

DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO: UMA ANÁLISE DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO 708/DF, 712/PA E 670/ES DO STF, À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Germana Parente Neiva Belchior**

Considerações iniciais. 1 A greve como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. 2 Direito fundamental de greve do servidor público civil estatutário e sua eficácia. 3 O mandado de injunção e o direito de greve do servidor público civil. 3.1 Considerações gerais. 3.2 Correntes doutrinárias. 4 Evolução do mandado de injunção sobre direito de greve de servidor público civil estatutário no STF. 4.1 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente não concretista do mandado de injunção. 4.2 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente concretista do mandado de injunção. 4.3 Os julgamentos dos mandados de injunção n. 708/DF, 712/PA e 670/ES do STF. 5 O princípio da continuidade do serviço público e o direito de greve do servidor público. 5.1 Considerações gerais. 5.2 A restrição de direito fundamental de greve e o princípio da proporcionalidade. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O direito de greve representa uma das maiores conquistas do indivíduo na seara trabalhista, alcançando patamar de direito fundamental. A problemática do tema se deve ao fato de que o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que trata do direito de greve do servidor público civil estatutário, subordina o exercício daquele direito à edição de lei específica sobre o assunto, providência esta que até hoje não foi implementada pelas autoridades competentes. O STF, desde o MI 20/DF, de 01 de maio de 1994, pacificou o entendimento de que o referido dispositivo constitucional é provido de eficácia limitada, aplicando a corrente não-concretista ao mandado de injunção, apenas dando ciência ao Poder competente

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Advogada. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus - Fortaleza. Professora de Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito, do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Christus – Fortaleza.

para editar a norma faltante. No entanto, esse entendimento modificou-se recentemente, com o julgamento dos MI 708/DF, MI 712/PA e MI 670/ES, em 25 de outubro de 2007, ao permitir a aplicação, no setor público, da Lei n. 7.783/89, que regula a greve na iniciativa privada, suprindo-se, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. O estudo, portanto, pretende analisar a recente jurisprudência do STF, à luz da teoria dos direitos fundamentais, cuja solução possa ser justificada perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Greve. Direitos Fundamentais. Servidor público civil estatutário. Eficácia. STF.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já se tornaram parte do nosso cotidiano, e porque não dizer até vulgarizadas, as manifestações e paralisações no serviço público. Greve de professores, médicos, policiais civis, institutos de previdência, enfim, são inúmeras as categorias de servidores públicos que exercem (ou tentam exercer) referido direito.

A problemática do tema se deve ao fato de que o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), subordina o exercício daquele direito à edição de lei específica sobre o assunto, providência esta que até hoje não foi implementada pelas autoridades competentes.

É importante destacar que o direito de greve representa uma das mais relevantes conquistas dos trabalhadores no mundo contemporâneo. É por meio do seu exercício que os membros de determinada categoria lutam pela preservação de seus direitos, quando violados ou ameaçados de violação.

Estas paralisações possuem uma particularidade, na medida em que, em caso de ocorrência, deve ser ponderado, conciliado e equilibrado, no caso concreto, o direito fundamental de greve, inerente a todo cidadão, nos termos do art. 9º da Carta Magna e o princípio da continuidade do serviço público, previsto no art. 37, Constituição Federal, que norteia a Administração Pública.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), logo após a promulgação da CF/88, firmou o entendimento de que não cabe mandado de injunção para suprir a falta da norma. Adotava-se, pois, a corrente não-concretista. A partir do julgamento dos Mandados de Injunção (MI) n. 708/DF, 712/PA, 670/ES, em 25.10.2007, a Suprema Corte permitiu a aplicação, no setor público, da Lei n. 7.783/89, que regula a greve no setor privado, suprindo-se, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. O STF aplicou, *in casu*, a corrente concretista geral do mandado de injunção, provocando, no entanto, inúmeras discussões.

São essas e outras problemáticas que serão analisadas no presente trabalho, tendo como objeto de estudo a recente jurisprudência do STF sobre direito de greve do servidor público, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

1 A GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988 representou um grande avanço para a nação brasileira, pois deu início a um ciclo histórico alvissareiro no tocante aos direitos e garantias individuais, desencadeando um processo democrático há muito tempo idealizado, mas não concretizado.

Foi neste contexto que o constituinte originário consagrou amplamente o direito de greve para os trabalhadores em geral, consoante o que dispõe o art. 9º da Carta Magna¹.

Interessante destacar que os trabalhadores da iniciativa privada, por terem vínculo contratual com o empregador, podem discutir as condições de trabalho, inclusive, por meio das negociações coletivas. Os sindicatos exercem importante papel nesse momento. Ademais, a Justiça do Trabalho possui função normativa, sendo uma garantia de judiciabilidade da relação trabalhista para o obreiro. Já em relação ao servidor público a situação é diferente. O regime de trabalho é legal e unilateral, não havendo, ainda, instrumentos de negociação, por meio das quais os servidores possam efetivamente discutir sua situação de trabalho. Diante disso, questiona-se, como os servidores poderão buscar melhores condições sociais de trabalho? A greve é, sem dúvida, uma das formas de fazê-lo.

