



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURÍCIO LIMA MAGALHÃES FERREIRA

**O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS À LUZ
DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Salvador
2013

MAURÍCIO LIMA MAGALHÃES FERREIRA

**O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS À LUZ
DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Periandro.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURÍCIO LIMA MAGALHÃES FERREIRA

O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2013.

A
Minha família, fonte de toda minha
dedicação. Sem vocês nada disso
valeria à pena.

AGRADECIMENTOS

À Dr. Ricardo Maurício, pela presteza e disponibilidade na orientação. Mesmo após a orientação, me encorajou e me apoiou a defender os mais destacados temas, sempre acessível ao debate. Obrigado pela amizade e incentivo.

À Dr. Fábio Periandro, pelo apoio e força quando eu mais precisei. Amigo nos momentos difíceis e mestre que eu levo como exemplo. Muito além do apoio nesse trabalho, me ensinou como é ser um profissional por vocação.

Aos meus professores, pela amizade, apoio, estímulo e compreensão. Obrigado por cada dúvida tirada ou livro emprestado.

À Lúcia, paixão da minha vida, mãe exemplar, que mesmo do céu, fecha os olhinhos e acredita sempre em mim. Obrigado por todo o esforço que dispensou para eu chegasse aqui hoje, nunca esquecerei tudo que fez por mim. Quanto amor!

À Genival, meu pai, que sonhou junto comigo desde o dia que eu ingressei na faculdade. Ensinou-me o melhor e mais valioso método de Hermenêutica Jurídica: aquele que retira das normas os bons valores no alcance da justiça. Meu guia perfeito. Te amo Pai!

À Gustavo, que mesmo distante, sempre arranjou um jeitinho de mostrar que acredita em mim. Obrigado pelo verdadeiro apoio irmão.

À Paula, por acreditar que o empréstimo do seu computador não seria em vão. Pronto xuca, acabou! Independente disso, não mediu esforços para estar sempre ao meu lado. Te amo irmãzinha!

À Vovó Marizinha, meu pedacinho de amor. Sua fé em Santo Antônio remove montanhas até hoje. Sei que rezou por mim também aí de cima.

À Mari, não tenho palavras pra agradecer tamanha paciência. Ouviu todas as minhas loucuras jurídicas com a atenção de uma aluna aplicada. Como é bom ter você ao meu lado, de coração. Te amo!

Ao amigo Arthur, que cultivou junto comigo as sementes para um futuro promissor. Obrigado por me ensinar sobre a vida e me mostrar que eu também posso contribuir.

Aos amigos e colegas, por estarem comigo diariamente, tornando os meus dias mais leves e divertidos. Sem vocês pouca coisa faria sentido. Obrigado por fazerem parte da minha vida.

“A mente que se abre a uma nova ideia
jamais volta ao seu tamanho original”.

(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Para sua elaboração, foi estudado o princípio da isonomia, tanto na vertente formal quanto na vertente material. Também foi analisado o instituto da greve, direito instrumental que foi tutelado aos trabalhadores da iniciativa privada e aos servidores públicos civis. Restou-se demonstrado a ineficácia do exercício do direito de greve na esfera pública, à luz do princípio da isonomia material. Também foi analisada a evolução histórica do instituto da greve no Brasil e no mundo, sua natureza instrumental e, positivamente nos diversos ordenamentos jurídicos. Analisou-se ainda o estudo da greve como um direito fundamental. Foram observadas as características e sua aplicação no ordenamento jurídico. Assim, foi objeto de estudo, o direito de greve previsto na Constituição Federal, analisando a sua possibilidade de efetivação, assim como já acontece na esfera privada. A essencialidade do serviço público não é obstáculo para regulamentação do direito de greve na esfera pública. Ao analisar o exercício do direito de greve pelo servidor público percebeu-se que inicialmente carecia de efetividade em decorrência de omissão legislativa na edição de norma regulamentadora. Posteriormente, mesmo após entendimento do STF de aplicação da lei 7.783/89 aos servidores públicos, foi constatada a falta de efetividade no exercício deste direito, tendo em vista as suas peculiaridades. Os servidores públicos, titulares do direito de greve, não alcançam a isonomia material em relação aos trabalhadores privados. A criação de norma regulamentadora, pelo STF, para possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos é a alternativa para alcançar a concretização do princípio da isonomia.

Palavras-chave: Direito de Greve; Servidor Público; Isonomia; Eficácia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	–	artigo
CC	–	Código Civil
CF/88	–	Constituição Federal da República
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
Des.	–	Desembargador
MI	--	Mandado de injunção
Min	–	Ministro
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TST	–	Tribunal Superior do Trabalho
TJ	–	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
2.1 ISONOMIA FORMAL X ISONOMIA MATERIAL	16
3 GREVE: UM DIREITO DE TODOS OS TRABALHADORES	20
3.1 BREVE HISTÓRICO	20
3.2 A GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
3.3 CONCEITO DE GREVE	25
3.4 A GREVE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	29
4 A GREVE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS	34
4.1 O JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO 712 E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	43
5 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL	50
6 A INAPLICABILIDADE DA LEI 7783/89 AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE	62
7 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

A greve dos servidores públicos civis é tema de grandes e atuais discussões no Brasil. Muito se discute sobre o direito de greve na esfera pública, tendo em vista que a Constituição Federal estabeleceu o exercício deste direito no art. 37º, VII, que poderá ser exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Assim, a Constituição Federal tutelou o direito de greve no serviço público, e delegou ao legislador infraconstitucional a regulamentação sobre as diretrizes a serem seguidas e os limites do seu exercício. Originariamente, esta previsão constitucional requeria a promulgação de uma lei complementar para regulamentação do direito, porém com a EC 19/98, essa exigência foi abrandada, passando a requerer apenas lei específica.

Entretanto, transcorridos mais de 20 (vinte) anos, a lei exigida pela Constituição Federal não foi editada, mesmo após a EC 19/98, que substituiu a exigência de lei complementar por lei específica. Em decorrência dessa prolongada omissão legislativa, surgiu um clima de insegurança jurídica em relação ao exercício do direito de greve no serviço público.

Muitas divergências surgiram sobre a aplicação do direito de greve aos servidores públicos civis, debatendo, num primeiro momento, se era legal o exercício de tal direito, visto que ainda não havia norma regulamentadora do tema. Num segundo contexto, se a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve para o setor privado, era ou não aplicável ao servidor público civil. Também havia divergência se norma constitucional era de eficácia limitada ou norma de eficácia contida. Por fim, se a greve tinha natureza de um direito fundamental.

Num primeiro momento, apreciando o mandado de injunção nº 20, o Supremo Tribunal Federal apenas reconheceu que havia mora legislativa na edição de lei regulamentadora, e comunicou o poder competente para que edite a referida norma. Dentre outros motivos, entendia-se, nessa época, que não era possível o exercício do direito de greve na Administração Pública em decorrência do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa.

Contudo, ao julgar os Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA, o STF pacificou o entendimento jurisprudencial, reconhecendo a legalidade do direito de

greve do servidor público civil. Não obstante, a Suprema Corte estabeleceu o procedimento para efetivação desse direito Constitucional, suprimindo a omissão legislativa que se arrasta desde 1988, através da aplicação da Lei 7783/89 aos servidores públicos civis, até que o Poder Legislativo elabore a lei específica regulamentadora do exercício do direito de greve na esfera pública.

Nesse contexto, este trabalho monográfico visa debater a efetividade do direito de greve na Administração Pública, tendo por base o atual posicionamento do STF, ao decidir pela aplicação da lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos. Será demonstrado que apesar do STF suprir a prolongada omissão legislativa com a aplicação da lei 7.783/89, esse entendimento não possibilita aos servidores públicos exercer o seu direito de greve de maneira isonômica aos trabalhadores da iniciativa privada.

Para isso, iniciaremos com o estudo do princípio constitucional da isonomia, nas vertentes formal e material. Também analisaremos o nascimento e a evolução histórica da greve no mundo, até chegarmos ao ordenamento jurídico brasileiro, ponderado a realidade da esfera pública.

Assim, será possível afirmar que a aplicação da lei 7783/89 aos servidores públicos civis, não tutela o exercício do seu direito de greve, a luz do princípio da isonomia, no âmbito material. De outro modo, concluiremos que a construção de norma regulamentadora pelo STF, à luz do caso concreto, possibilita a concretização do princípio da isonomia no âmbito material, tendo em vista que a Corte suprema irá adequar os parâmetros para o exercício do direito de greve no serviço público.

2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em todas as sociedades, principalmente aquelas que elegem o estado democrático de direito, o princípio da igualdade é consagrado como um dos alicerces na construção do seu ordenamento jurídico, encarando-o como objeto de reflexão, investigação e debate. O seu objetivo principal é sempre o alcance de uma maior isonomia, ou pelo menos, a redução das desigualdades.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a isonomia de condições, tratamento e oportunidades, ou seja, todos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo próprio ordenamento jurídico.

Assim, o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” estampou no seu art. 5º, caput:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição alcança dois planos distintos: um voltado para o legislador, impedindo a criação de lei ou quaisquer outros atos normativos que ofereçam tratamento abusivamente distinto àqueles que se encontram em posições idênticas.

No primeiro plano, definiu Robert Alexy (2008, p.396), “O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”.

Aqui vale o registro da célebre frase de Rui Barbosa (1999, p.26) que assim acertou “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”.

Num outro plano, é voltado ao aplicador ou intérprete da lei, devendo assegurar a efetividade das normas sem distinção de qualquer natureza, sempre que não haja uma justificativa razoável.

Precisa são as palavras de Robert Alexy (2008, p.394), que asseverou:

As leis devem ser executadas sem considerações pessoais. Nos detalhes, o dever de igualdade na aplicação da lei apresenta uma estrutura complicada, por exemplo, quando exige a elaboração de regras vinculadas ao caso concreto, seja para a precisa determinação de conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos, seja para o exercício da discricionariedade. No seu núcleo, contudo, esse dever é simples. Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas.

O desejo de igualdade na sociedade contemporânea requer um tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a implementação de seus direitos, desde os mais básicos até aqueles ditos de quinta geração. Assim, visa alcançar não somente o direito a viver, mas também a possibilidade de ter uma vida digna.

Nesse sentido, ensina George Marmelstein (2009, p.40), que os direitos fundamentais, inclusive o direito de igualdade, pode ser compreendido através da “teoria das gerações de direitos”:

Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim:

- a) A primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) Por fim, a última geração seria a dos direitos da solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Vale ressaltar que a expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina, visto que não há gradação entre as diversas gerações, embora o termo “geração” assim transpareça (2009, p. 41):

O uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante.

Contudo, não adentrando nas discussões sobre o tema, é importante registrar que independente da geração em que cada direito esteja inserido, todos merecem a sua concretização e implementação à luz do princípio da Dignidade Humana.

Num contexto histórico, as revoluções liberais foram o motor propulsor do surgimento desta “geração” de direitos fundamentais. No modelo absolutista, o Estado sufocava a sociedade em todos os setores da vida como econômico, religioso, político, jurídico etc.

A sociedade não estava satisfeita com toda essa opressão, afinal ninguém consegue suportar tanta intromissão indevida em sua esfera privada. Segundo Marmelstein (2009, p.43) “o ser humano anseia por liberdade e em razão disso as revoltas não tardaram a aparecer”.

Com toda a influência do iluminismo, movimento intelectual surgido ao longo do século XVIII, da reforma protestante e da descoberta de novos mundos com incremento do comércio internacional, fez a burguesia, classe social até então sem qualquer importância política, desempenhar papel decisivo na revolução política mundial. Discorre Marmelstein (2009, p. 44):

Os pilares éticos defendidos pelo liberalismo foram incorporados em diversas “declarações de direitos” proclamadas durante esse período, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, e a declaração de direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana.

Assim, os direitos civis e políticos, resultantes das declarações liberais, são conhecidos como direitos de primeira geração. O grito de liberdade fora dado.

Contudo, merece ser destacado que, embora quase todas as declarações de direitos, elaboradas nesse período, proclamarem em seu texto o direito de igualdade, não havia um interesse verdadeiramente honesto de se garantir a isonomia para todos os seres humanos. Pontua Marmelstein (2009, p. 45):

A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, aprovada em 1789 pelo parlamento francês, começa seu texto proclamando que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Apesar disso, na mesma época, ficou decidido que o direito de voto seria restrito aos homens que tinham posses (voto censitário). O sufrágio universal sequer foi mencionado. Com isso, grande parcela da população ficava à margem do jogo político, inclusive as mulheres. Os homens e cidadãos, mencionados no texto, eram mesmo pessoas do sexo masculino e não uma figura de linguagem.

Acrescenta-se ainda que a escravidão na época era praticada e aceita até mesmo por filósofos iluministas da época, como John Locke e Thomas Jefferson.

E assim complementa Marmelstein (2009, p. 45):

Desse modo, apesar do espírito humanitário que inspirou as declarações liberais de direitos e do grande salto que foi dado na direção da limitação do poder e da participação do povo nos negócios públicos, o certo é que essas declarações não protegiam a todos. Muitos setores da sociedade, sobretudo os mais carentes, ainda não estavam totalmente satisfeitos apenas com essa liberdade de fazer de conta. Eles querem mais.

O princípio da isonomia ou também conhecido como princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito.

Como a eficácia de um princípio depende da interpretação que lhe é atribuída, em diversos momentos históricos, o princípio da isonomia tem como fundamento principal a vedação aos privilégios e vantagens desproporcionais, colidindo com o interesse das classes mais abastadas que o deixavam de lado, ou lhe conferiam uma interpretação distorcida daquela que realmente deveria ser aplicada.

O princípio da igualdade não tem tido tantas discussões como o princípio da liberdade, uma vez que, a isonomia constituiu o signo fundamental da democracia, segundo José Afonso da Silva (2012, p.211). Por não admitir privilégios e distinções permitidos em um Estado liberal o princípio acaba afastando diretamente dos interesses da burguesia que visa o domínio de classes.

Diante disto, as Constituições somente reconhecem o princípio da igualdade sob seu aspecto formal, ou seja, apenas a igualdade perante o texto seco e frio da lei, sem, contudo lembrar que o princípio somente irá adquirir efetividade quando também lhe for conferida uma igualdade material, baseada em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas inseridas no ordenamento jurídico.

A constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, conforme previsto no art. 5, caput.

Assim, a Carta Magna busca reforçar o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade e também a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Desse modo no art.5, I, declara que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, depois no art. 7, XXX e XXXI inserindo regras de igualdade material, proibindo distinções fundadas em determinados fatores como diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer

outra discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Para o Prof. José Afonso da Silva (2012, p.211), a constituição federal de 1988, mesmo que programática repulsa veemente qualquer forma de discriminação:

A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais, veemente repulsa a qualquer forma de discriminação.

Entretanto, o próprio conceito de igualdade provoca posições antagônicas, de um lado há os que sustentam que a desigualdade é característica do universo, assim os homens nascem e perduram desiguais e num polo oposto há outros que defendem um igualitarismo absoluto entre as pessoas, ligados à hipótese do estado da natureza.

