

FERNANDO MUNIZ SANTOS

**O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS
NO BRASIL: CONTRIBUTO À CONCRETIZAÇÃO DO ART. 37, VII,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre na Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Curso de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Direito do Estado, pela Banca Examinadora integrada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Msc. Wilson Ramos Filho

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo

Curso de graduação e pós-graduação em Direito, PUC/SP

Curitiba, 5 de novembro de 1997

FERNANDO MUNIZ SANTOS

**O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS
NO BRASIL: CONTRIBUTO À CONCRETIZAÇÃO DO ART. 37, VII,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre na Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Curso de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Direito do Estado, pela Banca Examinadora integrada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Profª Msc. Regina Maria Macedo Nery Ferrari

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo

Curso de graduação e pós-graduação em Direito, PUC/SP

Curitiba, 5 de novembro de 1997

“Alguma coisa escapa ao naufrágio das ilusões”.

Machado de Assis, *in*: Iaiá Garcia

Aos meus pais, José Benedicto e Naura.

Aos meus irmãos, Rodrigo e Gustavo.

À Mariana.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não viria a lume sem o apoio inestimável das seguintes pessoas e instituições: (i) mestrando Paulo Ricardo Schier que, em janeiro de 1992, com um gesto de profunda fraternidade, passou a nos contar histórias a respeito de um *outro* direito, voltado para *outras* pessoas, que não apenas Tício e Mévio; (ii) professores doutores Clèmerson Merlin Clève e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por terem acreditado em nós e nos auxiliado em vários momentos, enquanto professores e, principalmente, enquanto amigos, desde a época em que nos acolheram em seu escritório de advocacia, quando a vida não passava de um passeio titubeante em meio ao vazio; (iii) mestrandos Dimas Salustiano da Silva, Octavio Fischer e Ricardo Marcelo Fonseca, pela forte amizade e, também, pela companhia em determinadas cadeiras, verdadeiros martírios; (iv) amigos Casemiro Laporte Ambrozewicz, Clóvis Veiga da Costa, Edson Hauagge, Eduardo Formiga Carvalho, Enrico Nichetti e Maurício Galeb, presentes em cada entrelinha deste trabalho; (v) professor José Roberto Vieira, exemplo de docente e, acima de tudo, um humanista, que, apesar das nossas distâncias teóricas, ensinou ter o direito muitos caminhos, os quais se entrelaçam ao reconhecerem o ser humano por trás dos conceitos, engrandecendo-o; (vi) funcionárias das bibliotecas do Setor de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da UFPR e do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pela atenção que nos dispensaram quando realizávamos o levantamento bibliográfico e jurisprudencial; (vii) funcionários do DIEESE Paraná, pelo inestimável auxílio prestado no levantamento de dados; (viii) assessoria de gabinete do Deputado Federal Domingos Dutra (PT-MA), pelo envio de projetos de lei complementar; (ix) CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior, pela colaboração financeira que nos proporcionou; (x) ao sócio e amigo Marcelo Kintzel Graciano, pela compreensão e paciência que nos dispensou durante a elaboração deste trabalho. A todos credito os eventuais acertos deste trabalho. Quanto aos erros, credito a mim, exclusivamente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. O DIREITO: TECNOLOGIA DE DECISÃO E DOMINAÇÃO.....	03
2. O JURÍDICO ENQUANTO ESPAÇO DE LUTA.....	12
3. METÓDICA CONCRETISTA E TEORIA ESTRUTURAL DA NORMA.....	27
4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	35
5. PRÉ-COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	38
CAPÍTULO I - O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	46
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	47
2. NORMA JURÍDICA.....	49
3. PRINCÍPIOS E REGRAS.....	52
4. CONSTITUIÇÃO ENQUANTO SISTEMA ABERTO E NORMATIVO DE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	61
5. O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	66
CAPÍTULO II - O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E O PROGRAMA DA NORMA.....	79
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	80
2. POSIÇÕES DOCTRINÁRIAS.....	86
3. POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS.....	89
4. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1480/95.....	92
5. POSIÇÃO ADOTADA NO PRESENTE ESTUDO.....	95

CAPÍTULO III - O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO BRASIL E O SEU ÂMBITO NORMATIVO.....	106
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	107
2. GREVE: RESGATE DOS SEUS FRAGMENTOS.....	110
3. GREVE: DE REALIDADE FÁTICA A REALIDADE NORMATIVA.....	116
4. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO DIREITO COMPARADO	120
5. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO DIREITO BRASILEIRO	125
CONCLUSÕES: CONTRIBUTO À CONCRETIZAÇÃO DO ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

LISTA DE SIGLAS UTILIZADAS

ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF - Constituição Federal

DOU - Diário Oficial da União

DJU - Diário de Justiça da União

PT - Partido dos Trabalhadores

RE - Recurso Extraordinário

RT - Revista dos Tribunais

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

TST - Tribunal Superior do Trabalho

UFPR - Universidade Federal do Paraná

RESUMO

O presente trabalho pretende fornecer alguns elementos para a concretização do art. 37, VII, da Constituição Federal brasileira de 1988, que trata do direito de greve dos servidores públicos civis. Com apoio em TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., este trabalho propõe uma dogmática constitucional enquanto técnica de decisão de conflitos jurídicos. Porém, dogmática inserida em um espaço jurídico perpassado de contradições de classe que o tornam um espaço de lutas, não de falsos consensos, tudo dentro da ótica de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE. Desse modo, a dogmática jurídica, de técnica de decisão e de manutenção do *status quo*, passará a ser vista, com apoio em GRAMSCI e POULANTZAS, como dogmática de caráter emancipatório das classes dominadas, sendo o trabalho teórico aqui desenvolvido norteado por essa perspectiva. Adiante, ultrapassada a *emotio* do discurso emancipatório, passa-se a tratar da *ratio* dogmático-constitucional. Sob essa perspectiva, são utilizadas as categorias de análise do professor alemão FRIEDRICH MÜLLER, especialmente a sua metódica concretista e a teoria estrutural da norma, para fundamentar uma concepção de norma jurídica, fruto da interpretação do programa da norma (interpretação do texto legal) e do âmbito da norma (fruto da interpretação do âmbito material onde o caso concreto está inserido). A atividade interpretativa do operador jurídico, desse modo, é consideravelmente ampliada, porém, sem decair em subjetivismos político-ideológicos que retiram a possibilidade de legitimação racional do discurso emancipatório. Além disso, discute-se a pré-compreensão do autor da dissertação a respeito da Constituição de 1988, chegando-se à conclusão que ela é dirigente, compromissória, material e apta a servir de norte de um sistema constitucional de tipo aberto. Feita a discussão a respeito dos pressupostos do trabalho, analisa-se o que se entende por princípio, espécie de norma jurídica distinta da regra, ambos inseridos em um sistema constitucional aberto e orientado por valores. Após, analisa-se o princípio do direito de greve dos servidores públicos civis à luz da teorização acima citada, definindo-se os seus destinatários (os servidores públicos civis estatutários) e também definindo o campo de trabalho a ser desenvolvido a respeito do instituto em análise (não será tratado do direito de greve dos servidores em serviços essenciais, por exemplo, por se tratar de problemática específica que merece estudo apartado). Por fim, serão discutidos alguns elementos do âmbito normativo e do programa normativo do princípio do direito de greve, com vistas a se prestar um auxílio à sua concretização.

ABSTRACT

The current work intends to provide a few elements for the establishment of 1988 Brazilian Constitution art. 37, VII, that deals with civil servants right to strike. With support from TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., this work proposes a constitutional dogmatics as well as being technical in deciding judicial conflicts. Nevertheless, dogmatics that is inserted in judicial space, which is jammed with class contradictions turning it into a space for struggle, and not of false compromises, all within CLÉMERTON MERLIN CLÈVE's view. Therefore, judicial dogmatics, of decision technique and maintenance of *status quo*, will now be seen, with support from GRAMSCI and POULANTZAS, as emancipation dogmatics of emancipative character of the dominated classes, being the theoretical work developed herein directed by this perspective. Further on, when the *emotio* of the emancipation speech is done, we move on to deal with the constitutional dogma *ratio*. Under this perspective, the categories of German professor FRIEDRICH MÜLLER are used, mainly their concretist methodicalness and the structural norm theory, to ground a conception of judicial norm, spawn by the interpretation of the norm program (interpretation of legal text) and the norm ambit (spawn by the interpretation of the material ambit, where the concrete case is inserted). The interpretive activity of the judicial operator, therefore, is considerably broadened, however, without falling into political and ideological subjectivisms that remove the possibility of rational legitimacy of the emancipation speech. Furthermore, the author's pre-understanding of the 1988 Constitution is discussed, concluding that it is law-abiding, compromising, material and able to serve as a guide for an open constitutional system. Once it is done with the discussion concerning labor assumptions, it is analyzed then what is meant by principle, a kind of judicial norm distinct of the rule, both inserted in an open constitutional system and guided by values. Then, the civil servants right to strike principle is analyzed, based on the abovementioned theorization, by defining their subjects (the statutory civil servants) and defining also the working field to be developed concerning the analyzed organ (the civil servants' right to strike in essential services will not be discussed, for instance, since it deals with a specific problem that requires distinctive study). Finally, will be drawn a few elements from the normative ambit and from the normative program of the right of strike principle, with the intention of helping its achievement.

APRESENTAÇÃO

O objetivo do presente estudo é fornecer alguns elementos para a concretização do disposto no art. 37, VII, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre o direito de greve dos servidores públicos civis no Brasil.

Preliminarmente serão tecidas algumas considerações, sobre determinados pressupostos norteadores desse estudo. A concepção de direito aqui adotada é a de uma tecnologia de decisão e dominação, tributária do pensamento do professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.¹, ou seja, não se pretende fazer ciência do direito, mas sim investigar-se a dogmática referente ao instituto sob análise.

Por outro lado, apesar de tecnologia que visa dominar ideologicamente o conjunto de relações sociais, tem-se que o direito (especificamente o direito *positivado na lei*), longe de ser o fruto de um *consenso* social, é sim resultante do *conflito* e *compromissos* entre diversas classes sociais. Os diplomas legais, especialmente a Constituição, são frutos dum compromisso entre classes sociais conflitantes (trabalhadores/empregadores, latifundiários/sem-terra, etc.), em um determinado momento histórico, em uma determinada sociedade.

A consequência dessa concepção é que a instância jurídica do Estado Moderno, nos termos expostos pelo professor CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, passa a ser vista como “...uma ‘condensação específica de relação de forças’, que se expressa como mediação através de normas jurídicas (...), e como espaço de confrontação e de lutas: imposição de novos valores e normas jurídicas; novos compromissos entre as classes sociais. O direito contemporâneo é, pois, um espaço de mediação e de luta entre forças dotadas de interesses antagônicos e conflituosos”². O jurídico é um espaço de lutas, não de falsos consensos.

¹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional - e de Teoria do Direito. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 208.

Outro marco teórico deste trabalho é a metódica concretista do jurista alemão FRIEDRICH MÜLLER³. Em poucas palavras: busca-se saber o que ocorre efetivamente quando um ordenamento jurídico funciona, quando ele tem vigência. Estuda-se a estrutura das normas jurídicas, tomando-se o texto da lei como *enunciado*, não norma. Esta é fruto da atividade interpretativa do jurista, que se desenvolve em dois momentos: em primeiro lugar o jurista interpreta o enunciado da norma, ou seja, o texto legal, denominado *programa da norma*; em um segundo momento, o jurista, tomando por base o programa normativo, interpreta a realidade fática na qual incidirá, ou seja, o *âmbito material*, dele extraíndo o *âmbito normativo*.

Por sua vez, a norma jurídica que incidirá no caso concreto (e essa metódica visa precisamente o caso concreto - não são interpretados âmbito e programa da norma sem haver um caso concreto a resolver), é o resultado final dessas duas interpretações parciais.

Adiante, faz-se rápida análise dos diversos métodos de interpretação de normas jurídicas tradicionalmente utilizados, chegando-se à conclusão de que a interpretação das normas jurídicas em geral, bem como da norma jurídica referente ao direito de greve dos servidores públicos civis, deve ser *construída*, através da utilização de vários elementos, não necessariamente todos jurídicos, estando o jurista *inserido* na atividade interpretativa, não sendo mais possível advogar uma concepção “neutralista” do ato de interpretar.

Por fim, discute-se qual é a pré-compreensão que se tem neste trabalho a respeito da Constituição. Adotam-se os seguintes pressupostos: a Constituição Federal de 1988 é dirigente, ou seja, estabelece tarefas para o Estado e para a Sociedade Civil, além do tradicional catálogo de direitos individuais e dos princípios estruturantes do Estado, é analítica, tratando exaustivamente diversas matérias, tornando-se extensa, compromissória, porque fruto do compromisso entre classes sociais em conflito, é aberta, articulando-se com a realidade fática e também é normativa, ou seja, tudo o que está na Constituição tem força normativa, conformando a realidade na qual incide, positiva (exigindo condutas ou abstenções) ou negativamente (vedando condutas que a vilipendiem e retirem a sua dignidade enquanto diploma legal).

³ Especialmente MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência - elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. de Peter Naumann, Porto Alegre: Fabris, 1995.

Com base nesses pressupostos, parte-se para a análise da norma jurídica referente ao direito de greve dos servidores públicos civis no Brasil.

Discute-se o que se entende neste trabalho como norma jurídica, retomando-se a metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER. A norma jurídica, fruto da interpretação dos enunciados e do âmbito no qual incide, é classe dividida em dois grupos: os princípios e as regras. Dotados da mesma estrutura, citada supra, possuem especificidades. Os princípios são multifuncionais (cumpram diversos papéis, incidem em diversas realidades), as regras não. Os princípios estão mais próximos da idéia do direito, as regras incidem em situações, determinadas, etc.

A distinção mais importante, porém, é a seguinte: os princípios possuem a dimensão de *peso*, ou valor. Em vista de um caso a ser solucionado, vários princípios podem ser utilizados. Prevalecerá o princípio ou princípios que, em contato com a realidade dos fatos, forem aptos a lhe fornecer elementos para uma decisão satisfatória. Isto, porém, não significa que, em outra situação, os princípios que cederam não possam ser utilizados, porque teriam sido excluídos do sistema. Nesse novo momento, os princípios que não foram aplicados podem sê-lo e, os que incidiram lá atrás, cedem aqui. Isso distingue qualitativamente os princípios das regras, pois estas, caso haja conflito, este só se resolve com a exclusão de uma delas do sistema.

Tanto os princípios como as regras são importantes para a construção de um *sistema constitucional*, pois, apesar de possuírem a mesma estrutura, os princípios e as regras cumprem diferentes papéis: enquanto a regra possui um programa da norma bem definido e pouco maleável, incidindo em determinados âmbitos materiais específicos, os princípios possuem um programa da norma pouco definido e muito maleável, incidindo em diversos âmbitos materiais, de acordo como os valores em jogo em tais realidades fáticas.

Tendo em vista a abertura dos princípios a *valores*, o sistema pode se reconstruir, apreendendo o devir e possibilitando a *renovação do compromisso* entre as diversas classes que elaboraram o diploma constitucional.

Refuta-se portanto concepções sistêmicas fechadas, tributárias dos mais diversos positivismo, adotando-se uma concepção sistêmica *aberta*: aberta porque "se não

*pressupõe que apenas o explicitamente prescrito é também admitido*⁴, permitindo-se, para a formação da norma jurídica, a utilização de elementos fornecidos pela história, sociologia, antropologia, enfim, por outros campos do saber, que não apenas o direito. Além disso, essa concepção abre a possibilidade de um diálogo entre o sistema e *valores*, permitindo-se uma concepção sistêmica *axiológica*, ou melhor, *teleológica*⁵.

Com base nesses vetores, insere-se o princípio do direito de greve dos servidores dentro da sistemática constitucional, enquanto princípio-garantia que recepciona um direito fundamental, sendo fornecidos elementos para uma conceituação do instituto e, inclusive, discutindo-se a quem se dirige esse princípio: quem seriam os destinatários, a quem se refere a constituição ao prescrever o direito de greve?

É de ressaltar-se que tal norma visa atender aos anseios dos servidores públicos civis estatutários, regidos pela Lei nº 8.112/90 ou, no plano estadual e municipal, regidos por diplomas que lhe façam as vezes. Desse modo, é imperiosa a definição do que seja servidor público civil estatutário e quais são os servidores titulares do direito de greve prescrito no art. 37, VII, da Constituição Federal.

Descarta-se também qualquer discussão referente ao direito de greve dos trabalhadores de concessionárias e permissionárias de serviços públicos, ou o direito de greve em serviços públicos essenciais, porque essas realidades merecem tratativa própria, em vista de suas especificidades.

Ultrapassada a inserção do princípio do direito de greve na sistemática constitucional, discute-se o seu âmbito e programa normativos. Preliminarmente deixa-se bem claro que, apesar da metódica concretista visar a resolução de casos concretos, ela foi adotada porque o intuito básico do presente trabalho é fornecer *alguns elementos para a concretização* do instituto em análise, tanto referentes ao programa como ao âmbito da norma. Portanto, apesar de não se estar trabalhando com um caso específico, entende-se que a opção metodológica feita não é desprovida de sentido.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 440.

⁵ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. de António Menezes Cordeiro, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66/67.

Passa-se à discussão do programa da norma. Tarefa não isenta de percalços, porque, apesar de tratar de uma específica realidade (a greve dos servidores públicos civis), visando atribuir aos trabalhadores uma garantia, o enunciado do art. 37, VII, da Constituição Federal estabelece que o direito de greve será exercido *nos termos e nos limites estabelecidos em lei complementar*.

Desse modo, discute-se a eficácia do programa da norma. Toma-se de empréstimo agora a tipologia de normas constitucionais elaborada pelo professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, adaptando-a à metódica utilizada no trabalho (afinal, o que este professor trata como norma constitucional não é o que FRIEDRICH MÜLLER adota), tudo em busca de uma resposta à seguinte pergunta: a eficácia do programa da norma do direito de greve dos servidores públicos civis é contida ou limitada?

Discute-se as posições atinentes ao tema, doutrinárias e jurisprudenciais, tomando-se por fim a seguinte posição: a eficácia do programa da norma é limitada, porém, possuindo força determinante negativa, no sentido de vedar qualquer injunção no sentido de afastar a garantia conferida aos servidores públicos civis. Deste modo, a posição jurisprudencial hoje prevalente perante o STF, se por um lado reconhece como de eficácia limitada o disposto no art. 37, VII, da Constituição, por outro lado *retira-lhe qualquer eficácia*, por condicionar o exercício do direito à promulgação de lei complementar. Essa posição é extremamente criticável, porque o instituto da greve, enquanto manifestação de força, não pode ser retirado do patrimônio dos trabalhadores através de maneirismo judicial, o qual, na verdade, diminui a força normativa da Constituição. Aliás, como é notório, o exercício do direito de greve pelos servidores passa ao largo das disputas jurídicas.

No que pertine ao âmbito da norma, trabalha-se com a uma metodologia historiográfica influenciada pelo pensamento do jurista alemão WALTER BENJAMIN, tratando-se a história enquanto *resgate* de fragmentos da história dos vencidos, não descrição neutralista da marcha do tempo, como pregam os positivistas, ou então um mero reflexo das estruturas econômicas de produção, como querem os marxistas-leninistas.

Quanto ao elemento sociológico de concretização, tem-se uma concepção do direito de greve enquanto manifestação de força, acolhida pelo ordenamento jurídico do Estado, que, ao fazê-lo, estabelece requisitos, pressupostos e limites ao seu exercício. O ordenamento jurídico, conjugado com a dogmática jurídica, aqui, atuam como manifestos instrumentos de dominação.

Adiante, faz-se um estudo de direito comparado a respeito do direito de greve dos servidores públicos, especialmente a respeito da lei de greve italiana nº 146/90, o que pode contribuir para a regulamentação brasileira a respeito.

Por fim, é feito um histórico a respeito do direito de greve dos servidores públicos civis no Brasil, trazendo a memória da sua incorporação ao ordenamento jurídico, a qual, como se verá, ocorreu muito mais através de avanços e retrocessos do que de modo linear, como querem alguns.

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema justifica-se pela enorme quantidade de movimentos grevistas de servidores públicos civis ocorridos no Brasil desde outubro de 1988, os quais, muitas vezes, passam ao largo das discussões travadas, em sede doutrinária¹ e jurisprudencial², a respeito da eficácia do art. 37, VII da Constituição Federal.

Apesar das disputas por parte dos operadores jurídicos e da aparente pacificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, conferindo eficácia limitada ao citado dispositivo constitucional³, somente no mês de novembro de 1996 ocorreram 198 greves servidores, tanto das Administrações Públicas Diretas da União e Estados, como dos Municípios⁴.

¹ Cfr., a respeito, especialmente, o Capítulo II, item 2, infra.

² Cfr., a respeito, especialmente, o Capítulo II, item 3, infra.

³ Desde julho de 1990 o STF vem entendendo estar vedado o exercício de greve aos servidores públicos civis enquanto não vier lei complementar regulamentando a matéria. A esse respeito vale transcrever as razões de decisão interlocutória que indeferiu pedido de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, proferida pelo Ministro Carlos Velloso, no que se pode chamar de caso paradigma a respeito do tema: “Verifica-se, destarte, que, enquanto os trabalhadores não servidores públicos gozam, com amplitude, do direito de greve, direito estabelecido em norma constitucional de aplicabilidade imediata - art. 9º e seus §§ - o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VII). Quer dizer, enquanto a norma do art. 9º é de eficácia plena, assim de aplicabilidade imediata, direta, integral, porque independente de normatividade ulterior para a sua operatividade, a norma do art. 37, VII, da Constituição, não é auto-aplicável (Walter Ceneviva, ‘Direito Constitucional Brasileiro’, Ed. Saraiva, 1989, pág. 135), assim de eficácia limitada, porque, segundo leciona José Afonso da Silva, ‘o constituinte ainda não teve a coragem de admitir amplo direito de greve aos servidores públicos, pois, em relação a estes, submeteu o exercício desse direito aos termos e limites definidos em lei complementar (art. 37, VII)’ (José Afonso da Silva, ‘Curso de Dir. Const. Positivo’, Ed. RT, 5ª Ed., 1989, págs. 268-269). Deste, aliás, a lição, no que concerne ao direito de greve ao servidor público, que, ‘... quanto à greve, o texto constitucional não avançou senão timidamente, estabelecendo que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar, o que, na prática, é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro porque, se a lei não vier, o direito inexistirá; segundo porque, vindo, não há parâmetro para seu conteúdo, tanto por ser mais aberta como mais restritiva.’ (José Afonso da Silva, ob. cit., pág. 584). // **Não sendo, pois, auto-aplicável a disposição inscrita no art. 37, VII, da Constituição, não se poderia falar em direito de greve do servidor público**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 339-9, do Rio de Janeiro. Partido Socialista Brasileiro versus Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão de 17 de julho de 1990. DJU, Seção I, edição de 1º de agosto de 1990, p. 7056) - grifos não constam no original.

⁴ Dados tirados do Boletim DIEESE, s.l., s.d, s.ed., dezembro de 1996.

Esta realidade fática não passa despercebida pela Presidência da República, que, em 3 de maio de 1995, edita o Decreto Presidencial nº 1480/95, dispondo a respeito de *procedimentos punitivos* aos servidores federais grevistas.

Os operadores jurídicos, em vista do entendimento esboçado pelo STF e a publicação daquele Decreto Presidencial, freqüentemente encontram questões de difícil resposta, tais como: quem seriam os destinatários do que dispõe o enunciado do art. 37, VII, da Constituição Federal? O Decreto Presidencial nº 1.480/95 é constitucional ou não? Os grevistas podem ser punidos, mesmo não havendo lei complementar regulamentando o exercício do direito de greve? Os servidores públicos podem ter o seu salário descontado em face dos dias que se ausentaram do serviço por terem aderido a movimento paredista? O exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis é legítimo?

Essa realidade fática, conjugada com questões de difícil resposta para os operadores jurídicos, justificam um estudo aprofundado, que não pode estar restrito a meros comentários e críticas. Deve-se buscar, sim, novas pautas de discussão, para que se possa fornecer *alguns elementos* para a compreensão e a concretização do enunciado do art. 37, VII, da Constituição Federal.

Como todo trabalho acadêmico, este possui uma *pré-história*, calcada na pré-compreensão⁵ do seu autor a respeito do mundo e da atividade do jurista. Desse modo, são

⁵ Toma-se emprestado o conceito de pré-compreensão, elaborado pelo jurista alemão Konrad Hesse, para justificar o fato de que qualquer intérprete compreende o sentido de uma norma jurídica *também* a partir de um conjunto de elementos, tais como sua origem social, posições políticas, condicionamentos éticos e científicos, que conformam seus conhecimentos e juízos a respeito do que está ao seu redor (HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: *Escritos de derecho constitucional*. 2ª ed., trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 31 e ss.). Tais condicionamentos retiram da atividade do jurista, bem como de qualquer pesquisador de outro campo do conhecimento, a possibilidade de distanciamento autor/obra, propugnada pelos mais diversos positivismos (Cfr., a respeito, dentre vários, JAPIASSU, Hilton. *As paixões da ciência*. São

necessárias algumas considerações prévias, atinentes a determinados pressupostos norteadores do presente estudo.

1. O DIREITO: TECNOLOGIA DE DECISÃO E DOMINAÇÃO

Cumprе ressaltar que este trabalho, apesar de voltado à academia, não se propõe a fazer *ciência do direito*. O que se busca é analisar o fenômeno da greve dos servidores públicos civis e a sua normatização, tendo em vista o seu exercício ser tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro não mais como uma ilicitude e, sim, como um *direito*⁶.

Isto não retira do trabalho uma pretensão de rigor. Aliás, muito comum nos textos jurídicos, como afirma CLÊMERTON MERLIN CLÈVE: "*da leitura de textos jurídicos e jusfilosóficos se depreende uma preocupação, até certo ponto singular, no sentido de justificá-los como análises sistemáticas conformadas numa linguagem de tipo rigorosa*"⁷. Os fatores que levam a esta singularidade são os mais diversos, que merecem um estudo a parte⁸.

Paulo: Letras & Letras, 1991). A respeito do conceito de pré-compreensão, ainda, cfr. Item 5 desta Introdução, onde será tratado com mais vagar.

⁶ Como será visto no Capítulo III, até a promulgação da Constituição de 1988 era vedado o direito de greve aos servidores públicos civis.

⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. O direito e os direitos - elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Acadêmica/Scientia e Labor, 1988, p. 35.

⁸ Op. cit., p. 35.

Apesar das diferentes abordagens do fenômeno jurídico, embasadas nas mais diversas correntes epistemológicas⁹, aparentemente não haveria discordância a respeito da possibilidade de uma ciência jurídica. O que se discute, sim, é se a ciência do direito seria ou não científica¹⁰.

Uma corrente de autores entende existir um dualismo ciência/técnica jurídica. Esses autores *"negam pertinência científica à ciência do direito, ou seja, à jurisprudência, ou melhor, à dogmática jurídica; entretanto, não o fazem em relação a uma ciência do direito. A dogmática é técnica ou tecnologia e não ciência; mas uma ciência do direito não é impossível"*¹¹. Guardadas as suas especificidades, pertenceriam a essa linha TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, THEODOR VIEHWEG, NICOS POULANTZAS, MICHEL MIAILLE, dentre outros¹².

