

DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. LACUNA E IRRITAÇÕES COM A SUA NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL.

(Cláudio Armando Couce de Menezes)

1. INTRODUÇÃO

A ciência jurídica procura oferecer um sistema unitário, coerente e completo. Nem sempre, nos diversos sistemas propostos pelos jusfilósofos, a unidade, a coerência e a completude são alcançados. E quando tal ocorre, somente se dá às custas da realidade, sobretudo dos aspectos que envolvem o poder, a ideologia e as bases econômicas e sociais, que influenciam a percepção e o raciocínio dos juristas¹.

Já o ordenamento jurídico não é completo e coerente, tampouco unitário. Contudo, o dogma da completude existe na concepção do direito positivo, ou melhor, em diversas linhas do positivismo². Por alguns, é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico³, vinculado à concepção estatal do Direito⁴. A descoberta da sociedade, dos conjuntos sociais e dos fenômenos como forças dinâmicas geradoras de direito, contradireitos e de resistência ao direito posto pelo Estado a serviço das classes dominantes, evidenciou a natureza de mito das construções fundadas nos dogmas da certitude ou completude, coerência e unidade.

Fala-se, por isso, em lacunas reais e ideológicas; em lacunas subjetivas e objetivas; em lacunas voluntárias e involuntárias; em lacunas próprias e impróprias; lacunas *praeter legem* e lacunas *intra legem*⁵. Mencionam-se os métodos de heterointegração e autointegração para sanar essas lacunas⁶. A heterointegração compreendendo o Direito Natural, o costume e o juízo de equidade⁷. A autointegração, a analogia e os princípios gerais do direito.

2. GREVE – DIREITO FUNDAMENTAL – O Direito de Greve do Servidor Público

A greve pode ser definida como um movimento **concreto** de trabalhadores (públicos e privados), com o objetivo de exercer pressão sobre o patrão ou o Estado, para alcançar benefícios e melhores condições de trabalho, em prol de uma coletividade.

¹ Sobre o tema, entre outros, MICHEL VILLEY, “Filosofia do Direito”, Martins Fontes, São Paulo 2003. No campo anglo-saxão, várias são as vozes críticas, chegando ao ponto de alguns sustentarem que o direito não é um sistema coerente, mas sim um “melô legal” que só tem aparências de sistema graças à obra normativa dos filósofos CHARLES SAMPFORD, *The Disorder of Law*, 1989 apud *Filosofia do Direito*, WAYNE MORRISON, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 50).

² NORBERTO BOBBIO, “O ordenamento jurídico”, 10.^a ed, UnB, 1999, Brasília, p.119.

³ N. BOBBIO, ob.cit. pp.-120/1.

⁴ N. BOBBIO, ob.cit., pp. -122/5.

⁵ N. BOBBIO, ob.cit., pp.- 139/145. Alude-se ainda lacunas técnicas (MARIA HELENA DINIZ, *Normas Constitucionais e seus efeitos*, p.38, Saraiva, São Paulo, 1985.

⁶ N. BOBBIO, ob.cit., p. 146.

⁷ N. BOBBIO, ob.cit., pp. 146/160.

A greve, fato social por excelência, pelas suas repercussões, tornou-se objeto do direito; primeiro como ato ilícito; após, como fato e ato jurídico e, com a evolução da sociedade, como direito positivado. Traduz um anseio de melhora, criação ou manutenção de direitos e condições sociais. É um direito que se impôs ao Estado, aos empregadores e tomadores de serviço.

A greve é considerada pela doutrina em geral como Direito Humano ou como Direito Fundamental⁸, assim também pelos Tratados e Convenções Internacionais⁹ bem como pela OIT¹⁰. Na Constituição Federal do Brasil, está no art. 9.º, no rol dos Direitos Sociais, tidos como Fundamentais¹¹, reconhecidos inclusive por cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, inciso IV, da CF)¹² e informados pelos princípios da progressividade e da não-regressividade (não-retrocesso social)¹³.

