Aplicação do postulado da proporcionalidade à greve dos servidores públicos*

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Adjunta de Direito Administrativo e Constitucional da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Procuradora do Município de Juiz de Fora.

Guilherme Nogueira Santos

Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Rafael José de Castro

Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

William Júnior Mazoco Coelho

Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo: A inação legislativa frente ao inciso VII do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988) deixa desprotegido o direito à greve dos servidores públicos, implicando colisão entre esse direito fundamental trabalhista e a continuidade dos serviços essenciais. É sabido que a prestação destes abrange a concretização de inúmeros direitos fundamentais, os quais, se sujeitos à intermitência, podem acarretar prejuízos irreversíveis aos seus destinatários. Em função do caráter axiológico abarcado por essa problemática, é mister aplicar o postulado da proporcionalidade como critério determinante dos princípios prevalentes no caso concreto.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Greve. Servidor público. Postulado da proporcionalidade. Continuidade do serviço público.

Sumário: **1** Introdução – **2** Pressupostos teóricos – **3** Noções preliminares acerca da greve dos servidores públicos civis – **4** O Projeto de Lei nº 710 – **5** A ingerência da Administração Pública frente ao direito de greve – **6** A decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712-8/PA – **7** A aplicação do postulado da proporcionalidade à greve dos servidores públicos – **8** Conclusão – Referências – Anexo

1 Introdução

O presente trabalho analisa a inconstitucionalidade por omissão em razão da ausência de lei que regulamente a greve no setor público, restando vago o inciso VII do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988). Essa lacuna legal enseja conflito entre o princípio da continuidade do serviço público, os direitos fundamentais dos administrados e o direito

* Categoria: Artigos científicos.

fundamental social à greve dos servidores. Nesse sentido, discutir-se-á a insuficiência da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712-8/PA (BRASIL, 2007), bem como do Projeto de Lei do Senado nº 710 (BRASIL, 2011).

A finalidade deste trabalho é traçar parâmetros que condicionem o exercício do direito à greve dos agentes públicos com base em um juízo de proporcionalidade entre o seu exercício enquanto instrumento de proteção dos seus direitos sociais e os direitos fundamentais protegidos pelo serviço público descontinuado. Para tanto, vale-se do método indutivo, em que se parte da análise de casos específicos para posteriormente formular uma conclusão genérica que signifique subsídio para eventual elaboração de uma lei que trate da matéria.

A temática é relevante, pois tem grande repercussão na eficácia dos direitos fundamentais satisfeitos mediante a prestação dos serviços públicos à sociedade. Sob o prisma do servidor público, a solução do problema é de suma relevância, uma vez que viabiliza o seguro exercício de um direito constitucionalmente previsto.

2 Pressupostos teóricos

A normatividade constitucional (HESSE, 1991) é um substrato importante ao tema desenvolvido neste trabalho. Contesta-se a ideia de Lassale (2001) de que a Constituição seria um amontoado de papel que se subjuga às relações de poder em uma sociedade. Seu escopo, portanto, seria apenas reconhecer relações já instituídas, isto é, refletir o plano do ser. O conteúdo jurídico da Constituição, nesse sentido, não passaria de uma ficção, pois ela não exerceria qualquer normatividade ou orientaria a realidade na qual se insere.

Contrapondo esse entendimento, Hesse (1991) logra resgatar o aspecto normativo da Constituição enquanto objeto da ciência jurídica. Tal normatividade consiste na pretensão de eficácia da Constituição, a partir da qual ela rege e guia a realidade política e social. Porém, para não se incorrer no mesmo erro de Lassale (2001), é fundamental conciliar a Constituição jurídica e a Constituição real. Assim, afirma Hesse (1991) que a Constituição é "determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela" (HESSE, 1991, p. 15), não se podendo "definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas" (HESSE, 1991, p. 15).

Observa-se que a relação entre as duas faces da Constituição, qual seja, real e normativa, dá-se através da pretensão de eficácia, a qual deve acolher mecanismos aptos à ponderação dos princípios fundamentais esculpidos no texto constitucional, com vistas a se furtar ao fracasso e a preservar a sua normatividade. Com efeito, as relações fáticas, que originam e legitimam os princípios constitucionais, assumem posições antagônicas, clamando uma interpretação capaz de viabilizar sua coexistência harmônica. Essa só é possível na medida em que essa interpretação pauta-se na ótima concretização da norma sem olvidar a sua concordância prática. Logo, interpretar a Constituição exige a concretização dos seus preceitos através de uma hermenêutica construtiva e dinâmica que se afigura como condição fundamental na preservação da sua força normativa.

É certo, como assevera Bonavides (2003, p. 588), que a eficácia normativa da Constituição encontra seu maior expoente no momento em que os direitos fundamentais assumem, para além de sua dimensão subjetiva, um viés objetivo que os eleva à categoria de princípios fundamentais da ordem constitucional. Encarados sob este aspecto, o conjunto desses direitos é requisito elementar do Estado Democrático de Direito. Sua dimensão axiológica faz desses direitos expressões de uma determinada ordem de valores e diretrizes à atuação dos três Poderes, mormente à função legislativa, tratada com maior atenção neste trabalho.

O positivismo lógico-formal revela-se inapto em face da teoria objetiva dos direitos fundamentais, pois abarca métodos hermenêuticos indiferentes à carga axiológica desses direitos. Conforme Alexy (2008), os direitos fundamentais demandam uma interpretação dotada de certas particularidades, uma vez que as normas que os enunciam são demasiadamente amplas e indeterminadas. As decisões sobre eles afetam a estrutura da sociedade, trazendo, então, implicações políticas. Por isso, essas decisões são de primazia, isto é, exigem o emprego do postulado da proporcionalidade.

O cerne dessa discussão é justamente o caráter diferenciado dos direitos fundamentais. Segundo Alexy (2008), algumas normas de direitos fundamentais possuem caráter de princípio, porquanto outras de regra. Os princípios dão contorno *prima facie* às regras, malgrado seu comando deontológico tenha aplicabilidade imediata.

Para Alexy (2008), a distinção entre princípios e regras é apenas de grau de generalidade, ou, ainda, de qualidade. Ambos são espécies do gênero norma e apresentam entre si uma diferença estrutural. O autor

define os princípios como mandados de otimização, pois, em função de sua carga axiológica, podem ser realizados em diferentes graus, tomando-se como parâmetro os princípios e regras opostos. Ao seu tempo, as regras são enunciações deônticas cujo âmbito de aplicação é extremamente preciso, e, por isso, sua subsunção está adstrita à hipótese de incidência, a qual encerra todo o juízo de valor realizado pelo hermeneuta.

Assim, em um conflito de princípios, diferentemente do conflito entre regras, em que uma delas é declarada inválida, um deles cede, sem que com isso o outro princípio seja declarado inválido. Fala-se, então, em relação de prevalência relativa, cuja determinação de qual princípio será aplicado faz-se mediante as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Quando vazados na forma de princípios, os direitos fundamentais não são absolutos, haja vista a restrição a eles se efetivar somente com ponderação em face dos princípios contrários e sob os auspícios do postulado da proporcionalidade. Sua qualificação como tal, na esteira de Ávila (2001), é a de uma metanorma, isto é, uma estrutura para aplicação de outras normas. A partir dessa noção é que Alexy (2008) qualifica a proporcionalidade como "um comando para otimizar", em contraposição ao conceito clássico de princípio: "comando para ser otimizado".

O postulado da proporcionalidade limita o Poder Legislativo à restrição dos direitos fundamentais, impondo-lhe a realização de uma ponderação no exercício do princípio da reserva legal. Os Poderes Executivo e Judiciário também não se furtam a sua observância no exercício de suas funções típicas, pois no momento de aplicação das leis, a despeito de seu grau de abstração e generalidade, devem valorar e ponderar as diferentes *nuances* do caso concreto.

Ademais, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como concebidos pela teoria unívoca, afigura-se como escudo em face dos eventuais ataques que esses direitos possam vir a sofrer pela atividade legislativa calcada no princípio da reserva legal. Assim, a parte mais relevante de seu conteúdo não se perde.