Pensadores como Rousseau, de acordo com José Afonso da Silva (2012, p.212), se filiava a esta última corrente idealista, mas admitia duas espécies de desigualdades: uma chamada natural ou física e outra moral ou política:

Uma porque estabelecida pela natureza, consistente na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; outra, denominada moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e é estabelecida, ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como ser mais ricos, mais pobres, mais poderosos.

Numa posição realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser exato descrevê-los como criaturas iguais, pois como seres humanos não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens, como seres da mesma espécie. Pontua Silva (2012, p. 213):

O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

Contudo, a igualdade formal não garante a todos o direito de ter as mesmas oportunidades, as mesmas condições de vida, de desenvolvimento social, como também não garante que a igualdade formal seja efetivada.

Desta forma, houve a necessidade de instrumentos de promoção da igualdade efetiva, haja vista que somente a igualdade de direitos, por si só, não foi suficiente para tornar as mesmas oportunidades acessíveis a todos.

2.1 ISONOMIA FORMAL X ISONOMIA MATERIAL

O princípio da igualdade consagrado pela Carta Magna de 1988, conforme tratado acima e ratificado também por Alexandre de Moraes (2008, p.37), opera em dois planos distintos: uma parte voltada ao legislador na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias e a outra parte na obrigatoriedade do intérprete ao aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária.

Nesse sentido, explica Moraes (2008, p.37), que há desigualdade na lei quando a norma discrimina as pessoas de forma não razoável:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, desde que haja uma finalidade razoável para o fim visado, é possível a discriminação ou tratamento diferenciado, vistos como permitidos pela Constituição.

Noutra vertente, doutrina Moraes (2008, P. 37), que é vedado também ao intérprete aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou ampliar as desigualdades arbitrárias.

Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Nesse sentido, Moraes (2008, p. 38) acertadamente leciona sobre o princípio da igualdade:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos, raramente qualifica de um modo único às múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.

Para Moraes (2008, p. 38), “é esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

Para Luís Pinto Ferreira (1983, p. 770), a igualdade perante a lei ou igualdade formal, deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, devendo ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, como igualdade diante dos administradores e dos juízes.

A igualdade material por outro lado é o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, tirando-o da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático. Deve ser entendido como o tratamento igual e uniformizado de todos os seres humanos, bem como sua equiparação no que diz respeito à concessão de oportunidades de forma igualitária a todos os indivíduos.

Para Ferreira (1983, p. 771), a igualdade material é um princípio programático, uma meta ou um objetivo a ser alcançado pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Necessita da edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre os indivíduos, mas também de atos concretos por parte do Poder Público e da mudança de posicionamento de toda a sociedade para que possamos chegar à plenitude do princípio.

A importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos.

No mesmo sentido, também segue Guilherme Peña de Moraes (2008, p.94), que entende o princípio da igualdade como aquele correspondente à vedação de diferenciações arbitrárias, que são exteriorizadas através de discriminação e privilégios. Já para Moraes (2008, p. 39), há a divisão entre princípio da igualdade na lei e princípio da igualdade perante a lei, sendo que o primeiro define que a produção das regras jurídicas não pode consubstanciar desigualdades não autorizadas e o segundo determina que a aplicação das regras jurídicas deva ser realizada em consonância com o disposto pelas mesmas, reunidas sob a elocução “iguais perante a lei”.

Conceitua Peña de Moraes (2008, p.95) que a diferenciação entre o princípio da igualdade formal e material assim:

O princípio da igualdade formal também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica, e princípio de igualdade material, também designada de igualdade na sociedade, real ou fática, uma vez que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária das regras jurídicas, enquanto que a segunda objetiva a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, visto que a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração da estrutura social e econômica, mediante a remoção de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação.

Disso decorre que o princípio da igualdade é dotado de caráter relativo, visto que proíbem as diferenciações de tratamentos arbitrários, assim compreendidos as discriminações como também os privilégios.

Analisando o princípio da igualdade no julgamento da ADPF 186/DF, o Ministro do STF Gilmar Mendes, acertadamente se pronunciou:

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado Democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

No mesmo sentido, decidiu o Ministro do TST Walmir Oliveira da Costa, que destacou a importância da isonomia material ao apreciar o Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 152740/SP:

No tocante à alegada violação ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, ressalte-se que não se constata, na presente hipótese. Isso porque, o princípio da igualdade supõe que devemos tratar os desiguais de forma diferenciada para que possamos alcançar a isonomia. É o que ocorre no caso, conforme se infere do acórdão regional, haja vista o impetrante ser

regido por normas trabalhistas constantes da CLT que não estabelecem o direito à licença-prêmio, e os funcionários públicos por regime jurídico diferenciado, consubstanciado em normas estatutárias, que lhes conferem o referido benefício.

De tudo se extrai que a igualdade material é um princípio programático, ou seja, uma meta ou um objetivo a ser alcançado pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Para que a igualdade material saia da letra fria da lei e produza efeitos concretos na sociedade é necessária à edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre os indivíduos, como também atos concretos por parte do Poder Público e da sociedade.

A igualdade material é extremamente importante, pois somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos.

Deste modo, a isonomia material limita a conduta das autoridades públicas e dos particulares, pois impedem a prática de atos discriminatórios ou instituidores de privilégios, imputando sanções para aquele que praticou.

Assim, percebe-se a evidente desigualdade material entre os servidores públicos civis e trabalhadores da iniciativa privada no exercício do seu direito de greve, visto que apesar da constituição garantir aos dois o exercício deste direito, somente os trabalhadores da iniciativa privada tiveram regulamentação por norma específica e assim podem exercer o seu direito.

Portanto, resta ultrapassado o entendimento de que a previsão constitucional que estabelece o direito de greve, tanto para iniciativa privada quanto aos servidores públicos civis, é de eficácia limitada, nos moldes do atual posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, dependendo, portanto, da edição de lei específica para regulamentação deste direito fundamental. Certo é que a greve é um direito fundamental, com previsão constitucional tanto para os trabalhadores da iniciativa privada quanto para os servidores públicos civis.

A igualdade material no direito de greve é extremamente relevante, pois somente ela possibilita que os dois setores tenham seus interesses efetivamente tutelados e o considerem igualmente legítimos. Trata-se de um direito fundamental que se insere na relação classificada pela doutrina como gerações ou dimensões, tendo como premissa central a dignidade da pessoa humana.

3 GREVE: UM DIREITO DE TODOS OS TRABALHADORES

3.1 BREVE HISTÓRICO

Alguns doutrinadores entendem que o direito de greve tem como principal berço histórico uma Praça em Paris, chamada Place de Grève, onde os operários se reuniam para protestar por melhores condições de trabalho. Nesta praça, segundo Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.1315), os empregadores buscavam mão de obra para as fábricas e os trabalhadores reivindicavam melhorias nas condições de serviço:

Neste local acumulavam-se gravetos (de onde surgiu o nome Grève), trazidos pelas enchentes do rio Sena. Servia de palco para contratação de mão-de-obra pelos empregadores e de ponto de encontro dos trabalhadores descontentes com as condições de prestação de serviços.

Por outro lado, Luciano Martinez (2011, p. 711), vai mais além e define que a palavra “greve” tem origem latina, que provavelmente tem o seu significado ligado à relutância, resistência, carga, que chegou a língua francesa através da palavra “gravier”, ou em português saibro, terra, areia, passando à palavra greve a figurar com o sentido de praia:

Num excelente estudo sobre a greve, o Professor Ronald Amorim e Souza, identificou a etimologia do instituto com base em pesquisas realizadas por Marc Moreau. Segundo suas assertivas, “a palavra greve tem origem latina”, muito provavelmente ligada à ideia de peso, carga, relutância, resistência, mas “chegou à língua francesa pelo vocábulo gravier, que, em português, vem a ser saibro, areia, passando à palavra grève com este e sentido, extensivo, de praia”. Daí foi forjada a denominação de um logradouro parisiense, às margens do rio Sena, chamado Place de Grève, hoje Place de l’Hôtel-de-Ville.

Ainda relata Martinez (2011, p. 711), que na referida Place de Grève, assim intitulada por conta das proximidades da praia feita de cascalho e areia, edificou-se um porto para cargas e descargas de mercadorias, tornando-se um ponto de encontro entre os trabalhadores e aqueles que dela precisavam.

Além de ser um ponto de negócios, a Place de Grève, também servia como local para troca de experiências e protestos por aqueles insatisfeitos com as condições de trabalho.

Relatando Martinez (2011, p. 712):

Além de ser um ambiente para encontros e negócios, a Place de Grève servia aos trabalhadores como espaço para troca de experiências e para suas manifestações de insatisfação. Se eles se insurgiam contra seus empregadores em busca de melhores condições de trabalho, era pra lá que se dirigiam e era lá que refletiam sobre as estratégias de pressão contra o patronato. Quando perguntavam onde estavam os trabalhadores, a resposta era imediata: eles estão em Grève!

Se por um lado a origem do nome “Greve” é relativamente recente, o fenômeno não o é. Para Alice Monteiro de Barros (2009, p.1304), o surgimento do movimento grevista remonta os tempos egípcios, quando os trabalhadores se rebelaram contra pagamento do salário insuficiente e irregular:

Alguns autores afirmam que o primeiro episódio de greve teria sido a fuga dos Hebreus do Egito, narrada no Êxodo, enquanto outros asseveraram que a gênese desse fenômeno se encontra em movimento de paralisação realizado por operários egípcios que trabalhavam no Templo de Mut (2100 a.C. em Tebas).

Citam-se também outros marcos históricos, conforme Alice Monteiro Barros (2009, pg. 1304), que vão desde a retirada dos Plebeus em Roma às corporações clandestinas na idade média:

Fala-se também em greve quando da retirada dos Plebeus de Roma para o Monte Aventino (493 a.C.). Na idade média registram-se agrupamentos clandestinos contra as corporações de ofício na França, na Alemanha, e na Itália, os quais deram origem à legislação proibitiva.

Durante os anos de 1906 e 1907, os primeiros funcionários públicos grevistas foram durante sancionados. Nessa época, cita Amauri (2009, p. 1317), os códigos penais passaram a considerar a greve como um delito, onde o Estado punia os grevistas com sanções criminais. E por outro lado, algumas constituições passaram a admitir a greve como um direito dos trabalhadores.

Assim, ainda segundo Amauri (2009, p.1317), surgiram três tendências diferentes dos sistemas jurídicos. Dessas tendências percebe-se o nascimento do direito de greve como um direito constitucional de eficácia limitada:

Alguns simplesmente toleravam a greve, como na Inglaterra. Outros mantiveram a sua punição no campo penal, como nos países totalitários de direita e de esquerda. Outros, finalmente, passaram a regulamentar o direito de greve limitando-o.

No direito norte americano, por exemplo, os EUA fizeram restrições à greve quando compromete a estabilidade e a segurança nacional. Na Itália, Espanha, Portugal e outros as suas constituições admitiram o direito de greve.

A doutrina Alemã contribuiu de forma relevante para regulamentação dos conflitos coletivos, constituindo diversos princípios gerais como a paridade de armas, ultima ratio e o dever de neutralidade do Estado, segundo Amauri (2009, p.1317):

A doutrina alemã constituiu diversos princípios gerais relativos aos conflitos coletivos, entre os quais o princípio da Waffengleichheit, Kampfparität (paridade de armas), o conflito do trabalho como ultima ratio, a teoria da adequação social (die sozialadaquanzdesarbeits-kampfes) e o princípio do dever de neutralidade do Estado nos conflitos sociais (StaatlicheNeutralitätspflicht).

Contudo é com o advento do capitalismo, pontua Amauri (2009, p. 1316), que a greve surge como fenômeno socioeconômico, sistematizado e organizado, que busca equilibrar a relação capital-trabalho. É com a revolução industrial que as massas proletárias se concentram em torno das fábricas, e a greve surge como meio eficaz para obter melhorias nas péssimas condições de trabalho:

Com a Revolução industrial, as greves ganharam intensidade. Em Lyon, em 1831, surgiu a primeira grande greve na França, contra os fabricantes que se recusavam a atribuir ao salário uma força obrigatória jurídica, mas simplesmente moral. Ainda na França apareceram greves de Solidarité (RueTransnonain), greves de protestationcontre um textelégislatif e greves gerais, muitas de fundo político, insufladas pela difusão das idéias socialistas.

Até o século XVIII, relata Barros (2009, p. 1304), os movimentos reivindicatórios ainda não se caracterizavam como greve, traduzindo mais como rebeliões do que como uma manifestação coletiva em busca de direitos trabalhistas:

De fato, desde a antiguidade até o século XVIII, os movimentos de paralisação do trabalho não se revestiam do caráter de greve, mesmo porque a Antiguidade e a Idade Média, entre outras razões, conheceram a escravidão e a servidão, e os movimentos de abstenção do trabalho tinham caráter episódico, traduzindo mais rebeliões ou motins do que um movimento organizado e sistematizado.

O instituto da greve no Brasil cumpriu a mesma trajetória mundial, passando por momentos de proibição, tolerância e reconhecimento.

3.2 A GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, as constituições de 1824, 1891 e 1934 nada abordaram sobre o direito de greve. Provavelmente, o silêncio constitucional não advinha da insignificância normativa deste direito, mas sim da situação econômica vivida pelo país nessa época.

A realidade do Brasil, nesse período, não proporcionava o exercício do direito de greve, tendo em vista que este fenômeno decorre de um sistema eminentemente capitalista, ou mesmo decorrente deste regime. A greve pressupõe um mercado industrializado com a contratação de mão de obra livre, entretanto a realidade brasileira era uma economia de monocultura de exportação, com exploração de mão de obra escrava.

Até o ano de 1930, muito pouco da industrialização era visto no Brasil. Faltavam pressupostos essenciais para que a greve emergisse no país como fenômeno social, carecendo assim de atenção jurídica.

Doutrina Barros (2009, p. 1317) que o código penal de 1890 previa no art. 206 pena de prisão para quem causasse ou provocasse a cessação do trabalho, buscando impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário.

É com o Decreto n. 1162, em 1890, que a greve deixou de ser ilícito penal no Brasil, superando a fase de proibição, inclusive motivado pelas pequenas dimensões de suas repercussões. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2009, p.1307):

Seguindo mais ou menos a trajetória europeia, a greve, no Brasil, passou pela fase da proibição, como se infere da Carta de 1937, que a considerava, juntamente com o lockout, recurso nocivo ao capital e ao trabalho, embora anteriormente fosse tolerada, talvez em função da pequena dimensão de suas repercussões.

Entretanto, ressalva Martinez (2011, p. 712), “o tema não foi abordado na primeira constituição republicana, tampouco na Carta de 1934”.

Segundo Martinez (2011, p. 712) o medo de revolução social, como havia acontecido na Rússia em 1917, fez o governo Vargas enfraquecer os movimentos sociais através da atuação estatal, oferecendo aos trabalhadores tudo àquilo passível de reivindicação e reprimindo assim o direito dos trabalhadores negociarem coletivamente: “A intenção era acomodar eventuais levantes, retirando da classe trabalhadora a oportunidade de negociar coletivamente”.

