



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

NEY MARQUES DOURADO FILHO

O DIREITO DE GREVE E O SERVIDOR PÚBLICO PRESTADOR DE
SERVIÇOS ESSENCIAIS

SOUSA - PB
2009

NEY MARQUES DOURADO FILHO

O DIREITO DE GREVE E O SERVIDOR PÚBLICO PRESTADOR DE
SERVIÇOS ESSENCIAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Maria de Lourdes Mesquita.

SOUSA - PB
2009

NEY MARQUES DOURADO FILHO

O DIREITO DE GREVE E O SERVIDOR PÚBLICO PRESTADOR DE SERVIÇOS
ESSENCIAIS

Trabalho de conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e sociais, da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título
Bacharel em ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: Prof^a Maria de Lourdes
Mesquita

Aprovada em: _____ de junho de 2009

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Maria de Lourdes Mesquita—UFCG
Professora Orientadora

Prof. —UFCG
Professor(a) Examinador(a)

Prof. —UFCG
Professor(a) Examinador(a)

Dedico esta obra a minha mãe, Agaci Dourado (*in memoriam*) por ensinar-me a ser persistente, e confiar nos meus sonhos. Ela que sempre esteve com seu espírito guerreiro e intuitivo direcionando e incentivando-me a vencer os obstáculos da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a força superior do universo, por tudo que vivenciei na minha vida, por dar-me força quando parecia que tudo estava perdido.

Aos meus pais, Ney Dourado e Agaci Dourado (in memoriam) e aos meus avós pelo apoio incondicional em tudo que fiz na minha vida e por acreditar sempre em mim.

A família Veloso nas pessoas de Ana e Sérgio pelo grande apoio e carinho.

Aos meus irmãos Luciano, Juliano, Daniela e Daniele, pelo estímulo nessa caminhada acreditando sempre no desfecho positivo dessa luta.

Aos meus amigos Henrique Tenório, Sheila, Pádua Luana, Maria Augusta e Daiane Garcias por tudo de bom que me fizeram e pelo o apoio.

Aos meus tios e tias que sempre acreditaram no meu potencial.

A minha ilustre orientadora Maria de Lourdes Mesquita, pela atenção, paciência, dedicação, carinho e afeto dispensados durante todo o período de elaboração des árduo trabalho.

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para o êxito desse trabalho de conclusão de curso, a vocês, os meus sinceros e eternos agradecimentos.

RESUMO

O direito de greve no Brasil é recente, sendo concedido aos servidores públicos na constituição de 1988, mediante edição de lei regulamentar, porém o poder legislativo se encontra em mora na edição desta lei. O estudo visa mostrar como é possível a efetivação das garantias constitucionais no ordenamento brasileiro. Quanto ao objetivo, pretende-se investigar o controle de inconstitucionalidade relativo a omissão do legislativo, como também seus efeitos jurídicos a luz da Constituição Federal de 1988, far-se-á ainda uma análise sob a ótica do princípio da separação dos poderes. Para tanto é usado o método histórico-evolutivo, a pesquisa bibliográfica com base na doutrina nacional e estrangeira, artigos científicos e decisões jurídicas sobre a temática. O estudo é sistematizado em quatro capítulos. Inicialmente, remete-se a origem e evolução do instituto de greve, seu conceito, natureza jurídica e a estrutura deste no direito comparado, além da posição da OIT. Sobre o tema, em seguida, é apresentado um esboço histórico-evolutivo da greve no Brasil e o tratamento deste direito na constituição vigente. Posteriormente será feita uma abordagem sobre o servidor público, com conceito, natureza jurídica e classificação conforme a constituição. Finalmente desenvolver-se-á a temática, seus fundamentos na jurisprudência e um estudo do mandado de injunção, com abordagem ao princípio da separação dos poderes e a aplicação da lei de greve, conforme a lei nº 7783/89. Como resultado observa-se a efetivação do direito de greve e seus efeitos no seu exercício.

Palavras-Chave: Greve. Servidor Público. Mandado de injunção.

ABSTRACT

The right to strike in Brazil is recent, being granted to public servants in the constitution of 1988, upon publication of regulatory law, but the legislature is in arrears in the editing of this law. The study aims to show how it is possible the realization of constitutional guarantees in the Brazilian town. As the goal is to investigate the control of unconstitutionality on the omission of the legislature, but its legal effects in light of the Federal Constitution will further analysis from the viewpoint of the principle of separation of powers. Is used for both the historical and evolutionary approach, the literature search based on national and foreign literature, scientific articles and legal decisions on the subject. The systematic study is in four chapters. Initially, it refers to the origin and evolution of the institute to strike, its concept, the legal nature and structure of this law in comparative law than the position of the ILO. On the issue then, a historical sketch of the rolling strike in Brazil and treatment of this law in the current constitution. Later will be a server on the public with concept, legal and classification according to the constitution. Finally it will develop the theme, its roots in jurisprudence and a study of the writ of injunction, to approach the principle of separation of powers and law enforcement to strike, according to Law No 7783/89. As a result there is the realization of the right to strike and its effects on exercise.

Key words: Greve. Public Server, Warrant of order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 GREVE	10
1.1 Evolução Histórica.....	10
1.2 Conceito	12
1.3 Direito Comparado	15
1.3.1 O Direito de Greve na França	15
1.3.2 O Direito de greve na Alemanha	18
1.4 A Posição da OIT	19
CAPÍTULO 2 DIREITO DE GREVE NO BRASIL.....	22
2.1 Aspectos Históricos evolutivo	22
2.2 O Direito de Greve na Constituição de 1988	28
CAPÍTULO 3 DO SERVIDOR PÚBLICO	30
3.1 Do Conceito e da Classificação do Servidor Público.....	30
CAPÍTULO 4 O DIREITO DE GREVE E O SERVIDOR PÚBLICO PRESTADOR DE SERVIÇOS ESSENCIAIS.....	37
4.1 O Mandado de Injunção Utilizado Como Forma de Tornar Efetivo o Direito Previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988	37
4.2 O Princípio da Divisão dos Poderes e a Efetividade do art. 37, VIII , da Constituição Federal	43
4.3 O Direito de Greve e o Servidor Público Prestador de Serviços Essenciais ...	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
ANEXOS.....	55

INTRODUÇÃO

O corte do ponto do servidor público civil, prestador de serviços essenciais e seus aspectos constitucionais é um tema, hodiernamente, muito discutido na seara jurídica. O direito de greve é garantido constitucionalmente, mas o seu exercício está pendente de lei que o regulamente, assim, o servidor público vive a expectativa de exercer o direito que até então é negado em outras constituições pretéritas. Por outro lado, o Estado é responsável pela manutenção dos serviços públicos estabelecidos nas políticas públicas da constituição.

O estudo demonstrar-se-á, de acordo com um caso concreto, toda essa problemática e seus meios resolutivos. Também observar-se-á o enfoque que a constituição de 1988 trás no que diz respeito à proteção a estes direitos fundamentais.

Mostrar-se-á que existem instrumento constitucional que efetiva as prerrogativas constitucionais omissas, e sua relação com os princípios importantes em toda constituição de Estado Democrático de Direito.

Investigar-se-á o controle de constitucionalidade da omissão do legislativo e seus efeitos jurídicos a luz da Constituição Federal de 1988, bem como far-se-á uma análise sob a ótica do princípio da separação dos poderes.

Utilizar-se-ão os métodos histórico-evolutivo, objetivando a evolução do instituto da greve no Brasil e no direito comparado; a metódica hermenêutica constitucional, para interpretação dos princípios e regras baseados em critérios jurídicos. Neste feito, ressaltar-se-á na abordagem a pesquisa bibliográfica com base na doutrina nacional e estrangeira, artigos científicos e decisões jurídicas sobre a temática.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos. A priori, desenvolver-se-á uma pesquisa a cerca da evolução do instituto da greve, onde serão estudados seu conceito e sua natureza jurídica. Mostrar-se-á como é estruturado o direito de greve no direito comparado e a posição da OIT relativa ao tema.

O segundo capítulo far-se-á um esboço histórico-evolutivo da greve no Brasil e sua evolução atrelada ao desenvolvimento da economia brasileira. De maneira atual, será feita um estudo do direito de greve na Constituição Federal de 88.

No terceiro capítulo abordar-se-á o servidor público, seu conceito; natureza jurídica e sua classificação. Além de um detalhado estudo de cada espécie de servidor público, de acordo com a constituição.

Desenvolver-se-á no último capítulo a temática proposta e seus fundamentos na jurisprudência brasileira, trazendo o mandado de injunção como instrumento constitucional e seus pressupostos como efetivadores de direitos limitados. Analisar-se-á o princípio da separação dos poderes e a aplicação analógica da lei nº 7783/89 em sede de mandado de injunção, especificamente quanto ao corte do ponto do servidor público civil prestador de serviços essenciais.

A pesquisa tem como sucedâneo a seguinte hipótese: É possível a efetivação de um direito garantido constitucionalmente que esteja limitado por omissão do legislador? E, sendo possível, qual será aplicado o instrumento para solucionar tal problema?

Os resultados obtidos no estudo deverão corroborar o entendimento firmado ao problema apresentado, qual seja: É possível aplicar analogicamente o art. 7º da lei nº 7783/89 no que se refere ao corte do ponto do servidor público prestador de serviços essenciais em sede de mandado de injunção? Hipótese: Sim, é possível cortar o ponto do servidor público prestador de serviços essenciais, resultado da aplicação analógica da lei nº 7783/89 em sede do mandado de injunção, também como meio efetivador do exercício de direito constitucionalmente garantido, sobretudo o direito de greve.

CAPÍTULO 1 GREVE

Neste capítulo será tratado o conceito e os aspectos históricos e evolutivos do direito de greve. Também, serão vistos os aspectos mais importantes da evolução deste direito em outros países. Como símbolo concretizador desta luta surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que está presente em todo o mundo, assinando convênios e tratados, e efetivando os princípios sociais.

1.1 Evolução Histórica

A palavra greve parece ser recente, porém greve era o nome de uma praça de Paris, na qual os operários se reuniam quando paralisavam os seus serviços. Nesse local acumulavam-se vários gravetos trazidos pelas enchentes do rio Sena, surgindo assim o nome greve. Este mesmo lugar servia de palco para a contratação de mão-de-obra pelos empregadores e de encontro dos trabalhadores descontentes com as condições da prestação de serviços.

Se a origem do vocábulo é recente, o fenômeno não é. Os movimentos de reivindicações sociais são uma constante da história. Aponta o jurista Amauri Mascaro Nascimento (2007, p.1167) que “em todos os tempos existiram grupos de pressão com objetivos determinados, de natureza profissional ou política”.

No antigo Egito, no reinado de Ramsés III, no século XII a.C, a história registrou uma greve de ‘pernas cruzadas’ de trabalhadores que se recusaram a trabalhar porque não receberam o que lhes fora prometido.

O império romano foi afetado por movimentos de reivindicação no baixo-império. Espártaco¹, no ano de 74 a. C., dirigiu o movimento de greve durante este período. Gutiérrez-Gamero (apud Nascimento 2007, p. 1167) nos conta que nesta mesma época, “os músicos em Roma se ausentaram em massa da cidade porque lhes fora proibida a celebração dos banquetes sagrados no templo de júpiter.(...)”

¹ Escravo grego líder de um movimento grevista deste período.

Nascimento (2007, p. 1169) informa que, em 1279, em Doai,² os tecelões envolveram-se em luta trabalhista da qual resultaram mortes. Ainda preleciona, que em 1280, os operários de Y prés³ exigiram melhores condições de trabalho e, no mesmo ano, os trabalhadores têxteis de Provins⁴ mataram o alcaide⁵ porque este ordenara o prolongamento de uma hora na jornada de trabalho. Informa também que em 1358, os lavradores revoltaram-se, movimento conhecido por Jacquerie.

Ainda o mesmo autor enfatiza que no antigo regime ancien regim, as greves eram organizadas pelos *compagnonnages*, grupos organizados que agiam clandestinamente, podendo ser comparados nos dias atuais com os sindicatos de trabalhadores. A constituição destes grupos era feita porque havia a supressão das corporações de ofício e a proibição de associações impostas pela lei Le Chapelier.

Com o advento da revolução industrial, as greves ganharam intensidade. Na França, em Lyon, em 1831, surgia a primeira grande greve francesa contra os fabricantes que se recusavam a atribuir ao salário uma força obrigatória jurídica. Este movimento grevista teve um caráter moral, não representando uma reivindicação. Ainda na França apareceram greves de solidariedade, greves de protestos e greves gerais, muitas de fundo político, insufladas pela difusão das idéias socialistas.

Diante deste cenário transformador da história mundial, não é forçoso dizer que esses movimentos grevistas foram duramente reprimidos pelas autoridades locais.

Os primeiros funcionários públicos grevistas foram duramente punidos. Os códigos penais passaram a considerar o movimento grevista uma ação delituosa, assim, esses códigos penais puniam severamente os grevistas. No entanto, algumas constituições neste mesmo período, admitiam a greve como um direito.

Desta forma, alguns países toleravam a greve, a exemplo da Inglaterra. Outros consideravam um delito, impondo sanções, como os países totalitários. As nações de princípios democráticos passaram a regulamentar o direito de greve, limitando-o ou até mesmo proibindo para algumas categorias, a exemplo do Brasil, que em constituições anteriores proibia, expressamente, a greve para os servidores públicos, entretanto, para os trabalhadores de direito privado a greve era permitida.

¹Doai. Cidade francesa onde existia muitas tecelagens

²Y Prés. Cidade francesa

³Provin. Idem 2

Encarregado da tecelagem

1.2 Conceito

Para conceituar esse instituto deve-se levar em consideração o tipo de constituição adotada pelos países que reconhecem o direito de greve como direito instituído no documento constitucional. Vale salientar que, a noção do direito de greve é diferente do exercício do direito propriamente proposto, sendo que no mesmo há limitações no que tange ao seu exercício.