A normatização da matéria em legislação infraconstitucional que observar o aludido postulado busca a razoabilidade e o sopesamento dos direitos em conflito, uma vez que em um Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico não é instrumento usado pela maioria como forma de subjugar o direito das minorias, mas sim como sistema de garantias, com vista à justa medida dos interesses em conflito.

3 Noções preliminares acerca da greve dos servidores públicos civis

Partindo da ideia que a Administração Pública atua como curadora do interesse público, a continuidade da atividade administrativa impõe-se como um princípio responsável por reger toda a sua conduta, afinal, não pode o interesse público sujeitar-se à intermitência, conforme assevera Bandeira de Mello (2010). Trata-se de afirmação uníssona na doutrina, cujo entendimento indica que os serviços públicos não podem ser interrompidos porque não param os anseios da comunidade. Perceba-se que, acaso se admita que os serviços públicos tenham por objetivo a promoção e defesa dos direitos fundamentais dos administrados, então, com muito mais razão, há que se primar pela sua prestação ininterrupta.

Em contrapartida, o direito de greve é instrumento constitucional para o exercício de poder de fato capaz de pressionar o Poder Público a atender as reivindicações que julgam oportunas e pertinentes para o desempenho de suas atividades. Decorre que, se de um lado, tem-se a prestação dos serviços públicos para implementar direitos fundamentais dos administrados, do outro, tem-se os direitos fundamentais sociais trabalhistas dos servidores públicos. Eis aqui uma colisão entre princípios — a qual, nos trilhos do pós-positivismo e da hodierna teoria dos direitos fundamentais, precisa ser dirimida à luz do postulado da proporcionalidade. Malgrado o direito de greve, em um primeiro momento, signifique a negação do princípio da continuidade, ambos podem e devem ser conciliados.

Todavia, a despeito desse entendimento e da ausência de diploma legal regulamentador da greve no serviço público, o Poder Legislativo não aprovou nenhuma lei que tratasse da matéria, ensejando uma omissão frente ao seu dever constitucional de legislar.

A temática da inconstitucionalidade por omissão, na acepção da contemporânea Teoria da Inconstitucionalidade das Normas, está intimamente relacionada ao assunto abordado no presente trabalho, afinal o inciso VII do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988) traz cláusula de reserva legal. Não obstante tenham surgido alguns projetos de lei com esse intuito, passados 25 anos desde a promulgação da Constituição (BRASIL, 1988), nenhum deles contou com a chancela do Parlamento. O mais recente deles é o Projeto de Lei do Senado nº 710 (BRASIL, 2011), o qual possui redação controvertida em alguns de seus dispositivos, impondo, até mesmo, ditames desproporcionais, os quais serão analisados a seguir.

4 O Projeto de Lei nº 710

Tramita no Senado Federal Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011), de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), cujo objetivo é disciplinar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Apesar de a primeira vista a iniciativa ser louvável, através de uma análise pormenorizada de seus dispositivos, resta clara a colossal degradação que o presente projeto tenciona impor aos servidores públicos.

A questão levantada pelos §§4º e 5º do artigo 7º e pelos §§3º e 4º do artigo 8º suscita o debate da participação do Poder Judiciário no processo de negociação e firmação do acordo quando houver dissenso entre os sindicatos e a Administração Pública. Em se tratando de questão eminentemente política, os órgãos jurisdicionais devem se abster da decisão de mérito, pois lhes faltam substratos jurídicos, sendo patente apenas o julgamento quanto à legalidade do movimento. Em homenagem ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário deve atuar como vigilante do ordenamento jurídico, sendo-lhe permitido atuar apenas mediante fato que perturbe essa ordem.

Nesse sentido, posiciona-se Böckenförde (1991) em sua tipologia das teorias dos direitos fundamentais, pela qual assevera que a implementação dos direitos fundamentais — aqui entendida como a finalidade dos serviços públicos — demanda a alocação de recursos financeiros do Estado, os quais, por serem escassos, implicam a tomada de decisões políticas que estabeleçam prioridades. Destarte, só se justifica o controle jurisdicional quando houver dissonância entre essas decisões e os preceitos constitucionais. Diante do exposto, o §1º do artigo 39 da Constituição (BRASIL, 1988) é, no âmbito da remuneração dos servidores públicos, um exemplo de preceito constitucional que enseja a atuação do Judiciário se violado pelo administrador público no processo de negociação.

Ao seu turno, os artigos 18 e 19 do Projeto de Lei nº 710/11 (BRASIL, 2011) preceituam que as entidades sindicais ou os servidores ficam obrigados a manter percentual mínimo de suas atividades. Nos serviços essenciais essa parcela é de 60% do total de servidores (artigo 18), elevando-se a 80% nos setores de segurança pública (parágrafo único do artigo 18), ao passo que nos serviços não essenciais vislumbra-se insignificante diferença, sendo estabelecido que 50% das atividades devam ser mantidas.

Essa determinação engessa o movimento paredista no sentido de que a greve, encarada como instrumento social, tem sua eficácia esvaziada, perdendo a visibilidade e a capacidade de pressionar o Poder Público,

enquanto garantidor dos direitos fundamentais dos administrados. Com efeito, a impossibilidade de que a maior parte do efetivo de servidores adira à greve deixa o movimento sem qualquer notoriedade, seja em face da Administração Pública — a qual não sofre ônus considerável — seja frente aos cidadãos — os quais não experimentam uma mitigação substancial de seus direitos fundamentais.

É imperioso esclarecer que malgrado se discorde das porcentagens de paralisação aviltadas pelo Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011), não se quer aqui propugnar pela absoluta ausência de prestação do serviço público. Ora, um dos pilares deste trabalho é justamente a defesa da continuidade desses serviços. Assim sendo, defendem-se porcentagens que se coadunem com as especificidades de cada setor da Administração, com vistas ao postulado da proporcionalidade. Em outros termos, é imprescindível estabelecer uma relação harmônica entre o princípio da continuidade dos serviços públicos e o direito de greve, de modo que a implementação de um não implique, necessariamente, a negação do outro, como se sugere no tópico 6.

Finalmente, o artigo 21 é nitidamente uma cópia do artigo 12 da Lei nº 7.783/89, ao dispor que ao Poder Público incube a tarefa de assegurar a prestação dos serviços afetados pela inobservância dos percentuais mínimos. A despeito de essa medida ser adequada ao setor privado, ela não se aplica ao setor público, quando da hipótese de funções administrativas não concorrentes, em vista da simples inexistência de servidores "reservas" que exerçam essas atividades. Ademais, fere flagrantemente o princípio da legalidade, conferindo margens para que os servidores desempenhem funções para as quais não são competentes. Repare que o legislador admite tal aberração sem qualquer análise das peculiaridades inerentes a cada modalidade de serviços públicos.

Tome-se como exemplo uma greve que envolva policiais federais. Nesta hipótese, a atividade desempenhada por esses servidores é de competência exclusiva da União, restando impossibilitado o manejo de servidores de outras esferas administrativas para o exercício dessa função. A questão aqui não é de mera impossibilidade jurídica, mas, outrossim, prática, em vista da medida implementada, sob o lume do postulado da proporcionalidade, encontrar barreiras no subnível da adequação. Por óbvio, a função de um policial federal, em especial nos serviços de inteligência, demanda conhecimentos técnicos, os quais os demais agentes de segurança pública não possuem. Em última análise, a substituição desarrazoada dos servidores resulta, também, em quebra ao princípio da eficiência.

5 A ingerência da Administração Pública frente ao direito de greve

A greve dos servidores públicos, quando não possui lei que, mais do que a regulamente, a proteja, fica à mercê da atuação desproporcional da Administração Pública, a qual, ao seu tempo, é isenta de qualquer barreira legal. Na última greve dos servidores públicos federais, o Poder Público tomou medidas arbitrárias que demonstram essa ingerência da Administração. Uma delas partiu da Advocacia-Geral da União, a qual, no dia 10 de agosto de 2012, ameaçou sancionar por improbidade administrativa os reitores das universidades federais que não realizassem o corte salarial dos professores em greve. No entanto, essa ação configurou flagrante desrespeito ao artigo 207 da Constituição (BRASIL, 1988), que preceitua a autonomia administrativa, de gestão financeira e patrimonial das universidades públicas.