A Carta de 1937 ainda previa no art. 139 que a greve e o lock-out seriam recursos nocivos ao trabalho, ao capital e incompatível com a produção nacional. E assim seguiram os Decretos-Leis 431/38, 1.237/39 e 2.848/40 que instituiu o código penal brasileiro. Nesse ponto, vale ressaltar que própria a CLT reprimia a greve quando praticada contra os interesses públicos, relata Martinez (2011, p. 713): “é importante anotar que a própria CLT (também decreto-lei), nos arts. 723 e 724 guardava em si a

intolerância quanto ao movimento grevista, máxime quando fosse praticado contra interesses públicos”.

Com o Decreto-lei nº 9.070 publicado em 1946, a greve foi timidamente admitida, permitindo a greve para atividades acessórias. A Constituição de 1946 recepcionou o referido decreto e garantiu o direito de greve no art. 158, determinando a sua regulamentação legal. O texto assim previa: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.”.

A sua regulamentação veio, segundo Martinez (2011, p. 713), com a promulgação da Lei 4.330/64 que trouxe algumas condições para o exercício do direito de greve, contudo não proibiu a paralisação das atividades essenciais:

Posteriormente, a Lei n. 4330, de 1964, embora tivesse criado exigências formais que condicionaram o exercício desse direito, não proibiu a greve nas atividades essenciais. Essa restrição e a proibição da greve nos serviços públicos constam da Constituição de 1967, sem alteração pela Emenda Constitucional de 1969.

Contudo, ressalta Martinez (2011, p. 713) que “esse texto legislativo, entretanto, impunha tantas limitações para a greve que era mais descumprido do que acatado”.

A constituição de 1967, em seu art. 158, XXI, reafirmou em seu texto o direito de greve, contudo restringiu ao setor privado. Era vedada a greve nos serviços públicos ou em atividades essenciais.

Na década de 70, o Decreto-Lei 1632 relacionou excessivamente as atividades essenciais, restringindo demasiadamente o exercício deste direito.

Até que a Constituição 1988 inovou ao contemplar os servidores públicos civis com a possibilidade de greve, nos termos da lei complementar. Como era de se esperar, a dita Lei até hoje não foi promulgada, o que resultou em manifestação do Supremo Tribunal Federal determinando a aplicação, no que for cabível, da Lei nº 7.783/89, que regula o direito de greve na iniciativa privada.

Por derradeiro, a Emenda Constitucional 19, de 1998, amenizou a exigência de lei complementar para regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis e que passou a exigir apenas a edição de lei específica.

3.3 CONCEITO DE GREVE

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2009, p.1306), a greve é um fenômeno social que advém da associação dos obreiros, e teve, historicamente, uma penosa trajetória para ser reconhecida como direito.

Como fenômeno social de caráter coletivo, a greve é uma manifestação visível da atuação dos sindicatos, testando-se nela o grau de consciência de classe e de capacidade de luta que os trabalhadores adquiriram como membros desses grupos sociais secundários. Essa capacidade de luta está correlacionada com a politização dos trabalhadores, de tal forma que neles se têm desenvolvido o sentimento de solidariedade coletiva como superação dos seus interesses meramente individuais ou de suas conveniências particulares.

Numa ideia mais genérica, José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.879) a greve é “Paralisação coletiva do trabalho como forma unilateral de resistência a condições inaceitáveis ou reivindicação de condições melhores para sua prática”.

Já a Lei nº 7.783/89, que regula o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, dispõe no art. 2º que “considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

Os autores Vicente Paulo e Marcelo alexandrino (2005, p.468) fazem uma ressalva importante, definindo como requisito obrigatório para greve à paralisação dos serviços: “O Direito brasileiro só considera greve o movimento de trabalhadores em que há paralisação dos serviços. Qualquer outra manifestação que não acarrete a paralisação dos serviços não será considerada greve.”.

Por isso, prosseguem e concluem:

Nesse ponto, merecem destaque duas manifestações dos trabalhadores que reiteradamente são verificadas no Brasil e que não podem ser consideradas greve, pois nelas não há paralisação dos serviços. A primeira é a chamada “greve de zelo”, também denominada “operação padrão”, em que os trabalhadores laboram com redobrado esmero, cumprindo à risca as orientações da empresa, levando à demora na prestação dos serviços. A segunda é a conhecida “operação tartaruga”, em que os trabalhadores laboram com extremo vagar, atrasando intencionalmente a conclusão dos serviços. A greve deve ser uma paralisação coletiva de trabalho, de um grupo de trabalhadores.

Ademais, o direito de greve deve ser exercido provisoriamente, ou seja, de caráter não definitivo, pois caso contrário, resultar no término do contrato de trabalho. Para

Paulo e Alexandrino (2005, p.469), “poderá ensejar o rompimento do contrato de trabalho, inclusive por justa causa, caso caracterizada a hipótese de abandono de emprego”.

Outra característica importante que define a legitimidade da greve é o seu caráter pacífico, não se admitindo emprego de nenhum tipo de violência, seja ela contra as pessoas, seja contra o patrimônio do empregador ou de terceiros. Conforme anota Paulo e Alexandrino (2005, p.469), “O emprego da violência descaracteriza o movimento paredista e sujeita os responsáveis às penalidades da lei”.

Para Rodrigues Pinto (2007, p.880) ainda traz uma crítica à utilização da expressão “cessação do trabalho”, que pela sua ambiguidade, pode levar a ideia de extinção do contrato de trabalho:

Discordamos, data vênia, do uso da expressão cessação do trabalho, que pode ser vista em mais de um dos conceitos transcritos, também utilizada por outros autores da maior respeitabilidade, a exemplo de Savatier e Rivero, diante da ambiguidade de seu significado em face da figura que se quer situar com precisão.

Diante da hipossuficiência dos trabalhadores, que apenas buscavam receber um salário indispensável para sua sobrevivência frente à opressão excessiva dos detentores do capital, surge à greve como mecanismo sociológico de força coletiva, que visa compensar essa disparidade de armas entre o proletariado e seus empregadores.

A doutrina majoritária, incluindo Amauri Nascimento (2009, p. 1318), entendia a Greve como um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como autodefesa:

O vocábulo autodefesa indica o ato pelo qual alguém faz a defesa própria, por si mesmo. Supõe uma defesa pessoal. É a forma mais primitiva de solução de conflitos. Segundo Alcalá-Zamora consiste em, com ou sem formas processuais, uma das partes do litígio solucioná-lo impondo à outra parte um sacrifício não consentido por esta. O que a distingue não é a inexistência de um determinado procedimento, que, em certas ocasiões, pode até existir, mas o concurso dessas duas notas, a saber, a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra.

Também acompanha esse entendimento José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 874), ao perceber que “não há conflito sem insatisfação de interesses, e o caráter coletivo da paralisação denuncia imediatamente a natureza coletiva do interesse conflituoso”.

A sociedade ao eleger o Estado Democrático de Direito transferiu ao Estado a solução dos conflitos sociais, vedando inclusive o exercício arbitrário das próprias razões. Contudo, a greve é uma das exceções acolhida pela ordem jurídica, onde legislador permitiu o exercício pelos particulares deste direito como meio de coerção. Para Ari Possidonio Beltran (2003, p. 879), analisando a autotutela nas relações de trabalho, entende que esta pode ser exercida:

Produzido o litígio entre duas esferas contrapostas de interesses, este deverá ser solucionado por obra dos próprios litigantes ou por decisão imperativa de um terceiro. Argumenta que a solução do litígio de maneira não imparcial oferece duas alternativas: ou um dos litigantes concorda com o sacrifício de seu próprio interesse, ou, ao contrário, impõe o sacrifício do interesse do outro. No primeiro caso menciona a “auto composição” ao passo que no segundo é hipótese da “autotutela”.

Maurício Godinho delgado (2009, p. 1289) conceitua que o exercício direto de coerção pelos particulares vem sendo restringido cada vez mais pela ordem jurídica, transferindo ao estado as diversas modalidades existentes na vida social. Destaca o autor porém que no direito do trabalho a greve é uma notável exceção:

A autotutela traduz, inegavelmente, modo de exercício direto de coerção pelos particulares. Por isso tem sido restringida, de maneira geral, nos últimos séculos pela ordem jurídica, que vem transferindo ao Estado as diversas (e principais) modalidades de uso coercitivo existentes na vida social. O Direito civil, nesse quadro, preservou, como esporádicas exceções, poucas situações de veiculação coercitiva por particulares, tais como a legítima defesa (art. 160, I, CCB/1916; art. 188, I, CCB/2002), o desforço imediato, no esbulho possessório (art. 502, CCB/1916; art. 1210, § 1º, CCB/2002), a apreensão pessoal do bem, no penhor legal (art. 779, CCB/1916; art. 1470, CCB/2002). O Direito do Trabalho apresenta, porém, essa notável exceção à tendência restritiva da autotutela: a greve.

No Direito Coletivo do Trabalho ainda há um segundo instrumento de autotutela, no campo dos empregadores que é o Locaute, ou em inglês Lock-out. Diferente da autotutela no direito de greve, o Locaute tem sido constantemente repellido pelos ordenamentos jurídicos ocidentais. Na lei n. 7.783/89, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, o locaute é proibido sempre que houver como objetivo frustrar uma negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos trabalhadores. Amauri Nascimento (2009, p. 1329) definiu o Locaute como: “A paralisação das atividades pelo empregador, como forma de solução de um conflito, ato auto defensivo previsto em alguns sistemas jurídicos, simplesmente tolerado em outros.”.

Também segundo Amauri (2009, p. 1320), há na doutrina diversos conceitos de greve, vejamos:

Para Gerhard Boldt, é uma interrupção coletiva e combinada do trabalho por um certo número de trabalhadores de mesma profissão ou empresa, tendo um objetivo de luta, a fim de que os seus fins venham a ser atingidos.

Para Hauriou a define como a abstenção combinada e coletiva do trabalho, por um grupo de assalariados, tendo o fim imediato de paralisar a atividade de uma ou mais empresas, para pressionar os empregadores e terceiros.

Paul Durand propõe a seguinte definição: toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todos ou parte do pessoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira.

Giovanni Tarello, depois de uma análise penetrante, conceitua a greve pela natureza, uma abstenção do trabalho que vem proclamada com o fim de obter a composição de uma controvérsia de interesses.

Rivero e Savatier formulam a seguinte definição: A greve é a cessação ajustada do trabalho pelos assalariados, para constranger o empregador, através desse meio de pressão, a aceitar seus pontos de vista sobre a questão que é objeto do litígio.

Para Hélène Sinaya greve é uma recusa coletiva e combinada de trabalho, manifestando a intenção dos assalariados de se colocarem provisoriamente fora do contrato, a fim de assegurar o sucesso das suas reivindicações.

Alfredo J. Ruprecht incluiu na sua longa definição, como um dos seus componentes, o seu fim, exercer pressão sobre o patrão, como o fim de obter o reconhecimento de uma prestação de caráter profissional ou econômico.

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a greve é uma das técnicas autocompositivas de solução dos conflitos.

Para Maurício Godinho Delgado (2009, p. 1295) a greve é assim definida num conceito mais abrangente:

Seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos.

Já Alice Monteiro de Barros (2009, p. 1308) doutrinou a greve como:

A suspensão coletiva temporária e pacífica, total ou parcial, da prestação pessoal de serviços ao empregador.

Ela não é simplesmente uma paralisação do trabalho, mas uma cessação temporária do trabalho, com o objetivo de impor a vontade dos trabalhadores ao empregador sobre determinados pontos. Ela implica a crença de continuar o contrato, limitando-se a suspendê-lo. Por outro lado, nem todas as greves comportam necessariamente uma paralisação do trabalho, pois na greve “perlée”, por exemplo, os empregados não paralisam o trabalho, limitando-se a chegar atrasados uma hora ou a recusar-se a fazer horas extras.

Assim, pode-se perceber um traço em comum entre as diversas definições sobre a greve que é a sua utilização como meio de pressão. Daí concluiu também que a greve tem um caráter instrumental e não um fim em si mesmo. A sua principal

característica é a paralisação do trabalho de maneira coletiva, ou seja, não há greve de uma única pessoa. Ademais também deverá estar presente a intenção de se obter vantagem trabalhista.

A Doutrina de Maurício Godinho Delgado (2009, pag. 1295), elege algumas características marcantes na greve, quais sejam, o caráter coletivo do movimento, a suspensão das atividades contratuais, o exercício coercitivo coletivo e direto, os objetivos da greve e o enquadramento variável de seu prazo e duração:

A figura paredista tem traços característicos destacados. Trata-se, essencialmente, do caráter coletivo do movimento; da suspensão provisória de atividades laborativas como núcleo desse movimento, embora, às vezes, associada a atos positivos concertados; do exercício direto de coerção, que representa; dos objetivos profissionais ou extraprofissionais a que serve; do enquadramento viável de seu prazo de duração (regra geral, suspensão contratual, podendo, entretanto, convolar-se em interrupção).

Nas palavras de Ronald Amorim e Souza (2004, p.47), a greve hoje se destina ao interesse social:

A greve servia num passo inicial, à pressão sobre os patrões; numa etapa seguinte, para reclamar atenção dos poderes públicos e, em nossos dias, num objetivo mais destinado ao interesse social, buscando sensibilizar a opinião pública para os problemas que afligem a categoria daqueles trabalhadores parados.

Como fato social relevante e com tamanha repercussão na vida em sociedade, a greve não pode ser indiferente à ordem jurídica atual. De acordo com a evolução histórica do instituto, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e também no Brasil, não cabe há muito tempo considerar a greve como um crime, nem mesmo um ato ilícito, mas sim como um direito fundamental de natureza instrumental.

3.4 A GREVE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A promulgação da Constituição de 1988 representou uma grande transformação para a sociedade brasileira, pois deu início a um ciclo histórico de tutela aos direitos e garantias individuais, arquitetando uma organização democrática há muito tempo idealizada, mas ainda não concretizada.

Na doutrina de José Afonso da Silva (2012, p.183), direitos fundamentais são "situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana".

Conceitua precisamente os direitos fundamentais, Marmelstein (2009, p.18):

Os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para vida digna.

Por estarem intrinsecamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são formados por esta base axiológica.

Assim, se faz necessário trazer a definição do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p.127), representa a essência de um direito justo, tendo em vista que o fundamento último de um direito justo é o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial:

Decerto, entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, por quanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria ratio essendi de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Leciona ainda Soares (2010, p.149) que o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos pilares do ordenamento jurídico:

Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares do conhecimento jurídico, com reflexos diretos no modo de compreender e exercitar o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos.

E completa Soares (2010, p.128):

O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.

Neste contexto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se insere no ordenamento jurídico pátrio como balizador de todos os direitos fundamentais. Visto como um princípio irradiador, a dignidade da pessoa humana é utilizada como fórmula de justiça substancial, de fundamentação de um direito justo. É o que assevera Soares (2010, p. 129):

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana, sob os influxos do pós-positivismo neoconstitucionalista, converteu-se em verdadeira fórmula de

justiça substancial, passível de ser invocada concretamente pelos sujeitos de direito, sem os limites decorrentes das concepções jusnaturalista e positivista de fundamentação do direito justo.

Com base nisso, traz-se a definição dos direitos fundamentais nas palavras de Marmelstein (2009, p. 20):

São normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Apesar de discussões doutrinárias, entende a maioria da doutrina que o direito de greve também é um direito fundamental.

