

4. Artigo

MAGISTRADOS E DIREITO DE GREVE

Jorge Alberto Araujo*

INTRODUÇÃO

Desde o início da minha experiência perante o curso de Maestria en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social perante a Universidad de La Republica de Montevideo, no qual fui gentilmente acolhido pelos irmãos uruguaios, tenho percebido que há uma grande diferença de enfoque entre o Direito do Trabalho no meu país e aqui.

Provavelmente em virtude das dimensões continentais do Brasil, ou, quem sabe, devido a uma errônea apreensão do conceito de soberania típica de um país subdesenvolvido, lá o estudo do Direito Internacional do Trabalho é derogado a um segundo plano, inferior mesmo às mais singelas fontes do Direito do Trabalho.

Esta atitude tem pelo menos um resultado prático e imediato, que é o desvio de foco do estudo do Direito do Trabalho, que acaba por se resumir a um estudo da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação correlata, o que permite, por exemplo, se justificar o tratamento diferenciado do servidor público, como se este trabalhador não fosse.

O contato com os insígnis professores uruguaios, contudo, me fez de um momento para o outro apreender que o trabalho humano, antes de se subordinar à CLT, ao Regime Jurídico Único, ou à própria Constituição Federal, é um fenômeno estudado e objeto de diversos tratados e convenções internacionais (e não somente àqueles da Organização Internacional do Trabalho), com status incontroverso de Direito Fundamental.

Neste quadro a existência de relação de trabalho com o Estado, sem embargo de produzir alguns efeitos distintos, em virtude da natureza de uma das partes envolvidas, não pode permitir que se negue ao trabalhador direitos ínsitos à sua natureza humana.

Assim é, por exemplo, a greve.

O trabalho que ora apresentamos, destinado a concluir o módulo de "Derecho del trabajo de los trabajadores públicos", do Professor Octavio Racciatti, nos despertou muitas perplexidades diante do quadro jurídico laboralista brasileiro. E tais perplexidades, mais do que respostas a estas é que restaram apresentadas.

Não é, pois, um trabalho acabado, mas um delineamento de situações que, acreditamos, não tenham ainda sido debatidas no nosso Direito e acerca das quais pretendemos, em breve, retomar o estudo.

O CONTEÚDO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição brasileira de 1988, em que pese tenha mantido no que diz respeito à liberdade sindical, algumas concepções remanescentes do regime autoritário que a precedeu, como por exemplo ao estabelecer a unicidade das entidades representativas¹ e a sua submissão a registro², foi bastante avançada no que diz respeito a greve.

* Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho e Diretor do Foro de São Leopoldo. Especialista e Mestrando em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Seguridade Social.

Entendeu o legislador-constituente de outorgar aos trabalhadores a decisão não apenas acerca da oportunidade, como também dos interesses a serem através dela defendidos por este meio, o que quer significar, por exemplo, a autorização – ou a não vedação – constitucional da greve de natureza política ou de solidariedade.

Os servidores públicos foram também brindados com a liberdade sindical, sendo que neste aspecto a Constituição não lhes teceu quaisquer restrições³. Diferente, no entanto, no que diz respeito à greve, cujo texto remete, expressamente, à legislação infraconstitucional.

As teorias ditas neoconstitucionalistas apregoam, de há muito, que a inserção de direitos humanos fundamentais nas constituições não pode ser considerada como uma definição meramente programática, uma vez que não se admite o paradoxo de que a lei maior do país consagre em seu texto direitos cujo exercício considere essencial para a pessoa humana, mas os subordinando ao humor do legislador ordinário⁴ em definir as condições de seu exercício.

Importante destacar que a Constituição brasileira, ao lado de definir direitos e garantias fundamentais logo nos seus primeiros artigos, no que se demonstra a preocupação com a imediata apreensão de seu conteúdo e, por conseguinte, de seu cumprimento, também cuidou de estabelecer, logo que possível, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata⁵.

Todavia, ainda assim, a primeira interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão judicial de máxima hierarquia e o intérprete natural da Constituição no Estado Brasileiro ao conteúdo do inciso VII do art. 37 da Constituição no que diz respeito à greve, foi justamente a de negar aos trabalhadores públicos o exercício deste direito fundamental, sob o argumento de que tal dispositivo teria incidência apenas sobre os direitos definidos no próprio artigo 5º Constitucional⁶. Na oportunidade ainda acrescentaram os ministros do STF, então se socorrendo da doutrina de um constitucionalista nacional⁷, que o juiz não poderia preencher as lacunas propositadamente deixadas pela Constituição, como no caso da greve dos servidores, sob pena de estar usurpando do poder do legislador⁸.

Foi este o entendimento que se consagrou no Mandado de Injunção n. 20, apresentado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, cujo acórdão da lavra do Min. Celso de Mello, recebeu a seguinte ementa:

¹ Inciso II do art. 8º (é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.)

² Inciso I do art. 8º (a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente...).

³ Art. 37, VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical.