Outra corrente dissolve essa dicotomia, compreendendo a dogmática (tecnologia) jurídica enquanto ciência. Os seus integrantes entendem ser a ciência do direito o estudo de normas, tornando-se estranho à preocupação do jurista (cientista do direito) qualquer indagação embasada em outro campo do conhecimento (como a sociologia, a antropologia e a história). Esses autores *"têm em comum a preocupação de, a partir de certos cânones básicos, justificar a dignidade científica da práxis jurídica e de sua conseqüente racionalização, com o que a ciência do direito não teria tanto a função de conhecer o direito, ou seja, de saber o que ele é, mas a de aplicá-lo, normativamente, dizendo o que é de direito. A partir daí institucionalizou-se a prática de identificar a ciência do direito com a*

⁹ A respeito das correntes epistemológicas (empirismo, racionalismo, etc.) aplicadas ao campo do direito, cfr. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto e método. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O direito e os direitos, cit., p. 35.

¹¹ Op. cit., p. 38.

*dogmática jurídica*¹³. A essa corrente pertenceriam MIGUEL REALE, CARLOS COSSIO, RECASENS SICHES, HANS KELSEN, dentre outros¹⁴.

Há autores inclusive, como o professor CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, que negam a possibilidade de se falar em *cientificidade* do direito. Partindo do triedro focaultiano, onde se estabelecem eixos de *cientificidade* (matemática e física; empíricas da vida, da produção e da linguagem; da reflexão filosófica), para aquele autor o direito seria um *saber*, localizado entre os eixos, sem condições de ganhar um estatuto científico¹⁵. Isto porque a “episteme”¹⁶ atual não permitiria.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE sintetiza a sua concepção do seguinte modo: “*Não negaremos a possibilidade de, um dia, as disciplinas humanas (dentre elas o direito) constituírem ciências (...) porque na ‘episteme’ atual, isso não será possível. Não porque tenhamos uma weltanschauung que nos impeça de atingirmos tal desiderato, mas ao contrário, porque possuindo uma weltanschauung cientificista, isso fica impossibilitado em*

¹² Op. cit., p. 39.

¹³ Op. cit., p. 42.

¹⁴ Op. cit., p. 41 e ss.

¹⁵ Ao contrário da ciência, que se enquadraria perfeitamente num dos eixos do triedro, o saber, sem um modelo epistêmico próprio, vive em trânsito, ora se aproximando de um eixo, ora de outro. Isto mantém o saber em permanente conflitividade epistemológica, não possuindo terreno próprio. É clarificadora a seguinte afirmação do professor CLÈMERSON CLÈVE: “Lutando para definir sua *cientificidade*, as disciplinas humanas elaboram novos estatutos, fogem de situações paradigmáticas postas para elaborar outras, tentando se adaptar ao modelo epistêmico das ciências naturais ou promovendo espaço próprio, cultural ou histórico, definido como único para essas disciplinas; tudo para justificar a diferença ou a semelhança desses saberes em relação ao discurso e objetividade, mais exatos, de outros. Eis por que as ciências humanas vivem em crise epistemológica, denunciando formulações, as quais, de acordo com renovados padrões ou modelos, sofrem a pecha de ‘ideológicas’, ‘ultrapassadas’, ‘juridicistas’ ou ‘psicologicistas’ etc.” (Op. cit., p. 65-66).

¹⁶ Por episteme o autor entende ser uma ordem interna constitutiva dos saberes. Seria “Algo que, vindo de uma profundidade resgatável, conforma a existência necessária de uma ordem, de um princípio de ordenação histórica dos saberes, anterior à ordenação do discurso estabelecida pelos critérios de *cientificidade* e dela independente” (Op. cit., p. 29).

razão da 'episteme' que, antes de qualquer coisa, condiciona essa cultura, estabelecendo, ela mesma, as condições de emergência dos saberes científicos ou não^{17 18}.

Quanto a essa problemática, o se discutir a possibilidade ou não de uma *ciência do direito* foge dos objetivos deste estudo. Por outro lado, é fato que a dogmática jurídica (qualquer que seja o seu estatuto teórico), é utilizada atualmente como uma *tecnologia*, voltada à decisão de conflitos juridicamente definidos¹⁹. É essa dimensão do fenômeno jurídico que interessa a este trabalho, por ora.

O professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., partindo da dicotomia ciência do direito (ou zetética) e técnica jurídica, afirma que *"Na verdade, a chamada ciência (dogmática) do direito, sendo uma sistematização do ordenamento e sua interpretação, suas 'teorias' chamadas, no conjunto, de 'doutrina', são antes complexos argumentativos, e não teoria no sentido zetético, isto é, sistema de proposições descritivas que, de um lado, compõem um conjunto lógico em termos primitivos, não observáveis (como, por exemplo, nêutron, elétron) e, de outro, um conjunto de regras que permitem interpretar empiricamente, relacionando a fenômenos observáveis, os termos não-observáveis"*²⁰.

¹⁷ Op. cit., p. 66. O termo alemão "Weltanschauung" pode ser traduzido como "concepção de mundo" (Dicionário alemão-português. São Paulo - O Porto: Martins Fontes - Porto Editora, 1983, p. 718).

¹⁸ "Entretanto, isto não quer significar que esses saberes ficaram à mercê das opiniões, reduzindo-se a mera doxologia tão incerta, quanto, inexoravelmente, curta e sectária. Ao contrário, o discurso sobre o homem, enquanto saber, é dotado de lugar próprio no quadro genérico das epistemologias, possuindo características definidas pela própria 'episteme' " (CLÈVE, Clèmerson Merlin, O direito e os direitos, cit., p. 66).

¹⁹ Especialmente no entendimento do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., em obras como "Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa" (Rio de Janeiro: Forense, 1978), "Função social da dogmática jurídica (São Paulo: RT, 1980), "A ciência do direito" (2ª ed., São Paulo: Atlas, 1991) e "Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação" (São Paulo: Atlas, 1990). Citar-se-á apenas esta última, por conter a síntese do pensamento do autor, esboçado nas obras anteriores.

²⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, cit., p. 85.

Assim sendo, "*podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade*"²¹. Despida de ilusões normativistas, a dogmática jurídica torna-se um *instrumento de ação sobre as relações sociais* (nesse sentido tornando-se uma tecnologia). Instrumento cujos pressupostos são inquestionáveis, ou seja, "*...suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não-problemático*"²², para que cumpra a sua função, qual seja, a de criar condições para o agir. E qual seria esse agir, em última análise? Seria a decisão de conflitos juridicamente definidos²³.

Entenda-se que, enquanto tecnologia, a dogmática não investiga a decisão em termos descritivos, enquanto realidade social, mas sim investiga "*regras para a tomada de decisão*"²⁴. Decisão que põe fim a conflitos jurídicos. Ou seja, a dogmática "*...preocupa-se com os requisitos técnicos que constituem os instrumentos de que se serve o decisor, aparentemente para adaptar sua ação à natureza mesma dos conflitos, mas, na verdade, para encontrar a decisão que prevalecentemente se imponha e os conforme juridicamente*"²⁵. Conflito aqui entendido (por enquanto) como um "*conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução*"²⁶. Conjunto de alternativas que pedem uma definição.

²¹ Op. cit., p. 86.

²² Op. cit., p. 86.

²³ Op. cit., p. 86.

²⁴ Op. cit., p. 282.

²⁵ Op. cit., p. 282.

²⁶ Op. cit., p. 284.

Os conflitos sociais (jurídicos, políticos, econômicos, religiosos), ocorrem numa situação de comunicação, onde os agentes são simultaneamente emissores e receptores de mensagens²⁷. O conflito ocorre exatamente no momento em que se interrompe a comunicação, *“ou porque quem transmite se recusa a transmitir o que dele se espera, ou porque quem recebe se recusa a receber, criando-se expectativas desiludidas”*²⁸.

A possibilidade de término do conflito jurídico ocorre no momento em que a comunicação deixa de ser mera manifestação subjetiva do comunicador, para, assimilado por uma codificação linguística fornecida por terceiro (qual seja, o Estado e o seu ordenamento jurídico), *objetiva-se*, vinculando os comunicadores entre si, *“ao conferir-lhes esferas autônomas de ação. Obriga-os, ao mesmo tempo que lhes confere poderes”*²⁹. O fato do sujeito “A” não adimplir o pagamento que se obrigou perante “B” sai da esfera subjetiva dos comunicadores para ser tutelada em termos objetivos através de um conjunto de elementos fornecidos pelo Estado, através de diplomas legais, formalmente iguais para todos.

Conseqüentemente o conflito daí surgido deixa de ser tutelado pelo puro arbítrio das partes, pois institucionaliza-se ao ser decodificado pelo ordenamento jurídico estatal. Aliás, não se decodifica apenas o conflito, mas, também, o procedimento que leva ao seu término (porque o conflito pode surgir no que pertine aos elementos que compõem o procedimento decisório - questionar se o pagamento está conforme a lei, se a lei está ou não de acordo com os procedimentos legislativos, se a lei é constitucional ou não, dentre outros). Em última análise, *“A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos*

²⁷ Op. cit., p. 285.

²⁸ Op. cit., p. 285.

²⁹ Op. cit., p. 285.

*conflitos jurídicos uma qualidade especial: eles terminam*³⁰. A decisão jurídica põe-lhes fim, impedindo a sua continuação, ao contrário de outros conflitos sociais. Extingue o conflito de modo especial, porque pode não os erradicar: *"Ela não os termina por meio de uma dissolução, mas os soluciona pondo-lhes um fim"*³¹.

Resta explicitado, portanto, que, no presente estudo, o direito (enquanto dogmática) será tomado como tecnologia de decisão de conflitos jurídicos. Porém, essa análise, caso fosse encerrada aqui, seria precária, por não explicitar uma específica nuance da dogmática: o seu eminente caráter de técnica de *dominação*. Isto porque o conhecimento dogmático do direito e suas teorias (voltadas à decidibilidade dos conflitos), ao contrário de um suposto conhecimento científico, *"não cuidam de ser logicamente rigorosas no uso dos seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos) mas sim fazer um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais"*³². Mas de que modo se operam esse corte e isolamento de problemas?

O professor FERRAZ Jr. fornece uma resposta, inclusive com um exemplo: *"Na decisão, pode-se dizer, a verdade factual está sempre submetida a valoração. Valores são símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes. Ninguém é contra a justiça, a utilidade, a bondade. Mas, na argumentação, os valores às vezes são usados como prisma, critério posto como invariante e que permite demarcar e selecionar o objeto: o*

³⁰ Op. cit., p. 285.

³¹ Op. cit., p. 286.

³² Op. cit., p. 87.

álcool é perigoso à saúde. Saúde está posta como critério valorativo (valor saudável) que demarca (avalia) o objeto álcool como perigoso” ³³.

Porém os valores são maleáveis, mutáveis ao sabor das opiniões e conveniências. Então de que modo eles se tornam critérios de organização do discurso decisório? É aqui que o discurso dogmático torna-se eminentemente *ideológico*³⁴. No campo do direito a ideologia “...torna rígida a valoração. Assim, igualdade pode ser um critério de justiça, a justiça pode ter sentido liberal, comunista, fascista, etc. A ideologia, assim, organiza os valores, hierarquizando-os, constituindo uma pauta de segundo grau que lhes confere uso estabilizado. A ideologia é, então, uma espécie de valoração última e total, que sistematiza os valores”³⁵.

Ideologias, quando se enfrentam, não dialogam, mas polemizam³⁶. Consequentemente a dogmática jurídica, dependendo da ideologia que a anima, dependendo do conjunto de valores hierarquizados e por ela operacionalizados, pode fornecer elementos para decisões sobre determinado tema com um ou outro fundamento axiológico, todas (ideo)logicamente plausíveis³⁷. A discussão a respeito de decisões possíveis para um determinado problema torna o conflito jurídico um verdadeiro embate,

³³ Op. cit., p. 315.

³⁴ Quanto à discussão a respeito do conceito de ideologia, cfr. o clássico trabalho da professora Marilena de Souza Chauí, “O que é ideologia?” (34ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1991).

³⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, cit., p. 316.

³⁶ Op cit., p. 316.

³⁷ Cfr., a respeito, o trabalho do jurista Nilo Bairros de Brum, “Requisitos retóricos da sentença penal” (São Paulo: RT, 1980). Aliás, dessa obra vale extrair um pequeno excerto, a respeito da interlocução *ideologia e direito*: “Pensamos que a ideologia é uma constante nas práticas jurídicas. Todas as tentativas no sentido de eliminá-la do plano da teoria resultaram em propostas redutoras que, longe de suprimi-las, incrementaram novas propostas ideológicas. Se temos de conviver com as ideologias, nada melhor que enfrentá-las e assumi-las como realmente são. Reconhecendo a parcialidade de nossas ideologias e mitos, poderemos assumir uma postura mais lúcida, mais reflexiva, mais crítica, e, sobretudo, mais tolerante para com as ideologias alheias. Por outro lado, esse posicionamento crítico há de proporcionar o balanço de nossas crenças, permitindo-nos avaliar quais as que ainda são compatíveis com nossa época” (p. XV).

onde palavras como *consenso*, *interesse geral*, *vontade da nação*, *vontade da lei* e *vontade do legislador* tornam-se meros instrumentos de uma disputa argumentativa.

Nos termos expostos, este trabalho se afasta do dogmatismo³⁸, por entender que a dogmática jurídica é um *instrumento viabilizador de decisões judiciais*. Porém, não se pode perder de vista que a dogmática jurídica se insere em um embate muito mais complexo e envolvente, que extrapola em muito o entendimento vinculado aos mais diversos positivismo, os quais concebem os homens e as organizações sociais enquanto esferas autônomas de ação, círculos de direitos e deveres, travestidos de objeto (quando não ficção) pelo ordenamento jurídico dos Estados contemporâneos.

Afinal, a disputa não se restringe pura e simplesmente a quem vencerá a demanda judicial, mas quem a *dominará* com o argumento mais eficaz, terminando o conflito jurídico através do conjunto hierarquizado de valores melhor posicionado em termos de disputa pelo *poder*, capaz de fornecer o maior número de lugares-comuns aceitáveis como factíveis e legitimadores de uma verdadeira *hegemonia*. É chegado o momento de se trazer à discussão certos conceitos, como os de *conflito*, *dominação*, *hegemonia* e *instância jurídica*.

³⁸ Apego ao dogma e, no campo do direito, aos institutos jurídicos sem lhes conferir qualquer historicidade, apesar de estarem, tanto jurista como o seu objeto, profundamente trespassados e influenciados pelo momento histórico no qual se inserem. O professor Clèmerson Merlin Clève, comentando a postura teórica do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., manifesta-se nos seguintes termos a respeito dessa problemática: "...a dogmática guarda uma função social e prática que não se confunde com a atividade do conhecimento propriamente dita. Parte de pontos irrecusáveis para propor a solução a certos conflitos de interesses. Instrumentaliza, por assim dizer, o aparato jurisdicional do Estado, apresentando-se como uma verdadeira tecnologia. A dogmática não se confunde com o dogmatismo, como querem alguns. Aquela poderá situar-se no âmbito de uma sociedade aberta, democrática e plural, enquanto este não foge do apego indiscriminado ao dogma" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional - e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 218).

2. O JURÍDICO ENQUANTO ESPAÇO DE LUTA

Para um início de ampliação do que se compreende como dimensão tecnológica do direito, ou melhor, aceitando-se o convite à reflexão a respeito da dogmática jurídica sob moldes não puramente instrumentalistas, entende-se como fundamental o resgate e operacionalização no campo do direito de determinadas categorias marxianas, especialmente do pensamento de ANTONIO GRAMSCI e NICOS POULANTZAS³⁹, para que se possa estudar o direito enquanto objeto cultural, eivado de historicidade e influenciado pelas disputas travadas entre as diversas classes e frações de classes no seio da tessitura social contemporânea.

Em termos metodológicos, o elemento básico que fundamenta o raciocínio de GRAMSCI a respeito da política é o fato de existirem governantes e governados, dirigentes e dirigidos⁴⁰. Com efeito, *“Assim como Marx parte da mercadoria e de suas determinações para elaborar as categorias mais complexas e ricas de sua crítica da economia política,*

³⁹ O diálogo entre o direito e esses pensadores marxistas não é novo, podendo-se citar, a título de exemplo, as seguintes obras, que buscam uma articulação entre as categorias elaboradas pelos referidos pensadores e a problemática jurídica: ARGÜELLO, Katie Salles Cáceres (org.), *Direito e Democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996; ARRUDA Jr., Edmundo de Lima Arruda e BORGES Filho, Nilson (org.), *Gramsci: Estado, Direito e Sociedade - ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis*. Florianópolis: Letras Contemporâneas - CPGD/UFSC, 1995; CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do direito. In: *Direito em revista*. Revista quadrimensal da AMATRA Curitiba 2 (5): abr/agos. 1995, p. 06-13; CLÈVE, Clèmerson Merlin, O direito e os direitos. cit., CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito Constitucional - e de teoria do direito, cit.; CLÈVE, Clèmerson Merlin, A teoria constitucional e o direito alternativo - para uma dogmática constitucional emancipatória. Anais do Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, realizado no Rio de Janeiro, de 07 a 09 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Seleções Jurídicas COAD-ADV, 1994, nº 01/94, p. 45-51, além das contribuições do próprio POULANTZAS nesse sentido, especialmente na sua obra de maturidade, *“O Estado, o Poder, o Socialismo”* (Trad. de Rita Lima, 3ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1990).

⁴⁰ “Primeiro elemento é a existência real de governados e governantes, dirigentes e dirigidos. Toda a ciência e arte políticas baseiam-se neste fato primordial, irreduzível (em certas condições gerais)” (GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado Moderno*. Trad de Luiz Mario Gazzaneo, 6ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p.18/19.

entre as quais a do capital como relação social, também Gramsci parte de seu 'primeiro elemento' (a distinção governantes-governados) para explicitar as mais importantes determinações de sua teoria crítica da política"⁴¹.

É a partir da dicotomia governantes/governados que GRAMSCI elabora uma concepção extremamente original dentro do pensamento marxiano, superando dialeticamente uma série de categorias elaboradas pelos clássicos⁴². Dentre elas, opera uma verdadeira "ampliação"⁴³ no conceito de *Estado*, superando a idéia defendida pelo marxismo clássico que o via como um conjunto de aparelhos repressivos, cuja função seria a de pura e simplesmente conservar e reproduzir a divisão de classes, garantindo a imposição dos interesses da classe dominante como o interesse geral da sociedade⁴⁴.

Segundo suas próprias palavras, o entendimento que esboça "*...leva também a certas determinações do conceito de Estado, que comumente é entendido como Sociedade política (ou ditadura, ou aparelho coercitivo para amoldar a massa popular ao tipo de produção e à economia de dado momento) e não como um equilíbrio da Sociedade política com a Sociedade civil (ou hegemonia de um grupo social sobre a sociedade nacional inteira exercida através das chamadas organizações privadas, como a Igreja, os sindicatos, as escolas, etc.)*"⁴⁵.

⁴¹ COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci - um estudo sobre o seu pensamento político. 2ª ed., Rio de Janeiro: Campus, p. 47

⁴² "Aquele 'primeiro elemento', analisado, revela sua gênese histórica na distinção entre classes sociais antagônicas; e, desenvolvido e concretizado, desdobra-se nas distinções necessárias a serem feitas no interior das superestruturas (na esfera da política)" (Op. cit., p. 47).

⁴³ Segundo Carlos Nelson Coutinho, a expressão "teoria ampliada do Estado" é usada pela primeira vez por Christine Buci-Glucksmann, na obra *Gramsci et l'État*. (Op. cit., p. 86, nota 4).

⁴⁴ Op. cit., p. 74.

⁴⁵ GRAMSCI, Antonio. Cartas do Cárcere. Trad. de Noêmio Espíndola, 4ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 224.

Desse modo, GRAMSCI opera também uma renovação de sentido no conceito de “sociedade civil”. Em MARX e ENGELS “...a esfera da sociedade civil compreende o conjunto de relações econômicas capitalistas, ou seja, a base material ou a infraestrutura”⁴⁶. O pensador sardo desloca esse conceito para a superestrutura, porque “procura mostrar que a sociedade civil é o espaço onde se organizam os interesses em confronto, é o lugar onde se tornam conscientes os conflitos e as contradições”⁴⁷. Não é um momento da base real, mas um momento da superestrutura ideológico-política⁴⁸.

Há portanto duas esferas distintas, faces do que resulta a concepção de Estado gramsciana: “O Estado (strictu sensu) seria a ‘sociedade política’ e representaria o momento da força e da coerção, enquanto que a ‘sociedade civil’ conformaria uma rede complexa de funções educativas e ideológicas, aquilo em função de que a sociedade é não apenas comandada, mas também dirigida”⁴⁹. A ampliação do conceito de Estado ocorre precisamente porque o Estado, resultado do equilíbrio entre sociedade civil e política, só pode sê-lo enquanto síntese dessas duas esferas.

Porém, existirem diferenças intransponíveis entre as esferas da sociedade política e da sociedade civil, que garantem uma autonomia entre si: em primeiro lugar, no que pertine à função que exercem na organização da vida social, porque “...através da sociedade civil, as classes buscam exercer a hegemonia, ou seja, buscam ganhar aliados para suas posições mediante a direção política e o consenso; por meio da sociedade política, ao contrário, as classes exercem sempre uma ditadura, ou mais precisamente, uma dominação

⁴⁶ SIMIONATTO, Ivete. Do oriente ao ocidente: a Teoria do Estado Ampliado. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Filho, Nilson. Gramsci: Estado, Direito e Sociedade, cit., p. 149.

⁴⁷ Op. cit., p. 149/150.

⁴⁸ Op. cit., p. 150.

através da coerção⁵⁰; em segundo lugar, distinguem-se no que tange às suas materialidades sociais-institucionais próprias, pois “*Enquanto a sociedade política tem seus portadores materiais nos aparelhos repressivos do Estado (controlados pelas burocracias executiva e policial-militar), os portadores materiais da sociedade civil são o que Gramsci chama de ‘aparelhos privados de hegemonia’, ou seja, organismos sociais coletivos voluntários e relativamente autônomos em face da sociedade política*”⁵¹.

Como já dito, a ampliação do conceito de Estado ocorre, em certa medida, ao ser realizada a síntese entre as esferas da sociedade civil e da política. Isto ocorre através do conceito de *supremacia*. Ela designa “...o momento sintético que unifica (sem homogeneizar) a hegemonia e a dominação, o consenso e a coerção, a direção e a ditadura”⁵². Apesar de cumprir papéis diversos, a classe hegemônica, tanto na direção política da sociedade civil como na dominação e a coerção exercida pelos aparelhos repressores da sociedade política, em última análise busca *submeter* as classes dominadas em ambas as esferas.

Foi dito que a hegemonia se realiza através da *direção política* e do *consenso*⁵³. Porém, deve-se ter em mente que a dimensão da hegemonia é muito mais sutil do que as análogas *dominação* e *coerção*, relativas à sociedade política. A hegemonia, ao contrário de uma simples manifestação de força, é “...*justamente a capacidade de descobrir a*

⁴⁹ MACCIOCCHI, Maria-Antonieta. A favor de Gramsci. Trad. de Angela Peralva, 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 150.

⁵⁰ COUTINHO, Carlos Nelson, cit., p. 77.

⁵¹ Op. cit., p. 77.

⁵² Op. cit., p. 78.

⁵³ Deve-se tomar cuidado com o termo “consenso”. Nos termos da teoria gramsciana, o consenso só será atingido no momento em que forem eliminadas as todas as contradições sociais antagônicas (eliminação das dicotomias governantes/governados: capitalistas/trabalhadores, etc. Somente quando for atingido o estágio da sociedade sem classes (Cfr. COUTINHO, Carlos Nelson, cit., p. 68). Não há como confundir a sua compreensão de consenso com a que viceja no contratualismo de matiz liberal.

*especificidade nacional, as características específicas de uma sociedade determinada. A hegemonia é conhecimento, além de ação, por isso é a conquista de um novo nível de cultura, é a descoberta de coisas que não se conhecia*⁵⁴. Ou seja, é a capacidade de aprendizagem da classe hegemônica (ou que pretende ascender a essa condição), no sentido de compreender o momento histórico em que a luta política e econômica está inserida, as condições e os limites impostos por esse momento às eventuais estratégias de ação e, acima de tudo, é a capacidade de criação dos pressupostos de uma nova ordem cultural. Ou seja: para tornar-se (ou se manter) hegemônica, a classe não pode restringir-se à luta corporativa, mas deve traduzir como seus os anseios da coletividade nacional, fornecendo-lhe uma alternativa à ordem em vias de substituição^{55 56}.

Governar sem hegemonia, apenas baseado na dominação e coerção, não garante à classe que assim dirige o Estado a manutenção no poder. *“Cedo ou tarde a classe dominante é destituída de sua função por carência mínima de legitimidade”*⁵⁷. Governar em consonância com o momento histórico-político-social, por outro lado, pode manter de modo muito mais eficaz a classe hegemônica no poder.

⁵⁴ GRUPPI, Luciano. Tudo começou com Maquiavel - as concepções de Estado em Marx, Engels, Lenin e Gramsci. Trad de Dario Canali, 12ª ed., Porto Alegre: L&PM Editores, s.d., p. 81.

⁵⁵ Segundo GRAMSCI, nos termos expostos por Carlos Nelson Coutinho, “...pode-se empregar o termo ‘catarse’ - diz ele - para indicar a passagem do momento meramente econômico (ou egoístico-passional) para o momento ético-político, ou seja, a elaboração superior da estrutura em superestrutura na consciência dos homens” (COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci, cit., p. 53). Ou seja, “Para Gramsci, uma classe social, se não é capaz de realizar essa ‘catarse’, não pode se tornar classe *nacional*, representante dos interesses de um bloco histórico majoritário, e, desse modo, não pode conquistar a *hegemonia* na sociedade” (Op. cit., p. 53) - o conceito de “bloco histórico” será explicitado adiante (cfr. nota. 62).

⁵⁶ A título de exemplo, a hegemonia proletária logrará êxito se as classes que compõem o proletariado tiverem “...capacidade de direção, de conquistar alianças, capacidade de fornecer uma base social ao Estado proletário. Nesse sentido, pode-se dizer que a hegemonia do proletariado realiza-se na sociedade civil, equanto a ditadura do proletariado é a forma estatal assumida pela hegemonia (ou dominação-coerção)” (GRUPPI, Luciano. O conceito de hegemonia em Gramsci. Trad de Carlos Nelson Coutinho, 3ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1991, p. 5).

⁵⁷ ROSA, Lédio Andrade da. Magistratura e Democracia. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Filho, Nilson (org). Gramsci - Estado, Direito e Sociedade, cit., p. 123.

A estratégia a ser seguida pela classe que aspira a ascender à hegemonia, além de uma arguta percepção da realidade que o circunda (buscando alcançar o maior número de pessoas com o seu projeto político-cultural), é efetivamente a de *partir para a guerra*.

A conquista da hegemonia (e de roldão os aparelhos repressores do Estado), pode ser feita de modo abrupto ou processualmente. O primeiro modo, GRAMSCI denomina de *guerra de movimento* (ou luta no sentido bélico); o segundo, denomina de *guerra de posição* (ou "...busca de ampliação de espaços hegemônicos, em direção a um projeto social com outras bases hegemônicas que não a reinante, objetivando obter a direção da sociedade antes de deter o poder do Estado (dominação do poder político)"⁵⁸).

A escolha de um ou outro método depende da articulação sociedade civil-sociedade política vigente em um determinado momento histórico, em uma determinada realidade social. Nos Estados onde a sociedade civil é desarticulada, onde exista pouca autonomia dos aparelhos privados de hegemonia frente aos aparelhos repressores do Estado, a estratégia da guerra de movimento é mais adequada (precisamente o que ocorreu na Rússia durante a Revolução de Outubro de 1917); por outro lado, nos Estados onde a sociedade civil adquire níveis de complexidade maiores, onde a autonomia entre aparelhos privados e aparelhos repressores é muito mais nítida, é aconselhável utilizar a estratégia da guerra de posições⁵⁹.