Porém, a greve ainda está presa na memória histórica, que tanta influência tem na sociedade, como algo errado, quase um ilícito, ato abusivo, gerando aquilo que alguns mencionam como “criminalização das formas de ação coletiva” ou dos “movimentos sociais”. E, por isso, tanto na iniciativa privada como no serviço público, sofre inúmeras restrições, desde a limitação ao seu exercício por lei, passando por decisões judiciais ou medidas administrativas, para não falar da repressão policial.

A proibição de greve ou restrição ao seu exercício na atividade pública é uma trilha que infelizmente o Brasil seguiu por longo tempo. Com a Constituição de 1988, consagrou expressamente esse direito dos servidores; entretanto, estabeleceu o seu regramento por norma posterior (art. 37, VII). Com base nesse preceito, a jurisprudência recusou a reconhecer o seu exercício legítimo - baseada na inércia do legislativo em regular o preceito constitucional - o que mereceu críticas acirradas da melhor doutrina¹⁴.

Tal quadro foi alterado, conforme evidencia o acórdão proferido pelo ministro do STF CELSO DE MELLO (MI 20 DF, Tribunal Pleno, j. 18.5.1994, DJ 22.11.1996, p.p. 45690, Em V. 01851-c1, p. 00001: “MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO – DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL – EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO – MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO – PRERROGATIVA JURÍDICA

⁸ Fala-se ainda em “liberdade constitucional”, “Direito Constitucional”, “Direito Fundamental da Pessoa Humana” e em “direito subjetivo público de greve”.

⁹ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8.º, inc.I, *d*) e Declaração Sociolaboral do Mercosul.

¹⁰ Ementas 363 e 364 do Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho.

¹¹ Art. 9.º, caput, da CF: “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”.

¹² J.J. CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3.ª ed. Almedina, Coimbra, 1999, p. 327 e INGO SARLET, “Os Direitos Sociais como cláusulas pétreas”, Revista Interesse Público, C7, 2003, Brasília, p.56.

¹³ CANOTILHO, *ob.cit.*, pp.327; FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional”, São Paulo, Max Limonad, 2002, pp. 71 e 95; INGO SARLET, “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, 9.ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007, pp. 436/440 e “O Estado Social do Direito, a proibição do retrocesso e garantia fundamental da propriedade”, Revista Diálogo Jurídico, ano 1, vol. 1, n.º 7, Salvador, pp. 1 a 55.

¹⁴ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique, “A greve do servidor público civil e os direitos humanos”, publicado no *site* eletrônico do planalto, www.planalto.gov.br/ccivil03/revista/rev34, consulta em 30/11/2013.

ASSEgurada PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) – IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR – **OMISSÃO LEGISLATIVA** – HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO – RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL – IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE – ADMISSIBILIDADE – *WRIT* CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição de lei complementar exigida pelo próprio texto da constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público- constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de LACUNA TÉCNICA, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.”

A decisão transcrita enfrenta com propriedade a questão da lacuna acerca do direito de greve do servidor público, trazendo à baila a necessidade da supressão do vazio constitucional.

A greve, conforme já mencionado, é um direito dos servidores civis (art. 37, VII, c/c o art. 42, § 5º, da CF), que gozam ainda do direito de sindicalização (art. 37, VI, da CF), corolário do direito de greve.

Evidenciando a natureza de Direito Fundamental, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a orientação da Convenção nº 151 da OIT (art. 8º), que trata da composição dos conflitos de natureza coletiva entre o Poder Público e os seus servidores.

Recorde-se que o art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra o direito de greve também no âmbito da Administração Pública.

Apesar de inúmeras decisões instando o Congresso Nacional a regulamentar o art. 37, VI, da CF, inclusive essa que comentamos, aquela instituição não sanou o estado de mora inconstitucional.

Como registrou o relator do acórdão em comento, em outro julgado sobre o mesmo tema, emerge clara a situação provocadora de omissão abusiva no adimplemento

da prestação legislativa imposta, pela Constituição da República, ao Congresso Nacional¹⁵.