⁴ A este respeito leia-se SARLET, 2005; CANOTILHO, 2003; PÉREZ, 1999 ou ainda FERRAJOLI, 1999.

⁵ Este é o conteúdo do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição brasileira.

⁶ Que cuida dos direitos e garantias individuais.

⁷ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional positivo, RT, 5. ed., 1989, p. 584 (a referência é do próprio despacho).

⁸ O precedente aqui referido é o despacho datado de 17-07-1999 do Ministro Carlos Velloso, exarado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 336, em que é atacada Resolução do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que declarou a ilegalidade da greve de seus servidores. O processo ainda está pendente de julgamento definitivo.

“O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção.”⁹

Honrosa exceção, no entanto, aos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que admitiam que o direito de greve seria desde já exercitável, competindo à norma infraconstitucional apenas limitá-la, se assim entendesse a Administração Pública, consoante critérios de oportunidade e conveniência¹⁰. Destaca-se, outrossim, o voto do Ministro Carlos Velloso o qual não apenas admitia a possibilidade de exercício de direito de greve como desde já propunha que para a sua regulamentação, à míngua de outras normas, se utilizasse, provisoriamente, mas de modo a lhe conferir eficácia, os dispositivos contidos na Lei 7.783/89, destinada à regulação da greve dos trabalhadores comuns.

Em 2007 esta situação foi integralmente revertida pelo Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar que no curso do governo Lula houve uma grande alteração do quadro do STF, tanto que o presidente já é aquele que mais ministros para aquela Corte indicou em todos os tempos.

A decisão proferida em 14 de abril de 2007, na qual foi relator o ministro Celso de Mello representa, no nosso sentir, uma revolução no pensamento do Supremo Tribunal.

Sustentou o eminente Ministro (o acórdão integral ainda não se encontra disponível na página do STF, mas apenas este voto):

Decorridos quase 19 (dezenove) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve de editar, até o presente momento, o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica do preceito constitucional em questão, não obstante esta Suprema Corte, em 19/05/1994 (há quase 13 anos, portanto), ao julgar o MI 20/DF, de que fui Relator, houvesse reconhecido o estado de mora (inconstitucional) do Poder

⁹ Trecho da ementa do acórdão do MI 20/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 19/05/1994, publicado no DJ de 22-11-1996 p. 45690. Acessado em 11-12-2007. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=438&classe=MI>.

¹⁰ Certamente tal limitação se daria tanto na forma da própria definição, que é já uma forma de limitar (veja-se a este respeito, por exemplo MANTERO de SAN VICENTE, O., p. 230, 1998), como estabelecendo, ainda, serviços essenciais, prazo de pré-aviso, dentre outros requisitos para a deflagração da greve.

Legislativo da União, que ainda subsiste, porque não editada, até agora, a lei disciplinadora do exercício do direito de greve no serviço público.

[...]

O mandado de injunção, desse modo, deve traduzir significativa reação jurisdicional, fundada e autorizada pelo texto da Carta Política que, nesse "writ" processual, forjou o instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves conseqüências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público.

[...]

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do "writ". Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

Ou seja se depreende do voto o dissabor daquela Corte com a inércia do Congresso Nacional que, em verdade, havia sido prestigiado com as decisões anteriores, que, nada obstante reconhecendo a mora legislativa, não se permitiram imiscuir na função legiferante.

Nada obstante demonstra o conteúdo da decisão a preocupação, embora tardia, do Tribunal com a observância das normas de natureza fundamental, o que, provavelmente, seria uma conseqüência das recentes reformas constitucionais que inseriram no art. 5º os parágrafos 3º e 4º, o primeiro, inclusive, perfeitamente dispensável, diante do que já estava contido no parágrafo 2º:

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esta decisão, portanto, abriu aos servidores públicos a possibilidade de, finalmente, dispor da greve como um instrumento legítimo para a reivindicação de seus interesses, nos mesmos moldes que os trabalhadores comuns, ao menos enquanto não promulgada norma específica para sua categoria.

OS TRABALHADORES DO ESTADO

Antes de se adentrar na questão atinente ao direito de greve dos servidores públicos no Brasil, se impõe referir as diversas classes e categorias de trabalhadores que, de alguma forma, prestam serviços para o Poder Público.

A tarefa não é simples, uma vez que, ademais das numerosas formas de relação de trabalho com o Estado existentes, ainda se encontrarão nuances pertinentes às diversas unidades da Federação (União, estados e municípios) e de pouco auxiliou a iniciativa do legislador constituinte de instituir um Regime Jurídico Único para os servidores públicos, o que inicialmente redundou em uma controvérsia acerca da necessidade de este regime ser o estatutário para, em seguida, as particularidades de cada ente fazer com que mesmo este regime único se partisse em um sem número de outras figuras.

Observa-se, no entanto, que esta situação não é exclusiva do Brasil. Também no Uruguai se vislumbram dificuldades invencíveis acerca da classificação dos servidores públicos, sendo útil a sistematização feita por Racciatti¹¹ para tentar pelo menos restringir este estudo, em funcionários que são o Estado, funcionários que trabalham no Estado e, finalmente, as pessoas físicas que trabalham para o Estado.