A greve, segundo Eros Grau, revela-se como a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores como meio para a obtenção de melhoria em suas condições de vida. O mencionado ministro destaca em seu voto no MI 712/PA que a greve: “consubstancia um poder de fato; por isso mesmo que, tal como positivado o princípio no texto constitucional (art. 9º), recebe concreção, imediata – sua auto-aplicabilidade é inquestionável – como direito fundamental de natureza instrumental”.²

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

Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão que se insere na moldura do que a doutrina classificou como gerações ou dimensões³, tendo como premissa central a dignidade da pessoa humana.⁴

Constituem direitos fundamentais de primeira geração os direitos civis e políticos, que se caracterizam “pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade”.⁵ Esta categoria é fundada no Estado liberal absentéista, no qual se deu a manifestação do *status libertatis* ou *status negativus*. Realçam, portanto, o princípio da liberdade.

Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e sociais, só que os últimos requerem prestações positivas (*status positivus*) por parte do Estado para suprir as carências da sociedade. São os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos mediante políticas públicas. De uma forma objetiva, poderíamos dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.⁶

Já os direitos fundamentais de terceira geração são os de titularidade coletiva. Consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Paulo Bonavides⁷ traz, ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais: o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Recentemente, vem defendendo o mencionado professor cearense o direito à paz como direito fundamental de quinta geração, por ser um direito natural dos povos, abraçando-se à idéia de concórdia.⁸

Diante da breve exposição, ousamos defender que a greve constitui um *direito fundamental multigeracional*, pois se enquadra de forma simultânea nas cinco categorias:

a) direito de liberdade ou de primeira geração, já que implica um não-fazer por parte do Estado, ou seja, um *status negativus* estatal que reconhece as liberdades públicas e o direito subjetivo de reunião entre pessoas para fins pacíficos.

b) direito de igualdade, ou de segunda geração, pois é pelo exercício do direito de greve que os trabalhadores pressionam os tomadores de seus serviços, objetivando a melhoria de suas condições sociais e corrigindo, dessa forma, a desigualdade econômica produzida pela concentração de riquezas inerente à economia globalizada.

c) direito de fraternidade ou de terceira geração, na medida em que a greve representa inequivocamente uma manifestação de solidariedade entre pessoas, o que reflete, em última análise, a ideologia da paz, do progresso, do desenvolvimento sustentado, da comunicação e da própria preservação da família. Outrossim, por ser um direito coletivo social dos trabalhadores, a greve pode ser tipificada como uma espécie de direito ou interesse metaindividual.

d) direito de quarta geração, por estar aqui incluído o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. É indiscutível que o movimento grevista também reflete o exercício dos valores democráticos, da informação à sociedade das condições de trabalho e do pluralismo, por permitir que todas as classes manifestem suas opiniões, críticas, mesmo que seja por meio de iniciativa paredista.

e) direito de quinta geração, ao percebermos aqui que greve está intrinsecamente ligada ao direito à paz defendido por Paulo Bonavides, ao passo que

seu objetivo maior consiste na reação pacífica e ordenada dos trabalhadores contra os atos que impliquem direta ou indiretamente desrespeito à dignidade do homem.

A greve tem por objetivo básico a melhoria das condições sociais do homem trabalhador, deduzindo-se, portanto, que ela constitui um direito fundamental seu, vinculado à sua dignidade humana. Nessa linha, a greve alcança patamar de direito fundamental multigeracional, constituindo, dessa forma, um instrumento democrático a serviço da cidadania e da dignidade humana.

Não se admite, portanto, distinção entre o trabalhador da iniciativa privada e o do setor público, exceto quando o próprio ordenamento jurídico dispuser em contrário, tal como ocorre com o servidor público militar, no art. 142, § 3º, IV, da Constituição Federal.⁹

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO E SUA EFICÁCIA

Superado o aspecto da dimensão dos direitos fundamentais, avulta salientar que o direito de greve, consoante os termos do art. 37, VII, da Carta Política de 1988, estendeu-se aos servidores públicos civis, porém, condicionando o seu exercício, primeiramente, à edição de lei complementar, e, posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 19/1998, ao advento de lei específica.

Eros Grau¹⁰ explica que o art. 37, VII, CF/88, consubstancia norma especial em relação ao caráter geral do preceito veiculado pelo art. 9º, CF/88, apresentando duas justificativas. A primeira se baseia no fato de que na relação estatutária não há tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. E continua o ministro:

A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor do ensino público. Como a falta de utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante largos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando e se isso ocorrer.¹¹

A segunda questão apontada por Eros Grau deve-se à relação de emprego público ser instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja continuidade há de ser assegurada em benefício do todo social.

É importante destacar que há quem defenda, como Maria Sylvania Zanella di Pietro, que a lei específica prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal deve emanar de cada ente federativo responsável pela regulamentação do dispositivo constitucional, sob argumento de que a matéria seria de direito administrativo.

Ao revés, Diógenes Gasparini e José dos Santos Carvalho Filho sustentam que esta lei federal deve ser aplicada a todas as pessoas políticas, por estar situada, segundo Carvalho Filho:

no capítulo da 'Administração Pública', cujas regras formam o estatuto funcional genérico e que, por isso mesmo, tem incidência em todas as esferas federativas. À lei federal caberá enunciar, de modo uniforme, os termos e condições para o exercício do direito de greve, constituindo-se como parâmetro para toda a Administração. ¹²

Celso Antônio Bandeira de Mello invoca que tal direito existe desde a promulgação da Constituição e, que “mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela.” ¹³

Nesse ponto, surgem acirradas discussões na doutrina e na jurisprudência quanto à eficácia da referida norma constitucional, ou seja, quanto a sua vigência plena. Há na doutrina, pelo menos, três correntes¹⁴, que dividem as opiniões dos juristas, conforme se aduzirá a seguir.