Outro grave desrespeito cometido contra o movimento grevista foi a suspensão da decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ari Pargendler, chancelando o desconto dos dias parados de servidores federais em greve no Distrito Federal. O presidente motivou sua decisão do seguinte modo: "Este é um dos elementos da lógica da greve no setor privado: o de que o empregado tem necessidade do salário para a sua subsistência e a da família. O outro elemento está na empresa: ela precisa dos empregados, sem os quais seus negócios entram em crise". A linha de argumentação do ministro é totalmente estapafúrdia. Pode-se inferir desse entendimento que, *a contrario sensu*, os servidores públicos não possuem necessidades básicas nem família, porque a subsistência própria e a da família dos servidores privados foi levantada como razão pela qual não se justifica o corte de ponto. A despeito de se concordar que os servidores públicos e os servidores privados não se encontram em situações análogas, o ministro peca ao aduzir um fundamento equivocado como fator de discrímen, a saber, a destinação do salário dos servidores. Ademais, a segunda parte da motivação do Ministro Pargendler é igualmente equivocada, pois se dirige apenas aos empregadores e sua receita, negligenciando o fato de que no setor público encontram-se em questão as necessidades dos administrados e a realização dos direitos fundamentais.

Outrossim, o corte de ponto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos é injustificado na medida em que o vínculo empregatício desta categoria é estatutário, portanto concentra-se nas mãos do Poder Público a decisão de alterar unilateralmente o Estatuto. Em razão disso, não gozam

dos benefícios do regime celetista (reposição da inflação, FGTS, aviso prévio e, sobretudo, o contrato bilateral). Não obstante, é recorrente a alusão da Administração ao inciso I do artigo 44 da Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990) para justificar o corte salarial. Contudo, o referido dispositivo autoriza o corte apenas nas situações em que o servidor injustificadamente faltar ao trabalho. Ademais, é respaldado pelo artigo 45 do Estatuto, o qual permite o corte apenas por imposição legal ou mandado judicial como forma de sanção a algum ato faltoso do servidor. Ora, sem fundamentação legal, é ainda mais inadequada a iniciativa da Administração em suspender o pagamento de salários através da edição de portarias ou resoluções, fato que configura flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e ao sistema hierárquico de validade das normas preconizado por Kelsen (2009). É evidente que a greve não se enquadra nem em uma, nem em outra situação — é direito fundamental constitucionalmente assegurado ao servidor, logo, não poderá ser considerada como ato faltoso ou injustificado do servidor, se legítima.

A asserção do Ministro Pargendler, mais do que apenas ignorar os preceitos legais supracitados, vai de encontro com a dogmática pós-positivista adotada pelo ordenamento pátrio. Toma-se como referência o inciso IV do artigo 7º da Constituição (BRASIL, 1988), que, a partir de uma interpretação extensiva cotejada pelos princípios norteadores da ordem constitucional vigente, estabelece o salário como direito fundamental porque é pressuposto necessário para que se atinjam as condições vitais da pessoa humana enquanto inserida nas relações sociais e, em especial, de trabalho. Posto que é direito fundamental, qualquer restrição ao salário precisa ser, como aduz a teoria dos direitos fundamentais capitaneada por Alexy (2008), fundamentada racionalmente e calcada no emprego do postulado da proporcionalidade.

Por outro lado, o corte salarial repercute na pluralidade de direitos fundamentais cuja garantia fática de realização reside na própria necessidade de um aporte financeiro. O salário é, sob um aspecto econômico, instrumento para a satisfação das necessidades pessoais, portanto, negá-lo seria vedar ao sujeito a persecução de seus anseios — e, aqui, cabe ressaltar, no mais das vezes se está lidando com questões que tangem ao mínimo existencial. A restrição desarrazoada ao direito de receber o salário é, em última instância, infração a uma série de restrições aos direitos fundamentais dos servidores, os quais, ressalva-se, são, antes de instrumentos do Estado para a concretização dos serviços públicos, cidadãos que gozam da mesma titularidade de direitos fundamentais como quaisquer outros.

Em face do exposto, resta claro que o salário do servidor público gera expectativas legítimas em sua vida pessoal. A realização de cortes arbitrários como defendida pelo Ministro Ari Pargendler, sem qualquer rigor técnico, revela uma postura despótica do Estado. Em defesa de um Estado Democrático de Direito, entende-se como indispensável a submissão da temática ao crivo do postulado da proporcionalidade, pois este, sim, constitui parâmetro democrático e racional capaz de abarcar as especificidades de cada direito fundamental no caso concreto, sem implicar a negação de qualquer um dos direitos colidentes. Tencionando comprovar o que aqui se assevera, procede-se com a aplicação do postulado na questão salarial no item 6 deste trabalho, por meio do qual se procura empreender uma análise pormenorizada dos subníveis da proporcionalidade, demonstrando a melhor solução para a colisão constatada.

6 A decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712-8/PA

Consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta para a impossibilidade do Mandado de Injunção criar normas para regular as situações nas quais o legislador se omitiu (MI-QO 608/RJ, Ministro Relator Sepúlveda Pertence. Nesse sentido estão também os pronunciamentos do Ministro Maurício Corrêa e Ministro Moreira Alves). Entre os argumentos aduzidos pelo Pretório Excelso está a ofensa ao princípio da separação dos Poderes. No julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712 (BRASIL, 2007), contudo, o Tribunal alterou este entendimento e prolatou sentença de caráter aditivo.

O Ministro Eros Grau, relator do Mandado de Injunção nº 712-8/PA (BRASIL, 2007), demonstrou, em seu voto, posicionamento contraditório. Segundo o relator, a greve do setor privado representa uma oposição direta de interesses. De um lado figura o empregador e seu interesse de auferir lucros, do outro, os empregados, dotados de poder de fato, provocam a redução dos ganhos da empresa. Assim sendo, percebe-se que nas relações privadas é o empregador que deve, em tese, suportar a potencial ou efetiva redução de seus ganhos. A despeito disso, os interesses dos servidores públicos não podem ser alocados como antagônicos ao interesse do empregador, senão ao interesse social.

O posicionamento do ministro relator é deveras contraditório. Não obstante tenha reconhecido em um primeiro momento diferenças substanciais

entre o setor público e o privado, decidiu pela aplicação analógica da Lei nº 7.783 (BRASIL, 1989), inclusive alterando a redação de determinados dispositivos. Além de ter se imiscuído em função eminentemente legislativa, salta aos olhos a falta de rigor pragmático em seu voto. A aplicação da Lei nº 7.783 (BRASIL, 1989) não observa as especificidades da greve no setor público, tendendo a limitar o direito de greve, quando na verdade deveria viabilizá-lo. Nesse sentido, a função do Tribunal é realizar um juízo proporcional, dada a existência de colisão entre direitos fundamentais.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski acertadamente refuta o posicionamento levantado pelo relator. Adiante, o ministro destaca que "o Judiciário não pode ocupar o lugar do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar".

Na esteira do voto do Ministro Lewandowski, não se reconhece a existência de uma semelhança relevante entre os setores público e privado que justifique o recurso à analogia. Apesar de se tratar de fenômenos sociais aparentemente semelhantes — a saber, a greve — existem diferenças ainda maiores entre ambos os setores como, *exempli gratia*, os diferentes regimes jurídicos aos quais eles se submetem e, como exaustivamente já se discorreu, há uma ligação umbilical entre o serviço público e a promoção e defesa dos direitos fundamentais, o que não se verifica com a mesma clareza no setor privado, tornando inviável a aplicação analógica da Lei nº 7.783 (BRASIL, 1989). Destaca-se ainda a diferença entre o impacto causado pelas greves em cada um dos setores, enfatiza-se, tal qual o ministro, que no setor público tais consequências são ainda maiores para os cidadãos. Em se tratando de greves no setor público, salienta o ministro: "diferentes greves apresentam características variadas, que podem e devem ensejar tratamentos diferenciados", esse é, pois, o embrião que traduz o escopo primacial deste trabalho, qual seja, o recurso ao postulado da proporcionalidade em face das *nuances* do movimento paredista. Entende-se que diferentes serviços públicos implicam na promoção de diferentes direitos fundamentais, razão pela qual durante a greve o que se verifica são inúmeras colisões de princípios. Destarte, como é inadmissível a existência de valores que aprioristicamente se sobreponham a outros, é preciso sopesá-los atentando-se a sua natureza e ao caso concreto.

