberdade sindical, se caracterizam como antissindicais, que são aqueles que “prejudicam indevidamente um titular de direitos sindicais no exercício da atividade sindical ou por causa desta, ou aqueles atos mediante os quais lhe são negadas, injustificadamente, as facilidades ou prerrogativas necessárias ao normal desempenho da ação coletiva”.⁴⁵¹

O principal sujeito ativo submetido a uma maior probabilidade da prática de

⁴⁵⁰ Lei nº 7.783/1989: Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (*lockout*).

Parágrafo único. A prática referida no “caput” assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

⁴⁵¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Tradução por Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989. p. 35.

ato antissindical é o empregador, talvez por estar diretamente envolvido na relação laboral coletiva e por ser o verdadeiro sujeito passivo do movimento grevista, sofrendo diretamente os reflexos desse movimento coletivo.

Além do que, a greve é o primeiro estágio após o insucesso do processo de negociação coletiva⁴⁵², logo, se há greve, há conflito entre empregados e empregadores. E todo conflito, naturalmente, conduz uma controvérsia em que uma parte trata a outra como adversária, impulsionando o sentimento de reprovação. Cabe lembrar que a greve é equiparada a uma guerra, existindo verdadeiros oponentes, com interesses contrapostos⁴⁵³, até porque a inexistência de conflito prejudica a caracterização da greve.

Neste item, pretende-se fixar que a prática de alguns atos contra o exercício do direito de greve atinge a atuação sindical e, nesse aspecto, caracteriza o que se denomina de atos antissindicais, que mais são reflexos do abuso de direito por parte do empregador, mesmo que esses atos possam ser praticados até mesmo pelo próprio sindicato, além de todo e qualquer sujeito de direito que atente contra a liberdade sindical.

Ainda que o direito de greve não seja protegido diretamente pelos pactos da Organização Internacional do Trabalho – OIT, tem-se que o direito de greve é tratado de forma indireta e até mesmo implícita, na medida em que existem disposições protegendo a liberdade e o exercício de atividade sindicais.

Sobre essa questão e no que é significativo para o presente estudo, no âmbito das normas internacionais, apresenta-se importante o conteúdo das Convenções nº 87 e nº 98, sendo que o Brasil somente ratificou a segunda.

A Convenção nº 87, aprovada em 1948, promove a defesa do princípio da liberdade sindical, tanto individual quanto coletiva. Esse conceito foi consagrado sob a fundamentação do liberalismo econômico, que articula a harmonia econômica pelas próprias forças do mercado.⁴⁵⁴

Já os artigos 1º e 2º da Convenção nº 98 da OIT⁴⁵⁵, ratificada pelo Brasil em

⁴⁵² STÜRMER. O sindicalismo e os direitos sociais. **Revista do Curso de Mestrado da UFC**, p. 83.

⁴⁵³ RUSSOMANO; CABANELLAS. **Conflitos coletivos do trabalho**, p. 19.

⁴⁵⁴ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O sindicalismo brasileiro e as práticas anti-sindicais. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 29-48, jul. 2005. p. 36.

⁴⁵⁵ Art. 1º - 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

1952, direcionam para a proteção das relações de trabalhos contra a prática de atos antissindicais, nos quais estão englobados aqueles atos que atentam contra a liberdade sindical, direta ou indiretamente.

Em se tratando do direito positivo brasileiro, constata-se a proteção da greve e da liberdade sindical pela Constituição de 1988.

Ainda que exista alguma interferência por referida legislação à plena liberdade sindical, considerando a imposição da unicidade sindical⁴⁵⁶ e compulsoriedade da contribuição sindical, observa-se que, de maneira geral, ela garante a atuação e evolução do sindicalismo.

O fato é que a liberdade sindical e a atuação sindical, em alguma medida, possuem proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro e, da mesma forma que as demais prerrogativas jurídicas, estão inseridas na proteção contra o abuso de direito que as agrida. Há proteção a esses direitos qualificados como fundamentais.

Em havendo o exercício abusivo de direito que exceda manifestamente os bons costumes, a boa-fé e a respectiva finalidade socioeconômica, atingindo essas garantias sindicais, resultará em ato ilícito, em conduta antijurídica.

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.

Art. 2º - 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

⁴⁵⁶ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é legítimo o exercício arbitrário de qualquer direito subjetivo ou prerrogativa jurídica (faculdade, liberdade etc.), desviando-o da finalidade socioeconômica que lhe é embutida pela norma respectiva existente no direito positivo.

Essa é a concepção de relativização do direito subjetivo defendida pela teoria do abuso do direito. O direito, como criação do homem, deve-lhe servir para conduzir a vida harmônica enquanto inserido na sociedade, de maneira que o homem somente precisa do direito no contexto da convivência, de nada prestando-lhe se considerado individualmente.

Assim, cada direito subjetivo possui uma finalidade socioeconômica que lhe é fixada pelo direito positivo, subjacente mesmo ao enunciado normativo e imanente ao próprio direito, que tem como parâmetro o interesse coletivo sob os enfoques social e econômico, não se resumindo ao individualismo.