Em contundentes palavras, ressalta o Ministro do STF que há omissão inconstitucional do Poder Legislativo, derivada de inaceitável inadimplemento do seu dever de emanar regramentos normativos – encargo jurídico que foi imposto ao Congresso Nacional pela própria Constituição da República.

Constatamos aqui o que doutrina de escol, citada pelo Ministro Celso de Melo denomina LACUNA TÉCNICA, “ou seja, da ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos”¹⁶.

A ausência da legislação exigida pela Constituição Federal não pode inviabilizar o exercício do direito de greve previsto em instrumentos de direito internacional de que o Brasil é signatário, sem lembrar a desmoralização das instituições da República que consiste em ter negado no plano da realidade um Direito Fundamental pela inércia prolongada de um dos Poderes da República (Legislativo) e a condescendência de outro (Judiciário).

Tal situação, portanto, não poderia permanecer. O STF, guardião da Constituição, ao verificar o desrespeito à Constituição, por comportamento omissivo do Legislativo, que ofende direitos e atua como fonte de instabilização jurídica e política, fundado na força normativa da Constituição, que não admite a persistência e lacunas técnicas, como a presente, passou a emprestar “eficácia concretizadora” ao direito de greve dos servidores civis, solução adotada nos MI 712/PA e MI 670/ES. Com isso viabiliza-se o referido direito fundamental, mediante aplicação da Lei 7.783/1989 (Lei de Greve), aplicável ao trabalhadores em geral¹⁷.

Essa tomada de posição é extremamente importante e digna de todos os elogios. Porém, a citada “Lei de Greve” contém, por sua vez, diversas incompatibilidades com normas constitucionais e internacionais, conforme demonstramos em obra específica sobre o tema¹⁸. Os problemas que listamos para os empregados em geral podem perfeitamente surgir agora com os servidores públicos civis.

Mas agora, a questão mais urgente diz respeito ao entendimento majoritário do STF no sentido de construir um conceito de “serviços essenciais” que, mais do que uma repetição da restritiva “Lei de Greve”, amplie a limitação já estabelecida naquela lei¹⁹.

Os eminentes desembargadores do Trabalho, juristas e professores RICARDO CARVALHO FRAGA e LUIZ VARGAS²⁰ alertaram que a necessária cautela na adequação do direito aplicável a situações realmente distintas não deve paralisar a operação analógica que reconhece que, guardadas algumas particularidades, a greve no

¹⁵ MI 712/PA

¹⁶ MARIA HELENA DINIZ, ob. cit., p. 38

¹⁷ Solução preconizada, por exemplo, no MI 670/ES – Espírito Santo, julg. em 25/10/2007; na ADI 3235/AL – Alagoas, julg. Em 04/02/2010;

¹⁸ CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, in “O Direito Fundamental de Greve sob uma nova perspectiva”, Edit. Ltr, São Paulo, 2013;

¹⁹ Voto do Ministro GILMAR MENDES no MI 670-ES;

²⁰ “A Greve dos Servidores Públicos e o STF”, Revista do TST, Brasília, Vol. 76, nº 2, abr/jun 2010, p. 39;

setor público não se mostra tão diferenciada do setor privado a ponto de reclamar um tratamento distinto, com restrições ainda maiores do que as já fixadas na Lei 7783/89²¹, oriunda de Medida Provisória, expedida pelo então Presidente, o Exmº. Sr. José Sarney, quando não havia ainda maiores distinções à expedição de tal instrumento, utilizado na época como sucedâneo dos decretos-lei da ditadura militar.

Da discutível premissa de que deve ser equiparado o serviço público ao serviço essencial, chegando a um enfoque mais rígido acerca do que se deve entender como serviço essencial, transbordando os parâmetros da “Lei de Greve”, corre-se o risco de negar na prática o Direito Fundamental de Greve.