A primeira corrente sustenta que o preceito estatuído no art. 37, VII, da CF/88 seria de eficácia contida ou restringível¹⁵, e, assim, poderia o direito de greve ser exercido antes mesmo da edição de lei complementar, atualmente lei específica. Acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva explica que “enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena”. ¹⁶

Sobre a aplicabilidade da Lei n. 7.783/89, Raimundo Simão de Melo entende que, “não obstante trate da greve na atividade privada, contém regulamentação específica sobre a greve em atividades essenciais, o que guarda certa compatibilidade com os serviços públicos de natureza essencial”.¹⁷ Logo, poder-se-ia, por analogia, aplicar a Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve) aos servidores públicos civis. ¹⁸

A segunda corrente arremata que o servidor somente poderia exercer o direito de greve depois de editada norma infraconstitucional disciplinando a matéria, sendo, portanto, o mencionado preceito de eficácia limitada ou reduzida, salientando-se que seria inaplicável analogicamente a Lei n. 7.783/89 aos servidores públicos civis. ¹⁹

Há uma terceira corrente, amparada pela teoria dos direitos fundamentais, sustentada pelo professor Paulo Bonavides, à luz do art. 5º, § 1º, Carta Magna, no sentido de que não há normas programáticas, pois todo direito fundamental, a partir do momento em que se encontra na ordem jurídica, é naturalmente efetivo e eficaz, de plenitude máxima. Adequando o entendimento ao caso, o servidor não pode ficar dependendo da conveniência do Legislativo para regulamentar referido direito fundamental.

Todavia, convém salientar, que o entendimento majoritário é no sentido de que o preceito incluso no art. 37, VII, da Carta de 1988 é de eficácia limitada, e, diante da lacuna legislativa, o exercício do direito é ilegal, tendo em vista que ainda não editada a lei específica a que alude a Constituição da República.

Este foi o entendimento do STF ao julgar o Mandado de Injunção n. 20/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, quando ainda estava em vigor a redação original da Constituição que exigia a regulamentação da matéria por lei complementar. *In casu*, a Corte Suprema limitou-se a comunicar a decisão ao Congresso Nacional²⁰ para que este tomasse a iniciativa de legislar sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.²¹

Nesse passo, importa tecer algumas considerações a respeito do mandado de injunção, visto que necessárias para melhor elucidação do tema.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

3.1 Considerações gerais

O mandado de injunção, nos termos do art. 5º, LXXI, é uma ação constitucional que visa à regulamentação de determinada norma da Constituição Federal quando os poderes competentes para tal se quedam inertes. Explica Willis Guerra Filho que se trata de um “instituto para combater a ineficácia e violação de normas que consagram direitos e princípios fundamentais, em virtude de omissão do Poder Público em regulamentá-las devidamente”.²²

Eros Grau²³, citando Botelho de Mesquita, defende que o cabimento do mandado de injunção pressupõe um ato de resistência ao cumprimento do dispositivo constitucional, que não tenha outro fundamento senão a falta de norma regulamentadora.

A idéia do constituinte originário, em relação à eficácia do mandado de injunção, foi no intuito de assegurar um instrumento capaz de oferecer solução concreta para a lide em discussão, quando se tratasse de ausência de norma regulamentadora. Evita-se, dessa forma, que os direitos fundamentais se reduzam a meros programas ou proposições teóricas desprovidas de eficácia.²⁴

3.2 Correntes doutrinárias

Pelo fato de o referido instituto ainda ser carente de interpretações e regulamentações, a doutrina vem adotando diversos posicionamentos para explicar a eficácia e os efeitos da sentença do mandado de injunção. *A priori*, podemos citar duas correntes: concretista e não concretista.

A corrente concretista, por sua vez, subdivide-se em geral e individual, sendo que a concretista individual ainda se divide em direta e intermediária.

De acordo com a tese concretista, uma vez presentes os requisitos constitucionais para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e, dessa forma, implementa o exercício do direito, constitucionalmente assegurado, até que sobrevenha norma regulamentadora através do Poder competente. Esta corrente possui duas facções: geral e individual.²⁵

A corrente concretista geral sustenta que a decisão proferida pelo Judiciário tem efeitos *erga omnes*, sendo o direito implementado através de normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo Poder competente.²⁶ Referido entendimento não vem sendo bem recebido pela doutrina, segundo afirma Willis Filho:

não procede tal ponto de vista, por ser ação para a defesa de direitos (fundamentais) individuais, como o mandado de segurança. Já a só existência de limites objetivos da coisa julgada (CPC, art. 468) inviabilizaria estender a injunção a quem não foi parte do processo que a decidiu.²⁷

Defendendo a corrente concretista geral, o Ministro Eros Grau, citando Botelho de Mesquita, sustenta que a norma que será supletivamente formulada pelo Tribunal deverá abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes. Isto se deve pelo fato de que a atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quanto sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional.²⁸

Há outra corrente, denominada de concretista individual, argumentando que a decisão proferida pelo juiz ou tribunal tão-somente surtirá efeitos para a parte litigante, podendo, dessa forma, exercer livremente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.²⁹

Por fim, insta destacar o posicionamento dos adeptos da corrente não-concretista, que se inclina no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público em editar a norma regulamentadora do direito constitucional. Na mesma linha, entende Hely Lopes Meirelles:

Não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário.³⁰

Portanto, a decisão injuntiva não efetiva de imediato o direito pleiteado, mas somente deverá dar ciência ao Poder competente para editar a norma faltante. Vê-se, assim, que a corrente não-concretista acaba equiparando o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revelando-se, dessa forma, como um instrumento inócuo, sem alcançar a injunção sua finalidade constitucional.³¹

4 EVOLUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE DIREITO DE GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO NO STF

4.1 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente não concretista do mandado de injunção

Logo após a promulgação da CF/88, o STF firmou o entendimento de que não cabe mandado de injunção para suprir a falta da norma. Adotava-se, pois, a corrente não-concretista.