Por isso que se afirma que o exercício do direito de greve, tal como todos os demais direitos subjetivos ou prerrogativas jurídicas, não é absoluto e ilimitado, e não se presta a satisfazer interesses que escapam à sua finalidade socioeconômica estabelecida pelo direito positivo respectivo.

Ainda que essa finalidade dependa do ordenamento jurídico em que está inserida, portanto, variando de um direito positivo para outro, ela existe e não deve ser desconsiderada, sob pena de o direito ser utilizado para fins alheios ao que se presta e ao que a sociedade lhe incumbiu, desviando-se de seu desiderato e prestando até mesmo para fins escusos.

No Brasil, como na maioria dos países ocidentais democráticos, uma das modalidades de greve foi reconhecida como direito elevado à condição de direito humano fundamental, direito este contemplado no artigo 9º da Constituição de 1988, devidamente conformado e regulamentado pela Lei nº 7.783/1989.

Referido direito se consubstancia em ação direta de determinada classe profissional, precisamente caracterizada pela paralisação coletiva da prestação de serviços, de forma temporária e pacífica, servindo de instrumento de pressão contra o respectivo empregador, com o intuito de forçá-lo a atender as pretensões profissionais dos grevistas.

A greve-direito, que é assim delimitada como sendo exclusivamente de natureza trabalhista, se caracteriza por conduta especialmente omissa (paralisação da prestação de serviços), não abarcando qualquer ato comissivo que importe em invasão, em ocupação ou coisa que o valha, a exemplo de qualquer atitude que comprometa o processo de produção ou serviços, bem como direitos de consumidores e usuários, nem tão menos que cause qualquer prejuízo ao empregador e que não se resuma à repercussão da abstenção da prestação de serviços.

Outras espécies de ações diretas implementadas pela sociedade civil não se caracterizam como a greve-direito disciplinada no artigo 9º da Constituição de 1988, pelo que esses fatos sociais não são regulamentados pelo direito, tratando-se verdadeiramente de fenômenos sociológicos que merecem análise sob outros enfoques que não o do direito de greve.

No direito positivo brasileiro, depreende-se que a finalidade socioeconômica do direito de greve é exatamente viabilizar, por meio desse instrumento coletivo trabalhista de ação direta disponibilizada aos empregados, certo equilíbrio no processo das negociações coletivas entre as classes profissional e econômica, imunizando a inadimplência contratual especialmente derivada da paralisação coletiva da prestação de serviços, desde que sua deflagração e execução tenham observado as condicionantes fixadas no direito positivo como um todo complexo e unitário (oportunidade, interesses, formas exigidas etc.), devendo ser utilizada exclusivamente com o intuito de preservar, modificar, reivindicar ou criar novas condições ou direitos trabalhistas por parte da categoria profissional em face do respectivo empregador, assim promovendo a evolução dos direitos econômicos e sociais oriundos da relação de trabalho.

Essa finalidade socioeconômica – como a de qualquer outro direito – se qualifica como sendo o “espírito” desse direito, de maneira que, mesmo sem estar expressamente prevista no enunciado normativo, integra o próprio direito como um limite interno, vinculado à própria norma subjacente.

O instituto do abuso do direito está previsto no artigo 187 do Código Civil de 2002, tendo o direito positivo brasileiro estabelecido os critérios propostos pela teoria objetiva do abuso do direito, fixando elementos objetivos para sua caracterização, o qual se configura quando o sujeito, no exercício de um direito, exceda manifestamente

a boa-fé objetiva, os bons costumes ou a finalidade socioeconômica respectiva, pouco importando a intencionalidade do agente.

Apurando a norma constante no enunciado normativo do artigo 9º da Constituição de 1988, constata-se que a decisão sobre a oportunidade da deflagração da greve e os interesses defendidos por meio dela compete à classe profissional, mas que essas discricionariedades não podem ser encaradas como arbitrariedades, pelo que sofrem limitações dos elementos extraídos da própria conceituação do direito de greve, do seu “espírito” (leia-se, finalidade socioeconômica).

O exercício do direito, seja ele de que espécie for, encontra restrições e limitações no direito positivo, curvando-se à essência do direito, que é contribuir para a convivência do homem em sociedade de maneira harmoniosa.

Na hipótese de um direito subjetivo, ou alguma prerrogativa jurídica, ser exercido de maneira a exceder manifestamente a boa-fé objetiva, os bons costumes ou, ainda, a sua finalidade socioeconômica, caracterizará o abuso desse exercício, qualificando a conduta, o ato, como antijurídica, na forma do artigo 187 do Código Civil brasileiro, para todos os fins de responsabilização previstos no ordenamento jurídico.