⁵⁸ ARRUDA Jr., Edmundo de Lima. Gramsci e o direito: reflexões sobre novas juridicidades. In ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Filho, Nilson (org). Gramsci - Estado, Direito e Sociedade, cit., p. 33

⁵⁹ "...no Oriente, isto é, na Rússia, o Estado era tudo, a sociedade civil era primitiva e fluida, eis a questão. Enquanto isso, no Ocidente, havia uma justa relação entre Estado e sociedade civil; assim que se produzisse uma vacilação do Estado, percebia-se uma sólida estrutura da sociedade civil. O Estado, então, era apenas uma trincheira avançada, atrás da qual existia uma sólida linha de fortalezas e fortins, mais ou menos diferente de um Estado para o outro. Mas, para conhecer isso, era preciso conduzir uma cuidadosa *exploração do terreno nacional*" (GRUPPI, Luciano. Tudo começou com Maquiavel, cit., p. 79).

A guerra de posições, em sociedades complexas como a brasileira⁶⁰, abre a possibilidade da classe proletária provocar uma crise orgânica⁶¹ do bloco histórico⁶², “levando a classe dominante a uma situação insustentável de exercício de poder”⁶³. Ou seja, para o proletariado ascender ao poder não existe apenas a estratégia da revolução armada, podendo conquistá-lo também através de um constante combate, localizado, microscópico, minando as bases de sustentação da classe hegemônica, não apenas tomando-lhe os aparelhos repressores (o Estado), mas também, fundamentalmente, *substituindo-lhe na direção política da sociedade civil*. A estratégia é a de conquistar as mentes, não apenas os corpos.

A concepção de crise orgânica, gerada através de uma contínua e bem orientada guerra de posições, aliada aos demais conceitos aqui descritos, demonstra a intrínseca *processualidade* da conquista do poder em sociedades ocidentais complexas, conferindo ao pensamento gramsciano uma impressionante vitalidade e atualidade. “Gramsci pensou a guerra de posição como estratégia de construção das mudanças nas instituições culturais da sociedade civil, de maneira a consolidar uma estratégia na qual, em definitivo, as classes populares e progressistas lograssem a direção da mesma, antes da conquista e dominação

⁶⁰ Cfr. o texto “As categorias de Gramsci e a realidade brasileira”, de Carlos Nelson Coutinho (In: COUTINHO, Carlos Nelson e NOGUEIRA, Marco Aurélio -org.-, Gramsci e a América Latina, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993, p. 103 e ss - o texto está inserido também na obra de CARLOS NELSON COUTINHO “Gramsci - um estudo sobre seu pensamento político”, cit., p. 119 e ss.).

⁶¹ A crise orgânica é, em termos econômicos, a manifestação de contradições estruturais do modo de produção. Em termos políticos, manifesta-se como crise de hegemonia, ou seja, a classe dominante não dispõe mais do poder de direção e de estabelecer o consenso, porém, as classes que aparecem para substituí-la não detêm força política suficiente para desencadear o câmbio. Em suma, a classe dominante se mantém apenas através da coerção. Cfr. COUTINHO, Carlos Nelson, Gramsci, cit., p. 93.

⁶² Outra categoria gramsciana, significa a “...reciprocidade e organicidade entre o estrutural e o superestrutural, o vínculo concreto entre as ‘forças materiais e as ideologias’, entre o ‘econômico-social’ e o ‘ético-político’ em cada momento histórico” (MALISKA, Marcos Augusto. Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Filho, Nilson (org). Gramsci - Estado, Direito e Sociedade, cit., p. 77).

dos aparelhos do Estado. Gramsci continua atual no sentido de apontar que o trabalho de artesanaria democrática é de base, negando as soluções autoritárias típicas das mudanças por cima, que caracterizam as formações sociais sem tradição democrática (como é o caso brasileiro)⁶⁴.

Neste verdadeiro processo de tomada e manutenção do poder, um grupo de pessoas assume um papel importantíssimo, no sentido de assegurar “o consenso ideológico da massa em torno do grupo dirigente, que serve de elo entre a superestrutura e a infraestrutura”⁶⁵. É o grupo dos intelectuais. Eles são efetivamente os mediadores entre a direção política (e cultural) imposta pela classe hegemônica e as demais classes⁶⁶.

Nos termos expostos por MARCOS AUGUSTO MALISKA, “Existem três categorias de intelectuais. A primeira está ligada ao conceito de intelectual tradicional. Este intelectual caracteriza-se por pertencer a uma classe que outrora detinha a hegemonia. A segunda, estuda o intelectual enquanto ‘intelectual orgânico do status quo’. Este desenvolve seu trabalho na manutenção da ordem vigente. Está em constante confronto com a terceira categoria de intelectual, ou seja, o ‘intelectual orgânico da transformação’. Este último trabalha na perspectiva da construção de uma nova hegemonia e com a conseqüente transformação do bloco histórico”⁶⁷.

⁶³ ROSA, Lédio Andrade da, cit., p. 123.

⁶⁴ ARRUDA Jr., Edmundo de Lima. Racionalidade Jurídica: Direito e Democracia. In: ARGÜELLO, Katie Salles Cáceres. Direito e Democracia, cit., p. 41/42.

⁶⁵ MALISKA, Marcos Augusto. Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos, cit., p. 80.

⁶⁶ Op. cit., p. 81. A esse respeito, ainda: “Os grupos sociais a partir do modo como se estrutura o mundo da produção econômica, criam, de modo orgânico, uma ou mais camadas de intelectuais, que dão à classe homogeneidade ideológica e política, unificando e dando coerência à ação econômica, social e política” (Op. cit., p. 81).

⁶⁷ Op. cit., p. 81/82.

Os operadores jurídicos, fração do grupo dos intelectuais, podem se inserir em qualquer das três categorias. Conseqüentemente, o instrumental dogmático que operam é utilizado para fornecer decisões que auxiliem ou na conquista ou manutenção da hegemonia. Afinal de contas, como já dito, as decisões judiciais não visam apenas a terminar conflitos jurídicos, mas também *a conquistar ou perpetrar a hegemonia sobre a sociedade civil*. A disputa efetivamente extrapola as barras dos tribunais.

Os operadores jurídicos podem utilizar o instrumental dogmático para reforçar o bloco histórico que representam, fornecendo argumentos plausíveis e eficazes para a manutenção da “ordem institucional”. Ou então, enquanto intelectuais orgânicos da transformação, podem utilizar esse instrumental para fomentar uma crise orgânica, dentro da estratégia da guerra de posições, em busca de uma conquista da hegemonia, contribuindo para a formação de um novo bloco histórico.

Apesar da linearidade do presente discurso, conferida pela coerência das categorias gramscianas, é de se ressaltar todavia que está ocorrendo um desvio conceitual. Isto porque o conceito de hegemonia é insito à *sociedade civil*, sendo a guerra de posições exercitada nessa esfera, enquanto que o campo do operador jurídico, qual seja, o Poder Judiciário e suas instituições, integram por excelência o conjunto dos aparelhos repressores da *sociedade política*. Como resolver esse impasse? É possível uma guerra de posições dentro da esfera da sociedade política?

Quem fornece a solução é o pensador grego NICOS POULANTZAS⁶⁸. Esse autor amplia e enriquece a estratégia de guerra de posições, admitindo-a também no seio da sociedade política⁶⁹.

POULANTZAS parte do mesmo ponto que GRAMSCI para criticar a concepção marxista clássica de Estado (ou melhor, a dogmatização dessa concepção, como a elaborada pelo chamado “marxismo-leninismo”⁷⁰). Nesse sentido, “*É evidente que uma tal análise não poderia fazer a pesquisa avançar nem um passo. Ela é totalmente inoperante na análise de situações concretas, pois é incapaz de induzir a uma teoria do Estado capitalista que explique as formas diferenciais e as transformações históricas desse Estado, de maneira tautológica*”⁷¹.

Desse modo, cabe ao estudioso perquirir sobre a seguinte urgência teórica: a de se “...compreender a inscrição da luta de classes, muito particularmente da luta e da dominação política, na ossatura institucional do Estado (*no caso a da burguesia no arcabouço material do Estado capitalista*) de maneira tal que ela consiga explicar as formas diferenciais e as transformações históricas desse Estado”⁷². É exatamente uma resposta a essa problemática que POULANTZAS consegue articular. Ele *insere* a luta de classes na ossatura material do Estado, ou seja, nos aparelhos repressores do Estado. A disputa pela hegemonia, através da guerra de posições, passa a ser travada não só no âmbito da

⁶⁸ Cfr. POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo, cit., p. 141 e ss.

⁶⁹ Isto nos termos do que ensina o professor Edmundo Lima de Arruda Jr. A esse respeito, cfr. ARRUDA Jr., Edmundo de Lima. Gramsci e o direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Fº, Nilson. Gramsci - Estado, Direito e Sociedade, cit., p. 36.

⁷⁰ No que se refere à dominação política, ela (a forma teoricista formalista, da qual a teoria marxista-leninista é uma das nuances) só leva a banalidades dogmáticas do gênero: todo Estado é um Estado de classe; toda dominação política é uma ditadura de classe; o Estado capitalista é um Estado da burguesia; o Estado capitalista em geral, e todo Estado capitalista em particular, são uma ditadura da burguesia” (POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo, cit., p. 143).

⁷¹ Op. cit., p. 143.

sociedade civil mas *também* (e ao mesmo tempo) no âmbito da sociedade política e seus aparelhos.

O Estado cumpre uma função primordial, no que diz respeito às classes dominantes. Ele *“...representa, organiza o interesse político a longo prazo do bloco no poder”*⁷³. Na verdade, o Estado constitui *“a unidade política das classes dominantes: ele instaura essas classes como classes dominantes. Esse papel fundamental de organização não concerne aliás a um único aparelho ou ramo do Estado (os partidos políticos), mas, em diferentes graus e gêneros, ao conjunto de seus aparelhos, inclusive seus aparelhos repressivos por excelência (exército, polícia, etc.) que, também eles, exercem essa função”*⁷⁴.

Porém, o Estado só pode cumprir essa função porque detém uma *autonomia relativa* em relação aos componentes do bloco no poder. *“O Estado pode preencher essa função de organização e unificação da burguesia e do bloco no poder, na medida em que detém uma autonomia relativa em relação a tal ou qual fração e componente desse bloco, em relação a tais ou quais interesses particulares. Autonomia constitutiva no bloco capitalista: remete à materialidade desse Estado em sua separação relativa das relações de produção, e à especificidade das classes e da luta de classes sob o capitalismo que essa separação implica”*⁷⁵.

Esse Estado, relativamente autônomo porém perpassado pela luta de classes, é conceituado por POULANTZAS do seguinte modo: *“...o Estado, no caso capitalista, não*

⁷² Op. cit., p. 144. Grifos no original.

⁷³ Op. cit., p. 145. Em certa medida, o conceito poulantziano de bloco no poder aproxima-se do conceito gramsciano de “hegemonia” sobre a sociedade civil, conjugado com o de “dominação” sobre a sociedade política. Seria a síntese de ambos.

⁷⁴ Op. cit., p. 145/146.

deve ser considerado como uma entidade intrínseca, mas, exatamente como a condensação material de uma relação de forças ente classes e frações de classe, tal como ele expressa, de maneira sempre específica, no seio do Estado”⁷⁶. Ou seja, o Estado não é coisa (mero instrumento da burguesia) ou *sujeito* (completamente autônomo à luta de classes, dirigido por uma burocracia e pelas elites políticas)⁷⁷. O Estado é sim a condensação de uma relação de forças, porém, condensação de uma *específica* relação de forças, entre classes e frações de classe *no seio do Estado*. Segundo NICOS POULANTZAS, isso “...significa que o Estado é constituído-dividido de lado a lado pelas contradições de classe. Isso significa que uma instituição, o Estado, destinado a reproduzir as divisões de classe, não é, não pode ser jamais, como nas concepções de Estado-Coisa ou Sujeito, um bloco monolítico sem fissuras, cuja política se instaura de qualquer maneira a despeito de suas contradições, mas é ele mesmo dividido. Não basta simplesmente dizer que as contradições e as lutas atravessam o Estado, como se se tratasse de manifestar uma substância já constituída ou de percorrer um terreno vazio. As contradições de classe constituem o Estado, presentes na sua ossatura material, e armam assim a sua organização: a política do Estado é o efeito de seu funcionamento no seio do Estado”⁷⁸.

Porém, como POULANTZAS adverte, “As divisões internas do Estado, o funcionamento concreto de sua autonomia e o estabelecimento de sua política através das fissuras que caracterizam-no, não se reduzem às contradições entre as classes e frações do bloco no poder: dependem da mesma maneira, e mesmo principalmente, do papel do Estado frente às classes dominadas”⁷⁹. Desse modo, o Estado, relativamente autônomo em

⁷⁵ Op. cit., p. 146.

⁷⁶ Op. cit., p. 147.

⁷⁷ Op. cit., p. 147/148.

⁷⁸ Op. cit., p. 152.

⁷⁹ Op. cit., p. 161.

face do bloco no poder, para conseguir inclusive perpetuar a hegemonia e dominação deve estar *receptivo e permeável a certas demandas das classes dominadas*, sob pena de, sem essa porosidade, agudizar de tal maneira as contradições entre dominantes e dominados que forçará os dominados utilizarem-se de uma estratégia eminentemente de guerra de movimento.

Recepcionar determinadas demandas, ou mesmo propiciar aos dominados parcelas de poder decisório no que pertine às políticas públicas, é um dos meios de se perpetrar a hegemonia e dominação do bloco no poder. Em síntese: o Estado internaliza as contradições de classe, de modo a controlá-las eficazmente⁸⁰.

O Estado, ao internalizar as contradições de classe, se por um lado busca controlá-las, por outro possibilita a ampliação do espaço de luta das classes dominadas. Porque a luta não fica restrita à disputa de hegemonia na sociedade civil, mas sim abrange também a luta pela dominação dos aparelhos repressores do Estado, *ao mesmo tempo* em que aquela ocorre. É aqui que o operador jurídico, enquanto intelectual orgânico da transformação, encontra fundamento para a utilização da dogmática jurídica em sentido emancipatório⁸¹.

Partindo da concepção poulantziana de Estado, CLÉMERTON MERLIN CLÈVE aponta para o entendimento da “...*instância jurídica do Estado moderno como uma ‘condensação específica de relação de forças’*, que se expressa como *mediação através de*

⁸⁰ “As contradições internas do Estado não passariam de decorrências das contradições entre classes e frações dominantes, a luta das classes dominadas não seria uma luta presente no Estado, consistindo simplesmente em pressões sobre o Estado. Na realidade, as lutas populares atravessam o Estado de lado a lado, e isso não acontece porque uma entidade intrínseca penetra-o do exterior. Se as lutas políticas que ocorrem no Estado atravessam seus aparelhos, é porque essas lutas estão desde já inscritas na trama do Estado do qual elas esboçam configuração estratégica” (Op. cit., p. 162).

⁸¹ Quanto à idéia de dogmática jurídica emancipatória, cfr. CLÈVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo - para uma dogmática constitucional emancipatória, cit., p. 45-51.

*normas jurídicas, princípios e valores, e como espaço de confrontação e de lutas: imposição de novos valores e normas jurídicas; novos compromissos entre as classes sociais. O direito contemporâneo é, pois, um espaço de mediação e luta entre forças dotadas de interesses antagônicos e conflituosos*⁸².

O direito (enquanto dogmática jurídica), o ordenamento jurídico, os aparelhos do Estado vinculados à prestação jurisdicional (Poder Judiciário, Ministério Público, etc.), bem como os operadores jurídicos (juízes, promotores, advogados, professores de direito, etc.), estão imersos em uma realidade atravessada por relações de força, que os moldam e condicionam o agir. Universo de relações eminentemente conflituais cuja consequência, no campo jurídico, são os atos de inserir ou retirar das peças processuais e doutrinárias elementos, valores, conteúdos e concepções de mundo, tudo sob o manto da formalidade jurídica⁸³.

O jurídico então, um espaço de lutas, é o ambiente no qual o operador jurídico, enquanto intelectual orgânico da transformação, atuará, utilizando-se da dogmática jurídica e renovando o seu sentido, dentro de uma guerra de posições que vise a fundamentação de decisões judiciais que guardem conteúdos emancipatórios.

No entanto, é preciso explicitar o que se entende por dogmática jurídica dentro de uma concepção prospectiva do agir no campo jurídico. A dogmática, enquanto instrumental, necessita ser transformada, para que possa viabilizar a citada emancipação. Nesse sentido, vale transcrever as conclusões de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE: “...*importa hoje, para o*

⁸² CLÈVE, Clémerson Merlin. Temas de direito constitucional - e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 208. Cfr. também, do mesmo autor, a obra “O direito e os direitos”, cit., p. 122 e ss.

⁸³ CLÈVE, Clémerson Merlin, Temas..., cit., p. 207.

jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas”⁸⁴.

Em síntese, é chegado o momento dos operadores jurídicos, através de uma estratégia de guerra de posições, participarem, embora dentro dos limites do discurso jurídico, do fomento de uma crise orgânica que auxilie na substituição da classe ora hegemônica e dominante. Porém, não basta pura e simplesmente um pensar político de cunho progressista. Somente os discursos são insuficientes. É necessário que os operadores jurídicos da transformação utilizem uma dogmática reconstruída, de cunho emancipatório. É chegado o momento, portanto, em que tais operadores devem fazer uma opção ético-política⁸⁵ nesse sentido.

Tais juristas devem elaborar um discurso jurídico apto, por exemplo, a fundamentar uma defesa intransigente da efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos, consagrados na Constituição de 1988, a qual estabelece um regime específico para esses direitos⁸⁶, os quais desafiam uma concretização que não lhes retire a dignidade⁸⁷. Aliás,

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo, cit., p. 46. Aliás, continuando a mesma linha de raciocínio: “A retomada da dogmática jurídica não constitui ‘positivismo de combate’, na medida em que propõe um pensamento novo que se distancia totalmente dos postulados do positivismo (neutralidade, imparcialidade, apego ao legalismo estreito, inexistência de **vontade** no ato de aplicação da lei; inexistência de criatividade na atividade do operador jurídico, etc.)” (Op. cit., p. 46).

⁸⁵ É necessária essa tomada de posição, por ser uma exigência do pensamento gramsciano, como já visto em algumas passagens supra.

⁸⁶ Sobre o tema, cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, reimpressão, p. 210 e ss.

⁸⁷ A respeito do regime dos direitos fundamentais, cfr. o item 5 do Capítulo I, *infra*.

uma discussão a respeito da efetividade dos direitos fundamentais é o que também se busca com o presente trabalho⁸⁸.

A guerra de posições, microscópica e multifacetada, pode ser dimensionada pelos operadores jurídicos da transformação no sentido da construção de novas pautas de atuação, oxigenando a agenda jurídica com novas demandas, não excludentes e potencializadoras de um novo agir jurídico-político, em muito diversas das elaboradas pelo pensamento conservador.

3. METÓDICA CONCRETISTA E TEORIA ESTRUTURAL DO DIREITO

Ultrapassada a *emotio* da narrativa emancipatória, é chegado o momento de se reconstruir a *ratio* jurídico-dogmática⁸⁹. Com esse intuito, são importantes as concepções teóricas do jurista alemão FRIEDRICH MÜLLER⁹⁰.

⁸⁸ Tarefa urgente, principalmente no que pertine à construção de um Estado Democrático de Direito, como o instituído pela Constituição de 1988. Nesse sentido, o professor Willis Santiago Guerra Fº afirma: “A urgência aqui aludida surge devido à circunstância de que é ainda muito escassa a produção, teórica e jurisprudencial, entre nós, sobre matéria tão relevante (os direitos fundamentais). E esse termina sendo um dos fatores que propiciam agressões, por ação ou omissão, aos direitos e garantias fundamentais, por parte daqueles mesmos que deveriam ser seus maiores defensores: os que exercem o poder estatal” (GUERRA Fº, Willis Santiago. Apresentação, in: GUERRA Fº, Willis Santiago (org.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 9). Logo adiante, esse autor conclui: “Os direitos fundamentais são o que se há de considerar como mais importante hoje em dia porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização” (Op. cit., p. 9).

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos - o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo (org.), As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 357.

⁹⁰ Cfr. MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência - elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995; MÜLLER, Friedrich. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos. In: Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado de 4 a 8 de setembro de 1994. Trad. de Peter Naumann, s.l., s.ed., s.d., p. 100/106 e MÜLLER, Friedrich. “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Trad. de Luis Villacorta Mancebo, Separata da “Revista Española de Derecho Constitucional”, Madrid, 1989, nº 27, p. 111 a 126.

Um dos pontos centrais de seu trabalho é a discussão a respeito de uma nova metódica jurídica⁹¹. Partindo da concepção tradicional⁹², a qual considera insuficiente, fornece uma perspectiva completamente nova para se apreender essa problemática: Segundo suas palavras, “...a pergunta pelo lugar da metódica não mais começa (...) da seguinte maneira: Que espécie de ciência entre as ciências é a Dogmática Jurídica? Ela indaga, muito pelo contrário: O que ocorre efetivamente, quando se pode afirmar que um determinado ordenamento jurídico que ele funciona, que ele tem ‘vigência’?”^{93 94}.

Desse modo, o autor redimensiona o que se concebe como metódica jurídica. Partindo de uma específica concepção acerca do direito, o qual “...tem funções de diferenciação, de orientação e de estabilização”⁹⁵, ou seja, tem funções de dominação e

⁹¹ A respeito do termo *metódica jurídica*, o tradutor da obra de FRIEDRICH MÜLLER se manifesta no seguinte sentido: “*Metódica* é o termo proposto para traduzir o termo alemão *Methodik*. Não se trata de neologismo, pois o termo já está consagrado no Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (‘sistema de procedimento metódico’). A solução terminológica aqui proposta visa conferir direito de cidadania ao substantivo ‘metódica’ no discurso científico de língua portuguesa, por ser ele mais pertinente do que a solução usual ‘metodologia’” (MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência, cit., p. 7/8, nota de rodapé).

⁹² Citando o guia de estudos acadêmicos da Universidade de Heidelberg, FRIEDRICH MÜLLER apresenta as seguintes concepções “tradicionais” da dogmática jurídica e do que seria a metódica jurídica: “A Dogmática Jurídica [Jurisprudenz] é uma ciência da cultura. Ela se revelará somente a quem adquirir um conhecimento claro acerca das relações entre o direito e os desenvolvimentos históricos, econômicos, sociais, culturais e filosóficos [...]. No âmbito das disciplinas jurídicas do direito vigente também não importa que o estudante adquira conhecimentos sobre a dogmática jurídica e as normas positivas. É no mínimo igualmente importante que ele se familiarize profundamente com a metódica jurídica, i. é, com a arte jurídica da abstração, da interpretação e da sistemática, bem como com a terminologia e o modo de efetuar conclusões jurídicas. Somente quem dominar essa metódica e souber aplicá-la poderá dominar a matéria jurídica enquanto tal” (Op. cit., p. 9).

⁹³ Op. cit., p. 14.

⁹⁴ Ou seja, não se pretende falar aqui de uma *ciência* do direito com base em uma metodologia jurídica, que a diferencie das demais ciências “humanas” ou “naturais”. Isto porque os diferentes campos do conhecimento jurídico possuem metódicas próprias, não se podendo utilizar uma metódica unívoca para todos, o que destrói a possibilidade de existir uma uniformidade metodológica no campo do direito. Segundo MÜLLER, “...não se pode formular enunciados genéricos sobre ‘a’ metódica jurídica como algo unitário. Correspondente à maior massa de experiência da práxis, dever-se-ia falar com maior pertinência das metódicas particulares do Direito Civil, do Direito Penal e do Direito Público, da História do Direito e do Direito Comparado. (...) De resto, as diferentes áreas do trabalho jurídico não podem ser colocadas na mesma bitola conforme a sua dogmática, a sua teoria, a sua história da ciência, a sua política jurídica e *not last*, conforme a peculiaridade do objeto de seus âmbitos normativos. Correspondentemente, o peso de figuras e recursos auxiliares da metodologia, o peso de fenômenos como v.g. o direito de estatuir e o direito jurisprudencial, o papel do direito material e do direito processual, assumem nelas uma forma distinta” (Op. cit., p. 14).

⁹⁵ Op. cit., p. 7.

legitimação, concebe-se a metódica jurídica eminentemente como uma técnica decisória⁹⁶. Com vistas a essa realidade, a metódica jurídica seria uma “...técnica de atribuição da ciência prática no âmbito desses processos decisórios: a saber, a técnica da recondução, regular e aceita no caso normal, de normas decisórias a normas jurídicas”. Ela se refere “...aos modos efetivos de trabalho de um setor da práxis social com determinadas tarefas, determinadas seqüências, possibilidades específicas de modificação e de controle”⁹⁷. Em suma a metódica jurídica, enquanto técnica de vinculação de decisões judiciais a normas jurídicas, aproxima-se do que foi dito nos itens 1 e 2 deste trabalho a respeito da dogmática jurídica⁹⁸.

A metódica jurídica cumpre uma função específica, qual seja, “...consiste em elaborar, formular regras para a imputação (faticamente com probabilidade suficiente) bem sucedida das normas de decisão estabelecidas no caso individual às normas jurídicas gerais indicadas como existentes por trás dessas normas de decisão. A solução de casos jurídicos é técnica decisória, a metódica jurídica enquanto metódica da fundamentação explanadora da decisão é uma técnica de imputação”⁹⁹.

⁹⁶ Op. cit., p. 7.

⁹⁷ Op. cit., p. 27 (grifos no original).

⁹⁸ Essa assertiva é importante porque os termos “ciência do direito” e “dogmática jurídica” correspondem à tradução de termos alemães como “Rechtswissenschaft”, “Juriprudenz”, “Juridische Dogmatik”, dentre outros, os quais não encontram tratamento uniforme pelos tradutores em língua portuguesa. No caso do texto ora em análise, o tradutor entende “dogmática jurídica” como “Juriprudenz” (cfr. op. cit., p. 9), termo que foi traduzido por Antônio Menezes Cordeiro como “ciência do direito” na obra “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito” (Systemdenken und Systembegriff in der Juriprudenz), de Claus-Wilhelm Canaris (Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989). Não se trata de averiguar qual a tradução estaria “certa” e qual estaria “errada”, porque um esclarecimento dessa natureza importaria em digressões que chegariam à própria concepção de direito, ciência e dogmática que os tradutores possuem. O que interessa aqui é resolver uma aparente contradição entre o que foi dito até agora a respeito da dogmática jurídica e o que foi traduzido enquanto tal da obra do professor Müller. Em síntese, apesar do tradutor brasileiro entender como “dogmática jurídica” um termo alemão que outros entendem como “ciência do direito”, é de asseverar-se que no presente texto as conclusões tiradas a respeito da dogmática jurídica, com base em Tércio Sampaio Ferraz Jr., no que pertine à sua função e mesmo da sua concepção de dogmática enquanto técnica de decisão e dominação, aproximam-se muito da concepção de metódica jurídica explanada por Friedrich Müller. Deste modo, no presente trabalho a “metódica jurídica” e a “dogmática jurídica” são termos complementares, que navegam nas mesmas águas, com as mesmas possibilidades emancipatórias.

⁹⁹ MÜLLER, Friedrich, Direito, linguagem, violência, cit., p. 28.

Por outro lado, agora em termos políticos (no âmbito de um Estado de Direito constitucional), essa metódica cumpre uma função de *racionalização*. Segundo FRIEDRICH MÜLLER, isto “...consiste, por um lado, no fato dela dar à sociedade econômica e comercial burguesa a calculabilidade, transparência e regularidade efetivamente necessárias: eis a instrumentalidade da metódica jurídica”¹⁰⁰ A metódica jurídica é, então, um instrumento racional que proporciona calculabilidade às decisões jurídicas. Mas há mais.