Enfim, uma decisão altamente genérica e irrefletida do Supremo Tribunal Federal implica não só um prejuízo para os servidores, como também para os administrados.

7 A aplicação do postulado da proporcionalidade à greve dos servidores públicos

Admitida a greve como uma colisão entre o direito fundamental social dos servidores públicos e o direito dos administrados à prestação de serviços que promovam seu desenvolvimento enquanto membros de uma sociedade, há que se propor uma solução que atenda às necessidades de ambas as partes, levando em consideração, sobremaneira, sua essência axiológica. Entende-se que o mecanismo jurídico mais adequado consiste no postulado da proporcionalidade, fruto do pós-positivismo e expoente máximo de um ordenamento jurídico dinâmico e garantista, calcado no princípio da juridicidade e atento às situações fáticas que normatiza.

Parte-se da premissa de que não há um direito fundamental absolutamente preponderante em relação aos demais, pois cada um deles goza de *status* constitucional, estejam expressos ou implícitos. Consoante essa tese, em vista de a especificidade dos casos concretos ser tamanha, um direito fundamental que ganha precedência em um deles poderá não o fazer em outro, na esteira de Alexy (2008); acredita-se ser mais eficaz tratar a greve como uma relação concreta de prevalência relativa, em detrimento de uma tipologia abstrata incapaz de dirimir fatos além da mera subsunção a normas.

De fundamental importância é asseverar a inexistência de preponderância apriorística dos direitos fundamentais entre si, porquanto sejam de caráter eminentemente objetivo, não se confundindo, pois, com meros direitos subjetivos, mas com valores esculpidos e desejados pela sociedade que, de forma inescusável, demanda adequada tutela estatal à medida que se configuram como um dos fundamentos primordiais da própria existência do Estado. A proteção dos direitos fundamentais deve ser levada a efeito sem o juízo de conveniências políticas, posto que, a rigor, constituem dever inerente ao desempenho da atividade estatal. A decisão política concerne tão somente à alocação de recursos, não sendo razoável, todavia, que a esse pretexto se negligencie um direito fundamental e se confira implementação desproporcional ao seu correlato.

Seguindo esse raciocínio, destaca-se que é através dos serviços públicos — entendidos como a prestação positiva propriamente dita — que muitos direitos são promovidos. Para tanto, o Estado necessita de pessoas físicas que exerçam essas atividades. Essas pessoas são simultaneamente servidores e administrados. Assevera-se que, para além do fato de ser o servidor público um agente concretizador de direitos fundamentais, é

preciso não perder de vista sua humanidade, às vezes legada a segundo plano, no que tange às discussões comumente tecidas acerca do assunto tratado no presente trabalho. Sua instrumentalização não pode, em nenhuma hipótese, ser absoluta, posto que todo indivíduo é um fim em si. O servidor público, salienta-se uma vez mais, não é o Estado — figura com existência apenas instrumental — mas seu agente. Portanto, é mister atentar para a relação diferenciada que há entre estes e o Estado, por conta de haver um vínculo empregatício que os subordina ao Estado, detentor de um poder de fato sobre seus servidores maior do que aquele exercido em face dos cidadãos comuns.

O servidor público, como foi exposto alhures, encontra-se em um patamar dúplice: é, a um só tempo, empregado e administrado. Diante do vínculo estatutário, o servidor demanda uma proteção especial, pois a formação do liame que o liga ao Estado como empregado é unilateral, havendo notavelmente uma relação de sujeição. Com efeito, não há margem de negociação na formação do vínculo empregatício, haja vista que o regime jurídico que irá regular as relações trabalhistas é imposto a todos que componham ou venham a compor o quadro de servidores. Em oposição, os servidores da iniciativa privada gozam de alguma autonomia, podendo dispor, em alguma medida, sobre os termos que irão reger sua relação com o empregador. Na raia oposta, o Estado tem poder de fato para impor sua vontade, uma vez que mudado o estatuto — sem a necessidade de anuência ou negociação — o servidor deverá se submeter.

Em razão da fragilidade da autonomia dos servidores que se está afirmando à exaustão nestas linhas é que seus direitos trabalhistas merecem especial distinção dos seus pares da iniciativa privada. Enquanto cidadão, o servidor possui todos os direitos sociais e individuais em sua acepção tradicional. Os direitos sociais trabalhistas devem, enfim, ser promovidos com o mesmo afinco que os são os direitos fundamentais clássicos. Para os fins deste trabalho, os direitos fundamentais sociais e individuais clássicos compreendem aqueles inerentes à condição de pessoa humana, ao passo que os direitos fundamentais sociais trabalhistas são aqueles titularizados em decorrência de um vínculo empregatício.

A via constitucionalmente dada ao servidor público para reivindicar esses direitos trabalhistas é a greve. Esta implica a paralisação de sua atividade no exercício da função pública, interrompendo as prestações que efetivam os direitos fundamentais dos administrados. Destarte, há uma colisão nítida, entre direitos fundamentais sociais trabalhistas e os direitos

fundamentais sociais e individuais clássicos. Por terem todos esses direitos um caráter essencialmente axiológico, para a solução dessa colisão, na acepção da teoria dos direitos fundamentais e sob o lume da teoria das normas, há que se recorrer ao postulado da proporcionalidade.

O critério da proporcionalidade é composto pelos subníveis da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é aferida ao se proceder à análise de meio-fim, ou seja, se uma determinada medida é apta para alcançar um determinado objetivo. No momento posterior afere-se qual dos meios aptos a alcançar o fim pretendido é o menos gravoso. E, por fim, verifica-se se aquela medida se justifica do ponto de vista constitucional, ou seja, se há pertinência à luz da Constituição, notadamente no que tange aos direitos fundamentais, do fim perseguido. Exposto o elementar da teoria, passar-se-á ao escrutínio de alguns pontos caros à questão do direito de greve do servidor público e às tentativas legislativas aventadas, mas não levadas a efeito, em torno da problemática.

A fixação de percentuais mínimos para a manutenção dos serviços públicos realizada pelo Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011), em homenagem ao princípio da continuidade, é equivocada, haja vista não dispensar um tratamento específico às diversas categorias de serviços. Em outras palavras, essa medida é demasiadamente genérica, pois tem como consequência a vedação de um juízo proporcional, ocasionando a ineficiência, de todo modo, da prestação que se visa garantir.

Ilustra-se esse raciocínio tomando por base o setor da educação. Na hipótese de estabelecimento de percentuais mínimos nos serviços de educação pública, não é possível vislumbrar um critério razoável que possa ser erigido para determinar os professores que permanecerão lecionando e quais serão as séries ou períodos contemplados por essa continuidade. Aparentemente, o critério expresso pelo Projeto de Lei *sub oculi* tornaria a questão mais obscura e insolúvel ao invés de contribuir para sua resolução. Em última análise, por conta da dificuldade de delimitar o critério ora criticado, subsistiria pura e simplesmente a arbitrariedade do administrador público. Em suma, a norma propõe os valores percentuais sem, todavia, criar um fator de discrímen adequado. Isso acarreta uma grande desproporcionalidade tanto para o aluno, o qual não teria justificada a mitigação em maior grau de seu direito, quanto para o professor, alvo da insegurança jurídica quanto ao exercício de seu direito de greve. Para atingir o escopo da norma em relação ao ensino superior, é mais adequado

preservar o interesse mais relevante dos estudantes concluintes, os quais possuem oportunidades concretas e inadiáveis, que, se não atendidas em tempo hábil, sofrerão graves prejuízos, como, por exemplo, perda de um cargo obtido através de concurso público e para o qual não poderá ser nomeado em função da postergação da conclusão de seu curso. Na mesma situação encontram-se os estudantes do terceiro ano do Ensino Médio por terem inviabilizada a realização dos exames vestibulares. Conclui-se que o fator justificador consiste nos diferentes níveis de pretensão e expectativa existente entre os estudantes. Com efeito, discentes de períodos iniciais não são prejudicados, sabidamente, tanto quanto os do último período; tampouco um aluno do primeiro ano do Ensino Médio sofrerá consequências tão gravosas quanto um do terceiro. Note que a lesão ao direito à educação suportada pelos alunos iniciantes é facilmente contornável em médio prazo com a reposição das aulas, porquanto a lesão sofrida pelos alunos concluintes transcende o direito à educação e, por vezes, é irreversível.