Aqueles primeiros, seriam as pessoas que, de alguma forma, representam o Estado, manifestando a sua vontade. Seriam os que exercem os mais altos cargos públicos, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, expressando, através de seus atos, o poder e a vontade do Estado. Estes seriam no dizer de Hely Lopes Meirelles os agentes políticos¹².

A um segundo passo os servidores que trabalham no Estado seriam os que, estando a volta dos agentes políticos, têm por atividade os auxiliar e dar cumprimento aos seus atos. Estes são denominados por Meirelles como os agentes públicos e se encontram sujeitos à investidura no respectivo cargo, função ou mandato administrativo¹³, nada obstante haja, nesta categoria, também os trabalhadores em empresas públicas, por exemplo, cuja natureza da relação de trabalho é contratual e o seu regime jurídico o trabalhista (ou celetista).

¹¹ 2007, p. 176.

¹² Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abuso de poder.

[...] As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

Nesta categoria se encontram os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Municípios); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores, Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do servidor público. 1991, p. 68-9.

¹³ Op. cit. P. 72-4.

Finalmente temos as pessoas que prestam serviços para o Estado, sem, no entanto, a ele se vincular.

Meirelles se refere em duas oportunidades aos trabalhadores públicos. Em primeiro lugar faz referência aos agentes públicos¹⁴, que seriam, nas suas palavras, todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal¹⁵ e, mais adiante, estabelece que os servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária¹⁶.

Em cada uma das categorias acima referidas se encontrarão dificuldades de classificação. Por exemplo a Empresa Pública de Correios e Telégrafos – ECT, embora seja uma empresa, contrata seus trabalhadores através da CLT, mediante concurso, mas não se sujeita à execução típica da iniciativa privada, sob o argumento de que exerce uma atividade pública em monopólio¹⁷, gozando do privilégio da execução por precatório. De outra parte, uma autarquia, que explora atividade econômica, submete-se, consoante decisão do STF, à execução comum, como é o caso da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA¹⁸.

A questão atinente à ECT levou o Tribunal Superior do Trabalho a recentemente alterar a sua jurisprudência¹⁹ para negar à ECT o direito de dispensar seus empregados sem motivo²⁰.

Outra matéria que merece bastante atenção é a que diz respeito aos contratos emergenciais. A jurisprudência dos tribunais trabalhistas é praticamente pacífica no que diz respeito à competência destes para apreciar os litígios em que se alega a irregularidade de tais contratos que, então, são apreciados à luz do Direito do Trabalho.

Nada obstante se observa atualmente uma tendência do Supremo Tribunal Federal em reverter esta situação²¹, consoante se observam de liminares concedidas pela Corte em relação a processos apresentados pelo Ministério Público do Trabalho em face de entes estatais reivindicando que estes contratem mediante concurso público²². Os despachos das referidas decisões não se encontram

¹⁴ A definição de MEIRELLES de agente público atende, de certa forma, à definição do Código Penal ao estabelecer quem seria, para os fins do cometimento dos crimes típicos de servidor público: Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

¹⁵ 1991, p. 66.

¹⁶ 1991, p. 354.

¹⁷ Proc. STF RE 220.906/DF, Rel. Maurício Corrêa, DJ 14.11.02.

¹⁸ Proc. STF RE 356.711/PR, Rel. Gilmar Mendes, DJ 07.04.06.

¹⁹ Pro. TST RR-98514-2003-900-01-00.6 Rel. José Simpliciano Fernandes.

²⁰ Observe-se, contudo, que no nosso entendimento é plenamente eficaz o contido no art. 7º, I, da Constituição Federal, o que asseguraria a todos os trabalhadores o direito à garantia de emprego contra a dispensa arbitrária que, embora mais frágil que a estabilidade, representa uma segurança das relações jurídicas.

²¹ Ao menos através do deferimento de medidas cautelares, impedindo o prosseguimento do feito perante a Justiça do Trabalho.

²² A este respeito reproduzimos abaixo notícia extraída da página do Supremo Tribunal Federal na Internet:

“Ministra Ellen Gracie suspende decisão que impediu município de Coari (AM) de contratar servidores sem concurso

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, concedeu liminar na Reclamação (RCL) 5752, proposta pela prefeitura de Coari (AM), suspendendo a execução de decisão da Justiça do Trabalho que proibiu a municipalidade de contratar, sem prévio concurso público, servidores para

ainda publicados na página do STF na web, o que não permite verificar o conteúdo dos argumentos. Contudo a se manter esta posição perante o Supremo se arrisca criar uma terceira categoria de trabalhador a serviço do Estado, sem que este vínculo seja o institucional e tampouco o contratual²³.

Finalmente merece uma nota especial a situação dos trabalhadores de empresas terceirizadas. De algum tempo se decidiu flexibilizar as relações de trabalho, excluindo dos quadros das empresas, e também do Estado, os trabalhadores de menor especialização, notadamente aqueles relacionados às atividades de limpeza e conservação, assim como, e este de mais longa data, segurança patrimonial.