A greve por definição é a omissão dos atos ao trabalho em coletividade. Para alguns ou todos os empregados, a concretização de tal direito se dá coletivamente, não esquecendo que a titularidade desse direito é individual. Desta forma, há um ingrediente essencial, para formação da greve a omissão. Este é o motivo determinante que leva a prática de atos caracterizadores da greve. A greve é o meio fundamental de se encontrar uma solução, entre a discordância ou controvérsia entre patrão e empregado, no que foi acordado ou em tudo aquilo que determina a lei no seu direito.

Como bem propugna Pontes de Miranda (1987, p. 235), em sua obra o mesmo esclarece que:

O direito de greve é direito a omissão de atos de trabalho: omite-se trabalho. Mas coletivamente. Alguns ou todos os empregados, de comum acordo, omitem. A omissão é temporária do trabalho: é-lhe essencial, também, o motivo. Temos aí, excepcionalmente em direito a relevância e direito essencialidade do motivo. Há de haver propósito de encontrar solução à discordância ou controvérsia existente sobre os termos do contrato do trabalho.

Ensina ainda Pontes de Miranda (1987) que, “a greve supõe que o empregado continue na empresa, posto que suspenda o trabalho”. A suspensão do trabalho, a omissão temporária é usada como um meio de ameaça de diminuição de lucros e outras prerrogativas. Salientamos que essa omissão é comunicada as autoridades e a sociedade nos casos dos serviços públicos que beneficia toda a

comunidade, depois que todas as negociações falharem. Neste mesmo sentido afirma o jurista De Plácido e Silva (2004, p. 666) que conceitua a greve dizendo:

[...] entende-se toda interrupção do trabalho, decorrente de uma deliberação coletiva dos trabalhadores, a fim de propugnarem por uma melhoria ou por pleitearem uma pretensão não atendida pelos empregadores.

Como é notório, o conceito de greve é bem abrangente nas doutrinas em geral, assim para exemplificar tal conceito traz-se a definição de Nascimento (2007, p. 1182), quando o mesmo assevera que: “Greve é um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como autodefesa”. O jurista paulista, em sua conceituação, trás o vocábulo ‘autodefesa’ indicando o ato que alguém faz em defesa própria, por si mesmo, ou seja, supõe-se então uma defesa pessoal.

Desta forma, a greve exerce uma pressão necessária que leva à reconstrução do direito do trabalho quando normas vigentes não atendam às exigências do grupo social. Esta força o empregador a fazer concessões que não faria de outro modo, também obrigando o legislador a se manter vigilante e reformular a ordem jurídica. Defende Nascimento (2007, p. 1181) que “a greve é um meio necessário e compatível com as estruturas do poder capitalista”.

Outros conceitos de greve merecem destaque como, por exemplo, o de Gerhard Boldt (apud Nascimento 2007, p. 1168) que a define como “uma interrupção coletiva e combinada do trabalho por certo número de trabalhadores da mesma profissão ou empresa, tendo um objetivo de luta, a fim que os seus fins venham a ser atendidos”;

Paul Hauriou (apud Nascimento 2007) a define “como abstenção combinada e coletiva do trabalho, por um grupo de assalariados, tendo o fim imediato de paralisar a atividade para pressionar os empregadores ou terceiro”;

Rivero e Savatier (apud Nascimento 2007) 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”.

Jean Jacques Israel (2005, p.586) diz que “a greve se define pela cessação coletiva e organizada do trabalho visando uma reivindicação profissional”. Disso,

deduz-se que não pode haver greve senão houver interrupção do trabalho, independentemente de sua duração, e que está não pode ser induzida, senão pelos fins de reivindicação profissional, excluindo-se notadamente qualquer greve de caráter político.

Para todos os conceitos apresentados há como traço em comum, o caráter instrumental da greve, como meio de pressão que é. Quando há paralisação dos serviços não se objetiva a paralisação em si mesma, e sim a solução das reivindicações que muitas vezes estão expressas em contratos celebrados com os empregadores. Portanto, é através deste meio, embora violento, que se procura chegar a um acordo que beneficie ambos, empregados e empregadores.

Assim, pode se notar que a greve é um meio para o exercício de um direito, não sendo um direito propriamente dito.

Assevera ainda Nascimento (2007) que, a greve é caracterizada doutrinariamente como “a recusa de trabalho que rompe com o cotidiano, bem como com o seu caráter coletivo.” Embora o direito de greve seja subjetivo não se pode ter greve de uma pessoa, faltando aí, o elemento substancial do instrumento de greve.

O que configura e efetiva o direito de greve são seus aspectos formais previstos nas legislações vigentes, estes dizem como serão as greves, onde poderão ocorrer, dentre outros aspectos formais. A partir do momento que a lei expresse tais pressupostos, norteando as ações, institucionaliza o ato, transformando assim em um ato jurídico sujeito as restrições legislativas.

Afirma Nascimento (2007, p. 1183) que o fundamento da greve como direito está no princípio da liberdade de trabalho, e ensina que, “ninguém pode ser constrangido a trabalhar contra a sua vontade e em desacordo com as suas pretensões”. Desta forma, se assim fosse estaria ferindo o princípio da liberdade de trabalho, comprometendo um direito fundamental. O trabalho não se desvincula da pessoa que presta, vincula a personalidade da pessoa intimamente. É a força do indivíduo que gera o trabalho, e este com essa ação satisfaz uma necessidade ou pretensão de outro indivíduo ou até mesmo a sua. Pode assim dizer que o trabalho é uma vontade que é própria de cada um, sendo que cada qual pode expressa-la livremente, sem nenhum tipo de constrangimento.

1.3 Direito Comparado

O direito de greve em outros países é reconhecido como um preceito constitucional, vindo expresso nas constituições vigentes, sobretudo nos países europeus como França e Alemanha. Nestes dois países os limites do exercício do direito de greve vêm estabelecidos em lei. Vale salientar que, os princípios que regem a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estão em conformidade com as constituições dos países citados anteriormente.

1.3.1 O Direito de Greve na França

Na França o direito de greve somente fora explicitado como fundamento constitucional em 1946. Neste mesmo período os países de princípios democráticos, reconheceram este direito como liberdade individual. Durante o período que antecedeu esta data, segundo o doutrinador DE PLÁCIDO e SILVA (2004, p. 300), somente existia as coalizões, do vocábulo francês colition, no sentido de acordo ou aliança feita entre instituição ou pessoas para um fim comum.

A situação das coalizões foi tão perturbadora para o Estado que a versão do Código Penal de 1864 reprimia esses atos, como demonstra o art. 416 desta lei, que se referia aos atentados à liberdade do trabalho. O Estado francês reprimiu e proibiu severamente as greves que mesmo assim persistiram por muitos anos na história deste país. O renomado professor da Universidade de Paris JEAN JACQUES ISRAEL, (2005, p. 584) traz a redação do citado artigo do Código Penal Francês de 1864. Este, por sua vez, possui o seguinte texto:

Art. 416 A Lei de 25 de maio de 1864 descriminaliza a coalizão, visto que as coalizões pacíficas são autorizadas. Em compensação, permanecem proibidas as coalizões acompanhadas de violências e, por conseguinte, qualquer atentado à liberdade de trabalho consecutivo a tal coalizão.

Devido à permanência das coalizões, sempre acompanhada de violência, e a criminalização do direito de greve no direito penal, coube então, a jurisprudência francesa do conselho de Estado a função de instituir e delimitar os parâmetros da greve de forma justa, como preceito de direito fundamental previsto no preâmbulo da constituição de 1946. O exercício do direito de greve no setor privado não apresentou maiores problemas, enquanto que, no setor público a jurisprudência administrativa indicou existência de incompatibilidade entre o direito de greve e a função pública.

O conselho de Estado francês qualifica a greve como ato ilícito em razão da incompatibilidade do direito de greve com a continuidade essencial à vida nacional. Lembra de forma precisa TARDIEU (apud ISRAEL 2005, p. 587) que:

Quando o Estado, os departamentos e as comunas substituem a livre iniciativa dos particulares para organizar um serviço público, é freqüentemente para proporcionar a todos os habitantes da FRANÇA, nos pontos mais distantes do território, a satisfação das necessidades gerais às quais a iniciativa privada não poderia garantir senão uma satisfação incompleta e intermitente. [...] A continuidade é da própria essência do serviço público. [...] A greve entra em contradição direta com a própria noção de serviço público.

Este pensamento é mantido até hoje na França, permanecendo o direito de greve inscrito no preâmbulo da constituição de 1946 como garantia constitucional, porém restrito ao setor privado, segundo entendimento do conselho de Estado francês. ISRAEL (2005) transcreve a parte do preâmbulo da constituição de 1946 relativa ao direito de greve. Eis o que diz o preâmbulo: "O direito de greve se exerce no âmbito das leis que o regulamentam".

Diante da repercussão da aplicação desse preceito instituído no preâmbulo da constituição francesa de 1946 far-se-á referência a um caso concreto apresentado por ISRAEL (2005, p.588), um processo em que o Conselho de Estado decidiu sobre o caso DEHAENE. O autor assim relata o caso:

Seis chefes do gabinete da prefeitura de INDRE-ET-LOIRE que receberam censura após terem participado de um movimento de greve. Estes sustentavam que o exercício do direito de greve, reconhecido pelo

preâmbulo da constituição de 1946, não poderia constituir uma falta suscetível de justificar uma sanção disciplinar.

Tomando conhecimento da lide, ora supracitada, o juiz administrativo deu parecer indicando que em virtude do preâmbulo de 1946, o direito de greve é reconhecido aos agentes dos serviços públicos para defesa de seus interesses profissionais. Acrescentou, por outro lado, que a ausência de leis dentro das quais era exercido o direito de greve não impedia que este fosse plenamente exercido com a condição de limitações adotadas pelo governo e colocadas sob o controle do juiz.

O conselho de Estado da França considerou abusivo o ato do exercício do direito de greve por considerar as necessidades de ordem pública como essenciais, e não podendo aqueles, obstruírem a normalidade de tais serviços. Assim, o conselho de Estado julgou no sentido de dar continuidade dos serviços públicos preponderantemente os serviços essenciais

A decisão *in casu* do direito francês foi reconhecida como valor jurídico constitucionalmente confirmado em 04 de outubro de 1958 pelo conselho de Estado. ISRAEL (2005, p.591) fazendo um comentário a esse julgado, expõe:

O direito de greve é exercido no âmbito das leis que o regulamentam que editando essa disposição, os constituintes entenderam enunciar que o direito de greve é um princípio de valor constitucional. Mas que tem limite e habilita o legislador a traçar este, operando a conciliação necessária entre a defesa dos interesses profissionais, de que a greve é um meio, e a proteção do interesse geral contra a qual a greve pode ser suscetível de atentar.

Ainda o mesmo autor nos informa que, “na atual legislação, cabe ao governo do Estado francês a responsabilidade pelo bom funcionamento dos serviços públicos”.

A realidade brasileira se assemelha a dos franceses em relação ao exercício do direito de greve pelos servidores público civis, pois no Brasil, não existe lei específica regulamentando-o, ao contrário da França em que a greve é considerada uma das liberdades públicas.

Assim, cabe ao legislador definir as condições de exercício do direito de greve e traçar o limite que separa os atos e comportamentos que constituem um exercício lícito desse direito, dos atos e comportamentos que constituem um uso abusivo.

O conselho constitucional da França reconheceu o direito de greve, no sentido de que este direito não poderia ser obstáculo ao legislador ao atribuir as limitações necessárias que visam garantir a continuidade do serviço público.

O direito de greve possui caráter de um princípio constitucional e as limitações a eles impostas podem chegar até a proibição de fazer greve aos agentes cuja presença é indispensável para garantia do funcionamento dos serviços públicos essenciais, já que a interrupção geral destes serviços atentaria contra necessidades essenciais do país.

A jurisdição francesa procura preservar a necessidade de sobrevivência do cidadão, não proibindo o direito constitucional de greve, mas atendendo a interesses bem maiores que o interesse do exercício de direito de greve por uma minoria. Desta forma há uma preocupação pela preservação das estruturas do Estado e do bem comum da coletividade.

1.3.2 O Direito de greve na Alemanha

Segundo Nascimento (2007, p. 1187) na doutrina alemã existem diversos princípios gerais relativos aos conflitos coletivos, entre eles o princípio da paridade de armas (*waffengleichheit, kampfpazität*); o princípio do conflito do trabalho como última ratio, princípio da teoria da adequação social e o princípio do dever de neutralidade do Estado (*die sozialadaquanz des arbeitskampfes*) nos conflitos sociais.

Segundo o mesmo doutrinador, “a greve pode ser considerado como um meio de combate simétrico e paralelo entre duas partes sociais; assim como ao empregador é garantido o lockout, ao trabalhador, a greve, segundo um livre jogo de forças econômicas”. Dentro dos fundamentos do princípio da igualdade ou paridade, isso faz com que haja um equilíbrio de forças, não só econômicas, mas também, na negociação de interesses para os dois lados.

O princípio da greve como última ratio somente é admitida quando esgotados todos os meios de diálogos, não sendo por consequência considerado quando os fins a que se propõe possam ser atingidos por vias judiciais, tudo conforme o princípio da paz social (*friedenspflicht*).

Quando se fala em princípio da adequação social significa dizer que todo conflito de trabalho deve ser apreciado segundo a ética social da vida coletiva, ou seja, uma greve deve ser socialmente adequada e, portanto, legítima. Este mesmo princípio ainda exclui a greve política contra o Estado e também orienta no sentido de que a greve deve ser dirigida e organizada por grupo autorizado, o sindicato, e não por uma massa ocasional de trabalhadores. As greves devem estar em consonância com os princípios do direito coletivo do trabalho, sendo utilizado como último recurso proporcional a uma ação injustificada do empregador.

O quarto princípio, o da neutralidade do Estado, objetiva evitar que o poder público venha a pesar sobre o desfecho dessa luta, que deverá desenvolver-se como um jogo de forças econômicas sem qualquer interferência da administração.