Cita-se, por oportuno, o entendimento exarado, quando o STF conheceu do pedido de Mandado de Injunção n. 20/DF, em 01 de maio de 1994, pelo Ministro Celso de Mello, que declarou ilegal o exercício do direito, em razão da exigência constitucional, que à época ainda era de lei complementar³²:

Insuficiência de relevo de fundamentação jurídica em exame cautelar, da argüição de inconstitucionalidade de decreto estadual que não está a regular como propõem os requerentes o exercício do direito de greve pelos servidores públicos; mas a disciplinar uma conduta julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até que venha a ser editada a lei complementar prevista no art. 37, VII, da Carta de 1988 – M.I. n. 20, sessão de 19.05.1994.³³

Ainda na evolução jurisprudencial do STF, também se conheceu do pedido de Mandado de Injunção n. 485-4/MT, no qual o Ministro Maurício Correa se pronunciou no sentido da ilegalidade da greve dos servidores públicos,

salientando a impossibilidade da aplicação analógica da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve), como forma de suprir a lacuna deixada pelo legislador.³⁴

Insta destacar que já houve várias tentativas, mediante projetos de lei, no sentido de regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, eis que a matéria é ensejadora de intensa controvérsia. Todavia, até a presente data, nenhum deles foi aprovado.

É bem de ver que o STF, já na vigência da EC 19/98, decidiu que o direito de greve do servidor público civil ainda continuaria a depender de regulamentação, conforme se depreende da seguinte ementa de acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA N. 1.788, DE 25.08.98, DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Texto destinado à regulamentação do estágio probatório, que se acha disciplinado pelo art. 20 da Lei n. 8.112/90, com a alteração do art. 6º da EC n. 19/98 e, por isso, insuscetível de ser impugnado pela via eleita. Inviabilidade, declarada pelo STF (MI n. 20, Min. Celso de Mello), do exercício do direito de greve, por parte dos funcionários públicos, enquanto não regulamentada, por lei, a norma do inc. VII do art. 37 da Constituição. Não-conhecimento da ação.³⁵

Com o entendimento até então firmado pela Corte Suprema, verifica-se, pois, que os efeitos do mandado de injunção são idênticos aos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a única coisa que o juiz pode fazer é dar ciência ao Poder competente quanto à falta da norma.

Ora, os Poderes são independentes, porém harmônicos entre si, refletindo no que se denominou de *checks and balances*. A regra, sem dúvidas, é a não-interferência, mas para o sistema ser harmônico, conforme idealizado por Montesquieu, a partir do momento em que um Poder esteja omissivo, não cumpra suas funções típicas ou desrespeite os direitos fundamentais, resta claro que poderá haver, excepcionalmente, em prol dos princípios republicanos e democráticos, a harmonização entre eles.^{36 37}

É o que ocorre no próprio controle de constitucionalidade, em que o Supremo, guardião da Constituição, atua como legislador negativo ao verificar que uma lei viola o texto constitucional. Isto é para a própria manutenção do sistema constitucional e sobrevivência do pacto federativo.

4.2 O direito de greve de servidor público civil estatutário como norma de eficácia limitada e a corrente concretista do mandado de injunção

Como já visto, a teoria concretista defende que, satisfeitos os requisitos constitucionais para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e, por conseguinte, implementa o exercício do direito, constitucionalmente assegurado, até que sobrevenha norma regulamentadora através do Poder competente. Referida corrente se subdivide em geral e individual.

Para os defensores da primeira tese, ao julgar o mandado da injunção, o Poder Judiciário atribui eficácia imediata à norma constitucional. Já para a segunda, após o julgamento do mandado de injunção, fixa-se o prazo de 120 dias para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora do direito, e, se, findo o prazo, este permanece inerte, o Poder Judiciário deve estabelecer condições para o exercício do direito por parte do impetrante lesado.³⁸

Eros Grau, no seu voto no MI n. 712, ao tratar da mora legislativa na regulamentação do preceito do art. 37, VII, coloca a seguinte questão: o STF, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, presta-se a emitir decisões desnutridas de eficácia? É partindo desta indagação que analisaremos os julgados a seguir.

4.3 Os julgamentos dos Mandados de Injunção n. 708/DF, 712/PA, 670/ES do STF

Em 25 de outubro de 2007, o STF concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo – SINDIPOL (MI 670/ES), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM (MI 708/DF), e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP (MI 712/PA), em que se pretendia que fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Carta Republicana.

O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, aplicando a corrente concretista geral.

Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos (adeptos da corrente concretista individual) e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional (seguidor da tese da corrente não-concretista).