Tendo em vista a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a qual é acolhida por Alexy (2008), os direitos fundamentais não têm um núcleo predeterminado e inflexível. Mas, pelo contrário, esse núcleo será determinado no caso concreto após ter passado pelo crivo do postulado da proporcionalidade. Este tem a importante função de impedir que a relativização dos direitos fundamentais implique um arbítrio desarrazoado da Administração Pública.

Nesse sentido, a mitigação de um direito fundamental apenas se justifica se em contrapartida o direito fundamental com o qual colide seja maximizado em igual proporção. Assim sendo, a hipótese de caso concreto em que a mitigação suportada por um direito acarrete lesão irreparável ou, até mesmo, a sua própria negação revela o núcleo essencial desse direito. Logo, como demonstrado, a situação na qual se encontram alunos concluintes se caracteriza como o núcleo essencial do direito fundamental à educação, ainda que se otimize absolutamente o direito de greve nesses casos, ele não será exercido proporcionalmente à restrição imposta ao direito de educação desses alunos. Inversamente, a restrição do direito de educação de alunos de períodos preliminares ocorre em proporção notoriamente inferior. Logo, o grau de realização de direito de greve deve ser ampliado.

Defende-se, pois, que a medida adequada é a manutenção dos professores do último ano (ensino médio) e período (ensino superior), uma

vez que garante a manutenção do núcleo rígido e a esfera do servidor é satisfeita por não ter impedimento absoluto ao seu direito de greve ou grande parte dele cerceada em razão de percentagens desconexas.

Ademais, essa medida é necessária no sentido de que é meio menos lesivo do que aquele proposto pelo Projeto de Lei. Este promove uma lesão tanto ao direito de greve, que não possui margem de atuação e pressão, quanto ao direito do administrado, pois não há um fator eficaz de discriminação sobre quem vai receber o serviço.

Com efeito, a medida é proporcional em sentido estrito se se considerar o direito de greve em sua faceta objetiva, porque levando em consideração toda a conjuntura social permeada por tal direito e o reduzido número de professores que permanecerão ativos, a restrição aqui sugerida não o fere substancialmente. De igual modo o será se o mesmo direito for subjetivamente considerado, pois os professores não suportam redução de seu direito em proporção maior do que aquela experimentada pelos discentes com a continuidade do direito à educação, principalmente se os docentes forem submetidos ao regime de rodízio, ou seja, os professores igualmente competentes para uma disciplina revezarão o magistério. Perceba que é possível permitir ao servidor um direito de greve enquanto direito subjetivo, havendo limitação temporária concernente ao atendimento do direito fundamental à educação do aluno. Do mesmo modo, essa rotação não é gravosa ao aluno, ainda que a troca acarrete mudança didática, é presumível que os professores sejam suficientemente competentes. Em suma, no setor da educação o principal fator de discriminação é a pretensão de alunos de final de curso, os quais demandam maior atenção do Estado, em razão das expectativas de fato geradas em suas esferas íntimas.

Adentrar-se-á, neste momento, no setor da saúde, o qual demanda um trabalho mais acurado por parte do legislador, mormente pelo objeto de sua proteção: a vida humana. O inciso I do artigo 17 do Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011) prevê a assistência médica hospitalar e ambulatorial como serviço público fundamental. Aparentemente, o critério com porcentagem simples para auxiliares administrativos, bem como os que compõem o efetivo da manutenção dos hospitais (limpeza, cozinhas, serviços de reparos na estrutura e aparelhos hospitalares, entre outras atividades) sem maiores detalhes e com aplicação do sistema de rodízio, é conciliável em razão de não demandar especialização tão grande como a função de médico. Um auxiliar administrativo A pode realizar o serviço de B.

Os médicos demandam um sistema de porcentagem mais detalhado, de modo que em meio à greve os serviços emergenciais mantenham equipe médica composta por profissionais de todas as áreas necessárias.

Acredita-se ser mais adequada ao dispositivo do Projeto de Lei, concernente ao direito fundamental à saúde, a maior proteção às *demandas de saúde de primeira necessidade* (assim entendidas aquelas que implicam diretamente a tutela à vida) *urgentes*, ao passo que as prestações que asseguram o direito à saúde, mas não tangenciam imediatamente à vida humana constituem as *demandas de saúde de segunda necessidade* (DUARTE, 2011, p. 36).

No que se refere às *demandas de primeira necessidade urgentes*, uma assistência tardia pode implicar o óbito do paciente. Sendo assim, é patente concluir que o Estado em face do direito à vida — inquestionavelmente acoplado ao direito à saúde no setor de emergência — tem um dever dúplice: o de evitar atentados de terceiros contra o direito à vida e o de atender uma demanda positiva com relação a esse direito. Esse raciocínio implica também o reconhecimento do direito à vida não somente como condição necessária para exercício de outros direitos, senão, também, como o ponto de convergência deles, na medida em que a implementação dos demais direitos fundamentais se reverte em desenvolvimento da vida. Em outros termos, a promoção da vida é a finalidade última de quaisquer prestações do Estado, as quais devem permitir o desenvolvimento pleno e digno do ser humano.

Diante disso, observa-se que as demandas de saúde de primeira necessidade reivindicam para si um tratamento especial por parte do Estado. Precipuamente os setores de urgência e emergência da saúde pública são aqueles nos quais o Poder Público lida diretamente com questões dessa ordem, logo não é razoável, em meio à greve, romper com a continuidade da prestação desses serviços.

Questões como essas devem, necessariamente, ser levantadas durante o juízo de proporcionalidade. Reitera-se, aqui, o descompasso dos meios genéricos empregados pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712/PA (BRASIL, 2007) e aqueles pretendidos pelo Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011) com os fins, os quais o ordenamento jurídico tem como muito caros para si. Destarte, é imprescindível que se busque meio mais apto para conciliar os interesses em conflito. A redução de escala para os médicos nos setores de demandas de saúde de segunda necessidade parece adequada porque o ônus imposto aos administrados,

qual seja, a morosidade no atendimento, não impõe lesão irreversível ao direito à saúde, mas garante uma realização ótima do direito de greve, em especial se associada ao sistema de rodízio, quando cabível. Entenda-se pelo sistema de rodízio a substituição de um profissional médico por outro igualmente competente e de igual especialidade. Como já se deixou claro, o sistema de rodízio permite o exercício alternado do direito de greve em sua acepção subjetiva, a restrição é, pois, interina.

Passa-se agora a uma análise do subnível da necessidade. Ora, diante das alternativas que se apresentam para conciliar os direitos em pauta, percebemos que a medida sugerida pelo Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011) — a fixação arbitrária de percentuais mínimos para a continuidade do serviço público — não é adequada e tampouco necessária, porque restringe o direito de greve dando-lhe, quase que aprioristicamente, valor inferior aos direitos que com ele colidam. Perceba que a margem de baliza para a atuação do servidor público em exercício do direito de greve é nitidamente cerceada sem qualquer justificativa concreta, em última análise não há um sopesamento dos princípios em jogo, a lesão ao direito à saúde nos setores de urgência e emergência é, deveras, diferente daquela que eventualmente ocorre nos demais setores. Essa diferença sensível é razão suficiente para justificar tratamento desigual para ambos os casos: em um, nitidamente ocorre violação ao núcleo essencial do direito a saúde, enquanto no outro, a gravosidade imposta aos servidores não se fundamenta em uma otimização do princípio da continuidade.