Os argumentos para esta discriminação são todos de índole econômica, principalmente decorrentes da sua exclusão das normas coletivas das categorias mais organizadas e encontraram eco na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que, através da súmula 331 de sua jurisprudência²⁴, fez ingressar esta situação em um ambiente de legalidade.

O DIREITO DE GREVE DOS JUÍZES

Não há divergência doutrinária acerca da possibilidade de proibição do direito de greve àqueles trabalhadores que exercem autoridade em nome do Estado.

Aliás o próprio Comitê de Liberdade Sindical, através de sua jurisprudência, reflete esta situação, como se pode depreender, exemplificativamente, dos verbetes abaixo reproduzidos:

atuarem em programas de saúde.

A ministra endossou o argumento da prefeitura de que a decisão da Justiça do Trabalho de Coari afronta decisão proferida pelo Plenário do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3395. Neste julgamento, o STF referendou liminar anteriormente concedida para suspender toda e qualquer interpretação do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal (CF), com a redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, que considere a Justiça do Trabalho competente para a apreciação de causas entre o Poder Público e servidores a ele vinculados, por relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Na RCL, a prefeitura informa que todas as contratações foram feitas com base na Lei Municipal nº 395/2002, que instituiu a possibilidade de contratação temporária para atender situações excepcionais. Alega que mantém convênio com o governo federal para os Programas de Agente Comunitário de Saúde da Família, de Combate a Endemias e de Saúde Bucal, motivo pelo qual a contratação de pessoal é indispensável, sob pena de inviabilizar-se a execução desses programas.

Afirma, ainda, que dispensou todos os servidores contratados temporariamente e, em seguida, realizou concurso. Entretanto, argumenta, "à medida que os aprovados foram tomando posse, foi que se atinou que o quantitativo de pessoas que logrou êxito no certame [no concurso] não era suficiente para atender as necessidades da Administração".

A ministra registrou que, em relação a outras ações civis públicas que também tratam de credenciamento de pessoal da área da saúde, o STF igualmente deferiu liminares. É o caso das RCLs 4074, 4104 e 4466, relatadas pelo ministro Joaquim Barbosa, e 4494 e 4872, relatadas por ela própria, nas quais foi suspensa a tramitação dos processos na Justiça do Trabalho.

A suspensão da decisão da Justiça do Trabalho vigorará até o julgamento do mérito da reclamação pelo Supremo." Acessar a página em <http://moourl.com/Coari>.

²³ Esta situação se torna mais paradoxal em relação, por exemplo, à manutenção do emprego uma vez que, ao passo que os trabalhadores regidos pelo Regime Jurídico Único tem a estabilidade, os trabalhadores celetistas têm a garantia de emprego estabelecida no inc. I do art. 7º da Constituição.

²⁴ IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

573. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública sólo en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

575. [...]. La prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a 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 sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado [...].

Não é distinto o conteúdo dos demais verbetes sobre o assunto oriundos do Comitê, conforme se pode apreender dos verbetes 577, 578 e 579²⁵.

Nada obstante se entende que esta situação deve ser apreciada com um certo grão de sal. Inicialmente no que diz respeito aos funcionários públicos que podem ser considerados como aqueles exercentes da autoridade em nome do Estado.

A um primeiro momento se poderia considerar que como tal apenas se poderiam considerar os membros de Poder. Ou seja Presidente da República, ministros, governadores, secretários de estado, prefeitos e secretários municipais no Poder Executivo, parlamentares (senadores, deputados e vereadores) no Legislativo e ministros, desembargadores e juízes no Poder Judiciário.

Nada obstante não é o que permite entrever o Comitê de Liberdade Sindical que no verbete 579 refere que, nesta condição estariam, inclusive, os servidores de aduana²⁶.

Assim em uma concepção um pouco mais ampla, consoante autorizada pela decisão referida, poderia permitir considerar como exercentes da autoridade em nome do Estado todos aqueles servidores públicos cujas atividades representem, de alguma forma, a vontade do Estado, atuando em funções que lhe são típicas. Ou seja ademais dos cargos membros de poderes, inclusive do Ministério Público, ainda as funções de fiscalização, de representação diplomática, e outras que de qualquer forma, representem a manifestação do poder estatal.

Esta doutrina, contudo, não se encontra ainda madura. Por exemplo Ricardo Mantero²⁷ ao se debruçar sobre o assunto fundamentou a vedação à greve pelos altos funcionários públicos no fato de serem estes os que traçam as principais linhas de política geral, o que tornaria a greve sem sentido, uma vez que esta apenas se justificaria como forma de se opor ou com o intuito de se modificarem decisões emanadas das instâncias decisórias. Por igual refere que a greve seria uma forma de autoproteção, subordinada à situação de hipossuficiência, o que não se encontraria configurado quando os pretensos grevistas fossem os autores (ou atores) das políticas contra as quais se opunham.