1.4 A Posição da OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, pela Conferência de Paz, após a Primeira Guerra Mundial, a mesma tem o objetivo de promover a justiça social, tendo sua constituição convertido-se na parte XIII do tratado de Versalhes. A OIT é a única das agências do sistema das Nações Unidas que tem uma estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo.

Em 1944, a OIT adotou a declaração da Filadélfia com anexo da sua Constituição. Destaca-se que esta declaração traz os princípios de direitos fundamentais e direitos sociais do trabalhador levando esse órgão a cumprir o objetivo principal, que é promoção da justiça social nos países que assinam os seus tratados e adota-os. Deste feito, os princípios construtores da justiça social da constituição da OIT serviram de modelo para a carta das Nações Unidas, também para a declaração Universal dos Direitos Humanos. As constituições de alguns países adotam estes princípios expostos pela OIT diretamente no texto constitucional ou indiretamente através dos tratados e convenções assinados com a OIT.

No Brasil, a OIT tem mantido representação desde 1950, com programas e atividades que tem refletido os objetivos da organização ao longo da história.

A OIT, através do Comitê de Liberdade Sindical reconhece o direito de greve como direito fundamental, ao mesmo tempo orienta a proibição do exercício do direito de greve aos servidores do Estado, sendo estes servidores investidos do poder de exercer autoridade em nome do Estado, principalmente, nos casos daqueles que exercem a função do serviço essencial, o que vem a garantir o funcionamento do ente estatal, conforme os artigos 573, 574, 576 da Constituição da OIT, *in verbis*:

573. El comité admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, la medida de la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias”.

574. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública solo en caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del estado”.

576. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse:

1) En la función pública en caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del estado.

2) En los servicios esenciales en el sentido estricto del termino (ES decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).

Tendo em vista os princípios apresentados nos disposto da Constituição da OIT, o comitê de liberdade sindical definiu as funções de autoridade pública exercidas pelos servidores em nome do Estado, sendo aquelas que exigem legalmente dos funcionários o contato direto com os cidadãos, impondo-lhes diretamente a prática de determinadas condutas em consonância com o direito ou fiscalizando as suas atividades privadas.

Desta forma, importa aqui frisar que a OIT manifestou-se explicitamente a respeito da essencialidade do serviço público em razão da iminente ameaça de danos à vida, à saúde e à segurança da população. A mesma expôs um conceito do que é serviço essencial através da comissão de especialistas do comitê de liberdade sindical da OIT, assim definindo este serviço como: “os serviços cuja interrupção poderia por em perigo a vida, a segurança e a saúde da pessoa em toda parte da população”.

Posto isto, vale observar que o artigo 11 da lei 7783/89 disciplina a greve para os trabalhadores de direito privado no Brasil estando em consonância com o conceito exposto do comitê de liberdade sindical.

CAPÍTULO 2 DIREITO DE GREVE NO BRASIL

O movimento paredista no país teve seu espaço na história, levando autoridades locais a tomarem medidas repressoras e severas para sufocar o direito de greve. Muitas vezes essas medidas eram tomadas seguindo sempre o modelo de outros países, sobretudo o da Itália. Muitas dessas medidas foram expressas em leis ou decretos expedidos tanto pelo legislativo, como pelo executivo.

Com o advento da Constituição de 1988, período de redemocratização do Brasil, eram introduzidos novos preceitos de direitos fundamentais, a exemplo do direito de greve que fora integrado no rol do texto da Constituição. Neste segundo capítulo será abordado o direito de greve em nosso país, sua evolução histórica e sua presença na carta magna de 1988.

2.1 Aspectos Históricos evolutivo

O movimento grevista no Brasil vem ocorrendo, desde o ano de 1890, precedendo o movimento republicano e intensificando-se a partir de 1919, quando o país experimentava os princípios republicanos.

Edgard Carone (apud Mascaro 2007, p. 1189) relata em síntese o histórico das greves ocorridas no Brasil antes da implantação da república quando o mesmo informa que:

A república inicia-se com a greve na estrada de ferro central do Brasil; e repete-se o fato em 1891 e 1893; em São Paulo, uma em 1890, duas em 1891, quatro em 1893, até 1896 uma em cada ano; em Fortaleza, uma em 1891, outra em 1892; a partir de 1900 tornavam-se mais freqüentes e o Rio de Janeiro é campo de uma batalha de três dias, travada pelos cocheiros de bonde; em 1901, greve dos ferroviários da sorocabana em São Paulo; em 1902, lockout da companhia industrial do Rio de Janeiro e, em 1903, 800 trabalhadores das oficinas do Lloyd Brasileiro paralisam por 8 dias; há repressões violentas em 1904; em maio de 1906, 3000 ferroviários da companhia Paulista entram em greve em Jundiaí, Campinas e Rio Claro; seguem-se diversas manifestações iguais, inclusive a greve de 10.000 operários, em maio de 1907, em São Paulo.

Como exposto por Carone, a greve já havia se impregnado na consciência do proletariado brasileiro. Em 1890, o governo republicano promulga o Código Penal proibindo a greve, mesmo que pacífica. A lei penal brasileira (Decreto nº 847, de 11.10.1890), inspirada no código penal italiano promulgado em 1889, aplicava sanções aos casos de greve com violência, tal acontecimento levou o reconhecimento do direito de greve no Brasil.

Conforme art. 180 do Código Penal Republicano de 1890, a reunião de mais de vinte pessoas, mesmo que todas estivessem desarmadas, que praticassem atos de violência ou ameaças contra membros do poder público no exercício das suas funções, ou impedissem a execução de leis, decretos e sentenças do poder judiciário era punido com sanção de um a quatro anos de prisão, como pode ser visto no exposto a seguir conforme o decreto nº 847 de 11.10. 1890 art. 118, *in verbis*:

Art. 118. Constitue crime de sedição a reunião de mais de 20 pessoas, que, embora nem todas se apresentem armadas, se ajuntarem para, com arruido, violencia ou ameaças: 1º, obstar a posse de algum funcionario publico nomeado competentemente e munido de titulo legal, ou privar-o do exercicio de suas funcções; 2º, exercer algum acto de odio, ou vingança, contra algum funcionario publico, ou contra os membros das camaras do Congresso, das assembléas legislativas dos Estados ou das intendencias ou camaras municipaes; 3º, impedir a execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciario, ou ordem de autoridade legitima; 4º, embaraçar a percepção de alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 5º constranger, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções:

Pena - aos cabeças, de prisão cellular por tres mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si o fim sedicioso for conseguido:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos (sic).

Depois da modificação feita na lei penal brasileira, no início do regime republicano, foi promulgada a nova constituição de 1891. Constituição esta que tutelava os serviços essenciais cujo atendimento não comportava interrupções, tudo em prol da coletividade de um Estado republicano. Esta constituição também tolhia a liberdade de se expressar coletivamente.

Baseado nessa premissa, Carlos Maximiliano (2005, p.285) com muita veemência, fala sobre a época da vigência da constituição de 1891, o mesmo dizia

que ao poder público cabia restringir as obrigações, bem como instituir penas para o não cumprimento dos deveres. De maneira mais precisa segue autor dizendo:

Cabe ao poder publico de augmentar ou restringir as obrigações dos funcionários públicos bem como as condições de aposentadorias reforma e jubilação, diminuir os vencimentos, emolumentos e custas (...), instituir novas penas para o não cumprimento dos deveres e na maioria dos casos, remover o empregado ou suprir o cargo. (sic)

Nesse contexto histórico em que a superioridade do Estado em relação aos servidores públicos sempre foi apresentada como natural, é imperioso afirmar que o instituto de greve dos servidores públicos encontraria forte oposição não só no seu prestígio pelo ordenamento jurídico, como também para ser efetivamente exercido.

A Carta Magna de 1937, em seu art. 139, proibia os movimentos subversivos a segurança nacional e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. Esta essência da constituição supracitada levou Pontes de Miranda (apud, Nascimento, 2007, p. 1190) a dizer que o Brasil seguiu o caminho dos países totalitários. Porém somente em 1939 a greve de servidores foi expressamente proibida, por ocasião do advento do primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos (Decreto-Lei n. 1.713, de 28.10.1939), conforme art. 226 que aduzia: “É ainda proibido ao funcionário (...)” inciso VII, “Incitar greves ou a elas aderir, ou praticar atos de sabotagem contra o regime ou o serviço público”.

A Assembléia Constituinte de 1946, instituiu o fim do período varguista e pela primeira vez apresentou lei ordinária disciplinando a greve. O decreto-lei n° 9070 de 1946 é que expôs as diretrizes disciplinares da greve. Muito se discutiu a respeito da constitucionalidade do decreto-lei n° 9070/46, uma vez que a constituição de 1937 proibia tal instituto. No entanto, a inclusão de dispositivo que assegurava o direito de greve aos trabalhadores na Carta Magna de 1947 foi julgada procedente pelo STF, decidindo pela compatibilidade das duas normas jurídicas.

Deste modo, a partir desta data, foi assegurado o direito de greve aos trabalhadores privados, porém este mesmo direito era proibido aos servidores do Estado. Os defensores de tal proposta valeram-se de antigos argumentos basilares, em torno do caráter institucional do vínculo entre o funcionário e a Administração, bem como da natureza supostamente essencial de todo e qualquer serviço público.

A redação final do dispositivo em apreço (art. 158) limitou-se em dizer que "é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará". Desta forma, o novo Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei n. 1.711, de 28.10.1952), promulgado alguns anos mais tarde, com a vigência da lei 8112/90, não incluiu a realização de movimentos paredistas dentre as proibições aos servidores.

Por outro lado, pouco depois da edição deste novo estatuto, a Lei de Segurança Nacional (Lei n. 1.802, /53) criminalizou, em seu art. 18, a paralisação coletiva dos servidores por motivos políticos e sociais quando disciplinou que era proibido aos funcionários públicos cessarem, coletivamente, os serviços essenciais a seu cargo, por motivos políticos ou sociais.

Ressalva-se que este dispositivo legal em tela era omissivo quanto à proibição de greves por motivos econômicos, justamente a principal causa histórica das paredes estatutárias. Em razão disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento em 18.12.1957, influenciado pelo entendimento do então Ministro Nelson Hungria, proibiu a participação de servidor do Município de Santos-SP em paralisação deflagrada com vistas à obtenção de melhores salários. Neste caso em concreto, a participação de servidor do Município de Santos-SP em paralisação deflagrada com vistas à obtenção de melhores salários fugia da regra estabelecida, assim entendendo o ministro Hungria que prolatou seu voto neste sentido, conforme exposição a seguir:

EMENTA – Apelação criminal, quando é de ser confirmada a decisão absolutória.

(...)

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON HUNGRIA (RELATOR).

(...)

O denunciado tomou parte efetiva na greve? Realmente, deixou de trabalhar como participante da greve? A prova não autorizaria uma afirmativa categórica.

(...)

Mas, admitindo-se que êle participou da greve, como inúmeros seus companheiros, não processados, o texto legal só pune a cessação dos serviços públicos `por motivos políticos ou sociais` e não por motivos `econômicos`, isto é, aumento de salários

Em face desta fundamentação, não há outra alternativa senão a confirmação da sentença apelada.

Assim, nego provimento à apelação. (sic)

Com o advento do regime militar, a proibição do exercício de greve por parte de servidores públicos não só foi mantida, como também alçada ao nível constitucional, ganhando expressa previsão no art. 157, § 7, da Carta de 1967, *in verbis*:

Art.157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

§7º - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

Além da proibição constitucional, o Decreto-Lei nº 1.632/78 reforçou tal vedação, estabelecendo que as funções exercidas por servidores da Administração Pública configuravam, sem exceção, atividades essenciais e que a participação dos funcionários em greve seria punida com demissão ou suspensão, conforme o artigo 1º e §2º, §6º de tal dispositivo. Senão vejamos:

Art. 1º do (decreto-lei 1632/78) *in verbis*: São de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República.

(...)§2º **Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal(...)**

§ 6º - Incorre em falta grave, punível com demissão ou suspensão, o funcionário público que participar de greve ou para ela concorrer.
(grifos nossos)

Entretanto, paralelamente à vigência do regime jurídico-constitucional da greve dos servidores públicos previsto nas Cartas de 1967 e 1969, bem como no Decreto-Lei nº 1.632/78, o país vinha atravessando uma profunda crise econômica, marcada em grande medida pela alta depreciação do valor real da moeda em decorrência dos altíssimos índices de inflação atingidos nas décadas de 1970 e 1980, cujo aspecto foi mais sentido pela generalidade dos trabalhadores,

conseqüentemente, afetando diretamente a classe proletária, caracterizando em perda gradual do poder aquisitivo dos salários e com isso gerando grandes greves, nunca vistas na história.

Tal realidade econômica, por evidente, não era alheia aos servidores públicos, que se encontravam como os demais trabalhadores, sujeitos às vicissitudes experimentadas pela instável economia nacional. Nesse cenário, a deflagração de movimentos paredistas por parte dos funcionários do Estado, em relação à proibição constitucional, tendia a ser uma constante, como nos informa Saad (1989, p. 226):

Na prática que as greves de funcionários públicos – tanto na administração direta como na indireta – se sucedem umas após as outras e o Poder Público tem se revelado impotente para reprimi-las”, ressaltando, igualmente, que *“essa conduta à margem da lei do funcionalismo público será uma realidade pelo menos enquanto toda a população estiver sofrendo as aflições provocadas por uma inflação que avilta os salários e enlouquece os preços.*

Diante da realidade presente, o Brasil reestrutura a sua democracia, convoca uma nova Assembléia Nacional Constituinte que irá formular uma nova constituição. A partir de então surgiram os preceitos do Estado democrático de direito, aliado aos princípios democráticos e os direitos fundamentais que lhe serviram de base para elaboração da nova carta. Assim, a constituição brasileira evoluiu no sentido de reconhecer o direito de greve aos trabalhadores regidos pelo direito privado e aos dos servidores públicos civis, estando esta alteração presente nos artigos 9º e 37, inciso VII do novo texto constitucional de 1988.