Essa instrumentalidade racional conhece limites claros, à medida em que confere *transparência e legitimidade* aos processos decisórios: “...ela (a função de racionalização) consiste, por outro lado, no fato de produzir um efeito legitimador, à medida em que a transparência dos processos decisórios ou ao menos das razões da decisão devem tornar a decisão acessível à crítica e ao controle, criando com isso os pressupostos reais para a pretensão do Estado constitucional liberal, para basear tanto o status quo quanto a sua transformação na anuência, na solução de compromisso e na opinião aceita pela maioria: eis os limites da sua instrumentalidade”¹⁰¹.

A metódica jurídica é uma técnica de imputação que confere calculabilidade, transparência e regularidade às decisões judiciais. Porém, ao mesmo tempo que legitima as decisões, torna-as passíveis de críticas e de controle, o que *limita* a possibilidade de existirem decisões que afrontem ostensivamente os pilares de um Estado de Direito constitucional¹⁰².

¹⁰⁰ Op. cit., p. 28.

¹⁰¹ Op. cit., p. 28.

¹⁰² Aliás, “Os limites da (...) instrumentalidade (da metódica) evidenciam-se no fato de que a experiência histórica disponível ensina que cada evolução a formas autoritárias ou totalitárias de dominação está ligada a uma

Por outro lado, a metódica jurídica, por prever a possibilidade de serem recepcionadas demandas que respeitem o anseio das classes dominadas, pode ser utilizada pelo operador jurídico da transformação para fundamentá-las de modo sólido e consistente. Desse modo, a metódica jurídica pode tornar-se um *instrumento a serviço da elaboração de uma nova agenda jurídica, de cunho emancipatório*, a ser utilizada pelo operador jurídico da transformação respeitando seus contornos e, por outro lado, explorando suas possibilidades.

Enquanto técnica de resolução de conflitos, a metódica jurídica visa especificamente *casos concretos a resolver*. Ou seja, orienta-se para a realidade fática, na tentativa do estabelecimento de fundamentos para a resolução *racional*¹⁰³ de *conflitos jurídicos concretos*. É plenamente justificável portanto a denominação de *metódica concretista* ao que se está a discorrer.

Por fim, cabe ressaltar que a operacionalização dessa metódica, que se traduz em uma verdadeira transformação na concepção de *normatividade*, ao buscar o diálogo não só com a lei mas também se articula com a realidade fática, exige uma concepção específica a respeito da *estrutura da norma jurídica*. É aqui que FRIEDRICH MÜLLER apresenta a sua Teoria Estrutural do Direito¹⁰⁴.

desracionalização, a uma desmontagem das garantias formais e procedimentais, a uma restrição dos deveres de publicidade (...), das possibilidades e das instâncias de controle” (Op. cit., p. 30).

¹⁰³ No sentido de uma racionalidade *substantiva*, não *instrumental*. Ou seja: “Depois de Weber, não há como ignorar a diferença entre uma razão substantiva, capaz de pensar fins e valores, e uma razão instrumental, cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins” (ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do iluminismo*. 3ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 12).

¹⁰⁴ Cfr. MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos*, cit., p. 104 e ss; MÜLLER, Friedrich. “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, cit., p. 118 e ss.

Nos termos dessa teoria, as normas jurídicas não estão contidas “a priori” no texto legal. *“Este último somente fornece o texto da norma (...), uma forma prévia da norma jurídica. Formulando em termos metodológicos, podemos dizer que o texto da norma é o ponto de partida do processo de concretização, implementado pelo jurista, v.g. pelo juiz. O texto da norma é interpretado com todos os recursos hermenêuticos (...), com todos os dados de linguagem. Quer dizer: em termos gramaticais, históricos, genéticos e sistemáticos; mas também com procedimentos modernos de interpretação da constituição, como, por exemplo, ‘interpretação conforme a constituição’, ‘correção funcional’, ‘proporcionalidade’, concordância prática, ‘conexão’ (...) entre direitos fundamentais e competências. O resultado dessa interpretação é chamado aqui de programa da norma”*¹⁰⁵.

Porém, a atividade de concretização da norma jurídica não termina aqui, como tradicionalmente fazem os juristas. Existe outro elemento estrutural da norma: *“...ao mesmo tempo os dados materiais - ... - (v.g. econômicos, políticos, sociais, técnicos) do caso, os dados reais são, como sempre, coletados e formulados pelo juiz enquanto ‘área material’ (...). À medida que esses fatos são (a) relevantes para a questão de direito em epígrafe e (b) compatíveis com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a área da norma”*¹⁰⁶. Desse modo, a norma jurídica *“...acaba sendo construída pelo juiz - ou por outro jurista, que tomar a decisão - consiste do programa da norma e da área da norma”*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas...*, cit., p. 104.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 104.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 104.

PAULO BONAVIDES, ao analisar o pensamento de MÜLLER, afirma que “...*não cabe confundir a norma com o texto da norma porque a prescrição jurídica positiva é tão somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza política e social*”. Deste modo, “... *o texto da norma não ‘contém’ (...) a normatividade em sua estrutura material concreta. Cinge-se tão somente, dentro de sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do direito*”¹⁰⁸.

Consequentemente, “...*não é possível isolar a norma da ‘realidade’, antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ...) afetada pela disposição da norma (o ‘programa da norma’ ...) o elemento material constitutivo da própria norma*”¹⁰⁹.

Em suma, o operador jurídico, ao estabelecer uma norma jurídica constitucional (inclusive no que pertine ao princípio do direito de greve dos servidores públicos civis), tem em vista sua aplicação ao caso concreto, realidade esta que serve de limite à compreensão da própria norma. E, além, o operador, ao elaborar a norma, está também a interpretar o mundo que o circunda. Resta claro portanto que o *sujeito* está completamente inserido na construção e aplicação do objeto do seu labor. Nas palavras de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “...*essa concepção normativa permite ampla margem de atuação para o operador jurídico que, ultrapassando os métodos clássicos de interpretação, desenvolverá a metódica concretista (não há interpretação sem problemas concretos a resolver) que deve transitar*

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo, Curso de direito constitucional, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 462.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 462.

*sempre entre a norma ('programa normativo' mais 'domínio normativo') e o problema concreto a resolver. Neste caso, a norma de decisão, aquela que resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto desafiante de mera aplicação (execução) como querem os vários positivismos*¹¹⁰.

A norma jurídica é o resultado de um processo *hermenêutico* de concretização, não premissa de um silogismo abstrato. Desse modo, a metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER, aliada à sua teoria estrutural da norma, apontam para uma dimensão específica e renovada do trabalho interpretativo efetuado pelos operadores jurídicos¹¹¹. Nesse sentido, segundo DIMAS SALUSTIANO DA SILVA, "*...interpretação significa concretização e vice-versa, por isso recepciona dialeticamente as contribuições dos demais métodos de interpretação da Constituição. A hermenêutica, nesse método, transcende a interpretação do texto, abraçando todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e realizar o direito*"¹¹².

A metódica concretista e a conseqüente teoria estrutural estão indissociadas de uma atividade pelo operador jurídico eminentemente *interpretativa*. Atividade com um novo perfil. Mas isto é assunto para o próximo tópico.

¹¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo: RT, 1995, p. 20, nota 12.

¹¹¹ A respeito das concepções tradicionais e a sua aplicação no campo do direito constitucional, cfr. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 398 e ss.

¹¹² SILVA, Dimas Salustiano da. Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades negras remanescentes dos quilombos. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1996, p. 77/78.

4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A metódica concretista e a teoria estrutural da norma jurídica relevam em grande medida o papel do operador jurídico enquanto *intérprete* dos textos legais e da realidade fática que o circunda. Porém, o intérprete jamais estará livre da *pré-compreensão* que possui da temática sobre a qual se debruça. A esse respeito, assevera lucidamente KONRAD HESSE: “...*el intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios. El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una ‘pre-compreensión’ que es la que va a permitir-le contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la ‘cosa’ por parte de los proyectos en cada caso revisados, la unidad de sentido queda claramente fijada*”¹¹³.

Desse modo, a norma jurídica é essencialmente um objeto *construído*, influenciado pelo movimento dialético da história e de cuja fixação de sentido são utilizados vários elementos, não somente os jurídicos em sentido estrito. O operador jurídico está inserido na atividade interpretativa, influenciando enquanto *sujeito* através da sua pré-compreensão, não sendo mais possível uma concepção “neutralista” do ato de interpretar.

¹¹³ HESSE, Konrad. “La interpretación constitucional”, cit., p. 41. Cfr. também a nota 5 desta Introdução.

Porém, essa atividade, não sendo neutra, não é de modo algum *subjetivista*, conforme a crítica elaborada por CLÉMERTON MERLIN CLÈVE: “Hoje, o que vemos muitas vezes (...) é um desenvolver desenfreado de postulados jurídicos voluntaristas e subjetivistas desprovidos de rigor metodológico ou teórico. Apela-se ora para o *jusnaturalismo*, ora para os princípios gerais de direito, ora para um direito supra-estatal que não se sabe bem em que consiste, ora para dados oferecidos pela leitura sociológica dos conflitos emergentes, ora para uma teoria da justiça pouco transparente, ora para as declarações de direitos humanos, etc., tudo para justificar uma tomada de posição comprometida unicamente com a subjetividade e o voluntarismo orientados, ninguém desconhece, pela objetividade do compromisso ideológico”¹¹⁴.

Um operador jurídico comprometido com a transformação não pode descurar de uma tomada de posição, nos termos expostos no item 2. Porém, ela não pode turvar o projeto de se elaborar, de modo sólido e objetivo, uma dogmática jurídica que possa combater a concepção dominante *no seu próprio campo*.

É chegado o momento da construção de uma dogmática jurídica que legitime a elaboração de uma nova pauta jurídica, de cunho emancipatório, sendo potencializada a função *racionalizadora* apontada pela metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER. Porém, não se trata de colocar o direito em uma posição de *panacéia que cure todas as deformações sociais*¹¹⁵. A tensão existente entre a concepção política de transformação e o discurso racional que a legitime em termos de política jurídica não pode ser resolvido em

¹¹⁴ CLÈVE, Clémerton Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo, cit., p. 49.

¹¹⁵ Aliás, não vale esquecer que isso soaria ridículo aos ouvidos de MARX e, acima de tudo, é fundamental que o operador jurídico tenha em mente os limites e as possibilidades de uma dogmática jurídica emancipatória, já traçados em certa medida ao ser discutida a metódica concretista (item 3), porque ela jamais substituirá a luta no campo estritamente político.

detrimento da juridicidade, devendo a contradição ora tratada ser superada dialeticamente pelo operador jurídico da transformação. Esse é um grande desafio, a respeito do qual há muito a elaborar.

Apesar de não ser neutra, isto não significa que a atividade interpretativa não possa ser *objetiva* e não possa ser concebida em termos de uma *racionalidade material*. Aliás, este limite, em última análise, é imposto pelo próprio texto legal. Neste sentido, as palavras de KONRAD HESSE: *"La interpretación se halla vinculada a algo establecido. Por eso los límites de la interpretación se sitúan allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada solución se encontra-se en clara contradicción con el texto de la norma. A este respecto puede haber disposiciones vinculantes contenidas en el Derecho constitucional no escrito. Ahora bien, puesto que el Derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la 'constitutio scripta' (...), esta última se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional. La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde la Constitución (...)"*¹¹⁶.

Esse limite, todavia, não enrijece a Constituição. Porque a própria atividade heremenética acaba por adaptar o diploma ao devir histórico. Porém, tal mudança não pode vilipendiar o texto, desviando-o de sua função básica, sob pena de se retirar a normatividade do texto constitucional. Ou seja: *"Dicha función admite la posibilidad de un cambio constitucional (...) por medio de la interpretación; pero excluye el quebrantamiento constitucional (...) - desviación del texto en un caso concreto - y la reforma de la Constitución*

*por medio de la interpretación. Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla. Cualquiera de las dos conductas le están vedadas por el Decreto vigente*¹¹⁷. Mesmo quando aparentemente não há solução adequada para um caso concreto¹¹⁸.

Ou seja, a interpretação do programa e do âmbito da norma, além do caso concreto e além da metódica concretista que lhe dá base, está limitada ao texto constitucional, no sentido de que a atividade interpretativa não lhe pode torcer o sentido ou desfigurar a própria literalidade do texto. A metódica concretista, enquanto técnica de imputação que confere calculabilidade, transparência e regularidade às decisões judiciais, ao mesmo tempo que as legitima, tornando-as passíveis de críticas e de controle, *limita* a possibilidade de existirem decisões que afrontem ostensivamente os pilares de um Estado de Direito constitucional. Isto encontra respaldo nas assertivas de KONRAD HESSE, discutidas acima.

5. PRÉ-COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As Constituições ocidentais contemporâneas são reflexo de um movimento específico dentro do constitucionalismo do século XX. Relativamente distanciadas do pensamento liberal clássico, que via a Constituição apenas como estatuto organizatório dos “poderes” e

¹¹⁶ Op. cit., p. 48/49.

¹¹⁷ Op. cit., p. 49.

¹¹⁸ Op. cit., p. 49.

repositório de um catálogo de direitos individuais¹¹⁹, certos diplomas contemporâneos, como é o caso da Constituição Federal de 1988, ganharam novas funções.

Para o liberalismo, as Constituições voltavam-se para o Estado, deixando as relações no seio da sociedade civil fluírem livremente. A respeito, assim se manifesta CLÉMERTON MERLIN CLÈVE: *“As Constituições, no sentido jurídico, já foram compreendidas como mero instrumento de limitação do Estado. Assim, suas disposições voltavam-se para os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. Não vinculavam o Judiciário nem o cidadão, que não podia fundamentar uma pretensão perante o juiz valendo-se deste ou daquele dispositivo constitucional. Os direitos individuais consagrados nas primeiras Constituições francesas eram lidos como meras declarações, que desafiavam, para operar força normativa a favor do cidadão, legislação integrativa. Aliás, aí, nessa oportunidade, a Constituição jurídica não passava de juridicização da política tal como compreendida pela burguesia. A Constituição era do Estado. A sociedade seria ligada por outra sorte normativa, especialmente o direito privado elaborado a partir da noção de autonomia da vontade”*¹²⁰.

Tendo como matriz histórica as Constituições mexicana (1917)¹²¹ e de Weimar (1919)¹²², passa-se a pensar o diploma fundamental não como mero estatuto organizatório e

¹¹⁹ O que não significa que os seus “silêncios” não fossem intencionais. A esse respeito: “A verdade da forma constitucional liberal tem de procurar - e o *texto* (expresso) e no *contexto* (oculto), isto é, a constituição embora fosse uma constituição << estadual >> (*voltada para o Estado*) pressupunha o modelo económico-social burguês: autonomia privada, economia de mercado, valores fundamentais do individualismo (ideologia burguesa)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 77). Desse modo, ao não estabelecer parâmetros para a atividade económica, por exemplo, a Constituição liberal, na verdade, estava precisamente consagrando o ideário liberal de “deixar fazer, deixar passar”.

¹²⁰ CLÈVE, Clémerton Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo*, cit., p. 46/47.

¹²¹ “Em uma interpretação mais acurada, verifica-se que a Constituição Social Mexicana foi o primeiro Pacto Político moderno a fixar uma declaração ideológica de direitos sociais e económicos, como consequência de um processo revolucionário. O núcleo central dos debates e negociações da Constituição Mexicana foi a discussão acerca das novas condições legais económico-sociais, como decorrência do triunfo de segmentos mais radicais e progressistas, diante da resistência dos setores legalistas e moderados” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 19).

catálogo de direitos individuais, mas também como repositório de um catálogo de *direitos sociais*. Porém, o traço distintivo não é esse, mas sim que as constituições deixam de ser espelho da concepção ideológica dominante e passam a *impor tarefas* tanto ao Estado como à sociedade civil, interferindo no livre jogo do mercado e nas relações sociais, buscando *transformá-las*, estabelecendo os rumos para o desenvolvimento do país. É o que a doutrina denomina de *constituição dirigente*¹²³.

Um traço marcante dessa nova concepção de Constituição é que ela não se dirige apenas para o Estado, como propugnava o ideário liberal. A Constituição prescreve limites e impõe tarefas *também* à sociedade civil. Neste sentido, mais uma vez CLÉMERTON MERLIN CLÈVE: “As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a **potestas** em **autorictas**, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade (...). Por isso que a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande **locus**, onde se opera a luta jurídico-política”¹²⁴.

Além de dirigente, pode-se falar que a Constituição de 1988 é *compromissória*. Isto porque, sendo o diploma fundamental do Estado e da sociedade civil, ela reproduz um

¹²² “...a Constituição de Weimar é sobretudo a primeira das grandes Constituições europeias a interessar-se profundamente pela questão social, em contraste com a aparente neutralidade das Constituições liberais do século passado. // Essa relevância constitucional dos problemas sociais traduz-se primacialmente em: 1º) a regulamentação de domínio até então esquecidos, como o casamento (art. 119º), a juventude (art. 120º), a educação (arts. 142º e ss.), ou a vida económica (arts. 151º e ss.); 2º) a atribuição aos cidadãos de direitos sociais; 3º) as limitações impostas ao princípio da liberdade contratual (art. 152º) e à propriedade privada (art. 153º), em virtude da função social que desempenham” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990, vol I, p. 208).

¹²³ A respeito dessa categoria, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

acordo provisório, feito por classes sociais antagônicas, as quais, em um determinado momento histórico, reúnem-se e pactuam em um diploma normativo um conjunto de princípios e regras, que servirão de elemento balizador e solucionador dos conflitos surgidos da luta jurídico-política citada acima¹²⁵.

Esse compromisso, fruto de um determinado momento histórico, não se cristaliza no tempo. Sofre modificações à medida em que as classes em conflito redefinem seus objetivos e metas, necessitando, por isso, ser adaptado aos novos tempos. Aqui, mais uma vez, reafirma-se o papel do operador jurídico enquanto intérprete da realidade social e do texto (cfr. itens 3 e 4), com vistas a, jamais perdendo de vista os limites já apontados,

¹²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade, cit., p. 18.

¹²⁵ Essa concepção afasta-se de posturas que encontram na Constituição um *locus* onde se estabelece um contrato, como está a propugnar recentemente o professor português José Joaquim Gomes Canotilho, "...abrindo o caminho para ações e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projeto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudança aí está de novo nos 'quatro contratos globais'. Referimo-nos ao *contrato para as 'necessidades globais'* - remover as desigualdades - o *contrato cultural* - tolerância e diálogo de culturas - *contrato democrático* - democracia como governo global e *contrato do planeta terra* - desenvolvimento sustentado" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, ano 4, nº 15, abril-junho, p. 16/17). Apesar da autoridade do professor português, entende-se que a dimensão compromissória e dirigente da Constituição não se perde com a "reengenharia" política ocorrida nos últimos tempos. A dimensão impositiva da constituição dirigente, que o citado autor considera atualmente como *autoritária* (cfr. op. cit., p. 17), pode soar enquanto tal para alguns pensadores, em algumas sociedades pós-industriais de capitalismo central (como, em certa medida, a democracia portuguesa está inserida - porque mesmo a sociedade portuguesa e o seu Estado guardam muitas contradições ainda não resolvidas a contento, que impedem a sua equiparação com outros países da União Européia, como é o caso da Alemanha, Itália, França e Inglaterra, sociedades muito mais complexas e desenvolvidas, tanto em nível econômico como social). Se mesmo em Portugal essa teorização contratualista, pan-européia e receptiva a certas demandas oriundas da pós-modernidade pode ser vista apenas como uma diretiva (longínqua e passível de retrocesso), no Brasil, onde sequer os direitos fundamentais de primeira geração foram concretizados, país com taxa de concentração de renda entre as maiores do mundo, analfabetismo beirando os 20% da população, onde a taxa de mortalidade infantil chega a níveis bifrensos e os conflitos no campo e nas cidades matam tantos como uma guerra civil, em suma, num país onde sequer a *modernidade* é algo existente na maioria dos lares, a *homogeneidade política, econômica e social* - efetiva ou presumida -, pressuposto para uma teorização vazada em termos contratualistas, simplesmente **não existe**, e, aliás, não há qualquer perspectiva de que venha a existir nos próximos anos. Portanto, um discurso que tenha seu norte fornecido por uma compreensão *conflitual* da realidade social não está de modo algum desautorizado, numa realidade onde a desagregação e o desnivelamento sociais são flagrantes e o operador jurídico, inserido nessa realidade, deve ofertar respostas factíveis para a equalização das disputas dela decorrentes. Uma teoria que oriente as tarefas desses atores sociais deve dar conta dessas nuances, sob pena de importação a-crítica de teorizações que não guardam ainda a menor relação com a realidade social brasileira.

manter o compromisso atualizado, reafirmando-o através duma tarefa hermenêutica orientada para a concretização e verticalização da Constituição.

Ademais, sendo a Constituição não só do Estado mas também da sociedade civil, é necessário alargar também o conceito de Constituição: de Constituição formal, jurídica e escrita, baseada em uma concepção fechada de sistema normativo¹²⁶, para também abarcar a concepção de Constituição enquanto um *sistema aberto*, incorporando em sua perspectiva demandas emanadas da sociedade civil.

A esse respeito, PAULO BONAVIDES se manifesta no seguinte sentido: *“Como toda Constituição é provida pelo menos de um mínimo de eficácia sobre a realidade (...) é claro que o problema constitucional toma em nossos dias nova dimensão, postulando a necessidade de colocá-lo em termos globais, no reino da Sociedade. Essa Sociedade, invadida de interferências estatais, não dispensa, por conseguinte, o reconhecimento das forças que nela atuam poderosamente, capazes de modificar com rapidez e freqüência, o sentido das normas constitucionais, maleáveis e adaptativas na medida em que possam corresponder, de maneira satisfatória, às prementes e fundamentais exigências do meio social. Daqui surge o claro imperativo de colocar a constituição escrita num sistema: o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas...”*¹²⁷.

Essa articulação com a realidade, tornada possível no momento em que se está a tratar de uma Constituição dirigente e compromissória como a brasileira de 1988, desloca o

¹²⁶ Um sistema normativo de tipo fechado é aquele que só admite articulações com elementos intra-sistêmicos. A respeito, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., p. 440.

discurso jurídico e, conseqüentemente, a concepção de sistema constitucional, para um patamar no qual sejam admitidas articulações dos seus elementos com outros, não explicitamente componentes do sistema, como condicionantes históricos, políticos, econômicos, sociológicos, antropológicos, etc., afastando-o de uma concepção sistêmica de tipo fechado¹²⁸. Ademais, a própria adoção da metódica concretista e da teoria estrutural da norma como marcos teóricos do presente trabalho torna necessária a abertura do sistema jurídico-constitucional a uma interlocução com a realidade fática.

PAULO BONAVIDES, todavia, acredita que uma concepção de sistema constitucional como *sistema aberto* talvez retirasse do fenômeno jurídico a sua característica maior, qual seja, a *juridicidade*¹²⁹. Em outras palavras, o sistema constitucional poderia se tornar refém da força normativa dos fatos, o que o dissolveria.

Contudo, não se deve esquecer a lúcida advertência feita por KONRAD HESSE: *“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”*¹³⁰. Ou seja, uma constituição dirigente e compromissória como a brasileira de 1988 não possui capacidade

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 79.

¹²⁸ Cfr., a respeito, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador, cit., p. 440/441.

¹²⁹ “ Nisso porém reside o mais grave defeito de todas as concepções sistêmicas do Direito ou da Constituição. caso venham efetivamente a esboçar-se: é que elas podem conduzir a uma desintegração do ‘jurídico’ pelo ‘político’, afrouxando os laços da juridicidade e da constitucionalidade ou ampliando estes conceitos a um grau de politização tão intolerável (...) que importariam o sacrifício do homem ao sistema” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 108).

¹³⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19.

para, sozinha, realizar nada. Ela depende (como, aliás, toda e qualquer norma), da vontade dos atores sociais para tornar-se realidade.

Em outras palavras: o elemento normativo da Constituição (e do sistema constitucional como um todo) permanecerá como medida de conformação de condutas caso exista uma efetiva *vontade de Constituição*¹³¹. Não é necessária uma *plena e absoluta* concordância entre o que está escrito na Constituição e o que de ordinariamente ocorre no cotidiano. *Mas é essencial que deva existir o compromisso, entre as diversas classes sociais em conflito, em respeitar o que foi democraticamente estipulado como limite e possibilidade da disputa política e social.* E tais premissas estão contidas precisamente no texto constitucional.

Enquanto a disputa pela hegemonia e dominação da sociedade civil e do Estado respeitar os parâmetros constitucionais, não há que se falar em dissolução do jurídico pelo político. Ultrapassada essa barreira, não há - e muito menos uma concepção meramente *juridicista* da Constituição ofertará - meio para se fazer prevalecer a força normativa do jurídico ante a força normativa dos fatos.

Essa discussão abre espaço, aliás, para que se possa falar de mais uma característica da Constituição Federal de 1988, qual seja, a de ser *normativa*. Nesse sentido, deve ser tratada enquanto *diploma normativo*, restando superadas as concepções de Constituição enquanto conjunto de enunciados meramente diretivos, ou programáticos.

¹³¹ "...pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a 'vontade de poder' (...) mas também a 'vontade de Constituição'" (op. cit., p. 19). O elemento normativo da Constituição logrará permanecer ativo caso - aliás, apenas e tão somente se - houver a vontade dos atores sociais em conformar suas atitudes, projetos e políticas ao que prescreve o ordenamento constitucional.

Como asseveram os professores JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*Todas elas (as normas constitucionais) possuem uma eficácia normativa, seja como direito actual diretamente regulador de relações jurídicas (...) seja como elementos essenciais de interpretação e de integração de outras normas (...)*”¹³². A natureza das normas constitucionais é eminentemente *normativa*, indiscutivelmente. O que pode variar, apenas, é a eficácia das normas que a compõem¹³³.

Não é objetivo deste trabalho efetuar uma resenha bibliográfica dos elementos caracterizadores da Constituição de 1988. Por certo que as categorias de Constituição *dirigente, compromissória, aberta e normativa* não são suficientes para que seja feita uma tratativa analítica dessa complexa problemática. A doutrina não é uniforme no seu tratamento e as posições dos autores, as mais díspares. Contudo, foram escolhidas porque capazes de ofertar uma idéia precisa do que se entende no presente trabalho por “Constituição”. Tornam o discurso operativo e por isso tratadas com mais vagar.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora. 1991, p. 43.

¹³³ A respeito, cfr. Capítulo II, *infra*.

**CAPÍTULO I - O DIREITO GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS
ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Discorrer sobre o princípio do direito de greve dos servidores civis é tarefa árdua, pois envolve a utilização de termos como *norma jurídica*, *princípio* e *regra*, os quais não são tratados de modo uniforme pela doutrina¹. Defini-los envolve discussões exaustivas e intermináveis sobre suas naturezas, diferenças e semelhanças. Apesar da tarefa ser difícil, necessária se faz uma tomada de posição, com o objetivo de dar operacionalidade ao princípio constitucional objeto do presente trabalho.

Com este intuito, complementando-se o que já foi dito no item 3 da Introdução, será feita uma sucinta digressão sobre o conceito de *norma jurídica*, demonstrando ser esta o resultado duma atividade interpretativa. Enfoque este distante das concepções tradicionais, que a viam ora como a manifestação de uma vontade (objetiva) da lei, ora como a manifestação da vontade (subjéctiva) do legislador².

No presente texto, como já dito e será visto, norma jurídica é algo distinto do enunciado legal³. Ela é resultado da interpretação do *âmbito da norma* e do *programa da norma*.