Diante desta definição estariam alijados da possibilidade de se valer de greve os magistrados, de todos os níveis. Não há dúvidas que estes servidores atuam em nome do Estado, inclusive emitindo determinações diretamente aos demais agentes políticos, revogando-lhes ou anulando-lhes decisões e lhes constringendo a praticar determinados atos, no exercício do poder jurisdicional.

²⁵ OIT, 2006, p. 125-6.

²⁶ La prohibición de la huelga a los trabajadores en el servicio de aduanas, que pueden ser considerados como funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, no es contraria a los principios de la libertad sindical. OIT, 2006, p. 126.

²⁷ p. 165.

Diógenes Gasparini, por seu turno, não diferencia os magistrados dos demais servidores públicos, cuidando, ao fazer a sua classificação dos servidores públicos, apenas de destacar os agentes políticos que seriam exclusivamente aqueles que se ligam ao Estado através de um liame de natureza política²⁸, ou cuja substituição ao Estado se daria em virtude de um mandato.

Esta é também a posição de Ermida Uriarte ao asseverar que a proibição do direito de greve dos servidores públicos somente se justificaria na medida em que estes atuem como órgãos do poder público, supondo-se que exerçam a administração central do Estado²⁹.

E esta distinção não é sem motivos. A autonomia dos magistrados e dos demais agentes públicos se restringe à manifestação da vontade estatal em aspectos pontuais. Não se imiscuem estas autoridades em matérias atinentes ao seu próprio status como trabalhadores do Estado.

Assim ao contrário do Poder Executivo que tem a faculdade do decreto³⁰ e do Poder Legislativo, que se pode valer do poderosíssimo instrumento de criar leis, em ambas as hipóteses se podendo alterar a sua própria situação remuneratória, os magistrados, que se manifestam através de sentenças, o fazem apenas de modo a solucionar dissídios entre terceiros, não servindo a emanção de sua vontade para criar ou alterar direito próprio.

Ademais os juízes, embora preservem a independência quanto às suas decisões, ou seja a função jurisdicional, se encontram, sob muitos pontos-de-vista, sujeitos à uma estrita estrutura hierárquica. Pode-se dizer mesmo que o magistrado se encontra, comparativamente, em situação inferior a cargos de baixo escalão da Administração Pública na medida em que, por exemplo, não pode definir o número de servidores terá lhe prestando serviços na sua unidade judiciária, a remuneração ou a carga horária de tais servidores ou sequer coisas mais simples, como a cor da capa dos processos que julgará, ou sequer o programa de software que utilizará para publicar as suas decisões.

Poder-se-ia opor que aos membros do Poder Judiciário competiriam outras formas de pressão, justamente por serem parte do Estado. Todavia este argumento, nada obstante tenha pertinência para ambos os poderes políticos do Estado, não se aplica ao Judiciário. Tal poder é escalonado em carreira, da qual apenas a cúpula, cuja forma de acesso não depende da transição pelas instâncias inferiores, possui uma pequena parcela de decisão, adstrita ao encaminhamento ao Congresso de projeto de lei disciplinando sobre o Estatuto da Magistratura³¹.

Observe-se, de outra parte, que enquanto os Poderes Executivo e Legislativo possuem entre si meios próprios e legítimos de pressão – a obstrução deste e a execução orçamentária daquele, apenas exemplificadamente – o Poder Judiciário não dispõe de qualquer parcela de discricionariedade, uma vez que lhe compete apreciar as demandas que lhe são submetidas devendo, para tanto, priorizar os processos de acordo com a sua antiguidade e estágio processual, sendo que os membros das instâncias inferiores ainda devem observar prazos legais, rigidamente controlados pelas respectivas corregedorias, situadas em uma instância superior, com poderes disciplinares.

²⁸ p. 45.

²⁹ 1996, p. 136.

³⁰ E ainda da Medida Provisória, poderoso instrumento que foi utilizado como meio de se substituir ao Legislativo durante todo o governo Fernando Henrique e em boa parte do governo Lula.

³¹ Art. 93 da Constituição.

De outra sorte não é ocioso ressaltar que, excluindo-se a primeira instância, os tribunais são permeados por magistrados que a este cargo ascendem por nomeação pelo chefe do Poder Executivo, oriundos da advocacia ou do Ministério Público, o que resulta na politização das instâncias superiores, na medida em que parcela de seus integrantes, nada obstante atingindo posições de prestígio na carreira da magistratura, mantém uma postura amigável com os membros da classe política dos quais prosseguem a postular quer em proveito próprio, quer de outrem, vantagens perante a Administração Pública que, por serem egoísticas, não atenderiam à categoria que compõem.

Não se há referir, por igual, acerca da essencialidade da atividade jurisdicional. Até mesmo porque, ante à morosidade das decisões, não se poderia pressupor que uma eventual paralisação viria, mais do que o ordinário, a ferir de morte direitos alheios. Por óbvio que certas atividades, mormente as relacionadas às liberdades individuais, poderão demandar o cumprimento, por parte das entidades sindicais, de serviços mínimos, para o que pode servir de parâmetro o regime de plantões que já ocorre em feriados forenses.