Importante destacar o entendimento de Gilmar Mendes, como ministro-relator do MI n. 708, no sentido de que a Corte Suprema reflita sobre a adoção de uma moderada sentença de perfil chamado de manipulativo ou aditivo, haja vista que o Tribunal não estaria definitivamente inovando, mas tornando aquilo que, eventualmente, o legislador já decidiu e, eventualmente, ampliando sua utilização para colmatar eventuais lacunas divisadas.

O ministro ressaltou que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral em relação às denominadas atividades essenciais é especificamente estabelecida nos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/89. Segundo Mendes, o legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido do direito de greve no âmbito do serviço público civil e também no âmbito de determinadas atividades, não podendo, entretanto, deixar de reconhecer o direito previamente definido na Carta Magna.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes identificou a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, na medida em que não é facultada ao legislador a opção de conceder ou não o direito de greve, podendo este apenas dispor sobre adequada configuração de sua disciplina. Outro ponto interessante destacado pelo ministro foi da competência da Justiça Comum para decidir as medidas cautelares nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual dos servidores que devem continuar trabalhando ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação, a fim de que não haja quebra da continuidade na prestação de serviços ou ainda a própria questão dos dias de paralisação.

Já Eros Grau, no MI n. 712, destacou que não cumpre ao Tribunal remover um obstáculo referente a um caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. Outrossim, arrematou que a Corte, ao aplicar a corrente concretista geral ao mandado de injunção não estaria ferindo a independência e a harmonia entre os poderes (art. 2º, CF/88) nem tampouco a separação dos poderes (art.60, § 4º, III, CF/88). De acordo com o ministro, “o Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII, da Constituição, função normativa, porém não legislativa”.³⁹ Acerca da diferença entre função normativa e legislativa, manifestou-se o ministro:

A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis (leis apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o); menos que a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.⁴⁰

Logo, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo, não sendo, assim, uma lei.

Acerca da Lei n. 7.783/89 (Lei Geral de Greve), adverte o Ministro Eros Grau que referida lei não deve ser aplicada, exclusivamente, em sua plena redação, devendo o STF dar os parâmetros do seu exercício. Segundo Grau⁴¹, esses parâmetros não de ser definidos pela Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, pois norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só.

Ou seja, o Ministro sugeriu a aplicação da Lei de Greve ao serviço público, mas já sugerindo nova redação a alguns de seus dispositivos, adequando a norma à realidade da Administração Pública. Ficou claro, com a análise do voto, que a adequação da Lei n. 7.783/89 consistiu basicamente em:

- a) O serviço público é naturalmente atividade essencial, a ele se aplicando os regramentos da lei próprios deste tipo de atividade: notificação da greve com antecedência de 72 horas, pelo sindicato; e possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de pessoal temporário para assegurar a regular continuidade do serviço. Aqui é importante destacar que a permissão para a contratação temporária pode vir a esvaziar o movimento paredista, já que o serviço não fica prejudicado em relação ao pessoal;
- b) Já que o serviço público é essencial, este não pode ser totalmente paralisado. Um percentual razoável de servidores deve assegurar a continuação, em resguardo da sociedade. O percentual, porém, não é fixado, ficando para as situações concretas, dependendo da natureza do serviço. Percentual este que será fixado, à luz do princípio da proporcionalidade, pelo juiz que apreciar a respectiva demanda;
- c) Constitui abuso do direito de greve a paralisação que comprometa a regular continuidade na prestação do serviço público. Trata-se de profunda subjetividade, pois não há elementos objetivos que possam identificar quando ocorrerá o comprometimento da prestação do serviço público. Mais uma vez, tal situação deverá ser solucionada pelo princípio da proporcionalidade.

Nos outros pontos, permanecem as disposições da Lei n. 7.783/89. Sugere uma reflexão: não estaria a Justiça Comum exercendo função normativa, ante a subjetividade permitida pelo STF, como de fato já ocorre com a Justiça do Trabalho? A diferença (bem evidente, por sinal), é o fato de que a função normativa da Justiça do Trabalho deriva da própria Constituição, nos termos do art. 114, enquanto que no caso da Justiça Comum, a criação vem do próprio STF. Será que ele tem poder para tanto?

No exercício de sua função normativa, o STF até que poderia ter feito outras modificações para evitar interpretações perigosas. Poderia, por exemplo, ter modificado termos como “empregado” e “empregador” por “servidor público” e “Administração Pública”, respectivamente, para conferir a real abrangência da decisão. Além disso, poderia ter excluído a referência a Acordo e Convenção Coletiva de Trabalho, por serem modalidades incompatíveis com a Administração Pública.

E, na mesma linha, ter excluído a possibilidade de arbitragem no conflito coletivo em serviço público, ante a indisponibilidade dos interesses da Administração. Ainda, sem esgotar outros pontos, caberia excluir, no art. 14, a referência à Justiça do Trabalho, já que a greve envolvendo servidores estatutários há de ser decidida pela Justiça Comum, estadual ou federal (por consequência da decisão proferida na ADI n. 3395-DF).