Com este avanço conseguido na letra da Constituição Federal de 1988, o judiciário e o executivo passaram a interpretar o direito de greve como forma legítima de manifestação e reivindicação. O serviço público evoluiu de uma atividade radicalmente ininterrupta para uma atividade passível de ser paralisada mesmo que, parcialmente, dentro dos limites estabelecidos por Lei. Portanto, houve uma preocupação por parte do legislador constituinte com o equilíbrio tanto no que se refere ao exercício do direito de greve, assim como na continuidade parcial dos serviços essenciais estabelecidos por lei.

2.2 O Direito de Greve na Constituição de 1988

Com o fim do período ditatorial que perdurou até meados de 1985, onde muitos dos direitos e garantias constitucionais foram suprimidos, surgia o movimento constituinte em prol de uma nova constituição. Neste novo cenário surgiu uma nova constituição, com novos direitos e garantias do cidadão até então desconhecido, a exemplo do direito de greve que beneficiava a classe trabalhadora, sobretudo os servidores públicos.

Fato inédito em todas as constituições, o direito de greve foi garantido aos servidores públicos, que até então era proibido. Entendia o texto constitucional da época, que o funcionamento do Estado seria prioritário somente em relação aos serviços públicos essenciais.

A Carta Magna de 1988 inovou ao instituir o direito de greve aos trabalhadores nos seus artigos 9º e 37, inciso VII, *in verbis*:

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

(...)

(...)

VII – O Direito de Greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei ordinária.

Depois da Constituição Federal de 1988, a lei nº 7.783/89 veio para regulamentar a greve dos trabalhadores de direito privado. Trazia também a mesma lei, seu art. 10, taxativamente, quais seriam os serviços ou atividades de necessidades inadiáveis, ou seja, quais são as atividades essenciais. Vejamos o que dispõe o artigo. 10 da lei 7783/89.

Art.10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I- Tratamento e abastecimento de água ; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustível;
- II- Assistência médica e hospitalar;
- III- Distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV- Funerários ;
- V- Transporte coletivos;
- 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.

A mesma lei nº. 7783/89 dispõe sobre em seu art. 11, parágrafo único, que são necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Vale ressaltar que, a lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos civis, preceituada no art. 37, inciso VII da constituição de 88, ainda não foi regulamentada pelo legislativo nacional.

Essa regulamentação teria que ser feita através de lei complementar, que exige uma maioria absoluta para aprovação. Porém tal exigência foi modificada através da emenda constitucional nº 19/98. Tal emenda informa que a alteração poderá ser feita através de lei ordinária, ou seja, sua aprovação será efetuada através de maioria simples.

Portanto, o poder legislativo está em mora com a determinação feita pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso VII, que prevê o exercício do direito de greve, e que este seja exercido conforme lei que o regulamente. Como já foi mencionado, não existe lei que regulamente o direito de greve. Porém, o mandado de injunção é um remédio constitucional que tem o objetivo de viabilizar o exercício de direito omissivo pelo legislador derivado, podendo ser utilizado para solucionar tal problemática.

CAPÍTULO 3 DO SERVIDOR PÚBLICO

Neste capítulo abordaremos a figura do servidor público, pessoa física atrelado ao Estado abstrato. Muito se discute a respeito do conceito, chegando ao ponto de cada nação tem seu conceito próprio devido a sua complexidade. Neste tópico trataremos da classificação tipificada no ordenamento constitucional brasileiro e a relação de vínculo entre a pessoa investida de poder delimitado pela lei e o Estado.

3.1 Do Conceito e da Classificação do Servidor Público

Pode-se conceituar servidor público como uma espécie dentro do gênero agente público, representado por pessoa física dotado de poderes públicos investidos pelo Estado, vinculados a administração e as suas funções, remunerado pelo ente estatal, objetivando a realização da vontade estatal, através de leis específicas, que norteiam suas ações. MELLO (2008, p. 242) concorda com esse posicionamento exposto acima quando afirma que “o servidor público é uma espécie do gênero agente público”.

Antes de chegar ao tema principal é útil entender o que são os agentes públicos. Diante da amplitude do significado da expressão pode-se dizer que agente público são todos os sujeitos que servem ao poder público como instrumento fundamental de sua vontade em ação, ainda que este serviço seja feito de forma não habitual.

A professora da universidade de São Paulo (USP), Maria Silvia Zanella Di Pietro, (2004, p.443) diz que agente público “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”.

Diante disso, igualmente compreende-se entre as categorias de agentes públicos agentes políticos; servidores públicos; os Militares e os Particulares em colaboração com o poder público.

Di Pietro (2004, p. 445) dar linhas ao seu conceito dizendo que, “Desta forma, são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam

serviços ao Estado e as entidades da administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”. No mesmo sentido é o conceito de Hely Lopes Meirelles, (2005, p. 327) que assim define os agentes públicos em sentido amplo:

São todos os agentes públicos que vinculam à administração pública, direta e indireta, do Estado, sob o regime jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista, de natureza profissional e empregatícia.

Dentro da categoria dos agentes públicos, vamos nos ater aos servidores públicos. Dito isto, destaca-se que a classificação desta espécie de agente público esta prevista no documento constitucional vigente, em seu Capítulo VI, onde estão presentes as diretrizes para a concretização do conceito em estudo.

Desta feita, expõe-se agora o conceito apresentado por Di Pietro (2004, p. 488) para o servidor público. A mesma informa que são servidores públicos:

1. Os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. Os empregados públicos contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
3. Os serviços temporários, contratos por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (Art. 37, IX da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculado a cargo ou emprego público.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, na redação resultante da reforma administrativa, com as emendas nº 19 e nº 20, estes se classificam em quatro espécies: agentes políticos, servidores públicos em sentidos estritos ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado

Na doutrina brasileira há outra designação para servidor público, é a de servidores estatais. Esta abrange uma classificação dos servidores públicos do Estado de modo abrangente, ou seja, todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional com o ente estatal.

Visto a classificação dos servidores públicos, procura-se agora especificar as peculiaridades de cada um, conforme parâmetros constitucionais estabelecidos.

Os servidores estatutários se submetem ao estatuto, ou seja, a lei nº 8112/98 conforme a natureza jurídica do servidor público, o acordo de trabalho é feito unilateralmente, segundo normas jurídicas estabelecidas pelo legislativo. Desta forma, somente através de lei oriunda do órgão competente pode haver modificação nas cláusulas dos contratos de trabalho. Esses são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar, integrante da administração direta das autarquias e das fundações de personalidade de direito público. Tratando-se de cargo efetivo seus titulares podem adquirir estabilidade e estarão sujeitos a regime próprio de previdência social.

Os empregados públicos contratados estão sob o regime da lei trabalhista, consolidação das leis trabalhistas (CLT) e em conformidade com o diploma constitucional vigente, ou seja, qualquer alteração CLT é submetida à concordância da Constituição Federal de 1988. Não são ocupantes de cargo público e sim celetista, não adquirirão estabilidade constitucional e nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar dos servidores estatutários, sendo enquadrado no regime geral da previdência social. Devem ser admitidos, mediante concurso público ou processo seletivo

Os servidores Temporários são os contratados mediante lei especial específica de cada ente da federação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sem está vinculado a cargo ou emprego público. A lei deve mencionar os casos de contratação temporária de forma específica, não permitindo que faça de forma genérica.

Esposada a classificação acima, verificou-se que a natureza jurídica destas se distingue. Para explicar a natureza do vínculo do servidor público ao Estado diversas teorias foram estruturadas, dentre elas a teoria unilateral e contratual, sendo esta última também conhecida como teoria bilateral.

A teoria bilateral ou contratual é aquela feita entre o indivíduo comum e o Estado, formando deste modo, um contrato de direito público, contrato sui-generis. Este tipo de contrato tem semelhanças com os de negócios privados, porém por ser de direito público possui cláusulas públicas com alterações unilaterais.

A teoria unilateral, por sua vez, é aquela onde o Estado expressa sua vontade através da lei. Esta é submetida a critérios políticos administrativos, existindo uma submissão do servidor a administração.

Diante da exposição das duas teorias verifica-se que a natureza jurídica do servidor público no Brasil é estatutária, ou seja, prevalece a teoria unilateral. Cretella (1997, p. 470) aponta que esta teoria é mais coerente para atender a necessidade da coletividade.

3.2 Do Serviço Público

Serviço público é todo serviço prestado a sociedade pela administração pública para satisfazer as necessidades essenciais, além das secundárias e básicas de toda a coletividade ou do Estado.

Cretella (1997, p. 472) diz que “serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público”. O mesmo autor ainda nos ensina que a satisfação das necessidades públicas é elemento preponderante na definição de serviço público, e também que os serviços considerados essenciais devem estar separados dos serviços básicos no conceito de serviço público.

García Oviedo (apud CRETELLA, 1997, p. 478) conclui que:

- a) o serviço público é uma ordenação de elementos e atividades para um fim;
- b) Que o fim é a satisfação de uma necessidade pública, se bem haja necessidade e interesse geral, satisfeita pelo regime do serviço público;
- c) Que o serviço público implica a ação de uma personalidade pública, embora nem sempre sejam as pessoas administrativas as que assumem a empresa;
- d) Que tal ação se cristaliza numa série de relações jurídicas constitutivas de um regime jurídico especial, distinto, pois, do regime jurídico especial dos serviços públicos

Deste modo, a ordenação dos elementos e a determinação desses fins são dadas pela lei para bem satisfazer a coletividade com os serviços essenciais, e

estes não podem vir a comprometer as condições mínimas de existência do ser humano.

Também correto e preciso é o conceito de Mello (2008, p.659):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comunidade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes representar, sob um regime de direito público- Portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicas no sistema normativo.

Portanto, por meio do regime de direito público é que se busca garantir a prestação dos serviços públicos como o meio jurídico necessário a boa satisfação dos interesses públicos. No mesmo sentido aponta Meirelles (2005, p. 327) dando ênfase a vontade soberana do Estado de qualificar o serviço público ou utilidade pública a ser prestado pela administração indireta, conforme a sua natureza.

Jêze (apud Mello 2008, p. 659) informa que serviço público: “é um processo técnico - e não o único- através do qual se satisfazem necessidades de interesse geral”. Assim, serviço público é determinado e estruturado por lei dentro de um processo técnico-jurídico em que são estabelecidos os tipos de serviços básicos e essenciais para satisfazer as necessidades da coletividade. Salienta-se que, serviços essenciais são aqueles que caso venham a faltar comprometem a estrutura do Estado e as condições mínimas de existência do cidadão.

Existem dois elementos que caracterizam o serviço público, são eles: o substrato material e o traço formal. Em relação ao primeiro elemento, substrato material, este consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível, isso quer dizer que, consiste na prestação do serviço público oferecido a todos os administrados em geral de utilidade ou comodidade material, como por exemplo: água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.

O segundo elemento caracterizador do serviço público é o elemento formal, este é indispensável, pois lhe dá justamente a noção jurídica consistente em uma espécie de regime de direito público, isto é, em uma unidade normativa.

Em relação aos princípios que regem o serviço público, Mello (2008, p. 665) nos lembra que estes são conhecidos como leis no serviço público, dentre eles

pode-se citar: mutabilidade, continuidade e igualdade. Ainda podem ser acrescido o da neutralidade e o da gratuidade.

Meirelles (2005, p.327) por sua vez enumera cinco princípios: o da permanência, que é o mesmo princípio da continuidade; o da generalidade, correspondente ao princípio da igualdade; o da eficiência correlato ao da mutabilidade; o da modicidade; o da exigência de tarifas razoáveis e o da cortesia.

Para Mello (2008, p.666) existem outros princípios para a caracterização do serviço público, sendo assim enumerados: princípio do dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da continuidade; princípio da transparência; princípio da motivação; princípio da modicidade das tarifas e o princípio do controle interno e externo sobre as condições de sua prestação.

Esposados quais são os princípios, cabe agora demonstrar de quem a titularidade do serviço público e quem é o seu prestador. Vale salientar que prestação do serviço público não é exclusiva do Estado, embora o texto constitucional traga alguns serviços públicos como exclusivos do Estado (União), como é o serviço postal e o correio aéreo nacional. Porém, existem outros tipos de serviços públicos que podem ser prestados por pessoas estranhas ao seu aparelho administrativo, segundo regras conferidas pelo próprio Estado, zelando assim, pelo interesse da coletividade. Ou seja, o Estado poderá conferir autorização, permissão ou concessão de serviços públicos a outras pessoas, como aduz o art. 21, inciso XI da constituição de 1988.

Portanto, o poder público é o detentor do serviço público, não significando que seja obrigatoriamente o único titular deste serviço, podendo o terceiro estranho a administração pública, exercê-lo em seu lugar, através da concessão, permissão e outros critérios estabelecidos em lei.

Então, todo aquele serviço público expresso na lei constitucional que não pretendeu deter exclusividade pode ser exercido por terceiro, através da lei de direito privado.

Observado o que é serviço público e servidor público em suas particularidades, faz-se necessário adentrar-se ao tema do estudo proposto e verifica-se que existe a possibilidade dos servidores públicos terem seu direito de aderir a greve preservando. Porém, os servidores públicos prestadores de serviços

essenciais. Desta forma não podendo paralisar seus trabalhos, sem que garantam o mínimo necessário de funcionamento dos serviços essenciais.

CAPÍTULO 4 O DIREITO DE GREVE E O SERVIDOR PÚBLICO PRESTADOR DE SERVIÇOS ESSENCIAIS

O capítulo em tela mostra que o mesmo instrumento processual constitucional, previsto no art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988, não faz direito novo, infringindo o princípio da separação dos poderes, e sim efetiva um direito constitucionalmente garantido e omissivo, que teoricamente depende de lei que o regulamente. Apresenta a analogia como método hermenêutico mais utilizado no mandado de injunção, e ainda informa qual será o requisito aplicado ao corte do ponto do servidor público, conforme dispõe a lei nº 7783/89.