Os magistrados brasileiros se reúnem em associações, que, nada obstante esta denominação, têm natureza nitidamente sindical, uma vez que reúnem e representam os trabalhadores desta categoria. Se houve em algum momento a vedação para que os magistrados se reúnam em sindicatos, não é isso que atualmente se depreende quer do conteúdo do texto da Constituição, que relaciona as vedações no art. 95, quer da Lei Orgânica da Magistratura (LCP 35/79), que o faz no art. 36.

Tais associações desempenham, pois, um papel de protagonistas nas negociações que envolvem magistrados e Governo. Assim ANAMATRA e AJUFE – respectivamente as associações nacionais dos juízes do trabalho e federais – tiveram papel preponderante no movimento ocorrido em 2003, ao qual José Alberto Couto Maciel faz referência em seu artigo³².

A possibilidade de os magistrados realizarem greves e a sua ligação a uma organização de caráter salarial coloca-nos sob a perspectiva dos efeitos de uma eventual paralisação de magistrados sob o aspecto da negociação coletiva.

NEGOCIAÇÃO DE CONDIÇÕES DE TRABALHO

Uma questão muito importante que envolve o direito de greve dos servidores públicos – e também outros direitos relacionados à sua liberdade sindical – é a possibilidade de negociação das condições de trabalho.

Carlos Moreira de Luca³³ relaciona o que ao seu ver seriam os principais empecilhos para que ocorresse a celebração de contratos coletivos entre o Estado e seus servidores:

1. a Constituição Federal veda a celebração de acordos e convenções coletivas, ao deixar de fazer-lhes referência no art. 7º, XXVI (que reconhece validade aos acordos e convenções coletivas no setor privado) no elenco dos direitos estendidos aos servidores públicos pelo § 2º do art. 39;

³² MACIEL, José Alberto Couto. Direito coletivo constitucional e o servidor público. In SOARES, José R. C. (coord.). O Servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 161.

³³ LUCA, Carlos Moreira de. A negociação coletiva no serviço público. In SOARES, José R. C. (coord.). O Servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 51-60.

2. o Poder Público, como representante dos interesses gerais, está em posição hierárquica superior à dos servidores, o que impede a contratação coletiva, que pressupõe a igualdade jurídica das partes.
3. os servidores públicos são organizados em padrões rígidos e uniformes, não podendo sofrer alteração em relação aos servidores envolvidos na negociação coletiva;
4. a reserva legal quanto à criação de cargos e fixação de vencimentos torna inviável a negociação.

No entanto prossegue o autor referindo que esta omissão do legislador constituinte em outorgar aos servidores públicos o direito à negociação coletiva não se afigura um obstáculo intransponível para que se venha, futuramente, possibilitar que se estabeleça uma legislação capaz de conciliar o direito de greve e de sindicalização à negociação coletiva.

Acrescenta, outrossim, que os demais argumentos por ele levantados servem para advertir que, mesmo na hipótese em que se evolua em direção à viabilidade da negociação coletiva dos servidores públicos, esta sempre encontrará restrições, pertinentes às características particularíssimas do Estado, notadamente o seu *jus imperii*.

E com razão. Diuturnamente verificamos nas relações com o Estado situações de conflito coletivo na qual, por força das circunstâncias, os gestores públicos se vêem obrigados a sentar à mesa para negociar com os sindicatos ou coletividades.

Não se pode, pois, assistir a este fenômeno e, ao mesmo tempo, invocar a sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, mormente porque os efeitos decorrentes de tais negociações, posteriores aos conflitos, tem toda a semelhança com um acordo coletivo do qual advêm vantagens aos trabalhadores, ademais de serem reguladas, mediante acordo, a situação atinente ao período de paralisação.

Não é como pensa José Alberto Couto Maciel³⁴. Este autor se opõe francamente a qualquer possibilidade de vir a se estabelecer negociação coletiva entre Estado e seus servidores³⁵.

Um dos argumentos principais para esta oposição é a ausência de vontade por parte do particular após a sua posse, tendo em conta a natureza institucional e não-contratual do vínculo do trabalhador público com a Administração.

Entretanto a questão que circunda a natureza do vínculo do trabalhador público com o Estado tem pertinência com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente aqueles estabelecidos no art. 37 da Constituição da República Brasileira, ou seja legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

³⁴ MACIEL, José Alberto Couto. Direito coletivo constitucional e o servidor público. In SOARES, José R. C. (coord.). O Servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 148-63.

³⁵ O autor faz referência ao fato de que os trabalhadores públicos não poderão, no caso de frustrada a negociação coletiva, submeterem-se à arbitragem ou ajuizar dissídio coletivo, uma vez que não há previsão para esta situação. Esta referência, no entanto, procedida antes da EC 45/2005 já não surtiria efeitos na nossa opinião, uma vez que, a contar da referida Emenda, tampouco os trabalhadores, excetuando-se a hipótese de comum acordo (concordância da parte contrária) poderão se valer da Justiça do Trabalho para que resolva o conflito através do Poder Normativo, que já não se mantém.