¹ O professor português José Joaquim Gomes Canotilho trata, no início de seu Curso, das chamadas "palavras viajantes", ou seja, daqueles "vocábulos designantes" (como Constituição, Estado, Lei, Democracia, etc...) que integram o discurso do constitucionalismo desde o seu nascimento, sofrendo modificações de significado com o passar dos tempos. Nas palavras do autor, são palavras que "acompanharam, desde o início, a viagem do constitucionalismo" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 2ª reimpressão, p. 12). Toma-se emprestado esta imagem para também serem incluídas entre as "palavras viajantes" os termos ora postos em análise, tendo este trabalho entre seus objetivos o de estabelecer um específico significado para estes, no campo do direito constitucional.

² A respeito das concepções tradicionais, ver BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 398 e ss.

³ Ou dos enunciados legais, pois, como será visto adiante, a norma jurídica pode ser o resultado da conjugação de diversos enunciados, que lhe servem de fundamento. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, cit., p. 47 e 48.

Sendo a norma jurídica fruto do ato de interpretar enunciados legais, será tratada enquanto gênero, do qual são espécies os princípios e as regras⁴, os quais possuem a mesma estrutura, fornecida pela teoria estrutural da norma de FRIEDRICH MÜLLER.

A esta altura, uma pergunta desponta: qual a necessidade e a utilidade de uma distinção como essa? A resposta será dada em dois momentos: primeiro, sendo demonstrado que os princípios cumprem funções as quais não são destinadas às regras, e vice-versa; são tarefas específicas para cada classe de normas jurídicas, tarefas estas que não se confundem.

Em um segundo momento, demonstrar-se-á que, além de cumprirem diferentes papéis, os princípios e as regras são elementos-chave para se construir um *sistema constitucional* de novo conteúdo⁵, falando-se deste modo numa "concepção principal do ordenamento jurídico-constitucional"⁶.

⁴ Na esteira do pensamento de DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1993. Nas literaturas brasileira e portuguesa, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., cit., p. 171 e ss.; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo : RT, 1991, p. 98 e ss., BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 228 e ss.

⁵ É fundamental a digressão a respeito do sistema constitucional enquanto sistema aberto de normas jurídicas, enquanto limite e possibilidade para se articular uma dogmática constitucional emancipatória, para se afastar qualquer dúvida a respeito de possíveis interlocuções entre a metódica concretista e a tópica, estilo de pensamento trazido novamente à discussão no campo do direito (especialmente no direito civil) após a 2ª Guerra Mundial, inicialmente na Alemanha, pelo jurista Theodor Viehweg, através da obra "Tópica e Jurisprudência" (Trad de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, 1979). Segundo o próprio Friedrich Müller, a aplicação do estilo tópico de pensamento no campo do direito constitucional é extremamente temerária, mais ainda do que no campo do direito civil, tendo em vista que "En el derecho constitucional, debido a sus mayores exigencias de obligatoriedad, es aún más necesario atenerse a la primacía de la vinculación a la norma por concretar atendida la peculiaridad del Derecho Constitucional (...). Como regulación fundamental, no puede transferirse a él esse planteamiento tópico, que en su pregunta va más allá de la norma (e, por vía de conseqüência, do sistema no qual está inserida), y pasa por encima de ella en cuanto parece no ofrecer ya ningún punto de partida para una solución razonable del problema" (MÜLLER, Friedrich.. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*, cit., p. 119).

⁶ Ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 262 e ss.

Por fim, será feita uma classificação do direito de greve dos servidores públicos civis à luz do que foi discutido, buscando localizá-lo entre as espécies de norma, dizendo-se de antemão estar localizado entre os princípios constitucionais fundamentais, bem como examinar o seu perfil e concatenações com outros princípios e regras constitucionais, além de se definir quem seriam os seus destinatários.

2. NORMA JURÍDICA

Primeiramente, é fundamental o estabelecimento de uma distinção básica. Muitos tomam o que está escrito como norma, sendo tal maneira de pensar no mínimo questionável

Diz-se isto pois, como demonstram os professores portugueses JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁷, o que está escrito em um texto legal não é o que produz efeitos jurídicos. O que está escrito é o *enunciado*, o qual pode comportar vários sentidos. Tais sentidos, fruto de uma atividade de interpretação, feita pelos operadores jurídicos, é o que se pode denominar de *norma jurídica*⁸.

Conforme já dito no item 3 da Introdução, adota-se no presente trabalho a metódica concretista e a teoria estrutural da norma do professor alemão FRIEDRICH MÜLLER. Desse modo, a norma jurídica é síntese dialética entre interpretações do enunciado e do caso

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, cit., p. 47.

⁸ Chegando a conclusões parecidas, porém através de uma fundamentação diversa, ver COELHO, Sacha Calmon Navarro. Normas jurídicas. In: Revista de Direito Público. São Paulo : RT, 1986, nº 78, abril - junho. ano XIX, p. 43 e ss.

concreto a ser solucionado. A interpretação do enunciado denomina-se *programa da norma* e a interpretação dos dados fáticos denomina-se *âmbito normativo*.

É de ressaltar-se que um enunciado pode conter vários programas da norma, ou apenas um, ou de um conjunto de enunciados pode resultar um programa normativo⁹. Isto porque não há correspondência necessária entre *um* enunciado e *um* programa da norma. Ele pode ser o resultado da interpretação de um enunciado sim, mas também pode ser gerado pela conjugação de vários enunciados, não existindo assim um enunciado linguístico expresso a lhe servir de fundamento.

Por outro lado, um enunciado apenas pode ser o repositório de vários programas normativos, quantas forem as possibilidades de se interpretar o enunciado. É o caso de enunciados vagos, ambíguos, indeterminados ou equívocos. Exemplo claro de enunciados ambíguos são os elencados no artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja interpretação gerou discussões exaustivas entre os juristas pátrios, alguns anos atrás¹⁰.

Por fim, é de se notar que um determinado artigo da Constituição, sendo composto por vários enunciados lingüísticos, pode comportar uma grande variedade de programas normativos. É exemplo o artigo 6º, da Constituição Federal, que dispõe serem direitos sociais "a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, cit., p. 48.

¹⁰ Por todos, ver BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre : Fabris, 1993, 123 p.

Constituição". Daqui se tira que constituem programas normativos o direito à educação, o direito à saúde, o direito ao trabalho, e assim por diante¹¹.

Em síntese, os enunciados são o ponto de partida para o intérprete, que pode trabalhar o texto constitucional de modo a retirar deste programas normativos, aptos a solucionarem casos concretos, de modo satisfatório.

Outro ponto básico a ser discutido é o de que não necessariamente um programa normativo deve prescrever condutas; o programa normativo pode ter, em suma, origem em enunciados que não são enunciados deônticos¹² ou seja, enunciados que exprimam um dever, permissão ou proibição de agir ou de se omitir.

Há vários tipos de programas da norma que não objetivam primordialmente regular condutas e, sim, estabelecer vetores para a ação governamental, ou organizar o Estado. Portanto, não há correspondência íntima e necessária entre programa normativo e enunciado deôntico, que porventura a sirva de fundamento. Podem existir outros enunciados, que não possuam esta natureza. Em suma: isto significa que um programa normativo pode cumprir várias *funções*, não apenas a de prescrever condutas¹³.

Quanto ao âmbito da norma, deve-se ter em mente que a tensão entre programa normativo, âmbito material (conjunto dos fatos que integram o caso concreto) e âmbito normativo (conjunto dos fatos que interessam à construção da norma jurídica que incidirá no

¹¹ Contra este entendimento, cfr. BARROSO, Luis Roberto. Princípios constitucionais brasileiros - ou de como o papel aceita tudo. In: "Revista Jurídica Themis, Curitiba : s. ed., 1991, p. 21 e ss.

¹² Enunciado deôntico seria aquele que exprime um "dever de acção ou omissão ou uma permissão de fazer ou omitir" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, cit., p. 48).

¹³ Adiante, no item 3 deste Capítulo, quando for tratada a problemática referente aos princípios constitucionais, esta idéia será retomada e melhor explicitada.

caso concreto) não pode ser resolvida em desfavor de determinados elementos que possam pôr em xeque a concepção jurídica *atualmente hegemônica* a respeito de determinados institutos jurídicos¹⁴. Por exemplo: no que pertine ao direito de greve dos servidores civis, a interpretação do âmbito normativo não pode descurar da origem do instituto (instrumento de luta da classe trabalhadora) e a historicidade do instituto (é um instrumento constituído e construtor da história dos trabalhadores), dentre outros, sob pena de desfigurar o instituto e comprometer a eficácia da norma jurídica resultante dessa interpretação. Porém, este é um tema a ser discutido nos Capítulos II e III. Fica a ressalva, contudo.

3. PRINCÍPIOS E REGRAS

A esta altura, certos questionamentos fazem-se necessários. Um, fundamental, é o de se saber, já que todos os enunciados são capazes de servirem de pontos de partida para a produção de normas jurídicas, o porquê de uma distinção entre elas, diferenciando-as entre princípios e regras. Uma resposta só será satisfatória caso seja demonstrada a *necessidade* de tal distinção, bem como seus motivos.

CANOTILHO, seguindo os passos do pensamento dos professores RONALD DWORKIN¹⁵ e ROBERT ALEXYS¹⁶, estabelece que as normas jurídicas são uma classe, a

¹⁴ O mesmo, aliás, ocorrendo com a interpretação do programa normativo.

¹⁵ “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules”. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously, cit., p. 22.

qual comporta duas espécies: os princípios e as regras. O professor português inicia sua análise buscando encontrar *diferenças* entre estas categorias¹⁷. Assim, faz um apanhado de vários critérios possíveis para diferenciá-los:

(i) *grau de abstração*: é de se reconhecer que os princípios o possuem num grau mais elevado, em relação às regras. Por outras palavras, as regras são promulgadas para incidirem em realidades determinadas, enquanto os princípios não se prendem a específicas regulamentações de comportamento ou organização e estruturação de instituições. Eles podem incidir em diversas realidades.

(ii) *grau de determinabilidade*: os princípios não poderiam ser aplicados ao caso concreto de modo direto, necessitando ser feita uma atividade de adaptação a este, ou pelo legislador ou pelo juiz (uma atividade de *mediação concretizadora*, nas palavras do autor), enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente.

(iii) *o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito*: os princípios possuem um papel e uma natureza de maior relevância que as regras, no que tange à estruturação do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito), por um lado, e, por

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 81 e ss. É de ressaltar, todavia, que o pensamento desse jurista não pode ser integralmente acolhido, o sendo apenas com reservas, porque, como já visto no item 3 da Introdução, dentre os pressupostos teóricos que norteiam o presente estudo encontram-se a metodologia concretista e a teoria estrutural da norma de Müller, as quais, segundo Alexy, são inconciliáveis com a teoria semântica da norma, por ele desenvolvida. Segundo Alexy, “Aquello que aquí es llamado ‘disposición de derecho fundamental’ corresponde a lo que Müller llama ‘texto’, y aquello que aquí lleva el nombre de ‘norma’ es lo que Müller llama ‘programa normativo’. El concepto de ámbito normativo, que en la teoría de la norma de Müller tiene una importancia central, no aparece” (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 75). Desse modo, cita-se no presente estudo o pensamento desse autor apenas em termos de fundamentação duma *concepção forte dos princípios*, ou seja, “...parte-se do ponto de vista de que entre princípios e regras há uma distinção lógica e qualitativa” (FARIAS. Edilson Pereira de. Colisão de direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 23). Articulando a concepção “principlista” (baseada em Dworkin e Alexy) com a concepção “estruturante” de Müller, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Curso de direito constitucional, 6ª ed., cit., p. 170 e ss.

outro, no que diz respeito à sua posição hierárquica no sistema das fontes de direito (ex: os princípios constitucionais).

(iv) *proximidade da idéia de direito*: os princípios expressam valores, frutos do compromisso entre as classes sociais conflitantes (trabalhador/empregador, latifundiário/sem terra, etc...), em um determinado momento histórico, em uma determinada sociedade¹⁸. As regras, por outro lado, apesar de também serem fruto do compromisso entre classes em conflito e expressarem valores, têm outra finalidade, qual seja, a de estabelecer ações a serem realizadas ou condutas a serem prestigiadas ou não. Enfim, "as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional"¹⁹.

(v) *natureza normogenética*: segundo o professor CANOTILHO, "os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante"²⁰.

Pois bem. Restou demonstrado que é possível advogar-se a existência de diferenças entre os princípios e as regras jurídicas. Mas estes critérios não respondem a dois questionamentos fundamentais: primeiro, se os princípios têm função meramente retórica ou argumentativa ou podem ser considerados normas e, segundo, se as diferenças entre

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 6ª ed., cit., p. 167. Além de Dworkin e Alexy, o autor português se utiliza de outros autores, citados em notas de rodapé.

¹⁸ O autor, ao expor este critério, não se utiliza desses termos, hauridos em outras fontes (cfr. Introdução, itens 2 e 5). CANOTILHO fala em "standards", juridicamente vinculantes, radicados em exigências de justiça, nos termos expostos por DWORKIN, ou na "idéia de direito", segundo exposto por KARL LARENZ (cfr. bibliografia indicada pelo autor português, em sua obra Direito constitucional, 6ª ed., cit., p. 167, nota 7).

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito constitucional, cit., p. 167.

²⁰ Op. cit, p. 167.

ambos é apenas de grau (generalidade, hierarquia das fontes, etc...) ou se podem ser diferenciados *qualitativamente*²¹.

As regras, para RONALD DWORKIN²², prescrevem exigências imperativas, permitindo, proibindo ou impondo, sendo aplicáveis à maneira de tudo ou nada (*applicable in all-or-nothing fashion*). Se ocorrer o fato previsto na regra, esta será válida para solucionar o problema, devendo ser aceita a resposta dada com base nela. No entanto, não ocorrendo a hipótese prevista, a regra em nada contribuirá para solucionar o caso²³.

Uma das consequências desta especificidade da estrutura das regras é a de que, ocorrendo um conflito entre regras, não há possibilidade de composição entre si. Caso uma regra incida em um determinado caso concreto, imediatamente afastam-se as demais, pois não é concebível que duas ou mais normas regulamentem a mesma situação fática, de modo diverso. Caso isto ocorra, tem-se o fenômeno da *antinomia*, ou seja, a inexistência de norma jurídica hábil a regulamentar o caso, porque as regras conflitantes *se excluem*.

Em um sistema onde existam somente regras, não se pode dizer que uma é mais importante do que a outra. Não se admite a prevalência de uma sobre a outra, a não ser quando estipulada por outras regras (que fixem critérios de revogação, abrogação, etc...), ou seja, a decisão sobre qual das regras em conflito será aplicada dependerá de considerações exteriores a elas²⁴.

²¹ Op. cit., p. 167.

²² DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, cit., p. 22 e ss.

²³ Op. cit., p. 24.

²⁴ Op cit., p. 27.

Os princípios²⁵, por outro lado, possuem uma outra dimensão: a do *peso*²⁶. Entenda-se aqui, como aponta o professor PAULO BONAVIDES, *peso ou valor*²⁷. Ou seja: tendo-se em vista um caso a ser solucionado, vários princípios podem ser utilizados. Prevalecerá o princípio ou princípios que, em contato com a realidade fática, forem aptos a lhe fornecer elementos para uma decisão satisfatória. E isto não significa que os princípios que não foram utilizados neste caso estejam excluídos do sistema, pois em outro momento, em outro caso concreto, os princípios que não foram aplicados em um caso o serão²⁸.

Entre os princípios não opera a lógica do tudo ou nada, como entre as regras, mas sim a lógica da ponderação dos valores em jogo, no sentido de se utilizar na solução do caso o princípio que traga em seu bojo os valores aptos a solucionar o caso concreto, de modo consentâneo com as exigências de justiça em vigor no momento histórico vivido pela sociedade.

Através destes elementos, tira-se que a diferença entre os princípios e as regras é mais profunda que a apontada pelos critérios antes citados, pois os princípios, sendo o

²⁵ É necessário, aqui, precisar que o conceito de princípio utilizado neste texto não guarda conexão com a concepção do professor RONALD DWORKIN, o qual o vê como mera "policy", abrangendo apenas direitos individuais. Pelo contrário, é de ser observada a posição do professor ROBERT ALEXY, que sustenta uma concepção mais ampla de princípio. Em suas palavras: "Dworkin concibe el concepto de principio de una manera más estrecha. Según él, principios son solo aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para derechos individuales. Las normas que se refieren a derechos individuales las llama 'policies'. Sin duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero, no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual. Las propiedades logicas comunes de ambos tipos de principios, a las que alude Dworkin con su concepto de 'principle in the generic sense' y que aparecen claramente en las colisiones de principios, sugieren la conveniencia de un concepto amplio de principio. La diferencia subrayada por Dworkin puede ser tomada en cuenta en el marco de un tal concepto amplio. Lo mismo vale para otras diferencias posibles" (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 111).

²⁶ DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, cit., p. 24.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 253.

²⁸ DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, cit., p. 27. O professor Eros Roberto Grau, analisando esta passagem do raciocínio de DWORKIN, manifesta-se nos seguintes termos: se "em um determinado caso, a adoção de um princípio, pelo aplicador do Direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa em que este seja eliminado do sistema, até porque - repito - "em outro caso", e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer" (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, cit., p. 116).

repositório de valores, podem, por um lado, "*desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a ratio legis de uma disposição (...) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito*"²⁹, ao passo que as regras cumprem o papel de normatizar apenas a realidade a qual incidem. Deste modo, os princípios cumprem funções diversas, são *multifuncionais*, enquanto as regras não.

Por outro lado, os princípios, por terem esta dimensão de peso ou valor, distinguem-se das regras em termos *qualitativos*.

Enquanto as regras aplicam-se nos termos do tudo ou nada, ou seja, ou uma regra é válida ou não é, os princípios incidem no caso concreto de acordo com a conveniência, necessidade e consonância com os elementos componentes do caso concreto. Em suma: o princípio incidirá apenas se os valores os quais alberga estiverem em discussão no caso concreto.

Se por um lado as regras prescrevem condutas de um certo modo específico, por outro os princípios permitem "*o balanceamento de valores e interesses (...), consoante o seu 'peso' e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes*"³⁰.

Os princípios, caso entrem em conflito, "*podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <<exigências>> ou <<standards>>; que, em <<primeira linha>> (prima facie), devem ser realizados*"³¹. Isto é diverso do que ocorre com

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito constitucional, 6ª ed., cit., p. 167.

³⁰ Op. cit., p. 168.

³¹ Op. cit., p. 168.

as regras, pois estas "contêm <<fixações normativas>>, definitivas"³², sendo por isso, como já visto, "insustentável a validade simultânea de regras contraditórias"³³.

Em síntese, os princípios e as regras cumprem funções distintas e são qualitativamente distintos. Deste modo, efetivamente torna-se necessário tratar estas duas espécies de normas jurídicas de modo a se respeitar as suas especificidades. E, cabe dizer, tal diferença qualitativa não invalida as considerações a respeito de tanto princípios como regras serem espécies do gênero normas jurídicas. Isto porque a estrutura de ambos é idêntica³⁴.

Em termos estruturais, tem-se que as regras são pouco maleáveis, sendo estabelecidas para incidir em determinadas realidades, enquanto os princípios possuem uma estrutura maleável, *aberta*, que os capacita a incidirem em diversos casos concretos, dos mais diferentes matizes.

Fazendo-se uma relação com a teoria estrutural da norma de FRIEDRICH MÜLLER, exposta no item 3 da Introdução, tem-se que, apesar de possuírem a mesma estrutura, os princípios e as regras diferem entre si, pois, enquanto a regra possui um programa normativo bem definido e pouco maleável, incidindo em âmbitos materiais específicos³⁵, os princípios, por sua vez, possuem um programa normativo pouco definido e muito maleável, incidindo em diversos âmbitos materiais, de acordo com os valores em jogo em tais realidades fáticas.

³² Op. cit., p. 168.

³³ Op. cit., p. 168.

³⁴ Contra, cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos, cit., p. 23 e ss.

³⁵ Isto não significa que as regras não possam de modo algum incidir em outros âmbitos materiais, através da aplicação de métodos interpretativos como a analogia, por exemplo. O que se quer dizer é que as regras são

Sendo normas jurídicas, com a mesma estrutura e cumprindo funções diversas³⁶, isto revela a necessidade da existência, em um sistema jurídico, de ambas as classes de normas, sob pena do seu esboroamento.

Bem se poderia conceber um sistema constitucional formal e rígido, apenas com regras, banindo-se qualquer tentativa de sua *axiologização*. As regras são necessárias, por ser inimaginável uma proibição de realizar uma conduta estabelecida através exclusivamente de um princípio, aberto, axiologicamente cambiável, onde um não-fazer hoje poderá se tornar um fazer amanhã³⁷.

Mas estar-se-ia condenando um sistema assim concebido à morte rápida, pois seria incapaz de adaptar-se às mudanças decorrentes do desenrolar do processo histórico. Morte esta inconcebível no campo do direito constitucional, por estar o ordenamento jurídico-constitucional em posição privilegiada na organização de todo o ordenamento jurídico estatal.

elaboradas primeiramente para incidir em determinadas realidades, o que, com o tempo, pode se modificar ou não. Os princípios, por outro lado, não são elaborados com este tipo de vinculação.

³⁶ Neste trabalho advoga-se portanto que as diferenças entre princípios e regras (como as apontadas por FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*, cit., p. 24 e ss., quais sejam: (i) idéia de peso ou importância dos princípios; (ii) princípios enquanto mandados de otimização e (iii) princípios enquanto juízos de concorrência), são compreendidas em termos das diferentes funções que as espécies normativas cumprem dentro de um sistema constitucional, não em termos de diversidade estrutural. Isto inclusive em face da adoção no presente estudo da aludida teoria estrutural da norma, a qual, no entender do autor do presente trabalho, simplifica a compreensão das diferentes espécies e possibilita, através da idéia de maleabilidade ou rigidez do programa normativo, a assunção de funções diversas tanto pelo princípio como pela regra, quais sejam, no caso dos princípios, a de cânones interpretativos, limitarem a discricionariedade judicial e serem fonte de direito no caso da existência de lacunas (Cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*, cit., p. 42). Preservam-se as distinções qualitativas sem a quebra da identidade estrutural. Ainda a esse respeito, cfr. o item 4, *infra*.

³⁷ Op. cit., p. 175.

Também os princípios são necessários a um sistema constitucional, para que se possa estabelecer uma *renovação do compromisso* uma vez estabelecido no momento constituinte, à medida em que as classes sociais em conflito se organizam e se reorganizam de acordo com interesses mutáveis historicamente³⁸.

Sendo tais mudanças refletidas em novas concepções políticas, filosóficas, sociológicas, etc., enfim, novas concepções acerca dos rumos a serem seguidos pelo Estado e pela sociedade civil, a interpretação do texto constitucional, em certa medida (jamais se permitindo regressões a estágios já superados pela experiência dos tempos), deve se *adaptar* a tais mudanças, sob pena de toda a normatividade constitucional, incapaz de apreender o devir, soçobrar ante a força dos fatos.

Destarte, o diploma constitucional sobreviverá ao desenrolar do processo histórico apenas se contiver em seu cerne as sementes das mudanças, sendo que estas alojam-se precisamente na estrutura *aberta* dos princípios, capazes de, muitas vezes, recepcionar as modificações ocorridas no seio da Sociedade Civil, sem que isto importe na permanente *revisão* ou *reforma*³⁹ do texto escrito da Constituição.

³⁸ Cfr., a respeito, item 5 da Introdução.

³⁹ A respeito dos conceitos de revisão e de reforma, ver LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Poder constituinte reformador - limites e possibilidades da revisão constitucional. São Paulo: RT, 1993.

4. CONSTITUIÇÃO ENQUANTO SISTEMA ABERTO E NORMATIVO DE PRINCÍPIOS E REGRAS

Retomando-se a discussão a respeito de um sistema constitucional, fruto de uma concepção material da Constituição⁴⁰, é de se asseverar, também, que as possibilidades da distinção entre princípios e regras vão além da simples caracterização das duas classes de normas, ou a demonstração da sua necessidade. Esta maneira de se pensar a normatividade, no campo do direito constitucional, abre a possibilidade para o estabelecimento duma "mitigação" do pensamento sistemático, axiomático e fechado, tributário do positivismo jurídico, sendo ofertada uma abertura do sistema constitucional aos "valores" resultantes do compromisso entre classes sociais conflitantes em um determinado momento histórico, sendo dado a este compromisso, positivado em regras e princípios, um estatuto "normativo".

Em suma: tem-se a possibilidade de se falar em um sistema constitucional "aberto", composto por princípios e regras, orientado segundo "valores", resultantes do compromisso firmado entre classes antagônicas, no momento constituinte, compromisso este que pode ser refeito em outras bases, consonantes com as mudanças de interesses e pretensões destas classes, sem que isto importe na destruição do sistema constitucional.

Para ser comprovada esta tese, necessário se faz retomar a problemática referente às normas jurídicas constitucionais, bem como às suas classes, especificamente no que tange às suas estruturas.

⁴⁰ Cfr. item 5 da Introdução.

Como já dito em diversas partes deste trabalho, a norma jurídica constitucional tem por estrutura o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo é o resultado da interpretação dos enunciados, elencados no texto constitucional. O âmbito normativo, por outro lado, é o fruto da interpretação feita pelo operador jurídico do âmbito material no qual se insere o caso concreto. A norma jurídica, que decidirá o caso concreto, é a síntese destas duas interpretações parciais⁴¹.

De acordo com o que foi visto no item 3 deste Capítulo, vale ressaltar que esta estrutura é válida tanto para os princípios como para as regras. Ambas as classes de normas possuem a mesma estrutura. No entanto, a estrutura dos princípios tem particularidades que a das regras não possui.

Tem-se que os princípios são multifuncionais, enquanto as regras não, e, além, que os princípios são qualitativamente diversos das regras, pois operam numa lógica diversa destas, não redutíveis a composições do tipo tudo ou nada, mas, por outro lado, possuem a dimensão de peso, ou valor, que, por exemplo, torna a convivência entre os princípios não antinômica, como a das regras, mas *conflitua*⁴².

Além disso, como já anunciado no item 3 deste Capítulo, deve-se atinar para o fato de que o programa normativo dos princípios, sendo resultado da interpretação parcial de valores, mutáveis historicamente, maleáveis, aptos a cumprirem múltiplas funções, possuem

⁴¹ A esse respeito, cfr. o item 1 do Capítulo II, *infra*, onde essa temática será retomada e aprofundada.

⁴² Ver C. NOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6ª ed., cit., p. 168.

uma *densidade normativa*⁴³ menor que a encontrável no programa normativo das regras, sendo isto não um demérito aos princípios, mas sim a sua força.

Não deixando de ser normas jurídicas, os princípios cumprem uma função que as regras jamais poderiam realizar: serem o núcleo de sentido do sistema constitucional. Podem não ser a fonte imediata de direitos subjetivos, como querem alguns⁴⁴. Mas não precisam ser, visto cumprirem outro papel: estes podem cobrir com o manto da *normatividade*⁴⁵ novas demandas, surgidas no seio da sociedade civil, fruto da renovação do compromisso uma vez realizado entre as classes sociais antagônicas. Devido à baixa densidade normativa do programa normativo dos princípios (conseqüentemente a baixa densidade normativa dos princípios), o sistema pode se renovar, para atender as exigências do devir. E só a estrutura aberta e maleável dos princípios é capaz de ofertar a *permanência* do sistema constitucional no tempo⁴⁶.