5 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO

5.1 Considerações gerais

Na Administração Pública, vigora o princípio da continuidade do serviço público que dispõe que os serviços públicos não podem ser interrompidos, paralisados, nem prejudicados, devendo, assim, ter normal continuidade. Referido princípio é, sem dúvidas, corolário do princípio da supremacia do interesse público, pois, em ambos se pretende que a coletividade não seja prejudicada por conta de interesses particulares.⁴²

Diante disso, Carvalho Filho⁴³ explica que encontramos a aplicação do referido princípio exatamente no fato de a Constituição ter condicionado seu exercício do direito de greve do servidor público à edição de lei ordinária que trate especificamente da matéria. Ainda que no setor privado, tal princípio encontra guarida quando o § 1º do art. 9º prevê que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

Lúcia Valle de Figueiredo destaca que o direito de greve “não pode esgarçar os direitos coletivos, sobretudo relegando serviços que ponham em perigo a saúde, a liberdade ou a vida da população”.⁴⁴

Por outro lado, é bem verdade que a continuidade dos serviços públicos não pode ter caráter absoluto, não obstante seja a regra geral. Existem algumas situações específicas que excepcionam o princípio, como em contrato administrativo e paralisação temporária da obra para expansão e melhoria dos serviços.

No caso das paralisações de servidores públicos, percebemos que há, *a priori*, um conflito entre o direito fundamental de greve, inerente a todo

cidadão (art. 9º, CF), e especificamente ao servidor público (art. 37, VI, CF), e o princípio da continuidade do serviço público (artigo 37, CF), que norteia a Administração Pública. A fim de esclarecer as dúvidas que circundam ao redor do tema, é importante analisar, ainda que rapidamente, as restrições dos direitos fundamentais.

5.2 A restrição de direito fundamental de greve e o princípio da proporcionalidade

As restrições de direitos fundamentais ocorrem, segundo o jurista português Jorge Reis Novais⁴⁵, quando há qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, seja ele Executivo, Legislativo ou o Judiciário, no sentido de afetar de forma desvantajosa o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando as vias de acesso ao bem nele protegido e a possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais de um direito fundamental. Há, assim, o enfraquecimento de deveres e obrigações, em sentido amplo, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.

Uma teoria das restrições dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que direitos fundamentais são restritos, limitados, relativos, que não são absolutos. Assim, ante a limitação dos direitos, percebemos que o caráter restritivo é um dos traços característicos do próprio conceito de direito, e, portanto, do conceito de direito fundamental.⁴⁶

No campo da restrição dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade atua como critério interpretativo face à otimização do arcabouço sistemático de valores consagrados pela Constituição. Amini Campos⁴⁷ explica que quando ocorre uma colisão entre direitos e princípios fundamentais, deve-se buscar uma solução conciliatória, em que o princípio da proporcionalidade tem se revelado imprescindível.

A doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemãs, segundo explica José Sérgio Cristóvam⁴⁸, estabeleceram três elementos que compõem a máxima (princípio) da proporcionalidade, quais sejam: conformidade ou adequação dos meios, exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), Raquel Stumm⁴⁹ entende que à medida que pretende realizar o interesse público, deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. Para Cristóvam⁵⁰, a satisfação do interesse público deve ser buscada segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de conformidade entre os meios empregados e os fins inscritos na norma.

O princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo Raquel Stumm, assevera que a opção feita pelo legislador ou Executivo no caso deve ser “a melhor e a única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor

custo ao indivíduo”.⁵¹ A opção escolhida deve ser aquela menos gravosa e que em menor dimensão restrinja e limite direitos fundamentais.⁵²

Insta salientar que a simples maximização de um direito fundamental, consoante Cristóvam⁵³, não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.

Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação (*Verhältnismässigkeit*), os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.

Diferenciando os três subprincípios da proporcionalidade ou máximas, Cristóvam⁵⁴ explica que a máxima da ponderação entende os princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas.

Segundo Raquel Stumm⁵⁵, a lei de ponderação não é um procedimento abstrato ou geral, ao revés, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática.

O princípio da concordância prática revela-se como sendo um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, no sentido que a Constituição seja preservada na maior medida possível.

In casu, não existindo a lei específica que regulamenta o direito de greve do servidor público, caberá ao Judiciário, portanto, o dever de examinar a situação concreta e decidir se a medida eleita, ou seja, se as paralisações oriundas do direito fundamental de greve do servidor não afrontaram um princípio norteador da Administração Pública (continuidade do serviço público), que acaba sendo, de um outro lado, direito fundamental de cidadãos (leia-se coletividade) de terem acesso aos serviços públicos essenciais, como saúde e educação. Dessa forma, o juiz, aplicando o princípio da proporcionalidade, analisará qual direito fundamental deverá prevalecer na situação fática, precedendo aquele outro direito efetivado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de greve do servidor público civil, a que se refere o art. 37, VII, da Constituição da República, alcança patamar de direito fundamental multigeracional, eis que abrange, a um só tempo, os ideais da liberdade clássica, da igualdade, em seus aspectos econômicos, sociais e culturais, da solidariedade, da democracia, informação e pluralismo, e, ainda, do direito à paz. Constitui-se, dessa forma, um instrumento democrático a serviço da cidadania e da dignidade humana.

Ocorre que a previsão constitucional do aludido direito, em relação aos servidores públicos civis, revela-se discutível, ante a necessidade de regulamentação por lei específica e da inércia do Poder Legislativo no sentido de atender ao que dispõe o art. 37, VII, da Carta Política de 1988.