Observe-se que a extinção do Poder Normativo, que era apenas a outorga ao Judiciário Trabalhista de grau superior do poder de legislar para decidir conflito entre uma categoria específica de trabalhadores e seu empregador ou seus empregadores, em nada afeta o acesso à Justiça, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor estabelece, desde a sua criação, a possibilidade de associações de consumidores celebrar contratos ou acordos coletivos de consumo, sem lhes ter instrumentalizado com mecanismo semelhante.

Neste quadro quando se estuda o natureza do vínculo do trabalhador público com a Administração e se assevera que ele não é contratual, mas institucional³⁶, o que se quer ressaltar é que, ao contrário dos contratos celebrados pela iniciativa privada, o ente público não pode transacionar³⁷, pois deve estar atento àqueles princípios. Nada obstante o Estado não pode, como tomador de serviços, violar os direitos de seus trabalhadores, os quais gozam da proteção inerente aos direitos fundamentais, que são.

E a própria Constituição cuida de explicitar muitos destes direitos, como a irredutibilidade de vencimentos, férias, repouso semanal remunerado, etc.

Observe-se, de outra parte, que a tese de inviabilidade de negociação, fundada na natureza do contrato com o Estado igualmente não subsiste tendo-se em conta que, em muitas oportunidades, o Estado opta por arregimentar trabalhadores através do regime da CLT.

Por óbvio é necessário que mecanismos sejam criados e observados para evitar situações como as narradas por LUCA³⁸ na Itália, na qual, em virtude da forte mobilização de algumas categorias de servidores civis, estas foram obtendo vantagens díspares em relação às demais, o que gerou distorções no sistema.

Nada obstante não podemos deixar de ressaltar que muito já há muito de negociação no serviço público no Brasil. Situações mais pontuais, onde o poder discricionário do administrador imediato é maior são, muitas vezes, objeto de deliberação.

Assim é comum que paralisações de servidores públicos, mesmo de índole estatutária, se encerrem através de concessões por parte dos órgãos a que vinculados tais como reajuste de valor da ajuda-alimentação, de auxílio-creche, disciplinamento de intervalos, etc.

Também em casos em que envolvidas categorias mais abrangentes não é raro que se estabeleça em negociação o envio, pelo chefe do Poder Executivo, projeto de lei nos termos vindicados pelos servidores, via de regra afiançada a sua aprovação e rapidez de tramitação por parlamentares, nada obstante nada além disso se podem comprometer, tendo em conta os princípios e regras constitucionais a que se subordinam tais atividades, como lucidamente adverte Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁹.

³⁶ Assim a relação firmada entre o agente político e a pessoa jurídica, a cujos quadros pertence o cargo por ele titularizado, haure a sua natureza daquela conjuntura, sendo, pois, uma relação institucional, quer dizer, ditada por um complexo de normas jurídicas postas que formam, informam e conformam as instituições do Poder estatal. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucional dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 69.

³⁷ Por exemplo não é possível que para obter um determinado profissional técnico o Estado lhe ofereça uma remuneração superior aos demais trabalhadores ou outras vantagens, como o fazem empresas privadas (excetua-se, por óbvio, situações especialíssimas, principalmente atinentes à contratação de pessoas com dotes artísticos para a realização de espetáculos ou obras. Admite-se, portanto o pagamento de uma remuneração superior para que Chico Buarque cante em um evento ou para que Oscar Niemayer desenhe um prédio são, mas não para que Gilberto Gil exerça o cargo de Ministro da Cultura).

³⁸ Op. cit. p. 54.

³⁹ O servidor público, sujeito ao regime estatutário, que é positivado legalmente e que demanda que qualquer alteração de seus fatores, inclusive o remuneratório, se dê pela via da norma jurídica, não pode pretender que, de uma negociação legada a cabo exclusivamente com o titular do Poder Executivo, por exemplo, possa-se extrair solução referente a valores, porque o Poder Legislativo terá participação imprescindível no desate do litígio instalado. Mas mesmo o exercício da função legiferante sujeita-se a princípios e regras constitucionais incontornáveis pelo legislador, pelo que há de se ater o movimento e sua solução aos comandos constitucionais, tais como os que se referem a leis orçamentárias, a leis restritivas do reajustamento e do limite de gastos das entidades com o pagamento de seus servidores etc. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucional dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 364.

Comungamos do entendimento de Octavio Racciati⁴⁰ que, ao advertir que a “força de atração exercida pelas técnicas do Direito do Trabalho sobre a função pública”⁴¹ tem duas manifestações, uma no plano instrumental, que se concretiza na utilização de técnicas de Direito Coletivo do Trabalho, originariamente apenas admitidas no Direito Privado, e outra de caráter substantivo, ou seja na extensão de normas e princípios de Direito Comum do Trabalho⁴²

Negar a possibilidade de negociação coletiva aos servidores públicos seria, pois, fazer letra morta de dois direitos fundamentais que lhes foram asseguradas na Constituição Federal: liberdade sindical e greve. Não há greve sem reivindicação e não é possível atendê-las sem uma margem para negociação.