Por fim, vale ressaltar que, tendo-se em vista a distinção existente entre regra e princípio quanto às suas densidades normativas, isto acaba por acarretar que *"a primeira é uma norma desenvolvida em seu conteúdo e precisa em sua normatividade: acolhe e perfila os pressupostos de sua aplicação, determina com detalhe o seu mandato, estabelece possíveis exceções; o princípio, pelo contrário, expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu*

⁴³ Por densidade normativa compreende-se a capacidade ou não de uma determinada norma jurídica incidir num caso concreto de maneira direta, sem a necessidade da já aludida *mediação concretizadora*, por parte dos operadores jurídicos. (Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 6ª ed., cit., p. 188 e 189).

⁴⁴ Cr. BARROSO, Luis Roberto, Princípios constitucionais brasileiros - ou de como o papel aceita tudo, cit., p. 22 e ss.

⁴⁵ Leia-se normatividade enquanto qualidade auferida a determinados juízos, que os tornam aptos a servirem de parâmetros para a resolução jurisdicional de conflitos ou para a organização e a estruturação de instituições.

⁴⁶ "Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições (...) É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 259).

*conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como incorreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitando por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial*⁴⁷. Não se pode mais despedir os princípios de sua normatividade, especificidade e funções que desempenham, sob pena de negar-se vigência ao núcleo de sentido das Constituições.

Ao serem proclamados normas jurídicas, os princípios deixam de ter apenas uma característica de mero programa, meras pautas programáticas supralegais, desprovidos de normatividade, sendo conseqüentemente irrelevantes juridicamente, como queriam os juristas do positivismo⁴⁸. Quem porventura advogue uma posição como esta para os princípios constitucionais está, em verdade, neutralizando *"a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardiais"*⁴⁹. Em suma, negar-se a normatividade aos princípios importa em negar a normatividade ao núcleo axiológico da Constituição, vedando-lhe a possibilidade de se converter em fundamento da ordem jurídica como um todo.

Os princípios, antes meros programas a serem acolhidos pelos entes estatais, ou fontes subsidiárias para se interpretar "normas jurídicas", agora, albergados nos textos constitucionais, *"postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios (...) recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do*

⁴⁷ CAÑAS. Antonio Gordillo. *apud* BONAVIDES. Paulo. op. cit., p. 263.

⁴⁸ Op. cit., p.235 e ss.

⁴⁹ Op. cit., p. 257.

prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem (...) em norma normarum, ou seja, norma das normas"⁵⁰.

Sendo a Constituição a pedra fundamental de todo o ordenamento jurídico, os valores albergados nos princípios passam, com o estatuto normativo dado a estes, a servir efetivamente de critérios para que sejam avaliados todas as normas jurídicas componentes do sistema. Em síntese, a normatividade conferida aos princípios e a sua específica estrutura ofertam a possibilidade para se falar em uma concepção *princípios do ordenamento jurídico-constitucional*, no sentido de que os princípios, "em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância"⁵¹.

Em síntese: a abertura do sistema constitucional aos valores, albergados na específica estrutura e textura dos princípios constitucionais, oferta a possibilidade de se *reconstruir* a problemática referente ao sistema constitucional, não mais em moldes axiomático-formalistas, mas agora em termos *axiológico-teleológicos*⁵².

É exatamente essa ambiência que envolve o princípio do direito de greve dos servidores públicos civis. Ele é *normativo*, no sentido de regular comportamentos, não mero

⁵⁰ Op. cit., p. 261.

⁵¹ Op. cit., p.263.

⁵² A este respeito, são válidas as afirmações do professor Claus-Wilhelm Canaris: "Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação "axiológica" ou "teleológica" - na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e valores" (CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, cit., p.

programa a ser desenvolvido pelo Estado. É um princípio inserido no sistema constitucional, com um programa normativo pouco denso mas de grande amplitude, incidindo sobre um âmbito material extremamente rico e complexo, articulando-se com outros princípios, de outros Títulos da Constituição de 1988, mas ao mesmo tempo possuindo suas especificidades, em vista dos destinatários da sua normatividade.

O princípio do direito de greve dos servidores públicos civis insere-se portanto perfeitamente na sistemática constitucional de tipo aberto ora apresentada. É componente dessa dinâmica, está inscrito na Constituição e desafia concretização. É chegado o momento de se fornecer elementos para que essa concretização efetivamente ocorra.

5. O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Como será visto adiante, o direito de greve dos servidores públicos, no Brasil, é conquista recente dessa categoria de trabalhadores⁵³. Porém, enquanto realidade sociológica, há muito servidores e Estado esgrimam-se no que diz respeito a questões salariais, bem como a reivindicação, conquista e manutenção de direitos da categoria⁵⁴. A par dessas discussões, cumpre, nesse momento, fazer uma classificação da norma.

66/67). Deve-se, porém, atinar para as conseqüências da adoção desta linha de pensamento sistemático, o qual não se pode entender a sua possibilidade "só por si" (Op. cit., p. 67 e ss).

⁵³ Cfr. Capítulo III, infra, especialmente o item 5.

⁵⁴ Cfr. Capítulo III, infra, especialmente os itens 2 e 3, onde será definido um conteúdo para o termo "greve".

O direito de greve dos servidores é positivado no ordenamento jurídico brasileiro através de um *princípio constitucional*. A densidade do programa normativo é baixa; seu âmbito normativo é amplo. Caso ocorra conflito com outro princípio constitucional, é resolvido em termos de peso, ou valor, não em termos antinômicos. Desse modo, as digressões efetuadas nos itens anteriores a respeito dessa espécie de norma são perfeitamente cabíveis aqui.

É necessário, contudo, esclarecer o porquê do direito de greve se tratar de um princípio constitucional, não de uma regra. Fundamentalmente, porque foi uma opção do legislador constituinte. Esse legislador, quando deferiu ao servidor público o direito de greve, estabeleceu um vetor específico para a sua atividade reivindicatória, excluindo outras experiências históricas, como a *sabotagem* ou o *boicote*, por exemplo. Porém, não estabeleceu, em momento algum, em quais hipóteses poderia ser exercitado. Tanto é assim que o constituinte ordenou que o disposto no art. 37, VII, da Constituição fosse exercido nos termos e limites definidos em lei complementar, a qual, a exemplo do que ocorre com a norma que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas (Lei nº 7.783/89), deverá estabelecer os requisitos e condições *para o seu exercício regular*, jamais contudo estabelecendo quais hipóteses específicas em que a greve pode ser exercida ou não⁵⁵.

A manifestação de força, no sentido do exercício de reivindicações efetuadas pelos servidores, *pode ser efetuada através do movimento paredista da melhor forma possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas atinentes ao momento histórico no qual seja*

⁵⁵ Aliás, caso a lei complementar exigida pelo art. 37, VII, da Constituição não dispuser apenas sobre os requisitos para o exercício regular desse direito, estará extrapolando os limites de sua função. cerceando injustamente o direito dos servidores.

*deflagrado*⁵⁶. É muito mais uma *garantia* conferida aos servidores, para poderem se insurgir licitamente contra a Administração Pública, na defesa dos seus seus interesses comuns. Não se trata, à toda vista, de uma regra, a qual, verificado um determinado pressuposto, exigiria, proibiria ou permitiria algo em termos definitivos, sem qualquer exceção⁵⁷. Porém, trata-se de um princípio com características próprias, sendo necessário classificá-lo em vista de alguma tipologia, apta a resguardar as suas especificidades.

No presente estudo adota-se a tipologia elaborada pelo professor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁵⁸. Conseqüentemente, tem-se que o direito de greve dos servidores é um *princípio-garantia*: visa a instituir direta e imediatamente uma garantia dos servidores, atribuindo-se-lhe uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva (dimensão deontica) e negativa (em termos amplos, a capacidade de derrogar normas infraconstitucionais que entrem em atrito consigo)^{59 60}.

Por ser um princípio-garantia, eivado de normatividade, é visto concomitantemente enquanto um *direito*, por ser um preceito constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo impositividade e condições de efetividade⁶¹. Ou seja, possui força normativa,

⁵⁶ Cfr., a respeito dessa digressão. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 6ª ed., cit., p. 534.

⁵⁷ Op. cit., p. 533.

⁵⁸ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios constitucionais obedecem à seguinte tipologia: (i) *princípios jurídicos fundamentais*, quais sejam, os historicamente introduzidos na consciência jurídica, recepcionados no texto constitucional; (ii) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, os que explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte; (iii) princípios constitucionais impositivos, subsumidos de todos os princípios que, no âmbito de uma constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado a realização de fins e a execução de tarefas; por fim, (iv) os *princípios-garantia* (Op. cit., p. 170 e ss.).

⁵⁹ Op. cit., p. 173.

⁶⁰ Como já dito, à luz do que está disposto na Constituição de 1988, tem-se que a plena manifestação da força determinante positiva do princípio depende de legislação complementar, que estabelecerá os limites e possibilidades do exercício do direito pelos servidores. Ainda a respeito da positividade, cfr. Capítulo II, infra, onde será tratada a eficácia do programa normativo do princípio.

⁶¹ STUMM, Raquel Denize. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 124.

podendo vir a incidir em casos concretos. Aliás, pode ser considerado um dos *direitos sociais*⁶² da Constituição Federal de 1988.

Positivado enquanto princípio-garantia, o direito de greve dos servidores públicos civis é concretização histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encontrado na Constituição Federal, art. 1º, inc. III⁶³. Ou seja, possibilita ao servidor público civil reivindicar melhores condições de trabalho⁶⁴, ou mesmo de preservá-las, inclusive mediante uma reação fática contra a Administração Pública, assegurando-lhe um meio lícito (porque autorizado pelo ordenamento jurídico), de respeito ao homem (enquanto trabalhador) e, por via de consequência, de respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana.

O direito de greve dos servidores, portanto, é um *direito fundamental*. Deve ser compreendido dessa maneira, inclusive quanto ao seu regime jurídico. É necessário portanto perquirir a respeito da natureza jurídica do direito, sua amplitude e possíveis limitações, hipóteses em que pode ser exercido e, por fim, qual seria a sua eficácia normativa.

O direito de greve dos servidores trata-se de um *direito subjetivo negativo*, ou seja, os servidores não podem ser proibidos ou impedidos de fazer greve, nem serem compelidos a

⁶² “Os direitos fundamentais a prestação, também designados apenas por direitos sociais, figuram essencialmente dos arts. 6º a 11 e título VIII, no nosso Texto Constitucional em vigor” (FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos, cit., p. 87). O direito de greve dos servidores públicos civis é desdobramento direto (e desnecessário) do direito geral de greve dos trabalhadores, que figura do art. 9º, da Constituição Federal, tal como o princípio da legalidade tributária (art. 150, inc. I), é desdobramento do princípio geral da legalidade (art. 5º, inc. II).

⁶³ “Os direitos fundamentais, entendidos como a concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana...” (Op. cit., p. 17).

⁶⁴ Trabalho enquanto valor intrinsecamente conexo ao de dignidade da pessoa humana. Aliás, não é à toa que esse valor está listado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. logo abaixo da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal. A interlocução é flagrante.

interrompê-la⁶⁵. Eles possuem plena liberdade em decidir a respeito da condução do processo grevista, não podendo sofrer qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos públicos.

Por óbvio tal afirmativa deve ser mitigada pelo fato de existirem *limites iminentes* (ou implícitos) ao exercício da greve, ou seja, admite-se a limitação do direito de greve em nome da salvaguarda de outros bens constitucionais ou direitos, como no caso de ser exigido dos servidores grevistas a manutenção de um nível mínimo de operacionalidade em serviços considerados essenciais, como hospitais, delegacias de polícia e presídios⁶⁶, em nome da proteção aos direitos à vida, à saúde e à segurança pública⁶⁷.

Contudo a exigência descrita acima só poderá ser feita caso exista *previsão legal* para que isto possa ocorrer, porque o direito de greve dos servidores, como todo direito fundamental, só pode ser restringido através de lei⁶⁸. Diga-se que esse diploma pode sim estabelecer certos requisitos, como a necessidade de convocação de assembleia geral para a definição da pauta de reivindicações (art. 4º da Lei nº 7.783/89), notificação prévia (art. 3º, parágrafo único, Lei nº 7.783/89), dentre outros, mas nunca *estabelecer restrições*⁶⁹, de qualquer natureza. Não há que se cercear o direito, sob qualquer pretexto. Aliás, segundo os professores JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*Haverão de ser considerados excessivos os requisitos procedimentais de declaração de greve que*

⁶⁵ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. p. 309. Outros desdobramentos dessa característica serão vistos no item 5 do Capítulo II, infra.

⁶⁶ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6ª ed.. cit., p. 604.

⁶⁷ Vale ressaltar que a salvaguarda deve recair sobre outros bens e direitos *constitucionalmente* previstos, jamais sobre valores não inseridos ou sequer mencionados no diploma constitucional.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. cit., p. 121 e 122.

⁶⁹ A respeito do conceito de *restrição*, o professor Jorge Miranda afirma: “A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a

*dificulter desnecessária e desmensuradamente o recurso à greve*⁷⁰. Ter isto em mente é fundamental no momento em que se discutir qualquer projeto de lei complementar regulamentadora do direito de greve dos servidores.

Ainda no que diz respeito à liberdade no exercício da greve, cabe ressaltar que os servidores, por força do que dispõe o art. 9º da Constituição Federal, possuem plena autonomia na determinação dos seus motivos, na definição da oportunidade de realizá-la e sobre os interesses que defenderão. Isto elastece o programa normativo da greve dos servidores, de modo a abarcar demandas que não estejam restritas apenas a questões referentes ao trabalho em si⁷¹.

Ou seja, o servidor público pode, através do seu instrumento de reivindicação, *“...intervir na dinâmica social, defendendo os seus interesses perante (...) o Estado, independentemente da caracterização material destes interesses como <<contratuais>> ou <<laborais>>”*⁷². Qualquer tentativa de se estabelecer discriminações entre motivos profissionais e motivos políticos para fundamentar uma greve, por exemplo, peca por falta de embasamento constitucional, sendo inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro⁷³.

Apesar de ser um direito subjetivo negativo, o direito de greve dos servidores públicos é elencável no rol dos direitos que JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE nomina como

amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV, p. 297).

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 312.

⁷¹ Op. cit., p. 311.

⁷² Op. cit., p. 311.

⁷³ Contra, cfr. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 624 e 625. Nas palavras do autor: “Quanto aos *finis*, a motivação da greve é confiada aos próprios trabalhadores. cabendo-lhes definir a oportunidade e os interesses a defender através do exercício do direito de greve. Porém, as greves de política pura, que são as insurrecionais, contrariam o espírito do art. 136 da Constituição, que dispõe sobre a defesa do Estado” (Op. cit., p. cit).

direitos de exercício coletivo, porque insuscetíveis de serem exercitados individualmente⁷⁴. Segundo esse autor, isto ocorre porque “o elemento colectivo integra o conteúdo do próprio direito - este só ganha sentido se for pensado em termos comunitários, pois estão em causa interesses partilhados por uma categoria ou um grupo de pessoas - e, por isso, se afirma por vezes que estamos perante uma titularidade colectiva de direitos fundamentais”⁷⁵. Segundo o mesmo autor, o titular do direito de greve é sempre o trabalhador; coletivos seriam os instrumentos do exercício, não os sujeitos dos direitos⁷⁶.

O direito de greve dos servidores possui *eficácia externa imediata*⁷⁷, ou seja, o exercício da greve não constitui, de modo algum, violação ao pacto firmado entre a Administração Pública e o servidor, sendo que aquela não poderá punir este pelo exercício regular do seu direito⁷⁸.

Por fim, quanto à sua *eficácia normativa*, tem-se que, nos termos do art. 37, VII, da Constituição, é necessária a elaboração de uma lei complementar, que definirá os termos e limites ao seu exercício. Desse modo, o direito de greve dos servidores está previsto em enunciado cujo programa normativo possui eficácia limitada. Tal especificidade, por ser de extrema importância para os fins do presente estudo, merece tratativa aprofundada, a ser feita no Capítulo II, infra.

O enunciado do referido princípio encontra-se inserido no título III da Constituição (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da Administração Pública), Seção I (Disposições

⁷⁴ ANDRADE. José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, cit., p. 174.

⁷⁵ Op. cit., p. 174.

⁷⁶ Op. cit., p. 174.

⁷⁷ CANOTILHO. José Joaquim Gomes e MOREIRA. Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 309.

Gerais), art. 37, inc. VII. Todavia, não resta isolado, porque articula-se diretamente com o enunciado do princípio da livre associação sindical dos servidores públicos civis (art. 37, VI). Aliás, conjugando-se os dois, impõe-se o reconhecimento do direito dos servidores à negociação coletiva, instituto que complementa os direitos à sindicalização e à greve^{79 80}.

Afinal, o sindicato dos servidores é a entidade de classe que defende por excelência as condições de trabalho dos seus associados, representando-os⁸¹ ao buscar o entendimento com o empregador-Estado através de *negociações*, ou, frustrada a via do entendimento, forçando o empregador a discutir o que propõem⁸², através do instituto da *greve*. Negar esse fato é retornar ao estágio do ordenamento jurídico ditatorial pré-1988, onde eram vedadas a sindicalização e a greve aos servidores públicos. Porém, mesmo à época a sindicalização, a greve e a negociação permaneciam por vias transversas, porque os servidores tornavam suas associações “recreativas” em órgãos representativos, que

⁷⁸ A respeito do tema, cfr. Capítulo II, item 5, *infra*.

⁷⁹ Vale ressaltar que o direito de negociação coletiva dos servidores públicos civis já foi expressamente previsto pelo ordenamento brasileiro, introduzido pelo enunciado do art. 240, “d”, da Lei nº 8.112/90. Porém, essa alínea (juntamente com a alínea “e”, que previa o direito ao ajuizamento de dissídios, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho) foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos de ADIn nº 492-1, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso, requerida pelo Procurador-Geral da República (Publicado no DJU - Seção I, de 16 de novembro de 1992, p. 21.308).

⁸⁰ Aqui, ainda, cabe uma advertência: o direito de greve dos servidores públicos possui determinadas características, que lhe conferem especificidade frente ao direito de greve dos trabalhadores celetistas. Isto porque demandas dos servidores que importem em aumento de remuneração e criação ou extinção de cargos possuem contornos próprios, definidos pelo diploma constitucional. Nos termos do que dispõe o art. 61, § 1º, II, da Constituição, é de iniciativa privativa do Presidente da República a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou que importe em aumento de remuneração. Conseqüentemente, demandas dos servidores nesse sentido não podem ferir o princípio da reserva legal, insito à tratativa dispensada pelo diploma constitucional. Isso, contudo, não impede que tais demandas sejam tratadas com a Administração Pública e, inclusive, seja utilizado o recurso da greve. O deve haver, e isso é inclusive tema que merece um estudo aprofundado, é o modo de como deve ser procedida a negociação coletiva, de modo a não ser ofendido o citado princípio. A greve é o último recurso posto à disposição dos servidores; sinal de maturidade democrática é a negociação coletiva. Nesse sentido, o professor Antônio Álvares da Silva assevera: “Se o Estado garante o direito de greve mas não abre os canais de comunicação através da negociação coletiva, nega todos os princípios da moderna sociedade democrática que se distingue exatamente por fornecer aos diferentes segmentos que a compõem a possibilidade de institucionalizar e resolver seus conflitos, para tomar o caminho tortuoso do radicalismo e da intolerância, causando prejuízo a toda a sociedade através de uma atitude negativista e arbitrária” (SILVA, Antônio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p. 100 e 101).

⁸¹ A legitimidade do sindicato dos servidores para representá-los, inclusive como substituto processual, foi conferida pelo art. 240, “a”, da Lei nº 8.112/90.

⁸² Ou mesmo forçar que a Administração cumpra o que se comprometeu a fazer.

cumpriam a mesma função do sindicato no momento das negociações ou greves (aliás, muito praticadas nesse período)⁸³.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro já está municiado de institutos jurídicos aptos a propiciar o início da construção de um *direito coletivo do trabalho dos servidores públicos civis*.

O princípio do direito de greve dos servidores articula-se diretamente, também, com alguns direitos inseridos no art. 7º da Constituição, por força do que dispõe expressamente o seu art. 39, § 2º, no sentido de que o direito de greve é geralmente o meio último para a luta dos servidores no sentido de serem instituídos ou respeitados aqueles direitos.

Em termos de articulação indireta ou reflexa, as possibilidades são infinitas, variando ao sabor das peculiaridades dos casos concretos.

Quanto aos destinatários da norma, cumpre ressaltar que são os servidores públicos civis, com vínculo de natureza estatutária, integrantes da Administração Direta, autárquica e fundacional, tanto da União, dos Estados como dos Municípios e Distrito Federal. No âmbito federal são os servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112/90 e, nas demais esferas, por leis que lhe façam as vezes.

Os servidores públicos civis são uma categoria de trabalhadores inserida em um amplo espectro de pessoas, que desempenham funções estatais, chamadas pela doutrina de *agentes públicos*. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*Quem quer que*

⁸³ Cfr. SILVA, Antônio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho. cit., p. 67.

*desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público*⁸⁴. Os agentes públicos classificam-se em *agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com a Administração*⁸⁵.

Os agentes políticos possuem com o Estado um vínculo de natureza política, não de natureza profissional. Ocupariam os cargos de Presidente da República e seu vice, bem como Ministros, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Governadores de Estado e seus vices, Secretários Estaduais, Prefeitos, Vereadores e Secretários Municipais.

Por sua vez, os particulares em colaboração com a Administração, apesar de exercem função pública, não perdem a qualidade de particulares. É o que ocorre com os *requisitados* (jurados, membros de mesa receptora de votos em eleições, etc.); os *gestores de negócios públicos* (que assumem temporariamente a gestão da coisa pública, perante situações de calamidade pública p. ex.); ou os *contratados por locação civil de serviços*, como o advogado ilustre, contratado para realizar sustentação oral perante Tribunal; os *concessionários e permissionários de serviços públicos* e, por fim, os *delegados de função ou ofício público*, como os notários e diretores de faculdades particulares reconhecidas.

O termo *servidores públicos*, por sua vez, em termos genéricos engloba todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais. Dividem-se em *servidores públicos civis e empregados públicos*.

Segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, os servidores públicos civis “...são unicamente os servidores públicos (civis) da administração direta, das autarquias e

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, cit., p. 133.

das fundações públicas **ocupantes de cargos públicos**^{86 87}. Excluem-se os servidores que possuam vínculo celetista com essas entidades, bem como os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado acaso instituídas pelo Poder Público⁸⁸.

Aliás, o servidor que possua vínculo celetista com os órgãos da Administração Direta, autárquica ou fundacional é denominado *empregado público*, que ocupa, ao invés de cargo, um *emprego público*⁸⁹. É o caso dos trabalhadores temporários, regidos pela Lei nº 8.745/93.

O vínculo entre o servidor público civil e a Administração seria estatutário ou institucional, de índole não-contratual; a Administração Pública poderia unilateralmente instituí-lo e modificá-lo, sem necessitar da anuência da outra parte⁹⁰. Por sua vez, o vínculo do empregado público seria de índole contratual e celetista (regido pela CLT), portanto não existiria a possibilidade de se modificar unilateralmente o vínculo⁹¹.

Todavia, a rigidez dessa teorização deve ser mitigada pelo fato de que a unilateralidade do vínculo entre servidor público civil e a Administração Pública foi consideravelmente diminuída pela recepção, no ordenamento jurídico brasileiro, dos

⁸⁵ A explanação a seguir é feita com base na obra de BANDEIRA DE MELLO, cit., p. 135 e ss.

⁸⁶ Op. cit., p. 138.

⁸⁷ Cargos públicos seriam "...as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas de direito público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por Resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra dessas Casas" (Op. cit., p. 139).

⁸⁸ Op. cit., p. 138.

⁸⁹ Os empregos públicos "...são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista" (Op. cit., p. 139).

⁹⁰ Além disso, é de se notar que "A institucionalização do sistema do mérito, o primado do interesse público sobre a autonomia da vontade, a garantia da estabilidade contra o abuso do poder político e as vias da responsabilização específicas são algumas das mais notáveis peculiaridades desenvolvidas pelo regime estatutário" (SILVA, Antônio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho. cit., p. 44).

institutos da sindicalização e da greve dos servidores públicos civis, que integram o direito coletivo do trabalho dessa categoria. Tal recepção impulsiona esse vínculo para uma nova dimensão, onde a tônica é a *bilateralidade* e a *contratualidade*⁹². Ou seja: resta permitida a intervenção da vontade dos servidores no estabelecimento das condições e cláusulas que regulamentem o exercício de suas atividades. Tendência abalizada pelo próprio diploma constitucional.

Segundo ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, “A *Constituição atual deu conta desta realidade (bilateralidade e contratualidade) prevendo a sindicalização e o direito de greve do servidor público, o que significa confessar abertamente que admite a intervenção da vontade do servidor na Administração, quebrando com a tradição da unilateralidade e subordinação, que caracterizam entre nós o regime estatutário*”⁹³. Não se pode mais admitir a concepção de regime estatutário em termos rígidos, onde a tônica é o manifesto desequilíbrio da relação Estado-servidor.

A greve em empresas públicas e sociedades de economia mista não é abrangida pelo princípio ora em análise, porque referidos trabalhadores, por força do que dispõe o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas⁹⁴, qual seja, o previsto na CLT, o que torna o exercício do direito de greve regulado pelo que dispõe o art. 9º da Constituição, bem como o que prescreve a Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve). O mesmo ocorre com os trabalhadores vinculados às empresas privadas concessionárias e permissionárias de serviço público.

⁹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, cit., p. 140.

⁹² SILVA, Antônio Álvares. Os servidores públicos e o direito do trabalho, cit., p. 42 e ss.

⁹³ Op. cit., p. 45.

⁹⁴ Não em termos absolutos, porque mitigado com algumas regras próprias de direito público, como a obrigatoriedade da realização de concurso público para o preenchimento de vagas nas empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, II, Constituição Federal).

Por fim, vale ressaltar que não será analisado o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis em serviços essenciais. Essa é uma problemática específica, complexa e extremamente abrangente⁹⁵, que foge do intuito do presente trabalho, qual seja, o de fornecer um contributo à concretização do princípio do direito de greve dos servidores, através da averiguação de elementos que possam vir a compor o seu programa e âmbito normativos.

⁹⁵ Cfr., apenas a título exemplificativo: VILHENA. Paulo Emilio Ribeiro de. Greve e atividade essencial - evolução conceitual. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 19, nº 73, jan/mar. 1982, p. 205/226.

**CAPÍTULO II – O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES
PÚBLICOS CIVIS E O PROGRAMA DA NORMA**

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Segundo FRIEDRICH MÜLLER, a tarefa de concretização da norma jurídica é elaborada em dois momentos distintos: ao se interpretar o enunciado, extraíndo-se o programa normativo, bem como ao se interpretar o âmbito material, extraíndo-se o âmbito normativo. Os dois processos são parciais, separados entre si¹, porém necessariamente articulados no momento da síntese interpretativa, quando se obtém uma *medida de ordenação*, que incidirá no caso concreto revestida do carácter de *norma de decisão*².

No processo de interpretação do programa normativo são utilizados vários elementos, o que aponta para o fato dela não ser apenas a “...*soma dos dados linguísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível puramente semântico*”³. Consideram-se outros elementos, quais sejam: (i) sistemático; (ii) genético; (iii) histórico (história do texto) e (iv) teleológico⁴.

Por sua vez, os elementos do âmbito normativo são os mais variados, como os jurídicos, econômicos, sociais, psicológicos e sociológicos⁵. Além dos elementos listados, ligados mais diretamente com a interpretação da norma em si, existem outros, que se relacionam de maneira indireta ou mediata, desempenhando funções auxiliares, quais

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, cit., p. 228.