4.1 O Mandado de Injunção Utilizado Como Forma de Tornar Efetivo o Direito Previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988

A Celeuma do tema originou-se de um caso concreto julgado pelo STF, através de um mandado de injunção que foi impetrado pelo sindicato dos professores do município de João Pessoa, que requereu a viabilidade do exercício do direito de greve previsto no artigo 37, VII CF.

A Constituição Federal de 1988 determinou ao poder legislativo a competência para a elaboração de uma lei que regulamentasse o exercício do direito constitucional, porém até os dias atuais essa lei não foi regulamentada.

É notório que a carta magna abriu possibilidades para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu ao particular a possibilidade de controle de constitucionalidade pela chamada omissão do legislador.

SILVA (2004, p.199) diz que a finalidade do mandado de injunção é dar aplicabilidade as normas de preceitos fundamentais e as suas garantias impedidos de serem exercidos por ausência de normas regulamentadoras. Ainda, PFEIFFER (1999, p. 39) nos ensina “que somente poderão ser protegidos por mandado de injunção os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais previstos em normas constitucionais que dependam de regulamentação para surtirem efeitos”. Obrigatoriamente, tem que haver um delineamento claro da norma constitucional, ou

seja, a norma deve conter um direito subjetivo, que não é imediatamente fruível por falta de regulamentação dos parâmetros necessários ao seu exercício.

A regulamentação não cria o direito, mas explicita o modo que o direito operará e o que pode ser realizado quando necessário supletivamente, através do poder judiciário. Desse modo, jamais haverá criação de direito novo, mas apenas a viabilização do exercício do direito contido na norma constitucional. A natureza do ato pouco importa, o que é essencial é que seja de conteúdo normativo e que a sua ausência impeça o pleno exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Evidente que, em geral, essa norma regulamentadora terá natureza legislativa, já que a maioria das normas de eficácia complementável existentes na constituição faz menção expressa á necessidade de lei para obter os devidos efeitos.

Para bem entender-se o conceito exposto é necessário ter-se uma noção do significado de eficácia e aplicabilidade. Ressaltamos, inicialmente, que a primeira não se confunde com o conceito de vigência, embora uma norma para ser eficaz deva ter necessariamente vigência ao tempo de ocorrência dos fatos que regula. Para KELSEN (apud PFEIFFER, pag. 40, 1999) o termo de eficácia no sentido eficácia social, significa adequar à conduta humana à prescrição da norma, portanto, a efetividade (eficácia social) liga-se a situação de fato, ou seja, uma norma pode ser eficaz e não ser efetivada. Para que ocorra tal fato, basta que não seja aplicada a norma, mesmo com todas as condições técnicas para irradiar seus efeitos. Ao lado da eficácia social existe a eficácia jurídica, que designa a capacidade potencial de produzir efeitos jurídicos. Sem a eficácia jurídica não há efetividade ou eficácia social.

Salienta-se que nem toda norma jurídica é completamente eficaz, podendo faltar-lhe determinados requisitos para que a mesma possa, imediatamente, produzir seus efeitos de aplicação.

Diante da importância da eficácia jurídica pode-se afirmar que esta distingue-se em eficácia positiva ou de aplicação e eficácia negativa ou de vinculação. A primeira diz respeito a exigibilidade da norma, a possibilidade de seu beneficiário usufruir imediatamente a situação subjetiva de vantagem por ele outorgada; de compelir o poder público ou o particular a cumprir o comando da norma. A segunda coíbe a prática de atos contrários ao comando da norma constitucional, somente permitido que o legislador possa legislar conforme a norma constitucional. Frisa-se

que por intermédio do mandado de injunção os direitos contidos em normas constitucionais, embora vigentes, não possuam plenas condições de aplicabilidade, por estar sua eficácia jurídica positiva aguardando a regulamentação infraconstitucional.

Quanto a classificação das normas constitucionais, em relação a sua eficácia jurídica, a doutrina brasileira trás uma classificação relacionada às normas programáticas. Neste sentido SILVA (apud PFEIFFER 1999, p.47) elaborou uma classificação que influenciou muitos doutrinadores constitucionalista, baseada na seguinte tripartição:

a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, subdividida em 1) declaratória de princípios institutivos ou organizativos e 2) declaratórios de princípios programáticos.

Diante do exposto iremos sucintamente conceituar cada parte. As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que contêm todos os elementos necessários para efetivar todos os seus efeitos, não precisando, para tanto, de normatização posterior, podendo, desde logo, seus titulares pleitearem a satisfação de seu comando.

As normas constitucionais de eficácia contida, são as que desde a entrada em vigor contêm os elementos necessários para efetivar os efeitos sobre a matéria que regem, podendo sofrer restrição por lei ordinária.

Já normas de eficácia limitada não produzem efeito de imediato com a simples entrada em vigor, dependendo de lei infraconstitucional por parte legislador ordinário. Este ainda é subdividida em princípios institutivos: são aqueles em que o constituinte traça esquema geral da estruturação e atribuições de órgãos e entidades para que o legislador ordinário o estructure em definitivo mediante lei; e princípios programáticos: são aquelas que o constituinte em vez de regular diretamente determinado interesse, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Para SILVA (1999, p.187) o direito de greve no Brasil é de eficácia limitada, depende de lei infraconstitucional estabelecida pelo constituinte ao legislador derivado. Se o texto constitucional ateu-se a esta tendência viciosa do legislador derivado, criando o remédio constitucional do mandado de injunção para que o mesmo viabilizasse o exercício do direito obstruído, não pode assim dizer que, as normas previstas na constituição que dependa de lei infraconstitucional têm sua eficácia limitada. Com este instrumento processual é possível exercer o direito paralisado por inconstitucionalidade ou omissão do legislador.

Discorda-se do acima citado, tendo em vista que, segundo ANDRADE (apud CANOTILHO 2000, p.394) quando a constituição trás em seu texto um direito essencial e determinado, como os direitos, liberdades e garantias, em nível de direito subjetivo, este direito é auto-aplicável pois, as normas constitucionais consagradoras destes direitos são de aplicabilidade direta, e ainda, os direitos fundamentais por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para ser fazer valer na ausência da lei. Sobre o assunto, CANOTILHO (2000, p.393) descreve com precisão que:

(...) este critério aponta de forma correta para umas das dimensões materiais constitucionalmente reconhecidas. Se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são de aplicabilidade direta (o que não significa ser mediação legislativa desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos fundamentais por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra lei. Trata-se, porém, de uma das dimensões materiais dos direitos, liberdades e garantias, e não de um critério único e exclusivo.

As normas consagradoras de direito, liberdade e garantias recortam, logo nível constitucional de uma pretensão jurídica individual (direito subjetivo) a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte do dos destinatários passivo. ESTE TRAÇO EXPLICA A INSISTENCIA DA DOCTRINA NA IDEIA DE APLICABILIDADE DIRETA DESTAS NORMAS E NA IDEIA DE DETERMINALIDADE CONSTITUCIONAL- E NÃO MERAMENTE LEGAL- conteúdo da referida pretensão individual. Dada a sua radicação subjetiva, os direitos, liberdades e garantias valem, de forma tendencial como de direito auto-aplicável (self executing) independentemente de mediação concretizadora ou densificadora dos poderes público. A aplicabilidade direta, determinabilidade constitucional do conteúdo, exigibilidade autônoma apontam estrutura específica e função dos direitos, liberdades e garantias. Trata-se de direito cuja referência primária é a sua função de defesa,

auto impondo-se como 'direitos negativos' diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distanciação e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou de proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, público e privado. Aqueles que dependem de norma político-legislativa, as medidas de prestação de Estado, ficam de fora desta abrangência, portanto não sendo acobertado pelo exposto.

O mandado de injunção, o instrumento processual constitucional, não está limitado apenas ao que está escrito. Se assim fosse o mesmo seria ineficaz, sem aplicabilidade alguma. Portanto a qualquer direito inserto pode-se lançar mão do remédio constitucional em tela.

Os direitos abrangidos na constituição têm uma amplitude maior, não podendo ficar restrito ao que estar somente expresso de forma estritamente rígida. A norma constitucional é móvel, dar forma ao caso concreto, tem vida quando interpretada em consideração aos valores da sociedade, e aplicado ao seu tempo. O STF vem interpretando o mandado de injunção como mera declaração que obriga o poder legislativo a editar normas.

Importante ressaltar que existem três correntes que norteia o mérito do mandado de injunção, dentre as quais está aquela em que o STF, atualmente, entende por correta.

A primeira corrente trata a decisão do mandado de injunção como meramente declaratória, não aborda a inconstitucionalidade por omissão do órgão infrator, dando apenas, a ciência para que tome as medidas cabíveis, o que torna os efeitos da decisão idêntica ao da ação de inconstitucionalidade por omissão.

O constitucionalista de maior respaldo dessa corrente é Ferreira Filho (1995, p.227) o mesmo entende que o mandado de injunção deve ser análogo a ação de constitucionalidade por omissão. Assim, fica o poder judiciário a dar ciência ao poder competente da falta de norma que inviabiliza o exercício do direito. Ainda para o mesmo autor, o órgão julgador que proferir norma regulamentadora faltante, estaria infringindo a constituição por ferir o princípio da separação dos poderes, corolário dos princípios fundamentais da república. Como já foi dito anteriormente, o STF é adepto desta corrente desde o julgamento do mandado de injunção nº 107-D.

A segunda corrente entende que o poder judiciário, uma vez verificado a omissão, deve viabilizar o exercício do direito, ou liberdade ou prerrogativa

constitucional. No entanto o órgão julgador removeria o obstáculo e ausência de regulamentação, efetivando o exercício do direito obstado ao caso concreto, não entendendo que o julgamento de um, fosse aplicado para os casos análogos. Este é o posicionamento que a maioria dos doutrinadores entende ser o mais correto, dentre os quais podemos citar Moacir Amaral, Michel Temer, Roque Antônio Carrazza, Celso Ribeiro Bastos, dentre outros.

PFEIFFER (1999, p.51) destaca que o posicionamento preponderante desta corrente restringiu-se apenas na remoção do obstáculo oposto ao pleno exercício do direito previsto no texto constitucional, de maneira supletiva, válida para o caso concreto. Deste feito, fixa os contornos necessários para o exercício efetivo do direito constitucional obstaculizado.

Para CARRAZZA (1995, p.131) o julgamento do mandado de injunção que adota esta corrente, cria uma norma individual para o caso concreto em favor do impetrante, o que permite viabilização do exercício do direito previsto constitucionalmente. No entanto, o órgão julgador não obriga a proceder a satisfação da norma adotada de eficácia plena, portanto, cabendo ao impetrante, no caso de recusa de cumprimento, outro processo que concretize a tutela do direito, liberdade ou prerrogativa recém regulamentada.

Um pouco diferente deste pensamento, mas em consonância com a segunda corrente, SILVA (1989, p.27) defende que o impetrante vá buscar a efetivação da norma constitucional de forma direta e independente de regulamentação. Como bem diz o mesmo autor: “A sentença há de ser, pois, satisfativa do direito ou prerrogativa do objeto do pedido”. Assevera que “compete ao juiz definir as condições para essa satisfação e determiná-la imperativamente”. Assim, não cabe ao juiz regular matéria genérica e normativamente, incumbe-lhe apenas estabelecer o modo concreto de atender o interesse do impetrante no caso concreto, sem extensão alguma.

A terceira corrente se mostra de maneira bem ampliativa, entendendo que a decisão proferida pelo órgão julgador deve regulamentar o modo do exercício do direito com eficácia erga omnes, podendo assim, ser estendido a casos análogos.

GRECO FILHO (apud PFEIFFER 1999, P. 101) aponta três opções que poderão nortear o julgador na hipótese de acolhimento do instrumento processual constitucional impetrado, são elas: “a) outorgar ao impetrante o direito cujo exercício está obstado pela falta de regulamentação; b) mandar o poder competente elaborar

norma faltante; e c) elaborar norma geral”. Ainda o mesmo autor salienta que “a norma deverá ser genérica, de modo atingir a todos aqueles que estejam na mesma situação trazida ao conhecimento do tribunal primeiro e que deverá ser o único”.

A corrente propõe a notificação do órgão legislativo com determinação de prazo para que cumpra a obrigação constitucional de editar norma faltante. O tribunal, na persistência do comportamento omissivo, editaria norma que viabilizasse o exercício do direito constitucional.

Posto as três correntes aceitas na doutrina brasileira, frisa-se que o STF, em seu julgado ao mandado de injunção nº 708/PB, deu novo rumo ao entendimento acerca deste instituto processual constitucional. A opção feita foi com base na terceira corrente, a mesma determina um prazo para que o órgão legislativo edite a norma omissa e viabilize o exercício da lei, usando leis semelhantes existentes no ordenamento jurídico nacional, conforme os princípios hermenêuticos.

4.2 O Princípio da Divisão dos Poderes e a Efetividade do art. 37, VIII, da Constituição Federal

A sentença do mandado de injunção é feita dentro dos parâmetros da hermenêutica constitucional, e além de tudo, em conformidade com a constituição. O que há é uma complementação e viabilização de um direito concedido pelo legislador constituinte originário que incumbi ao legislador derivado a regulamentação do exercício de um direito obstruído. Frisa-se que, não há usurpação do poder quando no Brasil adotou-se a teoria em que o judiciário decidiria aplicando normas vigentes semelhantes ao caso concreto para viabilizar o exercício de direito omissivo pelo legislador derivado.

Observa-se que não houve a apropriação do poder do legislador pelo judiciário, já que a fundamentação do princípio organizatório se dar na separação funcional dos órgãos constitucionais. Esta separação é feita através de uma ordenação de funções por meio de uma ajustada atribuição de competências expressa de forma clara nas regras processuais, e na vinculação da forma jurídica dos poderes a quem é feita essa atribuição. Isso faz da separação dos poderes um princípio organizatório fundamental da constituição.