Da mesma forma que o exercício do direito de greve tem uma finalidade socioeconômica implícita, os demais direitos subjetivos ou situações jurídicas também a possuem. Isto é, o direito de greve, da mesma forma, também se protege contra eventuais atos antissindicais que podem ser reflexos do exercício abusivo do poder diretivo concedido ao empregador.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARANTE, João Armando Moretto. **Lei de greve comentada**. Lisboa: Almedina, 2015.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil**. São Paulo, 2013. 177f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direito administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, Cassio Mesquita. O direito de greve na Constituição de 5 de outubro de 1988. **Revista LTr**, São Paulo, ano 52, n. 11, p. 1.336-1.342, nov. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições a publicidade de refrigerantes e sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 109-141, jul./set. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-65, out./dez. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A autotutela nas relações do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOULOS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BRESSANI, Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos. Capitalismo humanista: uma aplicação da justiça econômica?. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-61, jan./jun. 2011.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. O direito de greve no Brasil: intervenção e autotutela. **Revista LTr**, São Paulo, ano 56, n. 10, p. 1.211-1.217, out. 1992.

CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Limitações ao direito de greve consoante o texto constitucional de 1988. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

CARVALHO, Suzete. Greve: uma questão sempre polêmica. **Revista LTr**, São Paulo, ano 57, n. 7, p. 825-833, jul. 1993.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do direito no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2015.

DE LUCA, Carlos Moreira. Considerações sobre o exercício do direito de greve. **Revista LTr**, São Paulo, ano 55, n. 4, p. 418-420, abr. 1991.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 91-128, jan./mar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. Teoria das obrigações contratuais extracontratuais.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Tradução por Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989.

ESTEVES, Juliana Teixeira; LIRA, Fernanda Barreto. A compreensão da greve no direito do trabalho, a partir das doutrinas políticas: a busca da emancipação social e do resgate da dignidade humana. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, v. 6, n. 10, p. 103-123, jul./dez. 2014.

FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. La responsabilidad social corporativa: una reflexión. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 169-202, jan./jun. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GABARDO, Emerson. Mecanismos de Intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

GONÇALVES NETO, Francisco. Greve e abuso de direito. **Revista LTr**, São Paulo, ano 54, n. 10, p. 1.208-1.212, out. 1990.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013.

GOTTSCHALK, Elson. O sujeito ativo no direito de greve na Constituição Federal de 1988. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

GUALAZZINI, Ugo. **Abuso del diritto**. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giunfré, 1964.

GUIMARÃES, Carlos Alfredo Cruz. Direito de greve. **Revista LTr**, São Paulo, ano 53, n. 11, p. 1.356-1.363, nov. 1989.

GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. A greve como delito, como liberdade e como direito humano fundamental: um percurso histórico e jurídico e suas consequências sociais e econômicas: a situação do Brasil. *In*: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.). **Direito penal do trabalho reflexões atuais: “cabe a pena onde se ganha o pão?”**. São Paulo: LTr, 2014. v. 1.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da

igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107635>>. Acesso em: 1º maio 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

JOSSERAND, Louis. **De l'espírito des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Ed. Temis S.A., 1999.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1950. v. 1. t. 2.

JOSSERAND, Louis. **El espíritu de los derechos y su relatividade**: teología jurídica. Tradução por Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Granada: Editorial Comares, 2012.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEVY, José Luiz. **A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito de greve no Brasil: aspectos sociais e políticos de uma perspectiva weberiana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 16, v. 64, p. 221-234, out./dez. 1979.

LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso do direito e a função de controle da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, ano 7, n. 18, p. 229-241, out./dez. 2008.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso do direito**. Forense: Rio de Janeiro, 1959.

MALLET, Estevão. **Dogmática elementar do direito de greve**. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e acto ilícito**. Rio de Janeiro: R. Americano, 1935.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MELO, Raimundo Simão. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

MOLINA, Juan Carlos. **Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**. Buenos Aires: Astrea, 1969.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O sindicalismo brasileiro e as práticas anti-sindicais. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 29-48, jul. 2005.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Mário. O direito perante a greve. **Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 4, n. 13, p. 48-73, 1966.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Formas de regulamentação da greve. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 47 - Parte especial.

PRADO, Ney. A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo. **Revista LTr**, São Paulo, ano 77, n. 2, p. 138-141, fev. 2013.

RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. **Droit du travail**. Paris: Dalloz, 1956.

RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RUPRECHT, Alfredo. **Conflitos coletivos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1979.

RUSSOMANO, Mozart Victor; CABANELLAS, Guillermo. **Conflitos coletivos do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 89-99, ene./jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Ajuricaba da Costa e. Greve nos serviços essenciais da comunidade e da nação. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A teoria do elemento subjetivo no direito de greve. **Revista IOB**, ano XX, n. 236, p. 51-72, fev. 2009.

SINAY, Hélène. La grève. *In*: CAMERLYNCK, G. H. **Traité de droit du travail**. Paris: Dalloz, 1966.

STÜRMER, Gilberto. O sindicalismo e os direitos sociais. **Revista do Curso de Mestrado da UFC**, Fortaleza, v. 30, p. 75-85, jan./jun. 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: LTr, 2010.

TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo ao abuso do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. A dignidade da empresa no direito do trabalho. *In*: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

TEYSSIE, Bernard. **La grève**. Paris: Dalloz, 1994.

TISSEMBAUM, Mariano R. **Las controversias del trabajo**: la huelga y el lock out ante el derecho. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1952.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. A greve como direito fundamental. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 12, p. 1.472-1.473, dez. 2006.