O que se procura demonstrar é que a medida necessária é aquela que, como orienta a hodierna teoria dos direitos fundamentais, resulta no emprego de meios menos lesivos para a persecução de um fim. Essa lesividade não pode ser analisada de forma unilateral como tem pretendido o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção nº 712/PA (BRASIL, 2007) e o próprio legislativo na elaboração do Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011). Antes, deve-se recordar que o direito de greve não é um mal ao qual se deva combater e expurgar da ordem jurídica, a greve é, sobretudo, o instrumento constitucional para reivindicação de direitos fundamentais inerentes à situação de servidor público, como tal guarda *status* constitucional de direito fundamental, razão pela qual qualquer medida que o restrinja deve encontrar fundamentação racional e, na esteira de Alexy (2008), proporcionar a otimização de outro direito fundamental com ele colidente. Por óbvio, ao se analisar a necessidade não basta apenas encontrar instrumento que não limite o direito dos

administrados, mas é mister que se guarde igual esforço para justificar o cerceamento do direito dos servidores.

Em outros termos, qualquer limite imposto ao direito de greve deve significar, aqui, uma realização maior do direito à saúde a fim de que a medida seja também proporcional em sentido estrito. Como o grau de otimização de tal direito é notoriamente elevado para as demandas de primeira necessidade, está devidamente fundamentada a restrição ao direito de greve: este cede espaço considerável para que aquele alcance um patamar ótimo, uma vez que pende para o direito à vida. Quando se fala em demandas de segunda necessidade, necessariamente se fala em uma promoção do direito à saúde em grau menor e, por assim ser, a limitação infringida ao direito à greve não pode ser a mesma que aquela quando se fala em setores emergenciais. Por óbvio, o ditame deontológico primacial do postulado da proporcionalidade é a correlação entre a lesão e a promoção dos direitos conflitantes — quanto menor a realização de um direito, maior deverá ser a realização do outro; dessa forma, não se fundamenta uma mitigação igualmente gravosa para casos em que a promoção do direito à saúde ocorra em níveis bastante distintos.

A medida que aqui se sugeriu, portanto, toma por base justamente guardar a devida e razoável proporção entre a implementação de um direito e a restrição de outro. Atente-se para o seguinte fato: como nos setores de urgência e emergência cuida-se de zelar pelo direito à saúde com vistas ao próprio direito à vida, então se justifica uma mitigação do direito à greve na proporção em que se busca maximizar tais direitos de maior peso dos administrados. Exaustivamente já se asseverou que, nesses setores, qualquer lesão ao direito à saúde significará, em última instância, negar o direito à vida. Portanto, defende-se a manutenção dos serviços médicos nos moldes *retro* transcritos.

Por outro lado, nos serviços médico-hospitalares de segunda necessidade, não se pode fundamentar racionalmente a mesma restrição do direito de greve. Logo, resta justificada a defesa de que tais serviços podem e devem ter sua prestação reduzida a fim de promover a otimização do direito titularizado pelos servidores, bem como a consequente melhoria do próprio serviço, por conta do aporte de recursos no setor que a greve, quando exitosa, promove. Uma vez que o grau de realização do direito à saúde é menor, maior deverá ser a otimização do direito de greve, afinal, da mesma forma que não se justifica impor ônus ao servidor sem que isso importe um bônus para os administrados, não se pode gerar

ônus demasiados para os servidores quando o bônus experimentado pelos administrados possui ordem de grandeza inferior.

No tocante ao tratamento que a Administração Pública conferiu ao longo da história ao movimento grevista — aqui no sentido *latu* — evidenciou-se, no recente impasse sobre o corte de ponto, a truculência e maneira unilateral de condução da questão. Não obstante, o Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011) tem o condão de perpetuar essa abordagem. Nesse sentido, o inciso II do artigo 13 do Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011) se equivoca em relação à proporcionalidade. Conforme sua redação, fica instituído o corte do ponto salarial durante a paralisação. Novamente, a iniciativa do legislador revelou-se dissonante com as teorias pós-positivistas e não procedeu com uma interpretação conforme a Constituição, pois se assim tivesse atuado, ter-se-ia atentado para o fato de que o texto constitucional elenca o salário como um direito fundamental.

É certo, pois, que a Constituição (BRASIL, 1988), no inciso IV do artigo 7º, faz referência expressa ao salário mínimo, todavia, uma leitura exegética do dispositivo representa um retrocesso da hermenêutica constitucional. Partir-se-á, aqui, como foi informado no item 4, de uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional, consoante os princípios esculpidos no ordenamento pátrio, razão pela qual se entende que a proteção constitucional ao salário abrange não apenas a remuneração no setor privado, como também a remuneração dos servidores públicos. Sabidamente, a *ratio* por detrás do dispositivo revela uma preocupação do constituinte não com o valor econômico do salário, mas, sobretudo, com os fins aos quais ele se destina.

Em linha de princípio, o salário objetiva a satisfação dos interesses vitais do cidadão, o que por si denota que atrelados à noção básica de remuneração estão valores outros consagrados pelo ordenamento. A natureza axiológica dessas necessidades vitais revela, em última instância, que a tutela constitucional ao salário extravasa a mera proteção econômica para lançar raias aos direitos fundamentais que dela decorrem, porque se em um primeiro momento a remuneração está ligada à justiça social, noutro dirá da persecução de interesses individuais que correspondem às necessidades básicas da pessoa humana. Percebe-se que como os princípios — e aqui entenda como tais os direitos fundamentais — guardam força normativa, sua observância é mandamental, portanto negligenciar o direito ao salário é, para todos os efeitos, inobservar a realização dos próprios direitos fundamentais que dele dependem.

Não obstante, tanto o Poder Legislativo — através do Projeto de Lei nº 710 (BRASIL, 2011) — quanto o Poder Judiciário — com a decisão do Superior Tribunal Justiça aludida no item 4 deste trabalho — arbitrariamente visam instituir o corte salarial dos servidores públicos em greve. Tal medida fecha os olhos para a natureza jurídica de direito fundamental do salário e revela-se desarrazoada até mesmo nos fundamentos em que se sustenta. Com o corte, o Poder Público tenciona pôr fim ao movimento paredista alegando a necessidade da prestação contínua dos serviços públicos afetados. Ora, a consagração do princípio da continuidade não pode se justificar sobre a negação de um direito fundamental, pois, se assim fosse, estaria a Administração violando flagrantemente a dicção constitucional. Não pode, sob nenhuma alegação, um princípio se sobrepor ao outro sem que se submetam ao crivo do postulado da proporcionalidade.

Diante disso, o corte salarial representa a negação do direito à remuneração sem que isso se revele como meio necessário para a promoção do princípio da continuidade do serviço público e consequente implementação dos direitos fundamentais dos administrados. Registre-se que, para além de negar o direito à remuneração, a medida culmina por negar ao servidor público diversos outros direitos fundamentais. Sobretudo, o corte não é meio necessário porque agrava em demasia a esfera jurídica dos servidores, aliás, tem-se no corte salarial mais um resquício de sanção pela greve do que qualquer outra finalidade. Ocorre que, se legítimo, o movimento é o instrumento constitucional com o qual os servidores podem articular melhores condições de trabalho, portanto, sancioná-lo é o mesmo que vedar o exercício do direito de greve. Tamanha afronta ao texto constitucional denota que essa medida não é, em última análise, proporcional em sentido estrito. Perceba que o ônus imposto aos servidores públicos não encontra justificativa de igual monta no grau de otimização do princípio da continuidade.

8 Conclusão

Restou comprovado que o postulado da proporcionalidade é o mecanismo jurídico mais eficiente na solução da colisão entre os direitos fundamentais dos administrados e o direito de greve do servidor público. Ainda que não seja objetivo deste trabalho esgotar o tema, sobretudo pela complexidade que o circunda e que demanda profundo conhecimento técnico, demonstra-se ser possível determinar, no caso concreto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da ponderação dos valores

atinentes para se chegar à conclusão de qual deles terá prevalência. Por outro lado, através da análise do Mandado de Injunção nº 712-8/PA (BRASIL, 2007) e do Projeto de Lei do Senado nº 710 (BRASIL, 2011), é notório o perigo gerado ao movimento paredista com a aplicação de lei genérica sustentada em critérios que não proporcionam tratamento distinto e adequado às diversas modalidades de greve no setor público, as quais comportam diferentes características. Ignorar esse fato é extirpar veladamente o direito de greve assegurado constitucionalmente.