Se não fosse desta maneira ocorreria uma dissolução da ordenação democrática das funções, constitucionalmente estabelecida. Com esta criação da estrutura constitucional com funções, competências e legitimação dos órgãos claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder (checks and balances) e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder. Mas, esta separação em suas competências, suas atribuições e limites não são absolutas, podendo os poderes exercer as funções dos outros reciprocamente, desde que, seja legítimo. Neste sentido, brilhantemente, aponta CANOTILHO (2000,p.251):

A ordenação funcional separada deve entender-se como uma ordenação controlante cooperante de funções. Isto não se reconduz rigidamente a conceitos como balanço de poderes ou limitação recíproca de poder, nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e funções materiais. O QUE IMPORTA NUM ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NÃO ESTÁ TANTO EM SABER SE O LEGISLADOR, O GOVERNO OU JUIZ FAZEM SÃO ACTOS LEGISLATIVOS, EXECUTIVOS OU JURIDICIONAIS, MAS SE O QUE ELES FAZEM PODE SER FEITO E É FEITO DE FORMA LEGÍTIMA. (sic) (grifo nosso)

O princípio da separação dos poderes assegura uma medida jurídica ao poder estatal e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. Este como princípio positivado na constituição assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado e, logo, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nestas perspectivas, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício do poder. CANOTILHO (2000, p.250) chama atenção em relação à sobreposição das linhas divisórias de funções, quando o mesmo diz que: “não justifica, por si só, que se fale de rupturas de divisão de poderes. Já o mesmo não acontece quando o núcleo essencial dos limites de competências, constitucionalmente fixado, é o objeto de violação”.

No que tange à criação de direito novo, mostra-se que o mandado de injunção não o faz. Com já esposado antes, a finalidade deste é de viabilizar o exercício de um direito omissivo pelo legislador derivado. O que ocorre no julgamento do instrumento em tela é a aplicação por analogia de direito já existente, desta forma, evidenciando o princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Como bem ensina MAXIMILIANO (2001,p.169) dizendo:

A analogia é um instrumento da hermenêutica usado na ciência do direito, não só para cobrir as lacunas das normas pré-existentes, assim como, o seu uso para normas inexistentes ou omissas para determinados casos não previstos pelo legislador. O aplicador do direito lança mão desse instrumento hermenêutico para aplicar em casos concretos em que a norma não previu. Se entre a hipótese conhecida e a nova semelhança se encontra em circunstância que se deve reconhecer como essencial, isto é, como aquela da qual dependem todas as conseqüências merecedoras de apreço na questão discutida; ou, por outra, se a circunstância comum aos dois casos, com as conseqüências que da mesma decorrem, é a causa principal de todos os efeitos.

A nova norma, para o caso concreto, vai causar efeitos análogos a norma original. Então, a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. No mesmo sentido aponta LIMONGI FRANÇA (2008, p.37) quando diz que pelo espírito de uma se declara as das outras, tratando-se de leis análogas. Ainda o mesmo autor diz que “se os resultados viáveis forem insuficientes, em virtude de defeito ou omissão da lei, deverá o interprete recorrer a analogia”.

O que interessa é o objetivo da norma, o sentido que ela exerce no ordenamento jurídico e na vida do homem. Portanto, o direito positivo regula, ora direta, ora indiretamente, todas as relações sociais presentes e futuras, visadas ou não pelo legislador. Como bem diz COVIELLO (apud MAXIMILIANO, 2001, p.170) “o elemento supletório de maior valor é a analogia, que desenvolve o espírito das disposições existentes e o aplica as relações semelhantes na essência”

Para KELSEN (2000, p.209) a aplicação da norma deve ser sempre determinada por normas já preexistentes, possibilitando que o órgão aplicador, sobretudo os tribunais, aplique essas normas em casos concretos de acordo com seu próprio entendimento sendo ‘possível’ que o legislador se satisfaça e confirmando as decisões dos tribunais e descrevendo-as na lei. O autor ainda nos informa que:

A criação da norma individual pelo órgão aplicador de direito, especialmente pelo tribunal, deve ser sempre determinada por uma ou mais normas gerais preexistentes. Pode ter graus diferentes. Normalmente as cortes são obrigadas por normas gerais que determinam o seu procedimento assim

como o conteúdo das suas decisões. Contudo, é possível que ao legislador se satisfaça com a instituição de tribunais, e que esses tribunais sejam autorizados pela ordem jurídica a decidir os casos concretos de acordo com o seu próprio arbítrio.

Desta forma, com a adoção dos princípios interpretativos da hermenêutica constitucional não há usurpação do poder legiferante pelo poder julgador. O que há é uma efetivação de um direito, previsto constitucionalmente, obstruído pelo órgão competente, sem motivação alguma.

4.3 O Direito de Greve e o Servidor Público Prestador de Serviços Essenciais

A polêmica do corte do ponto do servidor público similar ao trabalhador de direito privado, conforme art. 7º da lei nº 7783/89 é relativo. Não tem o dispositivo do art. 7º da lei supracitada auto aplicabilidade direta aos servidores públicos, pois a natureza jurídica do contrato de trabalho do trabalhador do setor privado é distinto do servidor público. Este adere a um estatuto, lei nº 8112/90, no momento em que é admitido pelo setor público; já o trabalhador do setor privado discute as cláusulas do contrato com o empregador.

O dispositivo do art. 7º da lei 7783/89 prevê a suspensão do contrato de trabalho, conseqüentemente, os dias não trabalhados não serão remunerados. Já no que concerne ao art. 44, inciso I, da lei nº 8112/90, prevê a perda da remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado.

Através do acima exposto, nota-se que existe diferença nos dispositivos em relação ao dia não trabalhado ou a falta ao serviço sem justificativa. Porém, também se verifica que a falta, por participação coletiva em greve, é justificada na constituição, quando a mesma estabelece o direito de greve para ambos. O decreto presidencial nº 1.480/95 informa que pode-se decretar o corte do ponto em casos de paralisações dos serviços federais, enquanto não regulado o disposto do art. 37, inciso VII da constituição federal. O mesmo decreto infringe o direito de manifestação e o direito de greve garantido na nossa Carta Magna, já que a competência determinada por ela, expressa no art. 84, inciso IV, é relativa a organização e funcionamento da administração federal e é restrito somente no que se refere aquilo

que a lei autoriza. Não pode tal decreto esvaziar um direito garantido, mesmo aqueles que precisam de lei para ser regulamentados.

Conforme já dissemos anteriormente, através do mandado de injunção, efetiva-se um direito omissis. Segundo CANOTILHO (2000, p. 393), os direitos elencados na constituição são auto-aplicáveis de forma direta. Ainda o mesmo autor assenta que, a aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independente da intervenção coletiva, significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidades com a constituição. Em síntese, a única semelhança entre os dois artigos analisados, no que se refere à falta ao trabalho na greve. é a ausência ao serviço.

Na greve referente aos serviços essenciais para o setor público, o STF entendeu em Mandado de Injunção nº 708/PB que é permitido o corte do ponto, aplicando o art. 7º, da lei nº 7783/89, de forma mais severa, para garantir a continuidade do serviço público ou atividade essencial nos termos fixados pelos arts. 9º a 11 da mesma lei.

O STF fixou também competência constitucional para julgar lide quando se discute a abusividade ou não da greve, para decidir acerca do mérito do pagamento ou não dos dias de paralisação, conforme lei nº 7701/88.

A preocupação do STF neste julgado, Mandado de Injunção nº 708/PB, foi de preservar o serviço essencial a toda população que vinha sofrendo com a interrupção abrupta destes serviços, sem manutenção do efetivo mínimo que garantisse a continuidade daqueles. O supremo tomou uma providência para solucionar o caos que estava vivenciando toda população. O Mandado de Injunção serviu para dar efetividade ao princípio da continuidade dos serviços essenciais, garantindo a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Segundo MEDAUAR (2004, p.153), o princípio da continuidade dos serviços essenciais garante que as atividades realizadas pela administração pública devem ser ininterruptas para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado. Ainda a mesma autora afirma que, haverá uma conciliação entre o direito de greve com o princípio da continuidade, quando se realiza a observância de antecedência mínima na comunicação do início da greve e pela manutenção de um percentual mínimo para garantir o funcionamento dos serviços essenciais.

O princípio da continuidade dos serviços essenciais demonstra a sua importância, tendo em vista que existe em projeto de lei nº4497/2001, de autoria da deputa federal Rita Camata, que está tramitando na câmara dos deputados federais para ser votado. Determina este um percentual mínimo do efetivo para garantir a continuidade dos serviços essenciais. Segundo o mesmo, este efetivo mínimo irá ser determinado em negociação com o sindicato ou entidade que o represente, caso esta negociação não chegue a um consenso, o sindicato ou entidade representativa é obrigado a manter um percentual mínimo de 20 por cento dos funcionários que devem continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou qualquer tipo de paralisação.

É preponderante informar que, o serviço público é na sua essência responsabilidade do Estado, dispondo de condições acessíveis para todos da sociedade. Tanto é que a administração pública é regida pelos princípios de direito constitucional, e a eles deve obediência. A Constituição Federal de 1988 não especifica de forma direta e objetiva quais setores do Estado prestam serviços essenciais. Sabe-se que alguns serviços utilizados, é na essência um serviço impreterível para a vida em comunidade. A continuidade destes serviços, mesmo com funcionamento mínimo garante a população à certeza de que o Estado, como responsável por gerir inúmeras atividades, continuará a prestar os serviços essenciais mesmo com o quadro de funcionários com número reduzido.

A manutenção ou continuidade do serviço essencial, com o mínimo dos servidores, não esvazia o exercício do direito de greve, pois o direito é preservado com o restante dos servidores. A intenção do movimento grevista não é deixar de trabalhar, mas exercer um direito concedido constitucionalmente, e assim exigir outros direitos legais. Quanto a aplicação do art.7º da lei nº 7783/89 aos servidores públicos que prestam o serviço essencial é o meio que a justiça tem de preservar o direito de grande parte da população usuária dos serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a institucionalização do direito de greve na Constituição Federal de 1988 aos servidores públicos, apesar de uma resistência histórica em torno da aplicação deste instituto, houve uma evolução na aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo o direito de greve. Posteriormente, houve um avanço significativo com a criação da lei de greve, específica para o trabalhador geral. O texto constitucional não evoluiu somente neste ponto, previu também um instrumento processual constitucional que alicerçasse a eficácia das garantias estabelecidas. Foi o que ocorreu com efetivação do direito de greve através do mandado de injunção nº 708/PB julgado pela corte brasileira.

O ato omissivo da Constituição Federal de 1988 foi superado por instrumento processual. A omissão legislativa perdura por mais de 20 anos, assim o direito garantido na constituição ficou sem efetividade aos seus titulares, e ainda mais, o próprio supremo, durante este ínterim, vinha negando a eficácia do direito de greve, mediante tal instrumento constitucional.

Com a aplicação da lei nº 7783/89 analogicamente, em sede de mandado de injunção, naquilo que couber ao caso concreto abriu-se uma porta para a solução ao problema da falta de legislação para regulamentar o direito de greve, pois muitas vezes as greves foram julgadas ilegais pelos tribunais, com alegação da inexistência de lei que regulamente. Desta forma, sofria toda a população, mormente, a mais carente que depende de maneira direta dos serviços públicos, sobretudo os essenciais, pelos movimentos paredistas. Contudo, a aplicação analógica da lei mencionada possibilitou o exercício do direito de greve aos servidores públicos e a preservação do efetivo do mínimo necessário para garantir a prestação dos serviços essenciais sem afetar outros direitos garantidos expressamente na Carta Magna.

Com intuito de analisar a viabilização dos direitos fundamentais com o mecanismo do mandado de injunção, e utilizando o método-histórico; a metódica hermenêutica e constitucional; a pesquisa bibliográfica, através de pesquisa documental; a atividade de investigação científica inicia-se com o estudo histórico-evolutivo do instituto da greve, trazendo seu conceito, natureza jurídica e a estrutura do direito de greve no direito comparado, fazendo também uma análise da posição da OIT relativa ao tema.

O primeiro capítulo fez-se uma abordagem dos aspectos históricos e evolutivos do direito de greve e os aspectos mais importantes em outros países e o surgimento da Organização Internacional do Trabalho.

O segundo capítulo dedicou-se ao estudo da evolução do direito de greve no Brasil até aos dias atuais onde foi feita uma abordagem do instituto de greve na constituição vigente.

No terceiro capítulo fez-se um estudo do servidor público brasileiro frisando o seu conceito, natureza jurídica e a classificação conforme a constituição.

Ao final da pesquisa, já discutindo a temática, e verificado o mandado de injunção é a forma viável de se tornar efetivo o exercício do direito de greve, previsto no art. 37, VIII da CF. Foi feita uma análise do julgamento do mandado de injunção e o princípio da divisão dos poderes e, por último, apresentado os requisitos para o corte do ponto do servidor público prestadores de serviços essenciais.

Visto a ponderação do STF na aplicação da lei nº 7783/89, preservou-se o direito garantido constitucionalmente, mostrando o equilíbrio na manutenção do princípio da segurança jurídica, e assim, dá unidade ao Estado Democrático de Direito.

Observou-se que a constituição de um país orienta outras leis da nação, e notou-se, também, quando o legislador constituinte elabora o texto constitucional, mesmo delegando para o legislador derivado algumas atribuições, inicia-se a validade do texto constitucional como lei maior no momento da sua promulgação, haja vista que os preceitos constitucionalmente garantidos são criados para serem aplicados aos casos previsíveis. Foi visto que o direito de greve aos servidores público está pronto para ser exercido, o que falta, logicamente, é a lei, mas isso não quer dizer que o poder judiciário negue essa prerrogativa constitucional como foi feito em julgados pretéritos.