Logo após a promulgação da CF/88, o STF firmou o entendimento de que não cabe mandado de injunção para suprir a falta da norma. Adotava-se, pois, a corrente não-concretista. A partir do julgamento dos Mandados de Injunção n. 708/DF, 712/PA, 670/ES, o STF permitiu a aplicação, no setor público, da Lei n. 7.783/89, que regula a greve no setor privado, suprindo-se, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. O STF adotou, *in casu*, a corrente concretista geral do mandado de injunção, provocando, no entanto, inúmeras discussões.

Ocorre que o exercício do direito de greve não pode ser absoluto, como destacou o Supremo Tribunal, devendo-se respeitar um mínimo necessário para as chamadas atividades essenciais em prol do interesse público. Atividades estas que devem ser avaliadas à luz do princípio da proporcionalidade no percentual que devem continuar obrigatoriamente disponíveis à sociedade no caso de greve.

Sugerimos, pois, algumas reflexões: não estaria a Justiça Comum exercendo função normativa, ante a subjetividade permitida pelo STF em vários momentos, como de fato já ocorre com a Justiça do Trabalho? A diferença (bem evidente, por sinal), é o fato de que a função normativa da Justiça do Trabalho deriva da própria Constituição, nos termos do art. 114, enquanto que no caso da Justiça Comum, a criação vem do próprio STF. Será que ele tem poder para tanto?

É interessante destacar que a ilegalidade não é de quem exercita o direito em face da lacuna do sistema normativo, mas do Poder Legislativo, vale dizer, do Congresso Nacional, que, passados 18 anos da promulgação do Texto Constitucional, até hoje não cumpriu o dever, que lhe é inerente, de produzir uma lei que atenda à exigência do art. 37, VII, da Constituição.

A interpretação constitucional deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva. Só assim, os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do princípio do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, p. 15-22, nov./dez, 2006.

CAMPOS, Amini Haddas. *O Devido processo proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

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

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos, SILVA, Juliana Araujo Lemos da. Direito de greve do servidor público como norma de eficácia contida. *Revista LTR - Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 69, n. 5, mai. 2005.

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

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VALLE, Lúcia Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A greve no serviço público. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho* (estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa). São Paulo: LTR, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹ “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.”

² STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

³ Willis Guerra Filho entende que é melhor falar em dimensões de direitos fundamentais, uma vez que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Além disso, “os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 47).

⁴ Em relação aos direitos fundamentais do homem, é mister reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do vasto rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor no terceiro milênio oferecem aos indivíduos e à coletividade.

⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

⁶ Paulo Bonavides defende que os direitos sociais são cláusulas pétreas, devendo o §4º, IV, do art. 60, da Carta Magna, ao trazer como limitação material os direitos e garantias individuais, ser interpretado à luz da Nova Hermenêutica constitucional, amparada pelos princípios do Estado Democrático de Direito. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641).

⁷ *Ibid.*, p. 571.

⁸ BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. In: *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, nov./dez, 2006, p. 18-19.

⁹ Reza o referido dispositivo que “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”.

¹⁰ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

¹¹ Loc. cit.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 638.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264.

¹⁴ Há outras correntes acerca da efetividade de normas constitucionais, como a sustentada por Luís Roberto Barroso, que distingue três espécies de normas à luz da Constituição: normas de organização, normas definidoras de direitos e as normas programáticas. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006).

¹⁵ Eros Grau, em um primeiro momento, defendeu que o referido dispositivo constitucional era provido de eficácia contida. Destaca que o debate, atualmente, torna-se desnecessário, já que a Suprema Corte já consolidou o entendimento de que se trata de uma norma de eficácia limitada (MI n. 20). A solução deve ser encaminhada no sentido de viabilizar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis. Sugerimos a leitura da íntegra do voto do Ministro Eros Grau, relator do Mandado de Injunção 712-8 / Pará.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104.

¹⁷ MELO, Raimundo Simão de. *A greve no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006, p. 53.

¹⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos, SILVA, Juliana Araujo Lemos da. Direito de greve do servidor público como norma de eficácia contida. *Revista LTR - Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTR, v. 69, n. 5, maio/2005.

¹⁹ Ibid.

²⁰ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A greve no serviço público. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho* (estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa). São Paulo: LTR, 1998, p. 564.

²¹ Vejamos que no referido julgamento o STF equiparou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deixando um instrumento totalmente inócuo.

²² GUERRA FILHO, op. cit., p. 137.

²³ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

²⁴ GUERRA FILHO, op. cit., p. 139.

²⁵ LIMA, op. cit., p. 271.

²⁶ Ibid., loc. cit.

²⁷ GUERRA FILHO, op. cit., p. 154.

²⁸ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.

²⁹ Ibid.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

³¹ Interessante aqui mencionar que o STF vem suavizando o alcance da corrente não-concretista, ao autorizar que os beneficiários (ou prejudicados, dependendo do ponto de vista, ante a inocuidade do instituto) da sentença de mandado de injunção busquem as vias ordinárias para postular a reparação do dano sofrido pela omissão do Legislativo, com base no direito comum, desde que o Congresso Nacional não regulamentasse a matéria no prazo indicado pelo Supremo, qual seja, seis meses.

³² VELLOSO, op. cit., p. 563-564.