Nesse diapasão, o constituinte originário consagrou amplamente o direito de greve para os trabalhadores em geral. É o que dispõe o art. 9º da Carta Constitucional, que assim positivou: “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”.

O mesmo fez com o direito de greve dos servidores da Administração Pública, conforme art. 37, VII “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Seguindo o posicionamento de Maria Helena Diniz (2004, p.30), a natureza jurídica é definida como "a afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação". Deste modo, para definir a natureza jurídica da greve, deve-se verificar com que categoria de direitos possui semelhança ou afinidade, para que nela possa ser incluída.

Daí nasce diversas discussões na doutrina e na jurisprudência quanto à eficácia da referida norma constitucional, ou seja, quanto a sua vigência plena. Surgem na doutrina, três principais correntes.

A primeira sustenta que a previsão do art. 37, VII, da CF/88 seria de eficácia contida ou restringível, e, então, poderia o direito de greve ser exercido antes mesmo da edição de lei complementar, que após a EC 19/98, tornou-se lei específica. Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva (2004, p.104) explica que “enquanto o legislador ordinário não expedir a normatização restritiva, sua eficácia será plena”.

Já para Raimundo Simão de Melo (2006, p.53), sobre a aplicabilidade da Lei nº 7.783/89, entende que “Não obstante trate da greve na atividade privada, contém regulamentação específica sobre a greve em atividades essenciais, o que guarda certa compatibilidade com os serviços públicos de natureza essencial”. Portanto, poderia ser aplicada, por analogia, a Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos civis.

Uma segunda corrente defende que o servidor somente poderia exercer o direito de greve depois de editada norma infraconstitucional disciplinando a matéria, tendo, a previsão constitucional, eficácia limitada ou reduzida, salientando-se que não seria aplicável analogicamente a Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos civis. É o que defende Odete Medauar (2003, p. 306):

“A jurisprudência pátria vem se direcionando pela segunda orientação, decidindo que o inc. VII do art. 37 não é autoaplicável, não se podendo falar de greve no serviço público. No entanto, várias greves de servidores vem ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem que as autoridades administrativas se valessem da orientação jurisprudencial para instaurar processos administrativos disciplinares contra seus participantes.”

Há uma terceira corrente, amparada pela teoria dos direitos fundamentais, capitaneada pelo professor cearense Paulo Bonavides (2006, p.15), à luz do art. 5º, § 1º, Constituição Federal, defendendo que não há normas programáticas na Carta Magna e todo direito fundamental, a partir do momento em que foi inserido na ordem jurídica, é efetivo e plenamente eficaz.

Assim, no caso do direito de greve, o servidor não poderá ficar dependendo da conveniência do Legislativo para regulamentar referido direito fundamental.

Inicialmente, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido da segunda corrente, de que o preceito incluso no art. 37, VII, da Carta de 1988 é de eficácia limitada, e, diante da omissão legislativa, o exercício do direito é ilegal, tendo em vista que ainda não há a lei específica conforme exigida na Constituição da República.

Contudo, o STF ao julgar do Mandado de Injunção nº 712, pacificou o entendimento e superou o posicionamento anterior, entendendo que além de enxergar a legalidade do direito de greve do servidor público civil, estabeleceu o procedimento para o exercício deste direito Constitucional, buscando suprir a omissão legislativa que se arrasta desde 1988. Assim entendeu o STF que a Lei 7783/89 é aplicável também aos servidores públicos civis, até a elaboração de lei específica que regule o exercício do direito de greve na esfera pública.

Embora existam divergências doutrinárias, entende-se majoritariamente que a greve possui natureza jurídica de direito fundamental, pois este foi inserido no direito no Título II, da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Por se tratar de um direito social, a greve está inserida no rol de direitos fundamentais. E sobre os direitos sociais Marmelstein (2009, p. 174) assim doutrinou:

Os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana).

É o que também defende o professor Maurício Godinho Delgado (2007, p.1436), lecionando que "a natureza jurídica da greve, hoje, é de um direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas".

A greve, segundo Eros Grau, revela-se como a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores como meio para a obtenção de melhoria em suas condições de vida. O citado ministro evidencia em seu voto no MI 712/PA que a greve:

Consubstancia um poder de fato; por isso mesmo que, tal como positivado o princípio no texto constitucional (art. 9º), recebe concreção, imediata – sua auto aplicabilidade é inquestionável – como direito fundamental de natureza instrumental.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a greve, a partir de sua previsão nas Constituições dos países ocidentais, bem como no ordenamento brasileiro, passa a ser considerada um direito fundamental dos trabalhadores.

Portanto, resta patente que a greve é um direito fundamental, com previsão constitucional tanto para os trabalhadores da iniciativa privada quanto para os servidores públicos civis.

Trata-se de um direito fundamental que se insere na relação classificada pela doutrina como gerações ou dimensões, tendo como premissa central a dignidade da pessoa humana.

4 A GREVE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS

A greve é um instituto conquistado pelos trabalhadores, que garante a possibilidade de expressar politicamente, o descontentamento com as condições salariais e de trabalho, mediante a paralisação das atividades que conflita com os interesses dos empregadores.

Efetivamente, a greve é um importante direito dos trabalhadores, conquistado ao longo dos anos, utilizado como forma extrema de conscientizar o empregador da necessidade de diálogo e da abertura de negociação, permitindo a busca por melhora nas condições de trabalho.

Para Paulo e Alexandrino (2005, p.475) “a carta política não vedou a realização de greve nos serviços e atividades essenciais”.

Por outro lado, Alice Monteiro de Barros (2009, p. 1318) entendeu que:

“Atualmente, prevalece entendimento contrário, e a Constituição vigente aderiu a esse avanço. A manutenção de serviços essenciais e a concessão de aviso anterior à paralisação contornaram os obstáculos à greve no serviço público, cujo principal fundamento utilizado para a sua proibição era a continuidade dos serviços considerados, em geral, vitais. Ocorre que o texto constitucional transferiu para a legislação específica os termos e limites desse direito.”

O art. 9º, § 1º e o art. 37, VII, CF/88 dispõem respectivamente sobre o direito de greve dos empregados do setor privado e dos servidores públicos:

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.

[...]

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.

Entretanto, na Administração Pública, vigora o princípio da continuidade do serviço público que dispõe que os serviços públicos não podem ser interrompidos,

paralisados, nem prejudicados, devendo ser prestado em continuidade. Para José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.28) “O referido princípio é, sem dúvidas, corolário do princípio da supremacia do interesse público, pois, em ambos se pretende que a coletividade não seja prejudicada por conta de interesses particulares”.

Desta forma, há princípios que são norteadores do regime jurídico dos serviços públicos e dentre eles está o da continuidade do serviço público. Segundo Dirley da Cunha Junior (2012, p.243) “este princípio deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Assim, o serviço público, além de ser um dever do Estado, não pode sofrer solução de continuidade”.

Entretanto, o que é um serviço público?

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, numa acepção bem ampla que abrangia toda a atividade do Estado, englobando a legislativa, administrativa e judicial. No Brasil, o melhor conceito amplo foi adotado por Hely Lopes de Meirelles (2009, p.332) ao defender que serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.670), adotou um conceito mais restrito, definindo serviço público como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

De maneira mais precisa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.102), conceituou serviço público como:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

No julgamento do MI 712/PA, o Ministro Eros Grau assim discorreu sobre o conceito de serviço público:

Serviço público, na noção que dele podemos enunciar, é observei alhures a atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (DUGUIT) ou, em outros termos, atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como serviço existencial, permito-me enfatizar: existencial, não essencial, mais do que essencial, existencial, dizia, relativamente à sociedade em um determinado momento histórico.

Vale registrar que não é fácil encontrar uma definição do que é serviço público tendo em vista que as necessidades coletivas variam com o tempo e em cada comunidade, variando conseqüentemente o conceito de serviço público. Foi o que asseverou Dirley da Cunha Junior (2012, p.239):

Difícil é encontrar um conceito unânime de serviço público. Isso porque, o serviço público, enquanto atividade material destinada a satisfazer as necessidades coletivas, varia ao sabor mesmo dessas necessidades e das condições socioeconômicas de cada comunidade, e em razão do contexto histórico em que situado.

Hodiernamente, o conceito de serviço público está inserido no âmbito da atividade administrativa estatal, excluídas desse conceito as funções legislativas e judiciais. Contudo, este conceito também não engloba todas as funções administrativas do Estado, conforme registrou Cunha Junior (2012, p.240):

Porém, o conceito de serviço público não abrange todas as funções administrativas do Estado, até porque o serviço público é função administrativa que consiste numa atividade material do Estado, que se realiza através da disponibilização de utilidades ou comodidades materiais aos cidadãos-administrados, situação que o distingue, por exemplo, do poder de polícia administrativo, que também é função administrativa, mas que corresponde a atividade jurídica do Estado, realizada por meio de atos administrativos.

Do mesmo modo, vários são os critérios adotados para classificar os serviços públicos. Vale trazer a classificação adotada por Helly Lopes Meirelles (2009, p.334) que subdivide em próprios e impróprios, mas imprimindo sentido diverso do original, diferenciando os essenciais dos não essenciais, vejamos:

Serviços próprios são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos e entidades públicas, sem delegação a particulares.

E contrapõem:

Serviços impróprios do Estado são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas,

sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, premissionários ou autorizatários.

Para o citado autor, o principal fundamento desta classificação é o tipo de interesse atendido, seja ele essencial ou não essencial da coletividade, em conjunto com o sujeito que o exerce. Nos serviços essenciais, a prestação é realizada somente por entidades públicas e nos serviços não essenciais tanto as entidades públicas como também as de direito privado podem prestar o serviço, mediante delegação.

Contudo, data máxima vênua, discordamos desta classificação. O Estado quando deixa de prestar o serviço público de maneira universal, autorizando o particular a fazê-lo, este não perde a sua característica de essencialidade. Quando o Estado delega a prestação dos serviços públicos para concessionárias, permissionárias ou autorizatárias, este não perde necessariamente a sua essencialidade, apenas não será prestado diretamente pelo Estado.

Também entende desta forma, Rizzatto Nunes (2004, p.128) apontando acerca dos serviços públicos essenciais, entende que todo serviço público, simplesmente por ser público, possui natureza essencial.

O artigo 22, caput, da Lei nº. 8.078, de 11/9/90, faz menção ao princípio da continuidade ao prever que:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor garantiu a continuidade da prestação dos serviços públicos, ressaltando sua natureza de serviço essencial e classificou-os como ininterruptos.

Assim, o serviço educacional, ainda que prestado por instituições privadas, não perde jamais a sua essência de serviço público. Se não é prestado diretamente pelo Estado, o é por instituições devidamente credenciadas por ele, haja vista a importância fundamental da atividade a ser desempenhada.

Outro exemplo relevante é a prestação do serviço penitenciário realizado por terceiros. Não se discute a essencialidade do serviço para toda a coletividade, contudo mesmo prestado pela iniciativa privada não há descaracterização como

serviço público. De fato, o Estado perde a exclusividade na prestação, mas não a titularidade e nem a essencialidade.

O mesmo pode ser visto na paralisação das atividades dos Correios, que também pode gerar vários transtornos, potencializado pelo sistema atual de monopólio, fazendo com que milhares de correspondências não sejam entregues.

Merece ainda registro, outro bom exemplo de paralisação de serviços essenciais, a greve nas atividades bancárias. Todos os anos, a sociedade acompanha e suporta os transtornos na paralisação das agências bancárias. Os bancários organizam a greve para reivindicarem melhorias nas condições de trabalho, fechando os estabelecimentos como forma de pressionar os empregadores a negociar com a categoria, deixando milhares de pessoas sem condições de receber o seu salário ou pensão, dentre muitos outros transtornos.

Nesse sentido, a essencialidade do serviço não se confunde com a exclusividade que o Poder Público tem para prestar alguns serviços. Alguns dos serviços essenciais podem ser prestados pelo Estado ou repassados à titularidade a terceiros mediante autorização, permissão ou concessão, por meio de licitações e condições pré-estabelecidas. Assim entendeu o Ministro Eros Grau (MI 712/PA, p.385):

A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços e atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos” e “vice-versa”.

Deste modo, se na iniciativa privada, a continuidade dos serviços essenciais não tem caráter absoluto e, portanto, podem ser paralisados em decorrência de greve, dentro dos limites estabelecidos por lei, por qual motivo não pode haver a mesma flexibilização para os serviços essenciais prestados na Administração Pública?

Dois princípios entram em choque: a continuidade dos serviços públicos e o exercício do direito de greve. Trata-se de fenômeno bastante natural e até inevitável, pois conforme asseverou Luís Roberto Barroso (2010, p.310):

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre

a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor, para citar dois exemplos bastante rotineiros.

E completa:

No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo.

Se por um lado a constituição federal garante o direito de greve a todos os trabalhadores como forma de pleitear melhorias, não restam dúvidas que este direito deve ser exercido com respeito ao direito da coletividade, qual seja a continuidade dos serviços públicos essenciais.

Contudo, não prospera a alegação de que os serviços essenciais, na esfera pública, não podem ser paralisados, sob o risco de causar inúmeros prejuízos, visto que os serviços regulamentados pela lei de greve da iniciativa privada podem trazer prejuízos ainda maiores e mesmo assim existe a possibilidade de paralisação. Se há regulamentação para paralisação de serviços essenciais na iniciativa privada, também deverá haver para o setor público.

Nesse caso, é importante a ponderação como doutrina Luís Roberto Barroso (2010, p.312):

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária.

E conclui:

Esses são casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.

De fato há um conflito entre o direito fundamental de greve, inerente ao servidor público (art. 37, VI, CF), e o princípio da continuidade do serviço público (artigo 37, CF), que norteia a administração pública, assim como existe na iniciativa privada.

Nesse ponto, é importante registrar a doutrina de Cunha Junior (2012, p.244), ao defender que a previsão constitucional do direito de greve no art. 37, VII, flexibilizou o princípio da continuidade do serviço público:

Relativamente ao exercício da função pública, o princípio impõe: a previsão de normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede a exoneração, pelo prazo definido em lei; os institutos da substituição, suplência e delegação e proibição de greve, hoje flexibilizada pela previsão constitucional do direito de greve (CF, art. 37, VII).

Ademais, nenhum direito, inclusive o da continuidade dos serviços públicos, tem caráter absoluto, mesmo que esta seja a regra geral. Existem algumas situações específicas que excepcionam o princípio, como em contrato administrativo e paralisação temporária da obra para expansão ou melhoria dos serviços e o direito de greve previsto constitucionalmente.

Aqui vale trazer o pronunciamento do Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar o MI 708/PA, que entendeu ser possível o exercício do direito de greve, em relação aos serviços essenciais, vejamos:

Durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade.

E continua:

Em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto perdurar a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros.

Neste teor, é possível enxergar que o responsável pela interpretação da norma Constitucional, não quis restringir o direito de greve do servidor público civil, onde buscou conciliar a pretensão conflitante entre o direito dos administrados e dos servidores públicos civis, estando de um lado o direito dos administrados pela continuidade na prestação do serviço público e no outro, o direito do servidor público em reivindicar suas pretensões, garantias e melhorias.