Abstract: The legislative inaction against the incise VII, article 37 from the Constitution (Brazil, 1998) leaves unprotected the right to strike of public employees, implying a collision between this fundamental labor right and the continuity of essential services. It is known that the rendering of these services comprises the concretization of numerous fundamental rights, and these rights, if subjected to interruption, could result in irreversible losses to those they were destined for. Due to the axiological feature embraced by this problematic, it is necessary to apply the proportionality postulate as a criteria to determinate the prevailing principles in each specific case.

Key words: Fundamental rights. Right to strike. Public employees. Proportionality postulate. Principle of continuity.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v.1, n. 7, out. 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

BRASIL. Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

BRASIL. Projeto Lei do Senado nº 710/2011. Disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103493>. Acesso em: 15 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670/ES. Relator Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/greve_ma.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712-8/PA. Relator Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/282_MI712_-_Eros_Grau.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidade e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOVERNO anuncia corte do ponto de 11,4 mil servidores em greve. Itaberaba Notícias, 22 ago. 2012. Disponível em: <http://www.itaberabanoticias.com.br/bahia-2/governo-anuncia-corte-do-ponto-de-114-mil-servidores-em-greve>. Acesso em: 25 ago. 2012.

GOVERNO volta a negociar, mas manda cortar os salários de 80 mil. *Correio Braziliense*, 14 ago. 2012. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/08/14/internas_economia,317010/governo-volta-a-negociar-mas-manda-cortar-os-salarios-de-80-mil.shtml>. Acesso em: 15 ago. 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRESIDENTE do STJ autoriza corte do ponto de grevistas. Consultor Jurídico, 07 ago. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-07/presidente-stj-autoriza-corte-ponto-servidores-federais-greve>. Acesso: 05 set. 2012.

RODRIGUES, Fernando. Reitores que pagam salários de grevistas devem responder por improbidade, diz AGU. Folha de S. Paulo, 11 ago. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/1135488-reitores-que-pagam-salarios-de-grevistas-devem-responder-por-improbidade-diz-agu.shtml>. Acesso em: 05 set. 2012.

ANEXO

SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 710, DE 2011

Disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Capítulo I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º O exercício do direito de greve dos servidores públicos da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é assegurado na forma e nas condições previstas nesta Lei.
Parágrafo único. Não são considerados servidores públicos, para os fins desta Lei, Senadores, Deputados Federais, Deputados Distritais, Deputados Estaduais, Vereadores, Ministros de Estado, Diplomatas, Secretários Estaduais, Secretários Municipais, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.
Art. 2º Considera-se exercício do direito de greve a paralisação coletiva, total ou parcial, da prestação de serviço público ou de atividade estatal dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Art. 3º Cabe à entidade sindical dos servidores convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviço público ou de atividade estatal.
§1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o *quorum* para a deliberação, tanto da deflagração, quanto da cessação da greve, obedecido o princípio da máxima representatividade.
§2º Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos servidores interessados deliberará para os fins previstos no *caput* deste artigo, constituindo comissão de negociação.
Art. 4º A entidade sindical ou a comissão especialmente eleita representará os interesses dos servidores nas negociações coletivas ou em juízo.

Capítulo II
NEGOCIAÇÃO COLETIVA E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Art. 5º As deliberações aprovadas em assembleia geral, com indicativo de greve, serão notificadas ao Poder Público para que se manifeste, no prazo de trinta dias, acolhendo as reivindicações, apresentando proposta conciliatória ou fundamentando a impossibilidade de seu atendimento.
Art. 6º Serão obedecidos, na negociação coletiva envolvendo os servidores e o Poder Público, os preceitos da Convenção nº 151, da Organização Internacional do Trabalho, nos termos do decreto presidencial que a promulga.
Art. 7º Após a notificação de que trata o art. 5º, o Poder Público instalará mesa emergencial de negociação coletiva, como espaço específico destinado ao tratamento das reivindicações dos servidores públicos.

§1º Havendo acordo integral, encerrar-se-á a negociação coletiva com a assinatura de termo de acordo pelos representantes do Poder Público e dos servidores.
§2º As cláusulas do termo de acordo abrangidas por reserva legal e por reserva de iniciativa serão encaminhadas ao titular da iniciativa da respectiva lei, para que as envie, na forma de projeto, ao Poder Legislativo, obedecidas as balizas orçamentárias e as de responsabilidade fiscal.
§3º Quando o titular da iniciativa legislativa de que trata o §2º deste artigo for o Chefe do Poder Executivo, o projeto de lei será encaminhado em regime de urgência constitucional ao Poder Legislativo.
§4º Havendo acordo parcial, a parte consensual seguirá o previsto nos §§1º e 2º deste artigo e a parte controversa será submetida, se for o caso, a processos alternativos de solução de conflitos de que trata o art. 8º desta Lei, ou ao Poder Judiciário.
§5º Não havendo acordo, a matéria receberá o tratamento descrito na parte final do §4º deste artigo.
Art. 8º Caso reste infrutífero o processo de negociação envolvendo os servidores e o Poder Público, a pauta de reivindicações poderá, caso haja consenso, ser submetida a métodos alternativos de solução de conflitos como mediação, conciliação ou arbitragem, instituídos de modo a garantir a independência e a imparcialidade da decisão e a inspirar confiança nas partes interessadas.
§1º Solucionado o conflito, será subscrito termo pelos representantes dos servidores e do Poder Público, ou será proferida sentença arbitral, observado o disposto nos §§1 º e 2º do art. 7º desta Lei.
§2º Havendo acordo parcial, a parte consensual seguirá o previsto nos §§1º e 2º do art. 7º desta Lei e a parte controversa será submetida ao Poder Judiciário.
§3º Não havendo acordo, a matéria será submetida ao Poder Judiciário.

Capítulo III
GREVE

Art. 9º Caso não tenham sido atendidas as reivindicações dos servidores por intermédio da negociação coletiva e dos métodos alternativos de solução de conflitos de que trata esta Lei, é facultada aos servidores a deflagração da greve.
Art. 10. São requisitos para a deflagração da greve, que deverão ser cumpridos até o décimo quinto dia que antecede o início da paralisação:
I - demonstração da realização de tentativa infrutífera de negociação coletiva e da adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos de que trata esta Lei, obedecidas as balizas constitucionais e legais de regência e o disposto nesta Lei;
II - comunicação à autoridade superior do órgão, entidade ou Poder respectivo;
III - apresentação de plano de continuidade dos serviços públicos ou atividades estatais, consoante definição contida nos arts. 18 e 19 desta Lei, inclusive no que concerne ao número mínimo de servidores que permanecerão em seus postos de trabalho;
IV - informação à população sobre a paralisação e as reivindicações apresentadas ao Poder Público;
V - apresentação de alternativas de atendimento ao público.
Parágrafo único. A greve deflagrada sem o atendimento dos requisitos previstos neste artigo é considerada ilegal.
Art. 11. São assegurados aos grevistas, entre outros direitos:
I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir os servidores a aderirem à greve;
II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento paredista.
§1º Os meios adotados por servidores e pelo Poder Público não poderão violar ou constranger os direitos e garantias de outrem.
§2º É vedado ao Poder Público adotar meios dirigidos a constranger o servidor ao comparecimento ao trabalho ou de frustrar a divulgação do movimento.
§3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou a pessoa.
Art. 12. A participação em greve não suspende o vínculo funcional.
Art. 13. São efeitos imediatos da greve:
I - a suspensão coletiva, temporária, pacífica e parcial da prestação de serviço público ou de atividade estatal pelos servidores públicos;
II - a suspensão do pagamento da remuneração correspondente aos dias não trabalhados;
III - a vedação à contagem dos dias não trabalhados como tempo de serviço, para quaisquer efeitos.