O resultado da pesquisa aponta que o corte do ponto do servidor público prestador de serviços essenciais, sem a manutenção de um efetivo mínimo que garanta aos usuários a continuidade da prestação dos serviços essenciais, é uma afronta aos outros direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. O exercício de uma prerrogativa constitucional nesses moldes não só põe em risco a ordem do poder público, assim como compromete outras garantias constitucionais. Portanto, nada mais justo que o servidor prestador de serviços essenciais seja penalizado pelo excesso do direito praticado. O que se questiona não é o direito em si da greve,

e sim a continuidade dos serviços essenciais, com isso acaba afetando a população pelo corte abrupto do fornecimento destes serviços.

Assim sendo, a aplicação da lei 7783/89 a estes casos vai conter essa prática e garantir não só o exercício do direito de greve, assim como, a continuidade dos serviços essenciais com funcionamento mínimo capaz de suprir as necessidades da população, até que seja editada a lei de greve dos servidores públicos.

Desse modo, os objetivos propostos foram alcançados e, por fim, confirmada a situação exposta e a hipótese suscitada, acerca da possibilidade da efetivação de direitos fundamentais, em sede de Mandado de Injunção. Chegou-se a conclusão de que é possível efetivar direito constitucional por falta de lei regulamentadora por força do mandado de injunção.

REFERÊNCIAS

ANGEHER, Anne Joyce. **Vade Mecum acadêmico de direito.**, 4ª edição, São Paulo: Rideel, 2007.

BERNIGON, Bernard. Princípios de La OIT sobre el huelga. In. **Revista Internacional Del Trabajo**, vol. 117, nº 4, 1998.

BRASIL. Câmara dos deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/legislacao/republica/leis1890_1a31out715p/pdf08.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 708/PB**. Relator: Min. GILMAR MENDES. 15.05.2007.

_____. _____. **Apelação Criminal nº1.557-SP**. Relator: Min. NELSON HUNGRIA. Plenário. Data de Julgamento: 18.12.1957.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2008.

_____. **Lei nº 7783 de 28 de junho de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 10 mai. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição, Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 2000.

CARRAZZA, Antônio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995.

CRETELA, Júnior José. **Administração indireta brasileira**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Curso de direito administrativo**, 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 16^a, até a emenda n. 20, São Paulo: Malheiros editores, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18^a edição, São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

ISRAEL, Jean Jacques. **Direito das Liberdades fundamentais**. Tradução Carlos Sousa. Barueri- São Paulo: Manole, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3^a edição, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinandi. **O que é uma Constituição**. Belo Horizonte: Editora Lider, 2001.

LIMONGI, França R. **Hermenêutica Jurídica**. Atualizado por Antonio de S. Limongi França, 8^a edição, São Paulo, editora RT, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19^o edição, Rio de Janeiro, Forense, 2001

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Edição Fac-Similar. Brasília: Senado Federal, 2005.

MEDAUAR, ODETE. **Direito administrativo moderno**. 8^o ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

MELLO, Bandeira de; ANTÔNIO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTE, Francisco. **Comentários à constituição de 1967**. Tomo VI, com a emenda n.1 de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAES, Alexandre de.. **Curso de direito constitucional**. 10ª, atualizada até a emenda 31/00. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Constituição Interpretada**. 2ª edição, atualizada até a emenda 42/04, São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22ª ed. São Paulo: 2007.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Constituição e Direito do Trabalho**. 6ª edição, São Paulo: Ltr, 2002.

SILVA, De plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e Habeas Data**. São Paulo: RT Editora, 1989.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

ANEXOS

218

*Supremo Tribunal Federal*MANDADO DE INJUNÇÃO 708-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): O Ministério Público Federal, pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, após arrolar alguns precedentes desta Corte (MI n° 485/MT, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Pleno, maioria, DJ 23.8.2002, MI n° 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, maioria, DJ 2.8.2002, e MI n° 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, DJ 22.11.1996), manifestou-se nos seguintes termos (fls. 78-81):

"7. (...) a pretensão final do impetrante se mostra descabida. Impossível de ser alcançado na via desse writ o imediato preenchimento da lacuna, visto que colmatar é tarefa típica do Poder Legislativo, consoante jurisprudência desse Colendo Pretório, consolidada a partir do julgamento do mandado de injunção n.º 107 (Ministro Relator MOREIRA ALVES, julgado em 21.11.1990, DJ de 2.8.1991), que adotou a denominada 'posição não-concretista' no tocante ao mandado de injunção (cf. sobre o assunto, Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 421 a 427).

8. Não socorrem ao impetrado, outrossim, as alegações de existência de projetos de lei tramitando nas casas legislativas sobre o assunto, consoante já restou decidido por essa Colenda Corte. Confira-se:

'MANDADO DE INJUNÇÃO, JUROS REAIS. PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Esta Corte, ao julgar a ADIN n° 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação.

Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre.

Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte (MI 361)' (MI 584 - SP - TP - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 22.02.2002 - p. 00036 - sem ênfase no original).

9. Destarte, o parecer é pelo conhecimento em parte do pedido para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional no tocante à regulamentação do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal" - (fls. 78-81).

Como se vê, trata-se de pedido de mandado de injunção no qual o impetrante postula o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

Preliminarmente, a questão da conformação constitucional do mandado de injunção no direito brasileiro e a evolução da interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem conferido a essa garantia fundamental merece algumas considerações.

No âmbito do direito comparado, cabe salientar que, se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, comportam discussão sobre a existência, ou não, de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós.

O poder constituinte originário, embora em capítulos destacadados, houve por bem consagrar os direitos sociais que também

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assinale-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) abriu possibilidades para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada "omissão do legislador". O art. 52, LXXI, da CF, previu expressamente a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão.

Desse modo, reconhecida a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis.

Caso se trate de órgão administrativo, ele estará obrigado a colmatar a lacuna no prazo de 30 dias.

Deve-se admitir, portanto, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo

3

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional, mesmo nesses casos, deve ocorrer em duas etapas (Zweiaktverfahren).

Tecidas essas breves considerações, passemos à análise da jurisprudência desta Corte quanto ao writ of mandamus.

A) O Mandado de Injunção na jurisprudência do STF.

O Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem no Mandado de Injunção nº 107-DF (Rel. Min. Moreira Alves), manifestou o seguinte entendimento:

EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - Assim fixada a natureza

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator" - (MI nº 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.3.1990).

Portanto, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I e III), bem como os chamados direitos sociais (Constituição, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legislante.

A concepção da omissão deve compreender não só a chamada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar [Cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(31)].

A partir do precedente firmado no MI nº 107/DF, de relatoria do Min. Moreira Alves, o STF constatou que o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, sob pena do esvaziamento do significado desses direitos.

Todavia, o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

empreendesse as providências requeridas. Tanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, quanto a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção têm caráter obrigatório ou mandamental. As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado.

Ter-se-ia aqui um exemplo daquela ação que Goldschmidt houve por bem denominar Anordnungsklagenrecht (ação mandamental) [GOLDSCHMIDT, James. Zivilprozessrecht, § 15º, p. 61; cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38)].

Essa ação mandamental exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público. O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia erga omnes [cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, e assegurou às decisões proferidas nesses processos idênticas consequências jurídicas. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão [cf. MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico [Cf. MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

O Tribunal deixou assente que de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesses processos tem caráter impositivo para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia erga omnes.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia erga omnes. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança, enquanto ações destinadas a obrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal, que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança (Cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTU nº 133, p. 11(39)).

Em resumo, pode-se afirmar que:

- i) os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos através de eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, e o condena a editar a norma requerida;
- ii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;


B

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

iii) a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia erga omnes, e não tem diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção;

iv) é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legítima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

Após esse *leading case*, todavia, esta Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção nº 283/DF (DJ 14.11.1991), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. Explícita a ementa do acórdão:

"Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

Suprema Tribunal Federal

MI 708 / DF

1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QD) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissa normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º - 'Nos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, na decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GMS, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GMS será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição' - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

- a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
- b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
- c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável" - (MI nº 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991).

No Mandado de Injunção nº 232/RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ 27.3.1992), o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a Lei referida no art. 190, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Consta da ementa desse julgado:

"Mandado de injunção. - Legitimidade ativa do requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 190 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 190, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida." (MI nº 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.03.1992)

Ainda com essa mesma orientação, registre-se a ementa do acórdão proferido no Mandado de Injunção nº 284, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Celso de Mello (DJ 28.6.1992):

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8º, (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' - 'WRIT' DEFERIDO.

- O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado 'ad causam', na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia institucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direitos, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.

- No caso, 'ex vi' do § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade institucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo, reclamado pela norma constitucional transitória.

- Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbitrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo 'perigoso fascínio do absoluto' (Pe. JOSEPH COMBLIN, 'A Ideologia da Segurança Nacional - O Poder Militar na América Latina', p. 225, 3ª ed., 1960; trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em 'práxis' governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ('O Futuro da Democracia', 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como 'um modelo ideal do governo público'.

- O novo 'writ' constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever da estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

- Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente identificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prejudicial nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório" - INI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Ministro Celso de Mello DJ de 26.06.1992)

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 282 (Relator: Moreira Alves) e 284 (Relator: Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

instituto e a admissão de uma solução "normativa" para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à comissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum (Cf., nesse sentido, MI nº 562-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003; e MI nº 543-DF, Rel. Min. Octavio Gallotiti, DJ 24.5.2002). Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (Cf. MI nº 679, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.12.2002).

As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.

B) O Mandado de Injunção e o direito de greve na jurisprudência do STF.

Na espécie, discute-se o direito de greve de servidores públicos civis.

Nesse particular, deve-se observar que, diferentemente das relativizações realizadas quanto ao decidido no Mandado de Injunção nº 107/DF (DJ 2.8.1991), nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, esta Corte ficou adstrita tão-somente à

232

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica.

Como casos exemplificativos desse entendimento, enuncio os seguintes julgados: MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, DJ 22.11.1986; MI nº 495/MT, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Pleno, maioria, DJ 23.8.2002; e MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, maioria, DJ 2.8.2002.

Conforme exposto, este Tribunal, nas diversas oportunidades em que se manifestou sobre a matéria, tem reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação.

Nessas ocasiões, entretanto, o Ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de que, em hipóteses como a dos autos, se aplicasse, provisoriamente, aos servidores públicos a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral.

Registre-se, a propósito, trecho de seu voto no MI nº 631/MS (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002):

"Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e

15

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve." (MI nº 631-MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002)

Vê-se, assim, que, observados os parâmetros constitucionais quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado.

Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII).

Entretanto, avento essa possibilidade por fundamentos diversos, os quais passarei a desenvolver em breve exposição sobre o direito de greve no Brasil e no direito comparado.

C) Direito de greve dos servidores públicos, omissão inconstitucional e alternativas de superação.

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da Lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam o estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

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 desta 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".

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte.

235

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

A esse respeito, em apêndice ao meu voto, elaborei documento comparativo da Lei nº 7.783/1989 e o texto substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.497/2001 (que "Dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos"), de autoria da então Deputada Federal Rita Camata, para disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e a dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII da Constituição Federal.

Na oportunidade de apresentação do referido Projeto de Lei, o Relator da matéria, o Deputado Federal Isaias Silvestre, realizou uma síntese geral acerca do processo legislativo de apreciação dessa matéria, verbis:

"O Projeto de Lei n.º 4.497, de 2001, objetiva disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Conforme relatado em sua justificativa, a proposição tem por base, quando pertinentes, os dispositivos da Lei nº 7.783, de 1989, que regula o direito de greve para os trabalhadores em geral, observando, porém, os aspectos próprios do serviço público, que exigem o estabelecimento de dispositivos específicos.

O art. 1º do projeto prevê que o direito de greve será exercido pelos servidores públicos nos termos e limites da lei, competindo-lhes decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

O art. 2º apresenta os conceitos pertinentes à matéria, entre outros o de órgão ou entidade pública, assim definido: "órgão da administração direta e

18

Supremo Tribunal Federal

MI 706 / DF

indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e suas respectivas autarquias e fundações públicas".

O art. 3º confere às entidades sindicais a prerrogativa de convocar, na forma de seus estatutos, assembleia geral para deliberar sobre as reivindicações das respectivas categorias e sobre a deflagração da greve, prevendo ainda os procedimentos cabíveis no caso de inexistência de entidade sindical representativa dos servidores.

O art. 4º exige, quando da deflagração da greve, a comunicação da data do seu início pelo menos com 72 horas de antecedência.

Os arts. 5º e 6º fixam os direitos e deveres dos servidores grevistas e da Administração Pública.

O art. 7º relaciona os serviços considerados essenciais. O

art. 8º disciplina a realização da greve nos órgãos que executem tais serviços, prevendo que, no caso de inobservância das garantias estabelecidas pela lei, a Administração poderá proceder à contratação de pessoal por tempo determinado ou de serviços de terceiros.

O art. 9º determina que os dias de greve sejam contados como de efetivo exercício, inclusive remuneratório, desde que, encerrada a greve, as horas não trabalhadas sejam repostas de acordo com cronograma estabelecido conjuntamente pela Administração e pelos servidores.

Os arts. 10 e 11 indicam as condutas consideradas como abuso do direito de greve, nelas incluindo a recusa à prestação de serviços inadiáveis e a manutenção da greve após celebração de acordo ou decisão judicial, bem como as sanções correspondentes.

O art. 12 trata da responsabilidade nas esferas administrativa, civil e penal.

Encontram-se apensadas ao projeto seis proposições, que passaremos a comentar.

237

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O Projeto de Lei n° 5.662, de 2001, de autoria do Deputado Aírton Cascavel, busca regulamentar o exercício do direito de greve pelos servidores civis, fazendo-o em termos bastante próximos aos do projeto principal.