A constituição Federal, ao assegurar o direito de greve na iniciativa privada, estabeleceu que a lei definirá os serviços essenciais, conforme previsão do art. 9º da Lei Maior. Assim, a lei 7783/89 no art. 10º definiu quais são os serviços essenciais:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.

O art. 10 da lei 7783/89 não tem aplicabilidade para o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Diferentemente da iniciativa privada, não houve regulamentação para os servidores públicos. Mesmo assegurado o direito de greve na Constituição Federal, nada foi dito sobre os serviços essenciais, visto que a lei que específica ainda não foi publicada.

É o que leciona Hely Lopes Meirelles (2009, p. 340):

A greve nos serviços públicos propriamente ditos – ou seja, aqueles prestados pelos funcionários de sua Administração direta ou indireta (autárquica, fundacional e empresarial) – também é assegurada, nos termos do art. 37, VII, da CF: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Ocorre que, embora aprovada em 1988, até hoje tal lei não foi elaborada.

Vale ressaltar que a lei específica exigida pelo comando constitucional irá dispor sobre matéria de Direito Administrativo, já que trata de greve de servidor público, e não de matéria afeta ao Direito do Trabalho. Não restam dúvidas que é inaplicável o §1º, do art.9º da CF ao dispor que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” para regulamentar o art. 37, inc. VII. Assim, não é possível a aplicação da lei geral de greve aos servidores públicos civis. O Ministro Eros Grau (MI 712/PA, p.386) votou nesse sentido:

Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e

interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura.

É notório que a lei de greve da iniciativa privada não serve para definir quais são os serviços essenciais na esfera pública, tendo em vista que a sua regulamentação não foi voltada para isso, assim sua aplicabilidade deve ser afastada. O estudo aprofundado sobre o direito de greve dos servidores públicos nos serviços essenciais visa contribuir para o debate sobre a isonomia material no seu exercício, sob a ótica de aplicação da lei 7783/89 por omissão legislativa.

Se por um lado, há barreiras ao exercício de greve nos serviços essenciais da iniciativa privada, outras mais existem para os servidores públicos, visto que, não há lei que defina os quais os serviços essenciais na esfera pública, podendo todos os serviços da Administração Pública serem classificados como essenciais, ficando os servidores públicos sem parâmetros para o exercício da greve.

Vale destacar que a regulamentação dos serviços essenciais no direito de greve visa ponderar o interesse geral da sociedade frente às demandas dos trabalhadores. Deste modo, quanto mais barreiras legais ou judiciais existirem para o exercício do direito de greve, menos força terá o movimento grevista, tornando-o de difícil efetivação.

A estipulação de um percentual mínimo de prestação de serviços essenciais durante todo o período da greve, determinado através de ordem judicial, é um bom exemplo de barreira que caracteriza uma forma de contenção do exercício de greve.

No serviço público a situação é ainda pior, pois a lei não regulamentou o direito de greve dos servidores públicos, e assim, não definiu quais aqueles que têm caráter essencial. Nesse sentido, qualquer atividade estatal pode ser classificada como essencial e assim sofrer limitações citadas acima.

Vejam que num primeiro momento, pode soar como vantajoso não haver regulamentação e, portanto ausência de restrição aos serviços essenciais na esfera pública. Mas o que de fato acontece é um estado de insegurança jurídica frente à omissão legislativa de um direito garantido na Constituição Federal. Aqui vale o entendimento do Ministro Eros Grau (MI 712/PA, p.386) sobre o caso:

O argumento de que a Corte estaria então a legislar, o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes, art. 2º

da Constituição do Brasil, e a separação dos poderes, art. 60º, § 4º, III, é insubsistente. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Portanto, a lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada não serve para definir quais os serviços essenciais na esfera pública, visto que a sua regulamentação é voltada especificamente para iniciativa privada. Nesse caso, o Poder Judiciário deverá, através da tutela jurisdicional, regulamentar os critérios para suspensão dos serviços essenciais no exercício do direito de greve na Administração Pública, enquanto perdurar a omissão legislativa.

4.1 O JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO 712 E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Carta magna de 1988 tutelou, dentre outras garantias, o mandado de injunção como remédio constitucional para concretização de direitos, liberdades ou prerrogativas, inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, por falta de norma regulamentadora exigida pela Constituição. Assim dispõe o art. 5º, LXXI, da CRFB/88:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para José Afonso da Silva (1996, p.426), o mandado de injunção:

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.

No mesmo sentido, define Dirley da Cunha Junior (2009, p.803) que entende ser viável a utilização do mandado de injunção sempre que houver omissão do poder público que inviabilize a concretização de um direito fundamental:

O mandado de injunção, consoante sua clara definição constitucional, constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental. Condiciona-se, portanto, à existência de uma relação de causalidade entre a omissão do poder público e a impossibilidade do gozo de um direito fundamental.

Seu objeto é assegurar o exercício de qualquer direito constitucional seja individual, coletivo, político ou social, que ainda não foi regulamentado. O mandado de injunção também protege a liberdade constitucional que ainda foi não regulamentada, por serem normas constitucionais de aplicabilidade imediata, ou seja, não dependem de regulamentação.

O mandado de injunção deve ser usado quando a falta de uma norma regulamentadora prejudique o exercício de direitos constitucionais. O que se busca é o pronunciamento Poder Judiciário a cerca de uma omissão da lei que causa prejuízo ao titular de um direito.

Sobre os efeitos do mandado de injunção, muito ainda se discute na doutrina e jurisprudência, visto que há divergência se o mandado de injunção visa à expedição da norma regulamentadora ou a garantir o exercício imediato do direito independente de regulamentação.

Daí surge diversos posicionamentos sobre a eficácia do mandado de injunção. Para Cunha Jr. (2009, p.812) há três correntes a respeito, a primeira defendendo que o Poder Judiciário elabore a norma regulamentadora faltante, a segunda corrente entendendo que deve haver apenas a declaração de omissão legislativa e comunicação ao órgão legislador competente e a terceira defendendo que cabe ao Poder judiciário garantir o imediato exercício do direito fundamental violado em face da omissão legislativa.

Vejamos:

Há três posições a respeito: (a) a que defende cumprir ao Poder judiciário tão-somente elaborar a norma regulamentadora faltante; (b) a que sustenta caber uma simples declaração de inconstitucionalidade da omissão, dela dando conhecimento ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis e, finalmente, (c) a que prega competir ao Poder Judiciário garantir o imediato exercício do direito fundamental frustrado em face da omissão do poder público.

No mesmo sentido Moraes (2008, p.175) define que “podemos classificar as diversas posições em relação aos efeitos do mandado de injunção a partir de dois grandes grupos: concretista e não concretista”.

Para a corrente não concretista, o Poder Judiciário apenas dá ciência ao órgão competente sobre a inércia legislativa, sem, contudo, adotar medidas que concretize

o direito constitucional prejudicado. Assim definiu precisamente Moraes (2008, p.178):

Sendo esse conteúdo possível de decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. Critica-se essa posição por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem institutos diversos.

Já para a corrente concretista entende-se que presentes os requisitos constitucionais do mandado de injunção, o Poder Judiciário pode, através de uma decisão constitutiva, declarar a omissão legislativa e efetivar o direito constitucionalmente assegurado, até que sobrevenha norma regulamentadora editada pelo poder competente.

Vejamos a definição de Moraes (2008, p.176):

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

A doutrina subdivide a corrente concretista em individual e geral. Na primeira, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o impetrante do mandado de injunção, enquanto na segunda terá efeitos erga omnes. Ainda há uma subdivisão na corrente concretista individual em direta, quando o Poder Judiciário imediatamente implementa a eficácia da norma constitucional, e a intermediária que após julgamento da procedência do mandado de injunção, o julgador fixa o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elabore a norma.

Num primeiro momento, logo após a promulgação da Constituição federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o objeto do mandado de injunção era a declaração pelo Poder Judiciário da omissão legislativa e comunicação ao órgão legislativo para elaboração da norma regulamentadora faltante. Nessa época, o STF seguia a corrente não concretista.

Assim, avaliando o direito de greve dos servidores públicos, o STF conheceu do pedido de Mandado de Injunção nº 20/DF, relator Ministro Celso de Mello, e declarou ilegal o exercício do direito em razão da exigência constitucional, que à época ainda era de lei complementar.

Insuficiência de relevo de fundamentação jurídica em exame cautelar, da arguição de inconstitucionalidade de decreto estadual que não está a regular como propõem os requerentes o exercício do direito de greve pelos servidores públicos; mas a disciplinar uma conduta julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até que venha a ser editada a lei complementar prevista no art. 37, VII, da Carta de 1988 – M.I. n. 20, sessão de 19.05.1994.

Seguindo a evolução jurisprudencial do STF, este também conheceu do pedido de Mandado de Injunção nº 485-4/MT, e segundo Rinaldo Guedes Rapassi (2005, p.99) o Ministro Maurício Correa se manifestou entendendo que há ilegalidade da greve dos servidores públicos, salientando a impossibilidade da aplicação da lei de greve da iniciativa privada, como forma de suprir a lacuna deixada pelo legislador.

Vale ressaltar que, desde esse período, já havia diversas tentativas de regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, através projetos de lei, contudo a matéria é provocadora de intensa controvérsia, e até o momento nenhum projeto foi aprovado.

Neste momento, seguindo a corrente não concretista, verifica-se que o entendimento até então firmado pelo STF, torna os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação de inconstitucionalidade por omissão, visto que, a única coisa que o Poder Judiciário pode fazer é notificar o Poder Legislativo para que elabore a norma faltante.

E este entendimento foi adotado pelo STF por muito tempo, até o julgamento do MI 708, que discutia sobre a greve no serviço público.

Mas antes, o Supremo Tribunal Federal, superando ainda o posicionamento de que o mandado de injunção tinha como objeto uma mera declaração, afastou a teoria não concretista e passou a assinalar um prazo razoável para que o Poder Legislativo elabore a norma regulamentadora e ainda a possibilidade do impetrante pleitear reparação por perdas e danos através de um título judicial.

Nesse sentido, pontua Dirley Jr. (2009, p.813):

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, decerto acuado pelo desconforto da reprovação impingida pela comunidade jurídica em geral, fez reparos na sua posição original, abandonando a ideia de que o mandado de injunção tinha por objeto uma mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional a ser comunicada ao órgão omissor. De feito, no MI 283-5, impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º, do ADCT, a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, assegurar ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos.

O avanço dessa decisão comparado ao posicionamento do STF inicialmente é incontestável, contudo ainda não atendia aos anseios do próprio instituto, que tem como finalidade dar efetividade a direitos constitucionais que dependam de norma regulamentadora.

Até que o ex-ministro do STF, Eros Grau, proferindo voto no MI 712, ao tratar da inércia legislativa na regulamentação do direito de greve do servidor público no art. 37, VII, indaga a seguinte premissa “presta-se, o STF, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?”.

E continua o Ministro:

Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida art. 37, VIII é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, "a Suprema Corte do País decide sem que seu julgado tenha eficácia". Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão, reiteradas vezes, como se dá no caso em pauta, reiteradas e inúmeras vezes repetidas. Daí porque passo a, sucessivamente, desenvolver considerações a propósito dos institutos da greve e do mandado de injunção.

A partir de então, surge um novo posicionamento da Suprema Corte, que agora além de dar efetividade aos seus julgados, passa a estender os efeitos do mandado de injunção para toda coletividade. O Tribunal, por maioria, propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação analógica da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, aplicando a corrente concretista geral.

Assim, o Acórdão do STF prolatado no MI 712 determinou que o exercício do direito de greve dos servidores públicos seria regulado mediante a aplicação da Lei 7.783/89, até que a omissão legislativa seja suprimida pelo poder competente.

Isso por que, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII, tinha redação original dispondo que “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”. Em 1998, com a emenda constitucional 19 a redação foi alterada, abrandando a exigência de lei complementar, para edição de lei específica. Mesmo assim esta lei não foi editada.

O julgamento do MI 712/PA trouxe ao ordenamento jurídico pátrio um novo entendimento sobre o direito de greve para os servidores da iniciativa pública. No MI 712/PA, o Ministro Eros Grau modificou seu ponto de vista, quanto à eficácia do art. 37, VII. Assim expôs:

Isso me leva alterar posição que anteriormente assumi, ao afirmar que a norma veiculada pelo art. 37, VII é de eficácia contida. Pois é certo que ela reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. Por isso, ao adotarmos a classificação usual das normas constitucionais segundo o critério da eficácia, devo necessariamente tê-la como de eficácia limitada; e assim a tenho porque esta é a conclusão que necessariamente se extrai da Constituição no seu todo.

Vale aqui registrar também o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, como relator do MI 708/DF. O magistrado ressaltou que a regulamentação do direito de greve para os trabalhadores em geral, em relação às atividades essenciais é especificamente estabelecida nos arts. 9º a 11 da Lei 7.783/89.

Segundo Mendes, apreciando o MI 708/DF, o legislador poderá adotar um critério mais ou menos rígido do direito de greve no âmbito do serviço público civil e também no âmbito de determinadas atividades, não podendo, entretanto, deixar de reconhecer o direito previamente definido na Carta Magna.

Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes (MI 712/PA, p.431) identificou a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, visto que não é facultada ao legislador a opção de conceder ou não o direito de greve, podendo este apenas dispor sobre a sua adequada disciplina:

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões dessa Corte. Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de omissão judicial.

Destaque ainda o posicionamento do ministro Eros Grau (MI 712/DF, p.24) ao asseverar que a Corte, ao aplicar a corrente concretista geral ao mandado de injunção não estaria ferindo a independência e a harmonia entre os poderes (art. 2º, CF/88) nem a separação dos poderes (art.60, § 4º, III, CF/88). Para o ministro, “o

Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII, da Constituição, função normativa, porém não legislativa”. A diferença entre função normativa e legislativa foi assim lecionada pelo ministro:

A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis (leis apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o); menos que a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.

Logo, ao julgar o mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como uma norma, não é, entretanto, uma lei.

E assim asseverou o Ministro Gilmar Mendes (MI 712/PA, p.438):

Nestes termos, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto pelo conhecimento do Mandado de Injunção. No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/89 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos. Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratarem de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/89.

De fato, mais uma vez a suprema corte evoluiu seu posicionamento sobre o tema ao adotar a teoria concretista geral. Desta maneira, tornou suas decisões mais efetivas e buscou concretizar os direitos constitucionais.

Entretanto, o objeto de pesquisa deste trabalho monográfico busca demonstrar que o posicionamento adotado pelo STF não atende aos anseios dos titulares do direito de greve na esfera pública. A aplicação da teoria concretista geral pelo STF não atende o princípio da isonomia material, tendo em vista que a regulamentação da lei da iniciativa privada é incompatível com o serviço público. Conforme será demonstrado nas linhas seguintes.

5 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL

O direito de greve do servidor público vem aos poucos ganhando efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, na busca pela concretização desse direito constitucionalmente tutelado, inicialmente reconheceu a mora do legislativo e apenas comunicou ao poder competente. Percebendo a ineficácia da comunicação e a prolongada mora legislativa, decidiu concretizar o direito de greve dos servidores públicos aplicando a lei que regulamenta a greve na iniciativa privada.