² Vale ressaltar que, ao se fazer a síntese entre programa e âmbitos normativos, a norma jurídica é ainda geral e abstrata. uma *medida de ordenação*, revestida de normatividade mediata. Para efetivamente incidir no caso concreto, para se revestir de normatividade concreta. “...a norma jurídica precisa de revestir o carácter de norma de decisão” (Op. cit., p. 229), ou seja, “...quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar, etc.); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)” (Op. cit., p. 229).

³ Op. cit., p. 226.

⁴ Op. cit., p. 226.

sejam: os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos ou político-constitucionais, dentre outros⁶.

Opta-se no presente trabalho em discorrer primeiramente sobre o programa da norma porque, nos termos da doutrina de MÜLLER, ele possui uma função filtradora, ao separar *“os factos com efeitos normativos dos factos que, por extravasarem esse programa, não pertencem ao sector ou domínio normativo...”*⁷. O programa normativo estabelece os limites e possibilidades de articulação de dados fáticos para a solução do caso concreto, ao retirar-se do âmbito material, com ajuda dos delineamentos por si estabelecidos, apenas alguns dados, que comporão por fim o âmbito normativo⁸.

O intuito dessa função filtradora é precisamente o de se evitar o esboroamento do arcabouço jurídico-normativo (e, em última análise, a força normativa do diploma constitucional), ante a força dos fatos. E isto é textualmente explicitado por MÜLLER: *“El ámbito normativo no es, por consiguiente, un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión, expresada como realmente posible, de elementos estructurales extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, y que a menudo se hallan preformados jurídicamente. Con la distinción entre ámbito material y*

⁵ Op. cit., p. 227.

⁶ BONAVIDES, Paulo, Curso de direito constitucional, cit., p. 464.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, cit., p. 228.

⁸ A tarefa de filtragem é extremamente delicada, não se podendo admitir que, por possuir essa função delimitadora, a interpretação efetuada do enunciado se traduza em um programa normativo que vede a inserção de dados fáticos insitos à natureza do caso concreto a resolver, porém desconsiderados enquanto tal porque a pré-compreensão que o operador jurídico possui a respeito do tema não permitiria tal aceitação. A título de exemplo, a interpretação do programa normativo do disposto no art. 37, VII da Constituição não pode desconsiderar determinados elementos sociológicos e históricos que identificam o direito de greve como manifestação de força, historicamente utilizado pelos trabalhadores para fazerem valer suas pretensões frente os detentores dos meios de produção. Em outras palavras: as específicas nuances do direito de greve não podem ser desconsideradas pelo fato de que o vínculo servidor-Estado seria unilateral, eminentemente desigual, o que restringiria sobremaneira o seu exercício. Essa problemática será tratada com mais vagar no Capítulo III, infra.

ámbito normativo queda descartada la <<fuerza normativa de lo fáctico>> como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos”⁹.

Contudo, é de se ressaltar que, segundo PAULO BONAVIDES, buscando hierarquizar a interpretação do programa e do âmbito normativo MÜLLER acabaria por limitar as potencialidades da sua construção teórica, o que talvez a tornaria vulnerável, porque tecnicista, abrindo espaço para críticas que poderiam inclusive pô-la a pique: *“Depois de abrir-se amplamente para a realidade, o concretismo de Müller tem sua última postulação assentada numa estrutura jurídica limitativa, decorrente da hierarquia dos elementos hermenêuticos empregados para definir a normatividade e que se discriminam, na sua prevalência, de um modo estimativo, mais técnico do que axiológico ou ideológico”¹⁰.*

Com o devido respeito, tal consequência é pensável se não houver uma devida potencialização das características e qualidades dos elementos colhidos no âmbito material, ou seja, sem se buscar uma articulação preservadora dessas características com as atinentes ao programa da norma. Não há mal algum em se estabelecer hierarquizações entre os elementos de concretização, para evitar que entrem em contradição. Aliás, tal hierarquia pode ser vista muito mais como um limite (ou fronteira) para a decisão admissível do que um engessamento e empobrecimento da atividade interpretativa¹¹. Afinal, o que não pode ocorrer é tal hierarquia se transformar em uma restrição ou vedação a uma interpretação prospectiva da realidade fática.

⁹ MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas, cit., p. 123.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 465.

¹¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos, cit., p. 104.

Em última análise, é de se superar dialeticamente uma eventual tensão entre elementos do programa normativo e do âmbito material, o que abre a possibilidade de se albergar no âmbito normativo elementos que reflitam com certa fidelidade a realidade fática na qual a medida de ordenação incidirá, sem erodir a força normativa do dispositivo constitucional¹².

Superada as questões de ordem metodológica, vale ressaltar que o presente trabalho não pretende explorar exhaustivamente o tema a que se propõe, tendo em vista a amplitude do campo a ser explorado. Afinal, conforme anunciam os próprios elementos de concretização vinculados ao programa da norma, caberia aqui serem feitas digressões a respeito do que tradicionalmente é chamado de dogmática analítica (teoria da norma jurídica, dentre outros) e, nesse sentido, inserem-se aqui as discussões a respeito da teoria do ordenamento jurídico, especialmente o ordenamento enquanto sistema dinâmico, o qual fundamenta-se na instrumentalização dos critérios de validade, vigência e eficácia das normas jurídicas¹³.

No presente capítulo busca-se especificamente analisar a *eficácia* do dispositivo constitucional e a sua inserção enquanto tema relacionado ao programa normativo de uma possível medida de ordenação. Opera-se tal verticalização porque essa problemática é central em qualquer estudo referente ao direito de greve dos servidores públicos civis, tendo em vista a polêmica instaurada desde a promulgação da Constituição de 1988, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, a respeito da eficácia do que dispõe o art. 37, VII, da Constituição Federal. Essa discussão, inclusive, contribuirá para que se chegue a algumas

¹² A explanação final dessa posição, parcialmente tratada em diversas passagens do presente trabalho, será feita nas Conclusões, infra.

¹³ Cfr. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao estudo do direito, cit., p. 179 e ss.

conclusões a respeito dos questionamentos levantados logo no início deste trabalho, especialmente no item 1 da Introdução.

Para tanto, é necessário adaptar a tipologia de normas constitucionais elaborada por JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁴ ao conjunto de teorias adotado no presente estudo. Essa teorização, além de possuir larga aceitação pelos operadores jurídicos brasileiros, é relevante porque foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal (cfr. Item 3, *infra*), para fundamentar seu entendimento quanto à eficácia do dispositivo. Em suma, quanto à eficácia, as normas constitucionais podem ser classificadas em três espécies: normas de eficácia plena¹⁵, normas de eficácia contida¹⁶ e normas de eficácia limitada¹⁷. As normas de eficácia limitada, por sua vez, classificam-se em normas programáticas¹⁸ e de princípio institutivo¹⁹.

Porém, elaborar um discurso utilizando-se dessa tipologia e ao mesmo tempo utilizar-se da metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER é um aparente contrasenso, porque a concepção de norma jurídica de JOSÉ AFONSO DA SILVA é completamente diferente da esboçada pelo jurista alemão. Urge portanto uma tarefa preliminar, de adaptação.

¹⁴ Cfr. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1982.

¹⁵ "...aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular" (Op. cit., p. 89).

¹⁶ "...são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados" (Op. cit., p. 105).

¹⁷ "...são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado" (Op. cit., p. 73).

¹⁸ "...aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado" (Op. cit., p. 129).

¹⁹ "...aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei" (Op. cit., p. 116).

JOSÉ AFONSO DA SILVA parte do pressuposto de que “*Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocas, quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem...*”²⁰. Apesar de conferir normatividade a todo o corpo da Constituição, o que veda a existência de comandos meramente diretivos ou indicativos (não jurídicos), o autor não trabalha com a distinção feita por MÜLLER entre norma jurídica e enunciado (ou texto legal), entendendo, conseqüentemente, o texto enquanto norma jurídica, não a norma jurídica enquanto síntese interpretativa entre o que se interpreta do enunciado e o que se interpreta da realidade fática²¹. Como conciliar a aparente incomunicabilidade?

Isto se resolve caso não se tome em consideração a concepção de *norma jurídica* do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, apropriando-se de sua tipologia e a inserindo no que se entende no presente trabalho por programa normativo. Desse modo, não se discutirá aqui a eficácia da norma jurídica, mas sim a eficácia do programa normativo, que obviamente condiciona a aplicabilidade da medida de ordenação. Afinal, nos termos da Teoria Estrutural da Norma, é precisamente aqui que se inseriria a problemática atinente à eficácia e aplicabilidade do dispositivo constitucional em análise.

²⁰ Op. cit., p. 40/41.

²¹ Essa distância fica ainda mais nítida ao levar-se em consideração o fato de que as posições filosóficas dos autores a respeito da natureza da norma jurídica são totalmente discrepantes. Para Müller “...a norma jurídica não constitui um ‘juízo hipotético’ frente a uma esfera de regulação que se possa isolar, ou uma forma autoritária sobreposta à realidade, mas uma conseqüência ordenante da própria estrutura material da esfera social a ser regulada” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, cit., p. 463), ao contrário do que advoga o professor paulista.

2. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Os doutrinadores brasileiros divergem quanto ao tema. Alguns, como ARYON SAYÃO ROMITA²², entendem que o art. 37, VII da Constituição possui eficácia contida, sendo lícito o pleno exercício do direito. ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA caminha no mesmo sentido, afirmando que *“Garantindo ao servidor público civil o direito de greve e não existindo lei complementar referida no texto constitucional para definir-lhe os ‘termos’ e ‘limites’, o direito será exercido de forma ‘ilimitada’”*²³. OCTAVIO BUENO MAGANO²⁴ entende que, enquanto não for promulgada a lei complementar exigida pelo texto constitucional, a greve dos servidores públicos é inquestionavelmente um direito exercido de modo pleno, porém devendo ser observados os termos e limites estabelecidos para os demais trabalhadores.

Na mesma linha, porém discordando da posição de MAGANO quanto à regulamentação do exercício do direito, está DIRCEU B. PINTO JR., ao considerar que até ser editada *“...a lei complementar que trata o art. 37, inciso VII, da CF, nenhuma restrição existe ao exercício do direito de greve por parte do servidor público. Esta conclusão, porém, não afasta a aplicação do parágrafo 2º, do art. 9º, da CF, que trata da responsabilidade decorrente dos abusos cometidos durante a greve, já que a norma também tem caráter geral, alcançando os servidores públicos”*²⁵

²² ROMITA. Arion Sayão. Servidor público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve. In: Revista LTr. São Paulo. vol. 56, nº 07. julho de 1992, p. 808.

²³ SILVA. Antonio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p. 114. Atente-se, porém, que, logo a seguir, o autor afirma que isto não significa a ausência de qualquer limite. Cfr., a respeito, item 5. infra.

²⁴ MAGANO. Octavio Bueno. Política do trabalho. São Paulo: LTr. 1992, p. 163/164.

²⁵ PINTO JR.. Dirceu B. Greve e sindicalização dos servidores públicos. In: Jurisprudência Brasileira Trabalhista. Curitiba. vol. 32, p. 19.

Outro autor que se coloca a favor da aplicabilidade imediata do instituto é LUIZ MARLO DE BARROS E SILVA, nos seguintes termos: “...entendemos que a Norma Constitucional tem eficácia mínima e deve ser aplicada no caso de greves de servidores públicos no sentido de preservar o Direito de Greve dos Servidores públicos civis de modo que ele tenha aplicabilidade imediata”^{26 27}.

Há outros autores, como AMAURI MASCARO NASCIMENTO, que entendem ser vedado o exercício do direito até ser editada a lei complementar que definirá seus contornos e limites²⁸. Nessa mesma linha manifestam-se ALMIR PAZZIANOTO PINTO²⁹, ANTONIO BOSCO DA FONSECA³⁰, ANTONIO FERREIRA DE CARVALHO³¹, ANTONIO LAMARCA³², ANTONIO MIGUEL PEREIRA³³, CELSO RIBEIRO BASTOS³⁴, JOSÉ

²⁶ SILVA, Luiz Marlos de Barro e. Direito de greve - aspectos históricos, políticos e constitucionais. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1994, p. 200.

²⁷ Além dos autores citados, admitem a auto-aplicabilidade do art. 37, VII, da Constituição: CARVALHO, Suzete. Greve - uma questão sempre polêmica. In: Revista LTr, São Paulo, vol. 57, nº 07, jul/93, p. 825/833; DUARTE, Cláudio Hiran Alves. Direito de greve dos servidores públicos. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 10, nº 09, set/94, p. 537/541; MAGALHÃES, Francisco Solano de Godoy. Serviço público - ilegalidade da greve e a decisão do Supremo. In: Informativo Consulex, Brasília, ano VIII, nº 31, ago/94, p. 782/781; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta, 2ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 100/101 (Embora esse autor, em obras posteriores, haver restado silente a respeito do tema (apenas transcrevendo os termos do disposto no art. 37, VII) ou, interpretando-se mais acuradamente, haver mudado seu entendimento, no sentido do dispositivo constitucional possuir eficácia limitada - cfr. MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, cit., p. 149, onde se lê: “A Constituição reconhece aos servidores públicos direito à livre associação sindical (art. 37, VI) e direito de greve a ser exercido nos termos e limites definidos em lei complementar (art. 37, VII)” - grifos nossos; MONTEIRO, Roberto Carlos Fernandes. Greve e sindicalização dos servidores públicos. In: Jurisprudência Brasileira Trabalhista, Curitiba, vol. 33, p. 59/66; NUNES, Amandino Teixeira. Sindicalização, negociação coletiva e direito de greve dos servidores públicos. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, nº 130, abr/jun. 96, p. 55/67.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri. Direito sindical. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 444.

²⁹ PINTO, Almir Pazzianoto. O servidor público civil - sindicalização - direito de greve. In: Revista LTr. São Paulo, vol. 54, nº 02, fev/1990, p. 158.

³⁰ FONSECA, Antonio Bosco da. Servidores públicos - dissídios individuais e coletivos - competência - possibilidade jurídica do acolhimento das reivindicações. In: Revista LTr, São Paulo, vol. 56, nº 10, out/1992, p. 1176.

³¹ CARVALHO, Antonio Ferreira de. Os servidores públicos e os direitos coletivos. In: Síntese Trabalhista, Porto Alegre, ano VII, nº 85, jul/1996, p. 31/32.

³² LAMARCA, Antonio. O direito de greve dos servidores públicos na Constituição Federal de 1988. In: TEIXEIRA Fº, João de Lima (org.) Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989, p. 511/517.

³³ PEREIRA, Antonio Miguel. A greve do servidor público. In: Revista do TRT da 15ª Região, Campinas, nº 02, jan/jun. 1992, p. 71/72.

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil - promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 3, tomo III, p. 89/90.

AFONSO DA SILVA³⁵, JOSÉ CLÁUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO³⁶ e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁷, dentre muitos.

Há autores ainda que, mesmo entendendo ser o dispositivo de eficácia limitada, enxergam-no capaz de produzir diversos efeitos, além do de revogar dispositivos infraconstitucionais com ele conflitantes. É o caso da professora REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI³⁸.

Seguindo a linha de raciocínio esboçada pela professora paranaense, é de se transcrever as conclusões de ROLAND HASSON a respeito: *“Com efeito, trata-se de norma de eficácia limitada, que de acordo com a boa doutrina, produz efeitos ainda que mínimos. Deveras, a norma de eficácia limitada não é norma exclusivamente de eficácia diferida. Produz igualmente efeitos imediatos suficientes para revogar a legislação anterior com ela incompatível e impedir a atuação do Poder Público no plano material normativo, colidente com o seu comando. Esta é a lição do Direito Constitucional contemporâneo, compromissado com a efetividade da Constituição”*³⁹.

Resta claro portanto a polêmica acerca do instituto ora sob análise. Isso, se por um lado demonstra a excelência da cultura jurídica existente no país, buscando todos uma maior e melhor compreensão do instituto sob análise e do universo jurídico brasileiro, por outro lado não se pode perder de vista que, qualquer solução a ser dada ao impasse e,

³⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 583.

³⁶ BRITO Fº, José Cláudio Monteiro de. A sindicalização no serviço público. Curitiba: Genesis, 1996, p. 100 e ss.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 369/370.

³⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Greve do servidor público. In: Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, vol. 6, set/1995, p. 723/731.

³⁹ HASSON, Roland. Sindicalização dos servidores públicos - aspectos da Constituição de 1988. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 1996, p. 73.

mesmo enquanto a solução definitiva não for dada, isto não poderá de modo algum acarretar na impossibilidade da efetiva incorporação do direito de greve ao patrimônio dos servidores.

Apesar da polêmica a grassar na doutrina é fundamental averiguar o que tem ocorrido em termos concretos para dar resposta ao exercício da greve pelos servidores, tanto em termos jurisprudenciais como legislativos.

3. POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Logo após a promulgação da Constituição de 1988 o Judiciário insistentemente passou a ser acionado para apreciar litígios decorrentes de movimentos paredistas deflagrados por servidores públicos. Alguns julgados inclusive entendendo ser possível o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, independentemente de lei complementar, como é o caso do acórdão prolatado na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, autos nº 2.755.7-SC, tendo como relator o Ministro José Cândido⁴⁰.

Aliás, as demandas eram ajuizadas tanto perante a Justiça do Trabalho como perante a Justiça Comum (federal e estaduais), tendo em vista as ambigüidades geradas pelas mais diversas interpretações do que dispõe o art. 114 da Constituição Federal, o qual estabelece a competência da Justiça do Trabalho. Essa ambigüidade aparentemente foi pacificada pela promulgação da Lei nº 8.112/90, que estabelecia, em seu art. 240, alínea "e", a competência

⁴⁰ Cfr. Gênesis - Revista de Direito do Trabalho. Curitiba, V.2, nº 11, nov. 1993, p. 497/498.

dessa Justiça Especializada a apreciação de dissídios individuais e coletivos intentados pelos servidores públicos e seus órgãos de classe.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção nº 20-4/DF⁴¹, solidificou seu entendimento, no sentido de que o art. 37, VII da Constituição não é auto-aplicável. Conseqüentemente, a categoria dos servidores não poderia de modo algum exercer o direito de greve até advir a lei complementar que regule a matéria.

O referido acórdão teve como relator o Ministro Celso de Mello. Foi lavrado por maioria de votos (vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello, que entendiam ser o dispositivo auto-aplicável)⁴². Afastou-se de plano a possibilidade de aplicação analógica do disposto na Lei nº 7.783/89: “...*inaplicável, no entanto - até mesmo em função do que prescreve o art. 37, VII, da Carta Política (que exige lei complementar) - aos servidores públicos civis*”^{43 44}.

O acórdão é fundamentado de maneira densa, partindo-se da premissa de que “A *importância do direito de greve (...) não pode prescindir da necessária observância dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços desenvolvidos pela administração estatal, especialmente daquelas atividades que, qualificadas pela nota da essencialidade, não podem sofrer, em hipótese alguma, qualquer tipo de interrupção*”⁴⁵.

A esse título faz-se referências inclusive à Encíclica *Laborem Exercens*, no que pertine ao

⁴¹ Cf. Revista LTr. São Paulo, vol. 58, nº 06, jun/1994, p. 647/654.

⁴² Op. cit., p. 647.

⁴³ Op. cit., p. 649.

⁴⁴ Aliás, vale ressaltar que não cabe a aplicação analógica da Lei nº 7.783/89 ou, mesmo, a aplicação da Lei de Introdução ao Código Civil no presente caso, porque está-se tratando de uma *lacuna voluntária* do legislador constituinte, o qual previu um modo específico de preenchimento da lacuna (elaboração de lei complementar), vetando por conseguinte o recurso à analogia.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, cit., p. 649.

exercício do direito de greve de maneira justa e com precauções que preservem o bem comum⁴⁶. Buscando um aprofundamento da discussão, são citados, dentre outros, os ensinamentos de ARION SAYÃO ROMITA, quanto ao regime jurídico do instituto no direito comparado⁴⁷.

No que diz respeito à eficácia do dispositivo em análise, no acórdão parte-se da doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁸, centrando-se no fato de que o citado dispositivo *“Trata-se de regra provida de eficácia meramente limitada, cuja aplicabilidade depende, em consequência, da edição de ato legislativo que atue como requisito indispensável ao pleno desenvolvimento da normatividade do preceito constitucional em questão”*⁴⁹.

Consequentemente, *“...irrecusável, pois, que, sem a edição da lei complementar (...) revela-se de todo inviável, para não dizer ilegítimo, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis”*⁵⁰. A partir de então, pacificou-se o entendimento jurisprudencial a respeito da matéria, o que torna extremamente difícil a busca de uma solução judicial que satisfaça as pretensões dos servidores públicos.

Com o devido respeito, a falta de lei complementar não leva silogisticamente à conclusão de que o exercício do direito de greve pelos servidores poderia até ser considerado ilegítimo, tendo em vista que o dispositivo constitucional, mesmo sendo de eficácia limitada, possui uma eficácia mínima, *negativa*, além de cumprir diversas outras funções dentro do ordenamento jurídico, o que mitiga consideravelmente essa afirmação, conforme será demonstrado no item 5 deste Capítulo.

⁴⁶ Op. cit., p. 649.

⁴⁷ Op.cit., p. 649/650. A respeito, ainda, cfr. Capítulo III, infra, item 4.

⁴⁸ Cfr. nota 14 e seguintes.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão, cit., p. 650.

4. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1480/95

O Congresso Nacional não restou completamente inerte no que diz respeito à tentativa de regulamentação do instituto. Prova disso são os diversos projetos de lei referentes à matéria, dentre os quais podem ser citados os encaminhados pela deputada RITA CAMATA⁵¹ e pelo deputado RÉGIS DE OLIVEIRA⁵². Porém o Executivo, mais exposto às conseqüências dos movimentos paredistas dos servidores, não esperou pelo advento da lei complementar exigida pelo dispositivo constitucional. Meses após a publicação do acórdão do STF, a Presidência da República edita, em 3 de maio de 1995, o Decreto nº 1480/95, o qual dispõe sobre os *procedimentos* a serem adotados enquanto não vier a lei complementar que regulamente o art. 37, VII, da Constituição.

Em poucas palavras, esse Decreto estabelece que as faltas decorrentes de paralisação não poderão ser objeto de abono, compensação ou cômputo para fins de contagem de tempo de serviço (ou de qualquer vantagem que o tenha por base) - art. 1º. Além disso, responsabiliza a chefia imediata pela transmissão da relação dos servidores faltantes (art. 1º, § 1º), inclusive punindo com a exoneração ou dispensa o chefe que descumpra esse comando (art. 1º, § 2º). Qualquer ocupante de cargo em comissão ou de função gratificada será imediatamente exonerado, caso participe do movimento paredista e conste na relação elaborada pelo seu chefe imediato (art. 2º). No caso da União ou entidade autárquica vir a ser citada em processo de indenização decorrente de greve dos servidores

⁵⁰ Op cit., p. 652.

⁵¹ Projeto de Lei Complementar nº 29/95. em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

⁵² Projeto de Lei Complementar nº 30/95. em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

públicos, deverão ser obrigatoriamente denunciados à lide os que concorreram para o dano (art. 3º).

Ora, resta perguntar: esse Decreto pode atingir os interesses dos servidores? Não, de modo algum. Aliás, esse Decreto é de um contra-senso enorme. Já no seu cabeçalho ele se desautoriza: o diploma disporia sobre procedimentos a serem adotados *enquanto não regulado o disposto no art. 37, inciso VII, da Constituição*. Porém, como pondera a doutrina⁵³, não existem no ordenamento jurídico brasileiro os denominados *regulamentos autônomos*, ou seja, não existem os regulamentos (ou decretos)⁵⁴, que extraem “...sua validade diretamente da Constituição e são realizados pelo Executivo para a expressão de sua competência sobre matérias não reservadas à lei”⁵⁵.

As prescrições do Decreto sob análise não podem atingir os interesses dos servidores porque, em primeiro lugar, o art. 37, VII, da Constituição exige *lei complementar* para regulamentar a matéria, não um regulamento, como é o caso do Decreto nº 1480/95. A regulamentação do direito de greve é matéria privativa de lei complementar, reservada a essa espécie normativa. Ademais, deve-se considerar que o direito de greve dos servidores públicos civis, direito social (ou direito fundamental), traduzido em princípio-garantia, só pode ser limitado por “...normas de hierarquia constitucional ou por normas

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 352. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin, Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988, cit., p. 240 e 241.

⁵⁴ Como bem assevera Celso Antonio Bandeira de Mello, *decreto* “é fórmula pela qual o Chefe do Poder Executivo (federal, estadual, municipal ou de Território) expede atos de sua competência *privativa* (art. 84 da Constituição). Assim, por meio de decreto são expedidas quer normas gerais, como os *regulamentos*, quer normas individuais, isto é, atos concretos, da alçada dos Chefes de Executivo” (MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 257. Os regulamentos seriam os decretos genéricos, em suma.

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 352.

*infraconstitucionais quando o próprio texto constitucional autorizar essa restrição*⁵⁶. O texto constitucional declara expressamente que os limites e possibilidades do exercício do direito de greve serão traçados por lei complementar. Portanto, o Decreto não pode extrair sua validade diretamente da Constituição e não pode tratar de matéria reservada à lei complementar, restringindo indevidamente o exercício do direito.

Em segundo lugar, como aponta CELSO BASTOS: “O art. 84, IV, diz caber ao Presidente da República o editar decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. O art. 5º, II, por sua vez, reza que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’⁵⁷. Desse modo, “...é perfeitamente lícito afirmar-se o caráter de execução dos nossos regulamentos, emanados em desenvolvimento da lei (...) São insuscetíveis, entretanto, de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei”⁵⁸. Os Decretos não podem criar nada onde não exista lei anterior a lhe dar fundamento. Os Decretos desenvolvem a lei, não a substituem.

Em suma, o Decreto nº 1480/95 é flagrantemente inconstitucional, por: (i) ferir o princípio da legalidade, o qual veda o instituto do regulamento autônomo perante o ordenamento jurídico brasileiro; (ii) agride o que dispõe o art. 37, VII, cumulado com os arts 59, II, e arts. 61 a 69, da Constituição, ante o desrespeito ao processo legislativo de propositura, trâmite, promulgação e publicação da lei complementar exigido pelo citado art. 37, VII e, por fim (iii) esse diploma extrapola o rol de competências do Presidente da República, prescritas no art. 84, da Constituição, especialmente no que tange ao seu inciso

⁵⁶ STUMM, Raquel Denize. O princípio constitucional da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. cit., p. 137.

⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de direito constitucional, cit., p. 352/353.

⁵⁸ Op. cit., p. 353.

IV, o qual permite a expedição de decretos apenas para a fiel execução das leis, não para substituí-las.

Para corroborar a exposição vale transcrever as conclusões de ANDYARA MARIA MUNIZ REBACK: “O decreto em análise, de conteúdo nitidamente intimidatório, não veda explicitamente o direito à greve mas impõe regras incompatíveis com o seu exercício. Partindo do pressuposto de que toda greve no serviço público tem caráter abusivo, adentra em matéria reservada à Lei Complementar”⁵⁹. É imprestável aos fins que se propõe, em suma.

5. POSIÇÃO ADOTADA NO PRESENTE ESTUDO

A despeito da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, dos esforços de parte da doutrina nacional e da tomada de posição por parte da Administração Pública Federal, é de se partir do pressuposto que o art. 37, VII, da Constituição possui *normatividade jurídica*, sendo aplicável em diversas situações, apesar do seu programa normativo possuir eficácia limitada.