CONCLUSÃO

O debate acerca da viabilidade da greve dos magistrados não é novo. Todavia acreditamos que, através destas poucas linhas, tenhamos trazido novos pontos a serem considerados na sua avaliação.

A questão atinente à falácia de que os magistrados estariam enquadrados na vedação ao direito de greve por representarem a vontade do Estado com certeza encontrará defensores e detratores.

Não obstante é inafastável o fato de que a autonomia dos juízes de instâncias originárias é muito pequena, subsumindo-se a pequenas questões administrativas, quanto mais na determinação do horário de suas audiências e, eventualmente, no número de processos a serem incluídos nas suas pautas.

A doutrina que prega a vedação de greve desta categoria de trabalhadores deverá, certamente, alicerçar suas razões em elementos que demonstrem a sua efetiva autonomia.

Gozando, no entanto, os detentores de tais cargos de alguma autonomia, certamente poderão utilizá-la para realizar outras formas de pressão. Assim, por exemplo, na medida em que se lhes reconheça a autonomia para alterar a ordem dos processos a serem julgados, estabelecer-se como prioridade o julgamento de feitos contra a Fazenda Nacional, ou retardar a apreciação de execuções em favor desta, serão formas de greve atípicas, mas reconhecidas como tal pelo Comitê de Liberdade Sindical.

Ou seja ainda que não se reconheça o direito de greve dos magistrados, a demonstração de que estes possuem autonomia e que agem em nome do Estado apenas servirá para que usem desta autonomia como forma de pressão, o que, de uma forma ou de outra, permitirá concluir que eles podem se valer da greve para demandar direitos de natureza categorial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUTINHO, Aldacy Rachid. Greve dos servidores públicos. A experiência francesa. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, 2000, p. 43-66.

⁴⁰ RACCIATTI, Octavio Carlos. El derecho de huelga de los funcionarios públicos. In: VÁRIOS AUTORES. Veinte estudios laborales em memória de Ricardo Montero Alvarez. Montevideo: FCU, 2004, p. 347-58.

⁴¹ Citando Saint-Jours, Ives. La pénétracion du droit du travail dans la fonction publique, en Tendences du droit du travail français contemporains. Études offertes à G. H. Camerlynck, Dalloz, Paris, 1978, p. 241.

⁴² RACCIATTI, op. cit. p. 347.

COUTURE, Eduardo J.; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *La huelga em el Derecho uruguayo*. Montevideo: M. B. A., 1951.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza*. 2. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesionala comienzos del siglo XXI*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Introdução. in RAPASSI, Rinaldo G. *Direito de Greve de servidores públicos*. São Paulo: LTr, 2005, p. 15-7.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: FCU, 1996.

ERMIDA URIARTE, Oscar; RACCIATTI, Octavio Carlos. *Derecho Internacional del Trabajo*. Montevideo: FCU, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
GALLART FOLCH, Alejandro. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2000.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve do servidos público civil e os direitos humanos*. Revista LTr, São Paulo, v. 65, n. 12, p. 1459-67, dez. 2001.

LUCA, Carlos Moreira de. *A negociação coletiva no serviço público*. In SOARES, José R. C. (coord.). *O Servidor público e a Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 51-60.

MACIEL, José Alberto Couto. *Direito coletivo constitucional e o servidor público*. In SOARES, José R. C. (coord.). *O Servidor público e a Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 148-63.

MANTERO de SAN VICENTE, Osvaldo. *Derecho sindical*. 1. ed. Montevideo: FCU, 1998.

MANTERO ALVAREZ, Ricardo. *Limites al derecho de huelga*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, Sandro N. *O direito de greve dos servidores públicos e a amplitude eficaz das normas programáticas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Manaus, 1999, p. 21-46.

MONERO PÉREZ, José Luis. Estudio preliminar del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho. In GALLART FOLCH, Alejandro. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2000, p. XI-CLXIII.

OIT. *Libertad sindical: Recompilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5. ed. (revisada). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

PÉREZ PÉREZ, Alberto. Derechos humanos, ley interna y Derecho Internacional. In: VÁRIOS AUTORES. *Impunidad y derechos humanos*. Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para examinar la compatibilidad de las leyes de un Estado miembro con las disposiciones de la Convención. Montevideo: Editorial Universidad Ltda. [1999?], p. 31-47.

RACCIATTI, Octavio Carlos. El derecho de huelga de los funcionarios públicos. In: VÁRIOS AUTORES. *Veinte estudios laborales em memória de Ricardo Montero Alvarez*. Montevideo: FCU, 2004, p. 347-58.

RACCIATTI, Octavio Carlos. *Relaciones laborales con el Estado*. Revista Judicatura, Montevideo, n. 45, ago. 2007, p. 173-98.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucional dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.