Isso porque, com a impetração dos MI 607-9/ES, MI 708-0/DF e MI 712-8/PA no STF, o que se discutia nos três casos era o direito de greve para os servidores públicos civis brasileiros, consagrado pelo Constituinte originário em 1988. Desta forma, não cabia ao poder legislativo conceder ou não o direito, mas apenas regulamentá-lo. Contudo, após mais de 20 anos, o legislador competente não editou a referida norma, apenas implementou a mudança da reserva legal de lei complementar para lei ordinária, através da emenda n. 19/1998.

Durante esse período, inúmeras greves foram julgadas ilegais sob o argumento de faltar regulamentação legal para este direito. Também houve outras tantas que ocorreram sem nenhuma regulação legal, existindo abusos e situações de suprimento de serviços essenciais à população.

Por muitos anos, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, não se vislumbrava a possibilidade de aplicação da Lei 7.783/89 à greve do servidor público. Porém, nos três casos citados acima, o Supremo Tribunal Federal preencheu uma lacuna legal, determinando a aplicação da lei 7.783/89 aos servidores públicos civis, através de alteração substancial no mandado de injunção.

Nas palavras do Ministro Eros Grau (MI712/PA, p.394):

Declarar a mora não tem trazido nenhuma consequência positiva. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes, decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente.

Contudo, a solução de aplicação, por analogia, da lei 7.783/89 aos servidores públicos, não garantiu o exercício do direito de greve de maneira isonômica em

comparação aos trabalhadores da iniciativa privada. Aliás, o instituto da analogia foi definido por Norberto Bobbio (1997, p.150) como o “procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”. Para o autor, este método só será validamente empregado se existir semelhança relevante entre as duas hipóteses.

Contudo, a lei 7.783/89 é incompatível com a realidade da esfera pública, e desse modo, outra solução deverá ser encontrada. A lei 7.783/89 não é um paradigma semelhante para ser utilizado por analogia aos servidores públicos. Para garantir a isonomia material entre a esfera pública e a iniciativa privada, no exercício do direito de greve, há que se afastar a aplicação da lei geral de greve na Administração Pública.

A Lei 7.783/89 foi editada para regular a greve na iniciativa privada e não no serviço público.

Nesse sentido, votou o Ministro Ricardo Lewandowski (MI 708/DF, p.282):

Primeiramente, entendo, com o devido respeito dos que ‘pensam diferentemente, que a saída encontrada para conferir efetividade ao art. 37, VII, da Carta Magna, permitindo o exercício do direito de greve aos servidores públicos nos termos da Lei 7.783/89, tal como alertou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no pronunciamento acima destacado, representaria indevido recurso à analogia.

E continuou:

Concessa vênias, não vislumbrei, na oportunidade, semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado que autorizasse o recurso da analogia. Embora ambas as situações refiram-se ao fenômeno social “greve”, consistente na paralisação das atividades de determinado setor laboral, em face de reivindicações não atendidas, as distinções que as separam são maiores do que os pontos comuns que se aproximam, a começar do regime jurídico diferenciado ao qual estão submetidos os seus protagonistas.

Vale registrar que, embora o citado Ministro tenha decidido acertadamente por afastar a aplicação da lei geral de greve aos servidores públicos, entendeu que não caberia ao poder judiciário preencher a lacuna legal, mas apenas a comunicação da omissão legislativa.

Pareceu-me, também, naquele momento, que a solução de aplicar-se a Lei 7.783/89 ao caso sob exame, ainda que com algumas modificações pontuais, representaria um avanço indevido do Judiciário em seara atribuída a outro Poder, não havendo o que diferenciasses tal decisão de uma típica função legislativa.

E concluiu:

Observei, então, que ao Poder Legislativo compete expedir normas de caráter geral e abstrato para regular determinadas situações ocorrentes na realidade fenomênica, não me parecendo legítimo que esta Corte, a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas, no âmbito do mandado de injunção, pudesse expedir regulamentos para disciplinar, em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo vigente aplicável a situação diversa. Tal risco parecia-me ainda mais preocupante caso se pretendesse emprestar eficácia erga omnes à decisão, como aventado á oportunidade.

Porém, data vênua, essa não é a posição mais acertada. Todas as normas inseridas na Constituição Brasileira têm força de norma constitucional, tendo em vista que o Brasil adotou o critério formal, ou seja, exigindo apenas que nela esteja positivada, não adentrando na sua materialidade. Definiu Paulo Bonavides (2005, p.172):

A Constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas. A constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua higidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.

Se o direito de greve foi tutelado e regulamentado para exercício na iniciativa privada, também deverá ser garantido ao servidor público civil o seu exercício. O princípio da isonomia material deve prevalecer no exercício do direito de greve nas duas esferas.

É nesse contexto, marcado por prolongada omissão legislativa, que tem que se destacar o papel do poder judiciário como harmonizador do poder estatal, constituindo o Estado Democrático de Direito e primando pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Aqui cabe o conceito da isonomia material. Fábio de Oliveira (2007, p. 279) assim asseverou:

É evidente que a realização da isonomia pressupõe a discriminação, porque tratar a todos indistintamente da mesma maneira é afrontar a igualdade. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções.

E complementa afirmando que “o princípio da razoabilidade atua na estipulação do conteúdo da isonomia: a medida para aferir a igualdade e a desigualdade. Pode-se falar, então, em uma lógica da igualdade”. Desse modo, é possível afirmar que a

greve no setor público não pode ser regulamentada pela mesma lei da iniciativa privada, tendo em vista que se localizam em situações diferentes.

Entretanto, não seria razoável a possibilidade de exercício desse direito na iniciativa privada e obstado na esfera pública, por se tratar de tutela concedida a ambos.

O Supremo Tribunal Federal ao adotar o posicionamento de aplicar a lei 7.783/89 aos servidores públicos civis, no intuito de garantir a efetividade do direito de greve, fere o princípio da isonomia material estampado acima, tendo em vista que dispensa tratamento igualitário aos desiguais.

De outro modo, vale aqui o registro de José Afonso da Silva (1998, p.81), ao trazer a eficácia das normas constitucionais:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada.

Se a lei geral de greve não pode ser aplicada na esfera pública, visto que esta não garante aos servidores públicos o pleno exercício do seu direito de greve, o poder judiciário deve delimitar as regras do seu exercício enquanto o poder competente não legislar sobre o tema, à luz dos princípios da máxima efetividade da Constituição como também do princípio da isonomia material.

Merece registro o conceito da efetividade trazido por Luís Roberto Barroso (2010, p.306):

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

E dispara com precisão:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

Por conta disso, não há justificativa para a greve no setor privado ter efetividade e na esfera pública não. O direito de greve está inserido nos direitos fundamentais

como garantia do direito ao trabalho digno, e assim sendo é direito fundamental oriundo de norma princípio.

De acordo com a classificação de efetividade das normas constitucionais, doutrinada por José Afonso da Silva (1998, p.82), as normas podem ser de eficácia plena, com aplicabilidade direta, imediata e integral. Também podem ser contida, quando tem aplicabilidade direta e imediata, mas nem sempre integral e por fim podem ser limitada com aplicabilidade indireta, mediata e não integral.

Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto á eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Por essa classificação, as normas constitucionais de eficácia plena produzem ou podem produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, regulou.

A Constituição Federal define a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais de modo que as omissões legislativas não são por si só suficientes para desconstituir a norma contida na carta, sendo necessário o uso da hermenêutica para solução dos conflitos.

O poder constituinte delegou ao legislador ordinário a atribuição de fazer algumas normas produzirem efeitos essenciais. Dentro destas normas está o direito a greve bem como as normas programáticas em que cabe aos Estados elaborar políticas para concretização.

Até então, dá a entender, dentro da nossa conjuntura jurídica, que se trata de norma com eficácia limitada, pois a norma constitucional, para produzir seus efeitos de lei infraconstitucional necessita que a regule, sendo de aplicabilidade mediata e reduzida.

Assim, o conteúdo desta norma somente se revela mediante ato de concretização posterior à vigência da mesma. No entanto, como todas as demais normas constitucionais, possuem eficácia mínima, invalidando normas posteriores ou não recepcionando as anteriores que lhes sejam contrárias.

O direito de greve no setor público está previsto no artigo 37, inciso VII, da CF/88, que em seu texto originário, assim dispunha:

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 complementar.

A não elaboração da lei, para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, ensejou a propositura do Mandado de Injunção nº. 20-DF, proposto pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e tendo como requerido o Congresso Nacional. Neste julgamento histórico, que declarou a mora legislativa e culminou com decisão exortando a Casa Legislativa a propor a necessária lei complementar, restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso que já anunciavam a necessidade de estender os efeitos da Lei nº. 7.783/89 até que fosse disciplinada a greve no serviço público.

Contudo, ressalta José Afonso da Silva (1998, p.82) que somente as normas constitucionais de eficácia plena e as de eficácia contida são dotadas de aplicabilidade imediata, diferentemente das normas de eficácia limitada que teriam apenas aplicação indireta e mediata:

Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

É certo que a Constituição Federal definiu que uma lei específica deverá ser editada para regulamentar o direito de greve. Entretanto, a Carta Magna também dispôs em seu §1º, art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Desse modo, todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, pois ao se incluir um direito como fundamental na Constituição Federal, não se poderia restringir sua aplicabilidade, como a sua incidência direta ou imediata. O poder constituinte, ao determinar a aplicação imediata dos direitos fundamentais visou concretizar a supremacia da constituição, bem como a sua máxima efetividade, impedindo que a Carta Constitucional seja encarada apenas como uma folha de papel, nas palavras do ilustre Ferdinand Lassalle (2007, p.17):

Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição Jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais de poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos.

E finaliza:

Está claro que não aparece neles a declaração de que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou de que o banqueiro X é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mas diplomática.

Ora, o direito de greve é considerado direito fundamental e, segundo a Constituição Federal, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata de modo que já se encontra superada a discussão a respeito da carência de lei específica para que se dê efetividade ao direito fundamental da greve. Assim definiu José Afonso da Silva (1998, p.151):

Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do homem-social, e até se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades.

Desse modo, a aplicação da classificação das normas feitas pelo próprio doutrinador José Afonso da Silva, se encontra superada no que diz respeito à aplicação ao direito de greve ao servidor público, pois se trata de direito fundamental e como tal deverá ter aplicação imediata.

Assim sendo, é razoável que se utilize da hermenêutica para construção de uma interpretação mais coerente e eficiente, tendo como objetivo a solução dos conflitos existente no meio social, adequando as novas realidades através dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, realizando dessa forma a justiça em seu sentido mais amplo. Luís Roberto Barroso (2010, p.270) assim definiu:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito. A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final no processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes.

Ademais, num Estado Democrático de Direito, em que se elevam os valores sociais do trabalho ao status de fundamento da República Federativa do Brasil, não se pode admitir que se façam restrições a direitos destinados aos trabalhadores por se enquadrarem em categoria diferente da que deu origem ao instituto em comento. Ao revés, devemos lembrar que a Dignidade da pessoa humana esta inserida no rol de fundamentos da nossa República federativa, reforçando de maneira clara a proteção ao direito de greve como direito fundamental.

No art. 1º da Carta Magna é definido que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, terá como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho”.

Do mesmo modo, no título da Ordem Econômica e Financeira, também da Constituição Federal, o legislador acertadamente, deixou explícito o valor que deve ser atribuído não só ao trabalho humano, como também a redução das desigualdades sociais de acordo redação seguinte:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

VI - redução das desigualdades regionais e sociais;

VII - busca pelo pleno emprego.

Importante salientar que mesmo diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da lei 7.783/89 na esfera pública, ainda encontramos

decisões de juízes com base num positivismo ultrapassado, decretando a ilegalidade da greve, com o arcaico argumento da carência de lei específica, dificultando ainda mais a aplicação do direito e realização da justiça.

Aqui vale o registro de Luís Roberto Barroso (2010, p.220) ao contextualizar as normas constitucionais, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição, dentro da realidade que está inserida:

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social.

Desse modo, o princípio da igualdade material, consagrado pela Constituição Federal, deve incidir no direito de greve do servidor público e alcançar dois planos distintos: um voltado para o legislador, impedindo a criação de lei ou quaisquer outros atos normativos que ofereçam tratamento abusivamente discriminatório àqueles que se encontra em posições idênticas, e outro voltado para o intérprete na aplicação das leis, que deve discriminar os desiguais na medida da sua desigualdade, como forma de alcançar a justiça.

Assim, percebe-se que a igualdade formal não garante a todos o direito de ter as mesmas oportunidades, as mesmas condições de vida, de desenvolvimento social, como também não garante que a igualdade formal seja efetivada. É o que vemos com o direito de greve dos servidores públicos civis em relação aos trabalhadores da iniciativa privada. De fato, houve a igualdade formal no direito de greve, pois tanto a iniciativa privada quanto a esfera pública tiveram a tutela na Carta Magna:

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.

[...]

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.

Daí se extrai que o direito de greve foi concebido para os dois setores, tanto público como privado, e estes exercerão em conformidade com a sua realidade. Para o Prof. José Afonso da Silva (2012, p.211), a constituição federal de 1988, mesmo que programática repulsa veemente qualquer forma de discriminação arbitrária:

A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais, veemente repulsa a qualquer forma de discriminação.

Contudo, a igualdade formal não garante a todos o direito de ter as mesmas oportunidades, as mesmas condições sociais, de desenvolvimento, como também não garante que a igualdade formal seja efetivada.

Desta forma, houve a necessidade de instrumentos de promoção da igualdade efetiva, haja vista que somente a igualdade de direitos, por si só, não foi suficiente para tornar as mesmas oportunidades acessíveis aos dois setores. Mesmo a Constituição Federal positivando o direito de greve aos dois setores, somente a iniciativa privada tem a possibilidade de efetivação.

No primeiro plano, a igualdade formal foi atendida, pois conforme definiu Robert Alexy (2008, p.396), pois “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”. De fato, a Constituição Federal garantiu o direito de greve tanto para iniciativa privada quanto para esfera pública. Contudo, não houve o alcance da igualdade material.

No julgamento dos últimos mandados de injunção impetrados no STF, ao apreciar o direito de greve dos servidores públicos, os Ministros da Suprema Corte se depararam com dois caminhos a decidir: ou continuar reconhecendo a mora legislativa e apenas comunicar ao órgão competente para que edite a norma específica ou reconhecer a mora legislativa e aplicar a lei geral de greve aos servidores públicos enquanto não for editada norma específica.

Nesse trabalho, prestigiando o princípio da isonomia material no exercício do direito de greve pelos servidores públicos, traz-se uma terceira e mais adequada alternativa que é a produção de uma norma regulamentadora através de sentença. Com isso o STF não estará legislando, mas apreciando direito que lhe foi postulado e

possibilitando o exercício de greve pelos servidores públicos, em igualdade material com os trabalhadores da iniciativa privada.