- ³³ STF/Pleno, ADIN 1306/BA, Rel. Min. Octavio Galloti, julg. 30.06.1995, DJU 27.10.1995.
- ³⁴ RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Direito de greve dos servidores públicos*. São Paulo: LTr, 2005, p. 99.
- ³⁵ STF/Pleno, ADI-1880/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 09.09.1998, DJ 27.11.1998, p. 7.
- ³⁶ Acerca da função política exercida pelo o STF, explica o professor José de Albuquerque Rocha que “em um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional, coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes. Converte-se, pois, em peça capital do sistema, em garantia das garantias dos direitos fundamentais, o que nos permitiria afirmar que no Brasil, a Constituição não é simplesmente a Constituição, mas a Constituição interpretada pelo Judiciário”. (ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70).
- ³⁷ Caso o Supremo se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo de forma ilegítima, já que não foram escolhidos para exercer esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 233).
- ³⁸ Os instrumentos-processuais, como o mandado de segurança, habeas data, habeas corpus e o mandado de injunção, de acordo com a professora Ada Grinover, “não são simples ações, reconduzíveis ao princípio de que ‘a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da CF). Se assim fosse, não haveria necessidade de a Constituição delinear, em separado, os referidos remédios. O certo é que os instrumentos constitucional-processuais são ações a que a Constituição atribuiu – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – eficácia potenciada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 98).
- ³⁹ STF/Pleno. MI 712/ Pará. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 12.04.07.
- ⁴⁰ Ibid, p. 24.
- ⁴¹ Ibid, p. 28.
- ⁴² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 28.
- ⁴³ Ibid, p. 28.
- ⁴⁴ VALLE, Lúcia Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 615.
- ⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais. Não expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 157.
- ⁴⁶ MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006, p. 71.
- ⁴⁷ CAMPOS, Amini Haddas. *O Devido Processo Proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001, p. 144.
- ⁴⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 215.
- ⁴⁹ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79.
- ⁵⁰ CRISTÓVAM, op. cit., p. 215.
- ⁵¹ STUMM, op. cit., p. 79-80.
- ⁵² CRISTÓVAM, op. cit., p. 217.
- ⁵³ Ibid, p. 218.
- ⁵⁴ Ibid, p. 220.
- ⁵⁵ STUMM, op. cit., p. 81.

THE RIGHT TO STRIKE FOR CIVIL SERVANTS REGULATED UNDER THE ACT FOR CIVIL SERVANTS OF BRAZIL: AN ASSESSMENT BASED UPON FUNDAMENTAL RIGHTS AND CASE LAW FROM THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT

The right to strike, which reached fundamental right status, represents one of the most important achievements of individuals on the field of labor relations. However, an equally important question arises as Article 37, VII, of Brazilian Constitution, which regulates the right to strike for civil servants, conditions the practical use of such right to the edition of a specific statute on the subject, measure still to be taken by the competent authorities. The Federal Supreme Court (STF), starting from judicial precedent MI 20/DF, from 05.01.1994, has settled the view that the aforementioned constitutional rule has limited efficacy, implying that its main consequence is to set impose to the courts the obligation to inform the competent Power on the legal omission, view based upon the non-concretist theory of the writ of injunction. However, this view has recently changed, with judgment of MI 708/DF, MI 712/PA e MI 670/ES, from 25.10.2007, of as the use of Act 7.783/89, regarding strike in private sector, was allowed in order to regulate strikes in public sector, thus filling the space left by the inaction of Legislative Power. In all this sense, this paper intends to examine the efficacy of the right to strike taking into account the theory of fundamental rights and the case law extracted from judgements made by the Federal Supreme Court of Brazil, bearing in mind that the solution for this conflict has to be duly explained and justified to society, as demanded by the principles inherent to a democratic State governed under the rule of Law.

KEYWORDS: Strike. Fundamental rights. Civil servants of Brazil. Efficacy. Federal Supreme Court.

DROIT DE GRÈVE DU FONCTIONNAIRE PUBLIC: UNE ANALYSE DES MANDADOS DE INJUNÇÃO N. 708/DF, 712/PA ET 670/ES DE LA COUR SUPREME BRÉSILIENNE EN CONFORMITE AVEC LA THEORIE DES DROITS FONDAMENTAUX

RÉSUMÉ

Le droit de grève représente l'une des plus grandes conquêtes de l'individu dans le domaine du travail, à partir duquel il s'est élevé au rang de droit fondamental. L'intérêt du sujet se présente en raison des dispositions de l'art. 37, alinéa VII, de la Constitution fédérale brésilienne de 1988, qui prévoit le droit de grève des fonctionnaires publics, mais qui renvoie ses conditions d'exercice à une loi spécifique sur le sujet, qui n'a pas été adoptée jusqu'à nos jours. La Cour suprême avait émise une décision de principe dans MI 20/DF, du 01 mai 1994, à plusieurs reprises consolidée, selon laquelle ledit dispositif constitutionnel est pourvu d'efficacité limitée. Elle a appliqué ainsi le courant non-concrétiste du mandat d'injonction, en se limitant à donner science au pouvoir compétent qu'il devrait éditer la norme absente. Néanmoins, on a vu récemment un renversement de cette jurisprudence, avec les décisions MI 708/DF, MI 712/PA et MI 670/ES, du 25 octobre 2007, permettant l'application, dans le secteur public, de la Loi n. 7.783/89, qui réglemente la grève au privé, afin de combler la lacune laissée par le pouvoir législatif. L'étude analyse donc cette récente jurisprudence de la Cour suprême, à la lumière de la théorie des droits fondamentaux, pour enfin la justifier devant la société, selon les exigences de l'État démocratique.

MOTS-CLÉS: Grève. Droits Fondamentaux. Fonctionnaire public. Efficacité. Cour suprême.