Conforme aponta a OIT, para estabelecer os contornos da limitação do exercício do direito de greve, é necessária a participação dos próprios trabalhadores em negociação prévia. E nessa negociação prévia com os trabalhadores, como há limitação a um Direito Fundamental que corporifica um meio de pressão essencial à defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores, as suas organizações devem participar, ao menos na definição do que sejam os serviços mínimos que devem ser atendidos como atividade essencial²².

Salientam RICARDO FRAGA e LUIZ VARGAS que a posição do E. STF olvida outras diretrizes da OIT e dos tratados internacionais. Com efeito, além dos aspectos acima mencionados, deve-se considerar que toda restrição ao direito de greve há de ser equilibrada pela adoção concomitante dos chamados “mecanismos de compensação” ou “garantias compensatórias”, de forma que “sejam compensadas as restrições impostas a sua liberdade de ação durante os conflitos que possam surgir”²³.

Se assim não for, corremos o risco de substituir a negação de um direito por outra, talvez mais grave, pois levada a efeito contra o Direito Internacional e a natureza da greve como Direito Fundamental. E, pior, sem a participação democrática da sociedade.

3. CONCLUSÕES

3.1. A greve, fato social por excelência, pelas suas repercussões, torna-se objeto do direito. Primeiro como ato ilícito, após como fato e ato jurídico e, com a evolução da sociedade, como direito. Contudo, independentemente de seu reconhecimento formal pelo direito positivo, constitui-se em um fato social inerente aos interesses contrapostos existentes na sociedade. Traduz um anseio de alterar, inverter, superar a situação em classes sociais ou categorias de trabalhadores (públicos e privados).

3.2. Todos os direitos dos trabalhadores remontam ou tem como caldo de cultura as lutas obreiras, que encontram na greve um instrumento precioso para implementar suas reivindicações e, outrossim, para combater a opressão econômica, a degradação de suas condições de vida e trabalho, o descumprimento ou a burla dos deveres dos empregadores e do Estado.

²¹ RICARDO C. FRAGA e LUIZ VARGAS, ob. cit., p. 110;

²² Verbete nº 161 da OIT (1994), apud FRAGA e VARGAS, ob. cit., pp. 40/1

²³ OIT, 2006, Verbete 595, apud FRAGA e VARGAS, ob. cit., p. 41.

3.3. O direito de greve é, em realidade, a conquista dos trabalhadores que mais incomoda ao Estado e aos setores conservadores da sociedade que buscam, em todo lugar, enquadrar, restringir, regulamentar, quando não impedir o seu pleno exercício²⁴.

3.4. Consiste a greve em arma básica do trabalhador (público e privado) na eterna luta pela sua dignidade como ser humano e pelo reconhecimento de seus direitos. Recorde-se que a dignidade da pessoa humana é compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana. É assegurada a cada um, fazendo-o merecedor de um complexo de direitos e liberdades fundamentais que devem ser respeitados pelo Estado, pela sociedade e pelos particulares.

Na aplicação da Lei 7783/89, impõe-se observar ,sob pena de solapar a sua natureza, os fundamentos e objetivos do direito de greve.De forma alguma, deve-se cogitar em ampliar as restrições da lei, que já apresenta diversas irritações com o Direito Internacional e a Constituição Federal.

A omissão do Legislativo não pode ser substituída por um ativismo judicial e jurídico negativo a pretexto de regular um Direito Fundamental.

²⁴ ALEJANDRO SEGURA: La huelga, consequentemente, no es un mero subproducto ius laboral. Es su génesis, garantía de mantenimiento de los niveles conquistados y disparador Del desarrollo de los nuevos por venir. És un derecho constitucional muy especial, em ordem a su origem autônomo y antisistêmico, cualidad no atribuible a otros derechos reconocidos por la constitución, como el de “igualdad”, “propiedad” o las liberdades de “contratación”, “comercio” o el ejercicio de “atividades comerciales”, que se basam em la infraestructura sistêmica” (“Derecho de las medidas legítimas de acción sindical”, PONENCIA OFICIAL A LAS XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO LABORAL).