Foi o entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto (MI 712/PA, p.531):

Por isso, diante desse vácuo legislativo, dessa inércia legislativa, o Poder Judiciário fica autorizado a produzir uma norma individual, ou seja, uma sentença, uma decisão naquela linha Kelseniana: toda decisão judicial é uma norma, não geral, não impessoal, não abstrata, mas individual, particular e concreta. Com isso, o Poder Judiciário não estará legislando, absolutamente, não estará decidindo erga omnes estará se debruçando sobre direitos que lhe são postulados em concreto e decidindo para o caso concreto, atento às especificidades dele e renunciando a qualquer tentativa de incursão pelos domínios da transcendência dos fundamentos ou dos motivos determinantes da decisão.

No mesmo sentido decidiu o Ministro Ricardo Lewandowski (MI 670/ES, p.84):

São essas as razões que me levam a afastar a aplicação da Lei de Greve dos trabalhadores em geral às paralisações dos servidores públicos, sobretudo porque penso que a solução ideal para o caso sob análise deve passar pela autolimitação do Judiciário no que concerne às esferas de atuação dos demais poderes, sem que este abdique da transcendental competência que a Constituição lhe confere de dar concreção aos direitos e garantias fundamentais, qualquer que seja a natureza da norma que os abrigue quanto à respectiva eficácia.

A construção de norma regulamentadora pelo STF, à luz do caso concreto, possibilita igualar os desiguais na medida da sua desigualdade tendo em vista que a Corte suprema irá definir os parâmetros para o exercício do direito de greve no serviço público, avaliando as necessidades e anseios na esfera pública e assim concretizando o princípio da isonomia material.

Carlos Roberto Siqueira castro (2011, p.38), ao doutrinar sobre o princípio da isonomia, fez um registro importante:

Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência brasileira não acompanharam o avanço teórico do constitucionalismo norte-americano, onde assentamos as raízes de nossa república, tendo-se ambas mantido numa atitude tímida e obsoleta com relação ao princípio jurídico da igualdade. A rigor, poucos, pouquíssimos foram entre nós os que se aperceberam do potencial da regra isonômica como técnica de controle do mérito da atividade normativa do poder público, seja ela levada a efeito pelo órgão legislativo ordinário ou pela Administração Pública no exercício da função legislativa delegada.

Nesse sentido, a melhor interpretação para concretização do direito de greve dos servidores públicos é a elaboração, pelo Poder Judiciário, em especial a Suprema Corte, de norma faltante que venha disciplinar a matéria pendente de regulamentação.

Como bem resumiu o Ministro Ricardo Lewandowski (MI 670/ES, p.76) no seu voto, embora não seja o seu posicionamento:

A terceira corrente, por fim, entende competir ao Judiciário elaborar a norma faltante para disciplinar a matéria pendente de regulamentação, suprimindo, desse modo, a omissão do legislador. A decisão judicial ostentará, então, caráter, constitutivo, podendo ser adotada com validade erga omnes ou limitada à situação concreta. É a posição de José Ignacio Botelho de Mesquita, encampada pelo Ministro Eros Grau em seu voto no MI 712, bem como pelo Ministro Gilmar Mendes, para solucionar este caso.

Nesse viés, a Corte suprema possibilitará o alcance da isonomia material tendo em vista que o princípio da igualdade determina um tratamento jurídico de equiparação onde não houver justificativa para a discriminação, bem como impõe um tratamento jurídico de diferenciação onde houver motivo suficiente para discriminar. Entretanto, não se trata de um princípio apenas formal, mas de um conteúdo materialmente definido. Cabe ao Direito oferecer técnicas para a destruição das discriminações negativas e para a promoção das discriminações positivas.

Certo é que o direito de greve foi estendido a todos os trabalhadores, contudo, os serviços prestados pelos trabalhadores da iniciativa privada têm características bastante diferentes daqueles prestados pela Administração Pública, não podendo, dessa forma, ser amparados por uma mesma legislação. É nesse contexto, marcado por prolongada omissão legislativa, que tem que se destacar o papel do poder judiciário como harmonizador do poder estatal, constituindo o Estado Democrático de Direito e concretizador das normas constitucionais, à luz da isonomia material.

6 A INAPLICABILIDADE DA LEI 7783/89 AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE

Apesar do direito de greve ser estendido a todos os trabalhadores, certo é que os serviços prestados pelos trabalhadores de empresas privadas têm características bastante diferentes daqueles prestados por servidores dos órgãos públicos, não podendo, dessa forma, ser amparados por uma mesma legislação. Se por um lado, a norma que regulamenta o direito de greve na iniciativa privada foi construída para equilibrar as diferenças existentes entre o capital e o trabalho, na esfera pública as circunstâncias são bem diferentes e buscam atender o interesse de toda a coletividade.

O art. 2º da Lei 7.783/89, ao conceituar o direito de greve, se refere especificamente ao empregador. Assim, há uma relação jurídico-laboral decorrente do regime trabalhista, regida pelo contrato de trabalho e subordinada à Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, o ente público não é empregador, e não há, portanto, uma relação trabalhista ou contratual entre a Administração Pública e o servidor, mas sim uma relação estatutária. Desse modo, o servidor público, ao ser legalmente investido num cargo público, possui uma relação jurídica institucional com a Administração e não contratual.

É necessário ressaltar que a Constituição de 1988, ao dispor sobre o direito de greve, separou de um lado os empregados da iniciativa privada e do outro os servidores públicos. Os empregados são regidos pelo art. 9º da Constituição Federal, tendo seu exercício regulamentado pela Lei 7.783/89. Já os servidores públicos, foram contemplados com a previsão do art. 37, VII da CF/88.

É nesse sentido que asseverou José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.609) ao dispor que:

O direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público e, desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada.

Não foi outro o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski ao julgar o MI 708/DF, ao entender indevida a aplicação por analogia da lei 7783/89 aos servidores públicos civis como forma de efetivar o seu direito de greve.

No seu voto dispôs:

Primeiramente, entendo, com o devido respeito pelos que pensam diferentemente, que a saída encontrada para conferir efetividade ao art. 37, VII, da Carta Magna, permitindo o exercício do direito de greve aos servidores públicos nos termos da Lei 7.783/89, tal como alertou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no pronunciamento acima destacado, representaria indevido recurso à analogia.

E prosseguiu:

Com efeito, a analogia foi definida por Norberto Bobbio como o “procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”. O referido autor assentou, contudo, que esse método, para que seja validamente empregado, pressupõe que haja entre as duas hipóteses, uma semelhança relevante.

De fato, não há semelhança relevante entre a realidade da iniciativa privada e a esfera pública, tendo em vista que seguem objetivos diferentes. No primeiro, a prevalência é pelo alcance do lucro, enquanto no segundo há supremacia do interesse público, voltado sempre para o bem estar da sociedade.

Por se tratar de realidades bem diferentes, o estudo do direito de greve no serviço público demanda a análise de alguns parâmetros, tendo em vista que o regime jurídico é de Direito Administrativo e não Trabalhista, com elementos não abarcados por este direito privado. Assim, será necessário estudo de alguns conceitos típicos do Direito Público, como servidor público, regime jurídico do servidor público, estabilidade e a competência para julgamento das matérias.

Após análise dos elementos que compõem a greve no serviço público, à luz do direito administrativo, será possível comprovar a incompatibilidade na aplicação da lei 7783/89 na esfera pública.

Primeiramente, é válido destacar que os servidores públicos são espécies do gênero “agentes públicos”. A expressão “agentes públicos” abarca todos os sujeitos que servem ao poder público, mesmo que ocasionalmente.

Para o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.245),

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. [...] Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

Percebe-se da definição do citado autor que a expressão “agentes públicos” é a mais ampla possível para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público.

Para caracterização do agente como público, Mello (2010, p.245) elege dois requisitos, um de ordem objetiva que é a natureza estatal da atividade e outro de natureza subjetiva, a investidura na função: “Dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela.”.

Os agentes públicos podem ser divididos em três grandes categorias: os agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Poder Público.

Os servidores públicos são espécies dos servidores estatais que mantêm vínculo de trabalho não eventual com a Administração Pública. Não abarca os empregados das entidades da Administração indireta de Direito Privado, haja vista que não são considerados integrantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito público.

Com efeito, Mello (2010, p.248) definiu quem são os servidores estatais:

A designação servidores estatais, que ora se sugere em atenção à mudança constitucional, abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.

E depois restringiu aquele que é considerado servidor público:

A designação “servidor público”, já hoje, tem alcance mais restrito do que dantes. Não mais é adequada para abarcar também os empregados das entidades da Administração indireta de Direito Privado, porquanto, sob a rubrica constitucional “Dos Servidores Públicos Civis” é visível que só estão considerados os integrantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público. Assim, na atualidade, o nomen juris “servidor público” é uma espécie do gênero “servidores estatais”.

Dentre estes classificados como servidores públicos, há uma subdivisão em três espécies: o estatutário, o empregado público e o temporário. O estatutário o próprio nome já denota, é regido pelo estatuto do ente que faz parte e ocupa um cargo público. O empregado público por sua vez é contratado sob o regime da legislação trabalhista, como a CLT e demais normas, e ocupa emprego público. Por fim, o temporário é contratado para prestar serviços por prazo determinado e detém exerce uma função pública.

Esses servidores compõe o quadro da administração pública direta e indireta que compreende os seguintes entes: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A administração pública indireta é constituída das autarquias, fundações públicas, sociedade de economias mistas e empresas públicas.

Leciona Mello (2010, p.256) que nas pessoas de Direito Público tanto há servidores titulares de cargo público quanto servidores ocupantes de empregos:

Nas pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos.

E completa: “Nas pessoas de Direito Privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos”.

Os entes da administração pública direta, as autarquias e as fundações públicas podem contratar servidores sob qualquer um dos regimes. Contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista somente contratarão sob o regime da legislação trabalhista.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 1998, todos os servidores públicos faziam parte do Regime Jurídico Único (RJU), ou seja, eram servidores estatutários. Com a Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o artigo 39 da Constituição Federal, não houve mais referência ao RJU. Assim, entendeu-se que os servidores poderiam ser contratados sob outros regimes.

Mas, é importante ressaltar que o julgamento da ADIN nº 2135/2000 restabeleceu o caput do artigo 39 da Constituição Federal, aplicando efeitos ex nunc, ou seja, a partir do pronunciamento do órgão competente. Assim, os servidores contratados a partir de agosto de 2000, data do julgamento da ADIN, passam a ser regidos novamente pelo RJU.

Desta forma, somente seria possível a contratação de trabalhadores pelo regime celetista se existir legislação específica no âmbito do ente federativo, como, por exemplo, a Lei nº 9.962/2000, na esfera federal. Cada ente público tem norma específica, que tanto pode ser o regime estatutário, celetista ou misto, na qual parte do pessoal é estatutária e parte é celetista.

Mello (2010, p.256) também entende nesse sentido, vejamos:

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962/2000. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II “a”.

Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra inevitáveis influências advinhas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Outra característica importante dos servidores públicos, não disponível aos trabalhadores privados, é a aquisição da estabilidade, nos moldes do art. 41 da Constituição Federal. O texto do art. 41 dispõe que “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

São estáveis apenas os servidores nomeados para cargos de provimento efetivo. Os requisitos são a aprovação em concurso público, três anos de efetivo exercício no cargo, a aprovação em avaliação de desempenho após o estágio probatório. Esses servidores somente perdem seu cargo depois de instaurado procedimento administrativo, com direito à ampla defesa ou por sentença judicial transitada em julgado.

Ademais, também há mudança de competência para julgamento entre os servidores públicos civis e os trabalhadores da iniciativa privada. Antigamente, a alínea “e”, do artigo 240, da Lei nº 8.112/90, atribuía competência à Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios individuais e coletivos decorrentes do serviço público do regime jurídico único.

O STF julgou inconstitucional referido dispositivo, tendo em vista que o artigo 114, da Constituição Federal, não confere à Justiça do trabalho esta competência. Estes conflitos estão sujeitos às regras do Direito Administrativo e não do Direito do Trabalho. Assim, seria competência da Justiça Federal o julgamento de questões oriundas dos dissídios dos servidores públicos, bem como compete à Justiça Comum, as decisões pertinentes aos servidores estaduais, distritais e municipais.

Após abordagem destes pontos, pode-se passar a defender que a aplicação, por analogia, da lei 7783/89 aos servidores públicos, não alcança a concretização isonômica do seu direito constitucional de greve em relação aos trabalhadores da

iniciativa privada. Se num primeiro momento, a aplicação da lei 7783/89 aos servidores públicos civis serviu para efetivar um direito fundamental em face de uma omissão legislativa, esta carece de dispositivos necessários para regulamentação, pelas peculiaridades existentes na realidade da Administração Pública. É válido elencar alguns pontos importantes:

O serviço público é uma atividade eminentemente essencial, devendo assim ser aplicado todos os dispositivos da lei 7783/89 que se refere a este tipo de atividade, ou seja, a notificação do início da greve com antecedência mínima 72h e a possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de pessoal temporário para assegurar a regular continuidade do serviço.

No setor privado, a greve deve ser avisada com 48 horas de antecedência, sendo que, nas atividades essenciais, o aviso deve ser com 72 horas. Entretanto, as atividades listadas como essenciais no art. 10 não compreendem todas as atividades do setor público. Não existe, portanto, parâmetro adequado neste caso.

Nesse primeiro ponto, já se observa a incompatibilidade de aplicação da lei 7783/89 aos servidores públicos civis por dois motivos. A atividade pública é eminentemente essencial, e, portanto, a possibilidade de contratação de pessoal temporário pode vir a tornar o movimento grevista ineficaz em todo o serviço público. Não obstante, o art. 16 da lei 7783/89, entendendo haver peculiaridades na atividade da Administração pública, assim previu “Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

De início, já se pode afirmar que a regulamentação dos serviços essenciais na Administração Pública não pode ser regulamentado pela lei de greve da iniciativa privada. Vale lembrar que, por se tratar de atividade essencial, o serviço público não pode ser totalmente paralisado. Para tanto, um percentual de servidores deve assegurar a sua continuação em cada atividade desempenhada pelo Estado, em respeito ao direito da coletividade. Porém, o percentual não foi fixado pela lei, devendo ser analisado no caso concreto, dependendo da natureza do serviço.

Além do mais, se na época da edição da lei geral de greve, este diploma não era adequado para regular a questão da greve no serviço público, não poderá agora o ser, pelo simples argumento que o seu art. 16 foi revogado. A lei n. 7.783/89 não pode ser utilizada sequer por analogia. E aqui vale registrar o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski ao julgar o MI 708/DF:

Concessa vênia, não vislumbrei, na oportunidade, semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado que autorizasse o recurso à analogia. Embora ambas as situações refiram-se ao fenômeno social “greve”, consistente na paralisação das atividades de determinado setor laboral, em face de reivindicações não atendidas, as distinções que as separam são maiores do que os pontos comuns que as aproximam, a começar do regime jurídico diferenciado ao qual estão submetidos os seus protagonistas.

Quando a Constituição Federal passou a exigir uma lei específica para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, já demonstrava a necessidade de norma direcionada exclusivamente para este setor. Extraí-se da redação impressa ao inciso VII do art. 37 da CF/88, alterado pelo EC n.19/98 que, há de haver lei ordinária própria da Administração Pública a regulamentar o exercício do direito de greve de seus servidores públicos.