§1º Admite-se, limitado a trinta por cento do período da paralisação, a remuneração dos dias não trabalhados, bem como o seu cômputo como efetivo serviço, no caso de ter havido previsão expressa de sua compensação no termo de negociação coletiva, no termo firmado no âmbito dos procedimentos de solução alternativa do conflito, na sentença arbitral, ou na decisão judicial que tenha declarado a greve legal.
§2º Serão considerados atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10, *caput* e incisos I, VII ou IX, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, os procedimentos comissivos ou omissivos do agente público que contrariarem o disposto no §1º deste artigo, sem prejuízo das sanções administrativas, civis ou penais, aplicáveis ao autor, previstas em legislação específica.
§3º Os servidores em estágio probatório que aderirem à greve devem compensar os dias não trabalhados de forma a completar o tempo previsto na legislação.
Art. 14. Outras questões referentes às relações estatutárias que eventualmente surjam durante o período da greve serão regidas por termo de acordo firmado pela respectiva entidade sindical e pelo Poder Público no âmbito de negociação coletiva, ou em alguma das formas de solução alternativa do conflito previstas no art. 8º desta Lei, ou, ainda, por decisão judicial.
Art. 15. É vedado ao Poder Público, durante a greve e em razão dela, demitir, exonerar, remover, substituir, transferir ou adotar qualquer outra medida contra o servidor em greve, salvo, nas hipóteses excepcionais mencionadas nesta Lei.
Art. 16. Durante a greve, a entidade sindical ou a comissão de negociação, mediante acordo com o Poder Público, manterá em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar as atividades cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades do órgão, quando da cessação do movimento.
Art. 17. São considerados serviços públicos ou atividades estatais essenciais aqueles que afetem a vida, a saúde e a segurança dos cidadãos, em especial:
I - a assistência médico-hospitalar e ambulatorial;
II - os serviços de distribuição de medicamentos de uso continuado pelo Serviço Único de Saúde;
III - os serviços vinculados ao pagamento de benefícios previdenciários;
IV - o tratamento e o abastecimento de água;
V - a captação e o tratamento de esgoto e lixo;
VI - a vigilância sanitária;
VII - a produção e a distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
VIII - a guarda de substâncias radioativas e equipamentos e materiais nucleares;
IX - as atividades de necropsia, liberação de cadáver, exame de corpo de delito e de funerária;
X - a segurança pública;
XI - a defesa civil;
XII - o serviço de controle de tráfego aéreo;
XIII - o transporte coletivo;
XIV - as telecomunicações;
XV - os serviços judiciários e do Ministério Público;
XVI - a defensoria pública;
XVII - a defesa judicial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das suas respectivas autarquias e fundações;
XVIII - a atividade de arrecadação e fiscalização de tributos e contribuições sociais;
XIX - o serviço diplomático;
XX - os serviços vinculados ao processo legislativo; e
XXI - o processamento de dados ligados a serviços essenciais.
Art. 18. Durante a greve em serviços públicos ou atividades estatais essenciais, ficam as entidades sindicais ou os servidores, conforme o caso, obrigados a manter em atividade percentual mínimo de sessenta por cento do total dos servidores, com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação dos serviços públicos ou atividades estatais indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
Parágrafo único. O percentual mínimo de que trata o *caput* será de oitenta por cento do total de servidores, durante a greve em serviços públicos ou atividades essenciais de que trata o inciso X do art. 17.
Art. 19. No caso de greve em serviços públicos ou atividades estatais não-essenciais, as entidades sindicais ou os servidores, conforme o caso, são obrigados a manter em atividade percentual mínimo de cinquenta por cento do total dos servidores, com o propósito de assegurar a regular continuidade da

prestação dos serviços públicos ou das atividades estatais indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
Art. 20. O descumprimento dos percentuais mínimos fixados nos arts. 18 e 19 desta Lei dá ensejo à declaração da ilegalidade da greve.
Art. 21. No caso de inobservância do disposto nos arts. 18 e 19 desta Lei, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços públicos afetados.
Art. 22. Passadas quarenta e oito horas da ciência da decisão judicial que tenha determinado o cumprimento dos percentuais mínimos fixados nesta Lei sem que ele tenha ocorrido, o Poder Público poderá realizar, em caráter emergencial, contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, ou legislação estadual, distrital, ou municipal análoga.
Art. 23. A greve cessará:
I - por deliberação dos filiados;
II - por celebração de termo de acordo com o Poder Público ou pelo cumprimento de sentença arbitral;
III - por decisão adotada pelo Poder Judiciário.
Art. 24. Cessada a greve, nenhuma penalidade poderá ser imposta ao servidor público em face de sua participação no movimento, observados os preceitos desta Lei.
Art. 25. A inobservância das normas contidas nesta Lei pelos servidores ou por seus representantes dá ensejo à declaração de ilegalidade da greve.
Art. 26. Constitui abuso do direito de greve, punível na forma do art. 27, a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou a prolação de sentença arbitral ou decisão judicial.
Parágrafo único. Na vigência de acordo, sentença arbitral ou decisão judicial, não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:
I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição;
II - seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação estatutária.
Art. 27. A responsabilidade pelos atos praticados no curso da greve será apurada, conforme o caso, segundo a legislação específica, administrativa, civil ou penal.
Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.

Capítulo IV
APRECIAÇÃO DA GREVE PELO PODER JUDICIÁRIO

Art. 28. As ações judiciais envolvendo greve de servidores públicos serão consideradas prioritárias pelo Poder Judiciário, ressalvados os julgamentos de *habeas corpus* e de mandados de segurança.
Art. 29. Por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público, o juízo ou Tribunal competente decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações.
Art. 30. Submetida a análise da greve ao Poder Judiciário, o juízo ou Tribunal da causa decidirá, inicialmente, sobre a eventual inexistência de efetivo interesse de uma das partes em implementar o processo de negociação coletiva de que trata esta Lei, após o que, o julgamento seguirá o disposto nesta Lei.
§1º Caso a não-implementação efetiva do processo de negociação coletiva seja imputada ao Poder Público, serão considerados atos de improbidade administrativa, previstos no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, os procedimentos comissivos ou omissivos do agente público designado para representar o Poder Público no processo de negociação coletiva de que trata esta Lei.
§2º Se a responsabilidade pela nãoimplementação efetiva do processo de negociação coletiva recair sobre os representantes dos trabalhadores, será atribuída multa à entidade sindical em valor proporcional à sua condição econômica e à relevância do serviço público ou atividade estatal afetada.
Art. 31. As providências necessárias ao cumprimento da decisão judicial favorável aos servidores públicos serão adotadas num período máximo de trinta dias, contado da intimação do Poder Público.
Parágrafo único. Expirado o prazo estabelecido no *caput* deste artigo, será fixada multa diária pelo juízo ou Tribunal da causa, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas aos agentes públicos que derem causa à demora no cumprimento ou ao descumprimento da decisão judicial.

Art. 32. Julgada a greve ilegal, o retorno dos servidores aos locais de trabalho deverá ocorrer em prazo não superior a quarenta e oito horas contado da intimação da entidade sindical responsável.
§1º No caso de não haver retorno ao trabalho no prazo fixado no *caput* deste artigo, será cobrada multa diária da entidade sindical responsável, em valor proporcional à sua condição econômica e à relevância do serviço público ou atividade estatal afetada, a ser fixada pelo juízo ou Tribunal da causa.
§2º Os servidores que não retornarem no prazo fixado no *caput* deste artigo sujeitar-se-ão a processo administrativo disciplinar, nos termos de sua legislação estatutária.

Capítulo V
DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 33. Os empregados públicos regidos pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, submetem-se, no que concerne à disciplina do exercício do direito de greve, ao disposto na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.
Art. 34. É vedada a greve aos membros das Forças Armadas e aos integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.
Art. 35. A Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 2º [...]
XI - descumprimento, no caso de greve dos servidores públicos, da determinação legal de manter em atividade percentual mínimo de servidores, com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação dos serviços públicos ou das atividades estatais, ou da decisão judicial que tenha determinado o retorno ao cargo público. [...]" (NR)
"Art. 4º [...]
I - 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II, IX e XI do *caput* do art. 2º desta Lei; [...]"(NR)
"Art. 7º [...]
II - nos casos dos incisos I a III, V, VI e XI do art. 2º, em importância não superior ao valor da remuneração constante dos planos de retribuição ou nos quadros de cargos e salários do serviço público, para servidores que desempenhem função semelhante, ou, não existindo a semelhança, às condições do mercado de trabalho. [...]" (NR)
"Art. 12. [...]
IV - pelo cumprimento da determinação legal ou da decisão judicial de que trata o inciso XI do art. 2º desta Lei. [...]" (NR)
Art. 36. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades *et al*. Aplicação do postulado da proporcionalidade à greve dos servidores públicos. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 157-184, jan./dez. 2013.