O Projeto de Lei n° 6.032, de 2002, foi enviado pelo Poder Executivo com o mesmo escopo. Difere, no entanto, dos anteriores em alguns aspectos, tais como: determina a obrigatoriedade de manutenção de percentual mínimo de 50% de servidores em atividade, podendo o Poder Público postular liminarmente a fixação de percentual superior; prevê que a 'ameaça concreta de deflagração de greve autoriza o Poder Público a ingressar em juízo postulando a declaração de ilegalidade do movimento, inclusive liminarmente'; e introduz regras processuais específicas sobre a matéria.

O Projeto de Lei n° 6.141, de 2002, da Deputada Iara Bernardi, também apresenta dispositivos semelhantes aos da proposição principal, inovando, contudo, em alguns pontos, como: obrigatoriedade de instalação de processo de negociação, sob pena de crise de responsabilidade da autoridade pública responsável, no prazo de dez dias após a apresentação da pauta de reivindicações dos servidores, podendo o Poder Judiciário fixar multa diária pelo descumprimento dessa obrigação; previsão de instituição de um Comitê de Negociação, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em cada esfera político-administrativa; e autorização para que uma Comissão de Intermediação e Arbitragem, composta por representantes da sociedade civil, possa auxiliar na obtenção de uma solução para o conflito, podendo, por consenso entre as partes, arbitrar as cláusulas aplicáveis a ambas.

O Projeto de Lei n° 6.668, de 2002, da Deputada Elcione Barbalho, tal como os demais, estabelece direitos e obrigações para os servidores grevistas e para a Administração, cabendo destacar, entre seus aspectos particulares, a possibilidade de composição dos conflitos por meio de arbitragem, cabendo às partes, em comum acordo, a escolha do árbitro. O projeto também se distingue em relação ao campo de

Supremo Tribunal Federal

MZ 708 / DF

aplicação de suas normas, que se destinam aos servidores da administração pública federal.

O Projeto de Lei nº 6.775, de 2002, oriundo da Comissão de Legislação Participativa, busca regulamentar o direito constitucional de greve dos servidores públicos civis com algumas disposições semelhantes às da proposição principal, cabendo destacar, entre os dispositivos particulares que apresenta, os seguintes: previsão de que a Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decida sobre a procedência das reivindicações dos servidores; e obrigatoriedade de constituição, no âmbito de cada Poder, nas três esferas de governo, de uma comissão permanente de assuntos sindicais e associativos, com a finalidade de intermediar as relações entre as entidades sindicais e a Administração Pública.

O Projeto de Lei n.º 1.950, de 2003, do Deputado Eduardo Paes, pretende disciplinar a matéria no âmbito da administração pública federal.

Além de disposições similares às da proposição principal e das demais apensadas, o projeto estabelece que, frustrada a negociação, é facultada a cessação coletiva do trabalho, e que o Judiciário, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público Federal, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, das reivindicações.

No prazo regimental, foram apresentadas três emendas ao PL nº 4.497/01, pelo Deputado Francisco Rodrigues, com os seguintes objetivos: acrescentar às atividades consideradas essenciais os serviços que visam possibilitar o atendimento direto das atribuições legais das Forças Armadas; atribuir competência à Justiça do Trabalho para decidir sobre a procedência das reivindicações dos servidores grevistas; e permitir à Administração a cobrança judicial de indenização por prejuízos derivados do abuso do direito de greve, motivado por decisão de entidade sindical".

Segundo informações obtidas na página oficial da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br), o Projeto de Lei nº 4.497/2001

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, na pendência de apreciação de pedido de desarquivamento da proposição formalado pelo Presidente da Comissão de Legislação Participativa, o Deputado Federal Eduardo Amorim, em 13 de março de 2007.

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Uma boa síntese dessa questão no direito comparado é trazida por Rui Medeiros:

"Qualquer referência ao **Direito Comparado** neste domínio não pode perder de vista que as diferentes concepções defendidas, mesmo quando apresentadas como solução para um problema identificado sob o mesmo nomen iuris, têm, por vezes, subjacentes diferentes modos de delimitação do próprio fenómeno em apreciação. Seja como for, feita a advertência, é possível verificar que os direitos italiano, alemão e austriaco apresentam três modos diferentes de solucionar o problema das sanções aplicáveis às leis que conferem direitos em violação do princípio da igualdade. As especificidades não residem, propriamente, na resposta à questão da admissibilidade, com carácter mais ou menos excepcional, das decisões modificativas, pois, em qualquer dos países, não se exclui liminarmente uma tal solução. O mesmo se passa, aliás, em Espanha, em França e nos Estados Unidos. As divergências situam-se a outro nível.

[Esclarece Rui Medeiros que] A diferença entre a lição alemã e o ensinamento italiano prende-se, antes de mais, com a delimitação dos casos em que são constitucionalmente admissíveis as decisões modificativas. Na verdade, além de o Bundesverfassungsgericht, ao contrário da Corte Costituzionale, rejeitar decisões modificativas quando a discriminação resulta do silêncio da lei, o Tribunal Constitucional italiano admite mais facilmente do que o Tribunal Constitucional Federal alemão a existência de valores constitucionais que postulem a modificação da lei. Mesmo um Autor, como VEZIO CRISAFULLI, que não se cansa de sublinhar que a legislação positiva criada pela Corte Costituzionale é uma legislação a rime obbligate **[isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo qizamento constitucional estabelecido para a matéria]**, alude ao contraste entre a solução italiana e a solução alemã: o Bundesverfassungsgericht alemão, perante uma violação do princípio da igualdade resultante de um tratamento de favor concedido apenas a algumas das pessoas que se encontram num plano essencialmente igual, lança geralmente mão da simples declaração de

Supremo Tribunal Federal

241

MI 708 / DF

incompatibilidade, pois entende que o poder legislativo dispõe de várias possibilidades de eliminação do vício e, entre outras opções, tanto pode estender a norma de favor aos até aí excluídos, como revogá-la para todos; pelo contrário, em situações deste género, a Corte italiana adopta uma sentença manipulativa, anulando a disposição nella parte in cui (ainda que implicitamente) escluide do beneficio a categoria preterida, estendendo assim o tratamento mais favorável" - (MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade, p. 461).

A propósito do papel das Cortes Constitucionais, anota Rui Medeiros:

"A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdiccional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ónus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: <<a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um indizido politico na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pretendiam armar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais» e o esbatimento, claro em Italia, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas" - (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, p. 493-494).

Esclarece ainda Rui Medeiros:

"As considerações anteriores apontam no sentido da inadmissibilidade das decisões modificativas. Mas isso não significa que não possa haver excepções. Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercicio de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juizes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimónia, numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercicio de uma função substancialmente criativa *ex nihilo*, verificando-se tão-somente a extração de um *quid iuris* já presente - de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador - no ordenamento. Nesta perspectiva, o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que « não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador». «O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (*verba legis*), está já presente, e in modo obbligante, no próprio sistema».

[Destaca Rui Medeiros que] Dois critérios são normalmente trazidos à colação para fundamentar este entendimento: o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória. O campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se, nesta perspectiva, aos dominios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz quase ao zero ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse

MI 708 / DF

previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei. É certo que numerosos autores se socorrem ainda de um princípio geral de tratamento mais favorável. Mas, uma vez que um tal princípio se funda em normas ou princípios constitucionais (v.g. no princípio do Estado Social, no princípio da igualdade, na proibição de retrocesso social), o apelo ao princípio geral de tratamento mais favorável constitui no fundo uma simples modalidade do segundo critério referido" - (MEDEIROS, Rui. A decisão de Inconstitucionalidade, p. 501).

Por fim, Rui Medeiros assevera que:

"- É frequente a aceitação das decisões modificativas nos casos em que o Tribunal completa um regime basicamente escolhido pelo legislador e de um modo que em princípio o legislador não desdenharia. Diz-se, para o efeito, que não há, aí, substituição da vontade ou da opção do legislador por outras substancialmente diversas. (p. 502)

- A admissibilidade das decisões modificativas impõe-se segundo outro critério, quando a modificação da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma <<solução constitucionalmente obrigatória>>, pois nestes casos, o Tribunal Constitucional não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa *ex nihilo*." (MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 504.)

Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros que elas são em geral aceites quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória" (MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 504).

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral no que concerne às denominadas "atividades essenciais" é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989.

O artigo 9º desse diploma normativo dispõe que o sindicato ou comissão de negociação deve manter um número de empregados em atividade para que seja garantida a manutenção dos serviços que, se paralisados, podem acarretar prejuízo irreparável. Para isso, deve haver acordo entre o sindicato ou comissão de negociação e a entidade patronal ou o empregador. Se não se chegar a esse acordo, o empregador pode contratar diretamente esses serviços, enquanto a greve durar.

O artigo 10 da Lei Geral de Greve, por sua vez, elenca atividades e serviços que devem ser considerados como essenciais, verbis:

- *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 artigo 11 da referida Lei dispõe sobre a obrigatoriedade de se garantir, durante a greve, os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Tal obrigação se dirige tanto aos sindicatos quanto aos empregadores e trabalhadores. O parágrafo único desse artigo

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

estipula o conceito da expressão "necessidades inadiáveis" como "aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população".

O artigo 12 da Lei nº 7.763/1989, por sua vez, dispõe que, frustrada a obrigação prevista no artigo anterior, cabe ao Poder Público assegurar a prestação dos serviços indispensáveis.

No caso de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, caput c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, §1º), de outro. 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 de direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que se está, no

Supremo Tribunal Federal

246

MI 708 / DF

caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma solução diferenciada.

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).

Essa consideração traz repercussões acerca do papel institucional a ser desempenhado por esta Corte no processo de fiscalização de constitucionalidade das omissões legislativas. A esse respeito, Joaquim Braga Camazano esclarece as dificuldades normativas que se impõem para a realização de direitos fundamentais e propõe uma superação da formulação kelseniana segundo a qual a função da Corte Constitucional deveria se limitar à de um "legislador negativo". Segundo Camazano:

"La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de 'legislador negativo'. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico 'arsenal' sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple 'constitucionalidad/inconstitucionalidad', es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de

Supremo Tribunal Federal

247

MI 708 / DF

relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, 'la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección' de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, 'certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.' [CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación Constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas")]

Sobre a necessidade de decisões adequadas para esse estado de inconstitucionalidade omissiva, afiguram-se pertinentes as lições de Augusto Martín de La Vega na seguinte passagem de sua obra:

"Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes en el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y 'avocada' a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional." (LA VEGA, Augusto Martín. La sentencia constitucional en Italia, p. 229-230)

A meu ver, tais condicionamentos político-institucionais permitem uma aproximação ao caso brasileiro da omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.

248

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O que se propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

D) CONCLUSÃO

Em síntese, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto, preliminarmente, pelo conhecimento do Mandado de Injunção.

No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for 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 tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos dos já mencionados arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989.

Creio que essa complementação na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das

249

Suprema Tribunal Federal

MI 708 / DF

possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem "em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (Lei nº 7.783/1989, parágrafo único, art. 11).

Nessa extensão do acolhimento, porém, creio serem necessárias outras considerações com relação à recente decisão tomada por esta Corte no julgamento da medida liminar na ADI nº 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. Eis o teor da ementa do julgado. /

"EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Faltas da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária" - (ADI nº 3.395-DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, vencido o Min. Marco Aurélio, DJ 10.11.2006).

Assim, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, é necessário que, na decisão deste MI, fixemos os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios

250

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário.

Nesse particular, assim como argumentei com relação à Lei Geral de Greve, creio ser necessário e adequado que fixemos balizas procedimentais mínimas para a apreciação e julgamento dessas demandas coletivas.

A esse respeito, no plano procedimental, vislumbro que é recomendável a aplicação da Lei nº 7.701/1988 (que cuida da especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa da lacuna ora declarada.

Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a emissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.

Relembro a afirmação de Fertencoe, no voto proferido na Questão de Ordem no Inquérito nº 697/SP, Rel. Sydney Sanchez, DJ

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

9.11.2001, ocasião em que se discutia a competência desta Corte no contexto da prerrogativa de foro por exercício de função, verbis: "Se nessa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo de foro por prerrogativa de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da Lei Fundamental".

Sobre essa questão também nos ensina Canotilho:

"A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autónomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais." (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 543).

Nesse contexto, conforme já tive oportunidade de sustentar algumas vezes, não há como, em Constituição tão detalhada como a nossa, deixar de fazer uma interpretação compreensiva do texto

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

constitucional. Principalmente levando em consideração a questão ora sob análise (exercício do direito de greve por servidores públicos), resulta impossível não empreender esse tipo de compreensão.

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, considero viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/88 para garantir uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos parafiscas instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, arts. 5º, XXXV, e 93, IX).

Diante dessa conjuntura, é imprescindível que este Plenário densifique as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal.

Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda, abranger mais de uma unidade da federação, entendo que a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.701/1988).

Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988).

253

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também, por aplicação analógica, do art. 4^o, da Lei nº 7.701/1988).

Ou seja, nesse último caso, as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

Revela-se importante, nesse particular, ressaltar que a par da competência para o dissídio de greve em si - no qual se discute a abusividade, ou não, da greve - também os referidos tribunais, nos seus respectivos âmbitos, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade com a qual esse juízo se reveste.

Nesse particular, nos termos do art. 7^o da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Na suspensão do contrato de trabalho não há falar propriamente em prestação de serviços, nem tampouco no pagamento de salários. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.

Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares—eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como:

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paradedista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação;

ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e

iii) demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

Em última instância, a adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e de procedimento dizem respeito à fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade de exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos e, sobretudo, os limites a esse exercício no contexto de continuidade na prestação dos serviços públicos.

Ao adotar essa medida, este Tribunal estaria a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas para o benefício da sociedade brasileira.

Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, entendo ser válida a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

255

Supremo Tribunal Federal

MI 700 / DF

Diante do exposto, voto no sentido de que o presente mandado de injunção seja conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1968 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

É camp voto.