Neste sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha (MI 708/DF) com precisão asseverou:

Essa norma, modificada pela Emenda Constitucional n. 19/98, passa ao legislador infranconstitucional o tratamento do tema por meio de lei ordinária específica. Significa que o legislador ordinário não poderá cuidar do direito de greve no serviço público em diploma que não tenha como único objeto esse tema ou que possa considerara válido o exercício desse direito nos termos de lei vigente para a greve do setor privado, por exemplo. Quer dizer, não se tem a recepção da legislação sobre direito de greve de trabalhadores privados como uma regulamentação anterior aplicável ao setor público até que sobrevenha a lei mencionada no art. 37, inc. VII, porque ela não tem a especificidade ali requerida. Também não se pode aplicar por analogia, porque o constituinte reformador entendeu por bem definir que depende de uma especificidade legislativa, formal e material, a regulamentação do direito de greve do servidor.

Com efeito, verifica-se que foi alterado o processo legislativo, que passa a referir-se a lei ordinária, ressaltando que a norma a ser criada terá que ser específica, ou seja tendo como único objeto o direito de greve no serviço público.

Outro ponto incompatível na adoção da lei 7.783/89 ao serviço público é a aplicação do dispositivo que determina a deflagração da greve somente depois de frustrar-se a negociação coletiva. A Constituição Federal assegurou aos servidores públicos o direito de sindicalização e o direito de greve, contudo não tutelou o direito a negociação coletiva. Desta forma, não há possibilidade de

convenção coletiva no setor público. Restou prejudicada a aplicação da lei 7.783/89 que requer a negociação coletiva no serviço público antes da greve.

Ademais, a greve no setor privado é precedida de votação em assembleia, devidamente convocada. É o teor do art. 4º da lei 7.783/99 ao dispor que “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”. Também não se aplica ao setor público o quórum das assembleias do setor privado, tendo em vista não existir, neste aspecto, qualquer previsão legal específica.

E não para por aí. A lei de greve do setor privado também prevê a contratação de trabalhadores durante o período de greve, caso a atividade paralisada seja essencial. E mais uma vez entra em debate o que seria uma atividade essencial no setor público. Se prevalecer o entendimento de que todo o setor público executa uma atividade essencial, haverá a obrigatoriedade de contratação de trabalhadores temporários em qualquer greve que ocorresse no setor público. Desta forma, o exercício do direito de greve será enfraquecido ou mesmo esvaziado.

Não pode deixar de ressaltar que uma grande parte das atividades na esfera pública tem atribuições bastante singulares. Determinadas áreas dependem de pessoas devidamente treinadas para suas atividades, o que causaria dano irreparável a coletividade ao contratar mão de obra temporária sem experiência. Não é forçoso ainda vislumbrar que estas contratações poderiam gerar favorecimentos pessoais, diante da inexistência de concursos públicos.

Enfim, é um dispositivo que deverá ser utilizado com cautelas para o setor público. Entretanto, não resta dúvida que é inaplicável o §1º, do art. 9º da CF ao dispor que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” na tentativa de regulamentar o art. 37, inc. VII.

Ainda é preciso enfrentar uma questão de ordem processual na aplicação da lei 7.783/89 aos servidores públicos civis. A justiça do Trabalho é incompetente para decidir os dissídios coletivos derivados de greve dos servidores públicos. Em relação ao servidor estatutário, há impedimento constitucional para esta forma de solução de conflitos.

Nesse sentido se posicionou o Ministro Ricardo Lewandowski no MI 708/DF:

Por fim, verifico que a aplicação pura e simples da Lei 7.783/89 à hipótese, ainda que com algumas alterações tópicas, não se revela de todo adequada. É que alguns de seus dispositivos mostram-se totalmente inadequados para regular a greve no serviço público. É o caso, por exemplo, do art. 8º, que estabelece a competência da Justiça do Trabalho para dirimir eventuais conflitos surgidos ao longo do movimento paredista.

A lei específica exigida pelo texto constitucional irá dispor sobre matéria de Direito Administrativo, já que trata de greve de servidor público, e não de matéria afeta ao Direito do Trabalho. Assim, não é possível a aplicação da lei geral de greve aos servidores públicos civis.

Faz-se necessário também registrar que a aplicação da lei de greve do setor privado aos servidores públicos, é incompatível com a natureza institucional do vínculo mantido entre estes e a Administração pública, visto que todos os direitos, obrigações e vantagens, inclusive a remuneração, decorrem de previsão legal.

Isso porque, a Carta Magna não reconheceu o direito dos servidores públicos realizarem acordos ou convenções coletivas, a teor da norma contida no seu do §3º do art. 39. Também não poderia ser diferente, seja em razão dos diversos comandos constitucionais que vedam o aumento salarial sem a respectiva previsão legal, primando pelo princípio da legalidade, como também em razão da natureza do vínculo mantido entre o servidor e a Administração Pública.

No máximo, o resultado das negociações coletivas no serviço público poderia resultar numa pauta de intenções, que serviriam para nortear a elaboração de um projeto de lei referente ao aumento servidor, a cargo do Chefe do Poder Executivo, que ainda seria apreciado pelo poder legislativo.

Ademais, é importante considerar que a limitação dos gastos com folha de pagamento imposta pela lei de responsabilidade fiscal e a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas, inviabilizam o atendimento das reivindicações decorrentes da greve no serviço público, prejudicando o exercício do direito de greve na esfera pública.

Assim, também carece de aplicabilidade o art. 7º da lei 7783/89 que prevê: “observadas às 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”.

O ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer o direito de negociação coletiva dos trabalhadores adotou três posicionamentos diferentes. O primeiro permitiu as convenções e acordos coletivos de trabalho aos trabalhadores urbano e rural, na conformidade do art. 7º, XXVI. Em relação ao servidor público civil, a Carta Magna silenciou, na medida em que a norma constante no art. 39, § 3º, não mencionou expressamente o inciso XXVI do art. 7º. E o terceiro posicionamento foi a vedação expressa para o servidor público militar, negando expressamente o direito à sindicalização e à greve, nos termos do art. 142, IV.

Para o servidor público civil, há o reconhecimento do direito à sindicalização e à greve, sendo necessária a regulamentação do exercício do direito à greve, inexistente até o momento. Assim dispôs a Constituição no inciso VI do art. 37: “é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical”.

Todavia, o direito de acordos e convenções coletivas de trabalho não foi mencionado no rol de direitos do § 2º, art. 39, da CF/88, não podendo assim firmar os instrumentos normativos citados acima, como também realizar negociação coletiva.

Para Rinaldo Guedes Rapassi (2005, p.81), os motivos seriam a supremacia jurídica da Administração Pública na formação do vínculo de trabalho público, ao estabelecer unilateralmente as regras para prestação dos serviços, não cabendo a igualdade das partes, os avanços e vantagens trazidas pela instituição do regime estatutário, fonte principal de aplicação do direito às relações entre o servidor e a Administração e a necessidade de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias e de prévia dotação orçamentária para deferimento de vantagens e aumento de remuneração pela Administração, que se sujeita, ademais, aos marcos aportados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por outro lado, a Constituição Federal garantiu o direito de associação sindical. As entidades sindicais defendem o dispositivo da negociação coletiva no setor público, e argumentam que, a greve é um instrumento utilizado para forçar a abertura de negociação. Desse modo, a regulamentação do direito de greve deve ser realizada conjuntamente com negociação coletiva.

E se não pode haver acordo ou negociação coletiva na esfera pública, não há como dispensar o desconto dos dias parados. Mesmo para aqueles que entendem ser

aplicável a lei de greve da iniciativa privada, não seria possível a aplicação ao caso. Isso porque o art. 7º da lei 7783/89 determina que:

Observadas às 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.

No mais, a lei geral de greve traz alguns termos incompatíveis com a esfera pública como “empregado” e “empregador” que tem definição bem distinta de “servidor público”, afastando por completo a sua aplicação na Administração Pública. Na mesma linha, a lei 7783/89 traz a possibilidade de arbitragem para solução de conflito coletivo em serviço público, ante a indisponibilidade dos interesses da Administração.

A Administração Pública, em atendimento ao princípio da legalidade, previsto no caput do art. 37 da CF/88, está limitado ao cumprimento da lei em seu sentido amplo, ou seja, pautando seu comportamento nas normas jurídicas em vigor no ordenamento jurídico. Portanto, para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, se faz necessário a promulgação de lei específica para o setor, e ante a prolongada omissão legislativa, a Corte Suprema deverá regulamentar o seu exercício, tendo em vista a incompatibilidade da lei geral de greve.

7 CONCLUSÃO

Em face de tudo o exposto, é possível que se alcance algumas conclusões:

- 1) Em todas as sociedades, principalmente aquelas que elegem o estado democrático de direito, o princípio da igualdade é consagrado como um dos alicerces na construção do seu ordenamento jurídico;
- 2) O princípio da igualdade alcança dois planos distintos. Um voltado para o legislador, impedindo a criação de lei ou quaisquer outros atos normativos que ofereçam tratamento abusivamente distinto àqueles que se encontram em posições idênticas. Outro voltado ao aplicador ou intérprete da lei, devendo assegurar a efetividade das normas sem distinção de qualquer natureza, sempre que não haja uma justificativa razoável;
- 3) O desejo de igualdade requer um tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a efetivação de seus direitos, desde os mais básicos até aqueles ditos de quinta geração;
- 4) A eficácia de um princípio depende da interpretação que lhe é atribuída. O princípio da isonomia tem como fundamento a vedação de privilégios desproporcionais;
- 5) A constituição de 1988 prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, conforme previsto no art. 5º, caput.
- 6) A igualdade formal não garante a todos o direito de ter as mesmas oportunidades, como também não garante que a igualdade formal seja efetivada;
- 7) Há necessidade de instrumentos de promoção da igualdade efetiva, haja vista que somente a igualdade de direitos, por si só, não é suficiente para tornar as mesmas oportunidades acessíveis a todos.
- 8) A igualdade material é o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, ao tirá-la da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático;

- 9) A igualdade material no direito de greve é extremamente relevante, pois somente ela possibilita que os dois setores tenham seus interesses efetivamente tutelados e o considerem igualmente legítimos;
- 10) A origem do nome “Greve” é relativamente recente, entretanto o fenômeno não o é;
- 11) Os primeiros funcionários públicos grevistas foram duramente sancionados;
- 12) Os códigos penais passaram a considerar a greve como um delito, onde o Estado punia os grevistas com sanções criminais;
- 13) Algumas constituições passaram a admitir a greve como um direito dos trabalhadores;
- 14) No sistema capitalista a greve surge como fenômeno socioeconômico, sistematizado e organizado, que busca equilibrar a relação capital-trabalho;
- 15) No Brasil, as primeiras Constituições nada abordaram sobre o direito de greve.
- 16) O código penal de 1890 previa no art. 206 pena de prisão para quem causasse ou provocasse a cessação do trabalho, buscando impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário.
- 17) É com o Decreto n. 1162, em 1890, que a greve deixou de ser ilícito penal no Brasil;
- 18) A Constituição de 1946 garantiu o direito de greve no art. 158, determinando a sua regulamentação legal;
- 19) A constituição de 1967, em seu art. 158, XXI, reafirmou em seu texto o direito de greve, contudo restringiu ao setor privado;
- 20) A greve é um fenômeno social que advém da associação dos obreiros, e teve, historicamente, uma penosa trajetória para ser reconhecida como direito;
- 21) A Lei nº 7.783/89, definiu que considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador;
- 22) A greve é um direito fundamental que se insere na relação classificada pela doutrina como gerações ou dimensões, tendo como premissa central a dignidade da pessoa humana;

- 23) Os serviços essenciais na esfera pública podem ser paralisados. Nenhum direito, inclusive o da continuidade dos serviços públicos, tem caráter absoluto;
- 24) A lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada não serve para definir quais os serviços essenciais na esfera pública;
- 25) O STF reconheceu a mora do Poder Legislativo e comunicou ao órgão competente para edição de norma regulamentadora;
- 26) Posteriormente, o STF determinou que o exercício do direito de greve dos servidores públicos seria regulado pela Lei 7.783/89, até que a omissão legislativa seja suprimida pelo poder competente;
- 27) O julgamento do MI 712/PA trouxe ao ordenamento jurídico pátrio um novo entendimento sobre o direito de greve para os servidores públicos;
- 28) A aplicação da Lei 7.783/89 na esfera pública não atende o princípio da isonomia material, tendo em vista que a regulamentação da lei da iniciativa privada é incompatível com o serviço público;
- 29) Conclui-se que, para concretização do princípio da isonomia material no direito de greve, o STF deve produzir uma norma regulamentadora, através de sentença. Esta é a alternativa mais adequada para possibilitar o exercício da greve pelos servidores públicos, em igualdade material com os trabalhadores da iniciativa privada.

Destarte, não há justificativa para a greve no setor privado ter efetividade e na esfera pública não. O direito de greve está inserido nos direitos fundamentais como garantia do direito ao trabalho digno, e assim sendo é direito fundamental oriundo de norma princípio. O Supremo Tribunal Federal, na busca pela concretização desse direito constitucionalmente tutelado, inicialmente reconheceu a mora do legislativo e apenas comunicou ao poder competente. Percebendo a ineficácia da comunicação e a prolongada mora legislativa, decidiu concretizar o direito de greve dos servidores públicos aplicando a lei que regulamenta a greve na iniciativa privada. A construção de norma regulamentadora pelo STF, à luz do caso concreto, possibilita igualar os desiguais na medida da sua desigualdade tendo em vista que a Corte suprema irá definir os parâmetros para o exercício do direito de greve no serviço público, concretizando o princípio da isonomia material.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Vade Mecum**. 10.ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Lei n.º 7.783, de 28 de Junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Vade Mecum**. 10.ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Vade Mecum**. 11.ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Mandado de Injunção 712/PA**. Relator: Min. Eros Grau, julgamento em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(712.NUME.%20OU%20712.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(712.NUME.%20OU%20712.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 nov.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 20–4/DF**. DJU: 22.11.1996, p.45.690. Relator: Min. Celso de Mello.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Norberto. **Curso de Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. **Revista Interesse Público**. v. 8, n. 40, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. _____. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito Constitucional e Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. _____. 8.ed. São Paulo, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Medauar, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por Uma Teoria dos Princípios**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINTO Ferreira, Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983, p.770.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Direito de greve dos servidores públicos**. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Ronald Amorim. **Greve & Locaute: Aspectos Jurídicos e Econômicos**. Coimbra: Almedina, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STF/Pleno. **ADIN 1306/ Bahia**. Rel. Min. Octavio Galloti, julg. 30.06.1995, DJU 27.10.1995.

STF/Presidente. **ADPF 186/Distrito Federal**. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 31.07.2009.

STF/Pleno. **MI 283/ Distrito Federal**. Rel. Min. Sepulveda Pertence. Julgado em 14.11.1991.

STF/Pleno. **MI 670/ Espírito Santo**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 25.10.07.

STF/Pleno. **MI 708/ Distrito Federal**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25.10.07.

STF/Pleno. **MI 712/ Pará**. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 25.10.07.

TST/1ª Turma. **AIRR 152740/São Paulo**. Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa. Julgado em 05.05.2010.