Porém, uma tomada de posição dessa natureza não é isenta de percalços. Afinal, como afirma o professor CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “Ninguém desconhece que o trânsito da eficácia jurídica (aplicabilidade: grau de aptidão para a produção de efeitos jurídicos) para a eficácia social (efetiva aplicação do dispositivo constitucional pelos

destinatários) exige a superação de um longo, difícil e tormentoso caminho que está, sem dúvida, a desafiar a atenção dos juristas brasileiros”⁶⁰. Não se pretende fazer um inventário das diversas teorizações elaboradas pela doutrina pátria a respeito do tema⁶¹. Contudo, algumas considerações precisam ser feitas, caso se queira conferir dignidade normativa ao direito de greve dos servidores públicos dentro do sistema constitucional.

Segundo REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, as normas que pedem ou determinam a emissão de normas complementares “...não são desprovidas de um mínimo de eficácia; elas têm o condão de revogar tudo o que com elas estiver em desacordo, orientando a produção de outras normas jurídicas e a interpretação normativa”⁶². Ou seja, os programas normativos de eficácia limitada são dotados de, ao menos, uma *eficácia mínima*, a qual possui dimensões *negativa e positiva*⁶³.

O professor CLÊMERTON MERLIN CLÈVE⁶⁴, partindo do conceito de “eficácia jurídica de vinculação”, elaborado por PAULO MODESTO⁶⁵, afirma que as normas constitucionais produzem diversas consequências jurídicas, dentre elas: “(i) *revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir*

⁵⁹ REBACK, Andyara Maria Muniz. Greve no serviço público. In: Genesis - Revista de Direito do Trabalho. Curitiba. n° 42, jun/1996, p. 760.

⁶⁰ CLÈVE. Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 216.

⁶¹ Cfr. entre outros, SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, cit. e BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

⁶² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Greve do servidor público, cit., p. 728.

⁶³ Cfr. CLÈVE. Clèmerson Merlin, A fiscalização abstrata de constitucionalidade, cit., p. 216 e ss.

⁶⁴ Op. cit., p. 216 e ss.

uma abstenção ou respeito a limites)' ⁶⁶. O professor CLÈMERSON MERLIN CLÈVE entende que tais nuances da eficácia jurídica de vinculação traduzem-se na *dimensão negativa* da eficácia mínima⁶⁷, mesmo que se esteja a avaliar a eficácia mínima dos programas normativos de eficácia limitada.

Por outro lado os programas normativos, ainda em decorrência da eficácia jurídica de vinculação, possuem uma *dimensão positiva*, a qual se traduz nas seguintes consequências: "(i) *informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se, a Constituição, com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido - conteúdo - é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições*"⁶⁸.

Apesar de todos os programas normativos inseridos na constituição possuírem a mesma eficácia negativa, no que pertine à eficácia positiva o grau de aplicabilidade é variável⁶⁹, porque os programas normativos de eficácia limitada são mais tênues que os de eficácia plena ou contida, por exigirem atividade legislativa complementar. É de se fazer uma análise dessa característica, no que pertine ao instituto ora sob análise.

Além, a teorização citada supra precisa ser vista à luz do tema objeto do presente trabalho, por este comportar diversas peculiaridades. Em primeiro lugar, o direito de greve dos servidores, mesmo nos termos do enunciado do art. 37, VII, da Constituição,

⁶⁵ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. In: Revista de Direito Público, São Paulo, 1991, nº 99, p. 115-127.

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade, cit., p. 217.

⁶⁷ Op. cit., p. 217.

⁶⁸ Op. cit., p. 217.

⁶⁹ Op. cit., p. 217.

obviamente revoga os diplomas normativos anteriores incompatíveis, por ser de hierarquia superior (nos casos da legislação infraconstitucional) ou superveniente (no caso da normativa dispensada pela Constituição anterior). Em segundo lugar, vincula o legislador (e a Administração Pública, quanto ao poder regulamentar), vedando a promulgação de diplomas supervenientes, consigo incompatíveis.

Ademais, cria direitos subjetivos negativos, ou de vínculo. Ou seja, se dos programas normativos de eficácia limitada, como o que dispõe a respeito do direito de greve dos servidores, "*...não podem surgir direitos subjetivos em seu aspecto positivo, isto é, como faculdade de exigir uma prestação (...) e se tal fosse possível, evidentemente as normas já não seriam programáticas (ou de eficácia limitada), destas podem, todavia, surgir direitos subjetivos em seu aspecto negativo, isto é, como faculdade de exigir uma abstenção, em face de leis e atos administrativos que lhes sejam manifestamente contrários*"⁷⁰. Tal consequência acarreta na possibilidade de serem propostas medidas judiciais aptas a defender os interesses dos servidores contra investidas da Administração Pública que visem a suprimir direitos e vantagens, ou mesmo que estabeleçam punições, em decorrência do exercício da greve. Esse tema será retomado logo, ainda neste Capítulo.

O direito de greve dos servidores informa o sentido da Constituição, sendo elemento do sistema constitucional e por isso define a atuação do operador jurídico no momento de interpretá-la e integrá-la. Nesse sentido, tais operadores devem tomá-la em consideração como *diretiva material permanente*⁷¹, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição), investigando o seu núcleo essencial e

⁷⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de direito constitucional. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 341.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6ª ed., cit., p. 184.

atualizando-o⁷², colocando-o como *norte* interpretativo de todas as situações fáticas onde a greve dos servidores desafie concretização. Esta dimensão é de grande importância para o estudo ora em andamento, tendo em vista a incerteza legal existente a respeito da matéria, onde foram revogadas várias leis incompatíveis com o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, porém sem haver a promulgação da legislação infraconstitucional ordenada pelo constituinte.

Consequentemente, o referido instituto, enquanto diretiva material permanente, é de grande valia para a análise de diplomas legais que possam ser utilizados subsidiariamente para a solução de casos concretos, enquanto a legislação imposta pelo diploma constitucional não vier (é o caso de enunciados da Lei nº 8.112/90, por exemplo).

Quanto ao condicionamento do legislador, reclamando a concretização de suas imposições, tal consequência positiva da eficácia mínima permite a tomada de medidas judiciais cabíveis para suprir a demora na complementação da normativa constitucional, especialmente através do Mandado de Injunção, como aliás já foi utilizado no caso do direito de greve dos servidores (cfr. item 3 do presente Capítulo). Afinal, “...*se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, (os programas normativos) podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar*”⁷³.

Em suma, o direito de greve dos servidores públicos civis, traduzido em princípio-garantia cujo programa normativo é de eficácia limitada, possui diversas funções dentro do

⁷² Existem duas concepções de núcleo essencial, uma absoluta e uma relativa. Segundo Edilson Pereira de Farias, “...na aceção de valor absoluto, estabelece ‘*que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste há que conservar siempre sus rasgos esenciales*’, na aceção de valor relativo, ‘*es aquello que queda después de una ponderación*’” (FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos, cit., p. 154).

ordenamento jurídico brasileiro, não suprimidas pelo entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo possuindo eficácia limitada, tal princípio continua a poder incidir em diversos momentos onde a sua aplicação possa ser exigida.

Por outro lado e, com profundas conseqüências de ordem prática, o resultado dessa normatividade mínima, seguindo os passos de REGINA NERY FERRARI, acabou por criar *“...uma nova realidade quando (a Constituição) prevê que os servidores têm o direito de greve e, portanto, todas as normas que puniam o seu exercício e previam sanções pela sua realização foram revogadas, perderam sua vigência e eficácia, o que traz como conseqüência jurídica o fato de que, agora, nenhum servidor pode ser punido por fazer greve, mesmo não havendo, ainda, uma determinação quanto a seu exercício e seus limites”*⁷⁴.

Em última análise, criou-se um impasse: o Supremo Tribunal Federal entende que o programa normativo sob análise é de eficácia limitada, sendo vedado o exercício do direito de greve, o qual depende de legislação complementar; os servidores públicos continuam a exercê-lo, diariamente; a Presidência da República edita um regulamento autônomo, flagrantemente inconstitucional. A conseqüência é que não há qualquer meio específico para se proceder a punições de servidores grevistas.

Em termos concretos, o direito de greve dos servidores públicos, escorado em norma constitucional a qual, apesar de possuir eficácia limitada, possui também uma eficácia mínima, positiva e negativa, está sendo exercido livremente. É de se asseverar, todavia, que o exercício do direito de greve não é ilimitado. Ele terá como limite *“...os direitos e garantias*

⁷³ CLÈVE. Clèmerson Merlin, A fiscalização abstrata de constitucionalidade, cit., p. 217.

⁷⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Greve no serviço público, cit., p. 729.

*constitucionais, as leis de ordem pública, o ilícito civil e penal, as disposições de ordem administrativa, a Lei 8.112/90, etc.*⁷⁵. Por exemplo, em caso de abuso, violência ou constrangimento, tal conduta poderia ser tipificada dentre os Crimes Contra a Organização do Trabalho, previstos nos arts. 197 e seguintes do Código Penal, especialmente o art. 200 (paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem).

Aliás, é dentro dessa problemática que o dispositivo constitucional sob análise revela-se de grande valia. Torna-se útil no momento da interpretação de dispositivos infraconstitucionais que porventura sejam utilizados para balizar decisões judiciais ou administrativas que tratem de conseqüências do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. O direito de greve dos servidores públicos, princípio constitucional fundamental de hierarquia superior à legislação infraconstitucional, não poderá ter sua eficácia afastada por regra inferior que com ele esteja em atrito. O princípio derroga ou, ao menos, afasta ou atenua a incidência dessas regras em determinados casos concretos, tendo em vista, inclusive, o fato de ser uma diretiva material permanente, a qual veda o seu esvaziamento.

Desse modo, o princípio sob análise afasta a incidência de punições disciplinares, previstas no art. 127 Lei nº 8.112/90⁷⁶. O exercício do direito de greve não pode ser atingido através de interpretação ampliativa de preceitos destinados a punir outras condutas, especialmente as que ensejariam a demissão (previstas no art. 132 da citada lei, notadamente os incisos II - abandono de cargo e VI - insubordinação grave em serviço). Aliás, como bem ensina o professor IVAN BARBOSA RIGOLIN, quanto às condutas

⁷⁵ SILVA, Antônio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho, cit., p. 114.

⁷⁶ Advertência; suspensão; demissão; cassação da aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, “*Trata-se de um rol (...) necessariamente exaustivo, final, fechado, que jamais se pode ampliar por ação interpretativa, em nenhuma hipótese*”⁷⁷.

Portanto, os deveres, proibições e responsabilidades atinentes ao servidor público civil devem ser filtrados com base no princípio-garantia ora sob análise, sob pena da conduta grevista do servidor ser objeto de processo administrativo disciplinar, o que é inadmissível, por não existir base legal para tanto (por ser o Decreto nº 1480/95 manifestamente inconstitucional). Ademais, como já visto no item 4, supra, um direito fundamental só pode sofrer restrição por normas de hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais quando o próprio texto constitucional autorizar, ou seja, qualquer punição só poderá ser instituída por lei complementar, conforme ordena o disposto no art. 37, VII, da Constituição⁷⁸.

Como consequência do que se está a dizer, cumpre ressaltar que não cabe, por exemplo, demissão de servidores públicos civis por abandono de cargo ou insubordinação grave em serviço, em decorrência do exercício da greve. As referidas punições, além de não estarem previstas em lei específica que trate da greve, afastam até a incidência do núcleo

⁷⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Único dos Servidores Civis. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 221.

⁷⁸ É necessário fazer uma distinção entre o que se entende por norma configurativa de direito fundamental e norma restritiva de direito fundamental, para que se evite uma confusão entre o que se compreende como norma de limitação e norma de restrição de direito fundamental. As normas de configuração “são aquelas que ‘completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental’” (FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos, cit., p. 73). Ou seja, para o presente texto, seriam aquelas normas que definiriam os limites e possibilidades para o exercício de um direito fundamental. Por sua vez, as normas restritivas de direito fundamental são aquelas que “atingem ou afetam o conteúdo do direito fundamental” (op. cit., p. 74), ou seja, são aquelas que “...comprimem posições que, *prima facie*, estão incluídas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais” (op. cit., p. 74/75). Seriam aquelas normas que reduziriam o campo de aplicação de um direito fundamental. A distinção é importante porque existem requisitos para que se proceda a uma restrição de direito fundamental, sob pena de eivar uma norma restritiva com o vício da inconstitucionalidade. Para Edilson Pereira de Farias, seriam os seguintes: “nenhuma restrição pode deixar de se fundar na constituição, explícita ou implicitamente; as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos; as leis restritivas têm de revestir-se de um caráter geral e abstrato, não são admissíveis leis restritivas individuais bem como leis restritivas gerais e concretas; as leis restritivas não podem ter efeito retroativo; as leis restritivas não podem diminuir

essencial desse direito⁷⁹ (o qual pode ser definido, momentaneamente, como a *causação de gravame, mediante uma reação fática, em busca da defesa ou melhoria das condições de trabalho*)⁸⁰. Ora, o ausentar-se ao serviço⁸¹, é uma das consequências do exercício da greve. Tanto é assim que a doutrina trabalhista entende que, durante o período em que a greve está a ocorrer, o contrato de trabalho dos trabalhadores celetistas estaria *suspense*⁸², em decorrência da cessação da prestação de serviços. Os trabalhadores param para impor condições a quem os emprega, não para evadir-se do trabalho.

Por outro lado, a reação fática contra determinados atos praticados pela Administração Pública também é consequência natural da atividade grevista, não podendo ser considerada insubordinação grave⁸³. O servidor, como já visto no item 5 do Capítulo I, supra, tem na greve o instrumento básico para insurgir-se contra a Administração Pública que o emprega, não sendo lícito considerá-lo insubordinado simplesmente porque o utiliza.

Eventuais punições podem ser discutidas pelo servidor afetado, judicialmente, via mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), tendo em vista, principalmente, o fato do direito de greve dos servidores ser um direito subjetivo negativo, ao contrário do que está a julgar o

a extensão e o alcance do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais” (Op. cit., p. 154). Ter isso em mente é essencial no momento da elaboração da lei complementar exigida pelo art. 37, VII, da Constituição Federal.

⁷⁹ Cfr. nota 72, supra. Note-se ainda que, em qualquer das duas concepções (absoluta e relativa), é de se tomar em consideração que a temática da preservação do núcleo essencial de um direito fundamental diz respeito à contradição *entre normas constitucionais*, de mesma posição hierárquica, sendo impensável tais considerações levando-se em conta normas de hierarquia diversa. Em suma, tanto faz considerar o núcleo essencial de modo absoluto ou relativo, porque de maneira alguma pode ser afastado por norma restritiva de direito fundamental não prevista enquanto tal pelo próprio ordenamento jurídico constitucional de modo específico.

⁸⁰ A respeito do núcleo essencial do direito de greve dos servidores públicos civis, cfr. ainda o item 3 do Capítulo III, *infra*.

⁸¹ Aliás, definido pelo art. 138, da Lei nº 8.112/90, como “ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 (trinta) dias consecutivos”.

⁸² “...os contratos de trabalho dos grevistas permanecem suspensos, desde que a paralisação coletiva do trabalho tenha observado a lei e tanto os dirigentes sindicais, quanto os empregados em greve não hajam praticado abusos” (SÜSSEKIND, Arnaldo, *et al.* Instituições de direito do trabalho. 15ª ed., atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Jr., São Paulo: LTr, 1995, vol. II, p. 1141).

⁸³ Cfr. item 5 do Capítulo I, supra.

Supremo Tribunal Federal, o qual, com o entendimento esposado a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 20-4/DF, em termos práticos retira do acervo dos servidores tal direito.

É lícito à Administração Pública, contudo, proceder ao desconto pelos dias parados e, além, não cabe a contagem do tempo de paralisação para efeitos de aposentadoria ou concessão de benefícios. Isto porque o desconto pelos dias parados tem a ver com a própria execução do trabalho, sendo o vencimento, previsto no art. 40 da Lei nº 8.112/90, a contraprestação, ou retribuição pecuniária, ao serviço prestado pelo servidor no exercício de cargo público. Deve-se portanto ter em mente a distinção portanto entre o que seja *punição e contraprestação*.

Por contraprestação entente-se *as atribuições econômicas devidas pelo empregador, em decorrência da prestação do serviço*⁸⁴, ao passo que, por punição, deve-se entender *um castigo imposto ao servidor que tenha cometido conduta irregular*⁸⁵. O desconto pelos dias parados e a não contagem do tempo de paralisação referem-se especificamente ao primeiro conceito; por não ter havido a prestação de serviço, o servidor público grevista não tem direito à contraprestação pela Administração Pública. Não se pode falar em punição.

Aliás, a lei complementar que vier a regulamentar o art. 37, VII, da Constituição deve necessariamente tratar a respeito dos dias parados e da não contagem do tempo. Pode-se pensar na utilização de um mecanismo assemelhado ao previsto no regime jurídico dos trabalhadores celetistas, especialmente no art. 7º, da Lei nº 7.783/89, qual seja: posto termo

⁸⁴ Cfr. GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 209.

⁸⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores, cit., p. 221.

à greve, através de um dos diversos instrumentos hábeis (acordo celebrado na negociação coletiva direta entre as partes conflitantes; acordo resultante mediação; arbitragem, decisão da Justiça do Trabalho), poder-se-á transigir a respeito do desconto pelos dias parados⁸⁶. Quanto à contagem do período de paralisação para efeitos de aposentadoria ou concessão de benefícios, o mesmo mecanismo pode ser aplicado.

Para terminar o Capítulo, vale ressaltar que, ao contrário do que deixa a entender o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 20-4, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos não pode ser considerado ilegítimo, tendo-se em vista que essa questão não se resume em termos de eficácia do dispositivo. Afinal, o conceito de ilegitimidade, entendido enquanto *não atendimento a requisito legal*⁸⁷, não pode ser aplicado no presente caso, visto *não existir lei que cumpra tal desiderato*, qual seja, a lei complementar exigida pelo art. 37, VII, da Constituição Federal.

A temática é extremamente complexa, mais ainda porque, ao que parece, os servidores públicos não se intimidam de maneira alguma com as tomadas de posição que o Executivo e o Judiciário vêm externando a respeito da eficácia do instituto. É uma temática que busca tratativas diferenciadas e, acima de tudo, merece uma compreensão acurada da realidade fática na qual o instituto pode incidir. Mas isso é assunto para o próximo Capítulo.

⁸⁶ Nestes termos, leciona o professor ARNALDO SÜSSEKIND: “no acordo que puser fim à greve, formalizado em convenção, acordo coletivo ou conciliação homologada pelo tribunal do trabalho, as partes poderão dispor sobre os pagamentos dos salários ou estipular o desconto parcelado dos mesmos. Também o laudo arbitral ou a sentença normativa da Justiça do Trabalho poderão, no uso do seu prudente arbítrio, deliberar a respeito” (SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* Instituições de direito do trabalho, cit., p. 1141-1142).

⁸⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Dicionário básico Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro-São Paulo: Nova Fronteira - Folha da Manhã, 1994-1995, p. 350.

**CAPÍTULO III - O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS
E O SEU ÂMBITO NORMATIVO**

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como já dito em diversas passagens, o âmbito normativo é o resultado da interpretação parcial de elementos extraídos do âmbito material. Contudo, o operador jurídico deve levar em consideração algumas dimensões específicas dessa tarefa, para que possa efetuar o resgate de elementos aptos a uma concretização da norma com viés emancipatório.

Dos vários elementos pertinentes ao âmbito normativo, já listados no item 1 do Capítulo II, o presente estudo ater-se-á a dois: o histórico e o sociológico. Falar-se-á também de um elemento mediato de concretização, qual seja, o que fornece subsídios de análise através do direito comparado, o qual se imbrica estreitamente com os elementos histórico e sociológico, noticiando como foi recepcionado o instituto e como é o regime jurídico do direito de greve dos servidores públicos civis em alguns países.

Tal escolha não é aleatória, tendo em vista que tais elementos são fundamentais para uma apreensão do evento *greve* e, de modo mais nítido, podem fornecer elementos para que sejam preenchidas algumas lacunas do presente estudo, especialmente a respeito do que se considera como greve, qual a origem do instituto e a tratativa dispensada em diversos países a respeito do tema.

O operador jurídico, ao se debruçar sobre o elemento histórico de concretização do âmbito normativo, deve tomar cuidado no que pertine a qual método historiográfico utilizará.

Tanto a historiografia positivista, como as de crítica marxista-leninista¹, são insuficientes para uma articulação satisfatória entre história e direito, porque se deve levar em conta, nos termos do que afirma RICARDO MARCELO FONSECA, que o direito “...é uma esfera que ao mesmo tempo determina e é determinada pelo campo social, político, econômico, etc., atuantes num dado momento, por meio de um processo dialético, diacrônico e não linear de implicações”².

Uma postura com essas características “...implica em repudiar toda forma de determinismo histórico (porque todo determinismo reduz de modo esquemático a complexidade do real). Não se pode conceber que o direito tenha, só ele, o condão de determinar instituições políticas, bem como, ‘mutatis mutandi’, o direito não é determinado passivamente por esta esfera. Tampouco o direito pode ser visto como mero reflexo das estruturas econômicas ou de produção de uma determinada sociedade, ou vice-versa”³. É necessária a adoção de um outro modo de escrever a história, desvinculada de posturas positivistas ou marxistas-leninistas, caso o operador jurídico busque o resgate de conteúdos emancipatórios do instituto da greve, espalhados como fragmentos na tessitura da história. É o que será tentado no item 2 deste Capítulo.

Quanto ao elemento sociológico de concretização do âmbito normativo, diz-se de antemão que a greve, enquanto fato social, “...não é nada mais do que uma forma de reação fática e não estatal, que passa a ser tutelada pelo sistema jurídico, porque a evidência de sua força e a necessidade de sua presença para a manutenção do próprio

¹ A respeito das metodologias positivista e marxista-leninista, cfr. FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. In: Sequência - estudos políticos e jurídicos, Florianópolis. ano 16. nº 30. junho de 1995, p. 101-105, bem como CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional - e de teoria do direito, cit., p. 191 e ss.

² FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas para a construção de um discurso historiográfico jurídico, cit., p. 104.

sistema produtivo não permitem que o Estado a ignore ou extirpe"⁴. A par de qualquer classificação jurídica, ou seja, de sua configuração enquanto direito fundamental, positivado através de um princípio-garantia, de matiz constitucional, o direito de greve dos servidores públicos civis é uma *manifestação de força*, tutelada pelo direito do modo como se tutela a legítima defesa no direito penal, ou como se tutela a defesa da posse (art. 502 do Código Civil)⁵.

Porém, as interlocuções com a dimensão sociológica do direito de greve não se restringem a tais considerações. A recepção do direito de greve dentro do ordenamento jurídico torna possível uma dominação de tal manifestação de força, ao serem traçados limites e possibilidades ao seu exercício, como o estabelecimento de pressupostos, condições e vedações⁶, o que pode tornar uma greve legal, ilegal, abusiva, etc. Uma discussão a respeito é extremamente frutífera em um momento em que se está a elaborar uma legislação específica a respeito do direito de greve dos servidores.

A sociologia não pode se desvincular da história, porque ambas dialogam e se implicam constantemente⁷. Desse modo, explica-se o que em certa medida será feito nos itens 4 e 5 do presente Capítulo, quando tentar-se-á tratar dos dois elementos simultaneamente, vinculando-se a uma discussão do desenvolvimento do instituto e sua

³ Op. cit., p. 104.

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito de greve no Brasil - aspectos sociais, econômicos e políticos de uma perspectiva weberiana. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 16, nº 64, out/dez 1979, p. 223. Apesar de se centrar em categorias de análise weberianas, o texto em questão pode em certa medida ser articulado com propostas sociológicas como a de Poulantzas, tendo em vista que ambos tratam a realidade fática em termos *conflituais*, o que é um tema recorrente na presente dissertação.

⁵ Op. cit., p. 223.

⁶ Cf., a título de exemplo, SÜSSEKIND, Arnaldo. Limitações ao direito de greve. In: Revista LTr, vol. 53, nº 1, janeiro de 1989, p. 28 e ss.

⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Sonho e direito. In: Revista da Procuradoria Geral do INSS. Brasília, Vol. 3, nº 1, abr/jun 1996. p. 56, nota 46.

recepção, desenvolvimento e atual configuração nos ordenamentos jurídicos de outros países, bem como do Brasil.

2. GREVE: RESGATE DOS SEUS FRAGMENTOS

Para um início de articulação do elemento histórico de concretização do direito de greve dos servidores públicos civis com propostas emancipatórias, é fundamental um repensar a respeito do *tempo* na história. Sem pretensões de verticalizar tal pesquisa, fato é que um tempo homogêneo, linear e vazio, como propõe o positivismo, bem como a idéia de história enquanto processo inexorável, tributária do marxismo-leninismo, são insuficientes para o que ora se propõe. Desse modo, adota-se uma outra concepção de tempo na história, qual seja, a apresentada pelo ensaísta alemão WALTER BENJAMIN, especialmente a esposada em suas reflexões “Sobre o conceito da história”⁸.

Nessa obra BENJAMIN propõe-se a fazer uma crítica “...a respeito de um certo ‘materialismo histórico’ impregnado de excessiva confiança nas vantagens do desenvolvimento tecnológico. Essa confiança tranqüilizadora - comum à social-democracia e ao stalinismo - atuou como um entorpecente sobre a consciência dos trabalhadores socialistas”⁹. Tal postura, segundo LEANDRO KONDER¹⁰, justifica a tomada de posição de BENJAMIN em sua tese nº 11: “*Nada foi mais corruptor para a classe operária alemã que a*

⁸ BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas - magia e técnica, arte e política. Trad .de Sergio Paulo Rouanet, São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 222 e ss.

⁹ KONDER, Leandro. Walter Benjamin - o marxismo da melancolia. Rio de Janeiro: Campus. 1988. p. 90.

¹⁰ Op. cit., p. 90.

*opinião de que ela nadava com a corrente. O desenvolvimento técnico era visto como o declive da corrente, na qual ela supunha estar nadando*¹¹.

Por outro lado, BENJAMIN também critica o *historicismo*, corrente muito em voga à época (meados do século XX), impregnada na ciência literária burguesa¹². Segundo JEANNE MARIE GAGNEBIN, “*Essa escola, nascida da oposição à visão hegeliana do desenvolvimento progressivo da história em direção a um objetivo último, reivindica a singularidade de cada momento da história humana, independentemente do seu lugar em um processo global, cujo fim não se pode prever. Cada momento da história forma uma unidade em si, dotada do mesmo valor que as outras, e que só pode ser compreendida e descrita de maneira adequada se o historiador deixar de lado qualquer opinião preconcebida sobre o curso global da história, para mergulhar sem preconceitos no estudo dos fatos, e tentar reviver cada época de acordo com seus próprios critérios*”¹³. Visão despreconceituosa entendida como *neutra* e *descritora de eventos*, o que não confere isenção a qualquer teoria, muito pelo contrário.

Postando-se tanto contra stalinistas e social-democratas como contra os historicistas, BENJAMIN propõe de modo revolucionário a explosão do *continuum* da história¹⁴. E da explosão cabe averiguar seus fragmentos, resgatando-os para o presente.

A história não é uma descrição de eventos, senão superposição. Superposição de *determinados* eventos, legitimada por uma visão *empática*, escolhidos a dedo para contar os

¹¹ BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas, cit., p. 227.

¹² GAGNEBIN, Jeanne Marie. Walter Benjamin. - os cacos da história. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.

¹³ Tese nº 7. op. cit., p. 61/62.

louros de um determinado grupo, o dos que venceram, como por exemplo o que faz o historicismo, pretensamente neutro¹⁵. Aliás, como bem explana BENJAMIN, de maneira veemente: “...os que num momento dado dominam são os herdeiros de todos os que venceram antes (...) Todos os que até hoje venceram participam do cortejo triunfal, em que os dominadores de hoje espezinham os corpos dos que estão prostrados no chão. Os despojos são carregados no cortejo, como de praxe. Estes despojos são o que chamamos de bens culturais. O materialista histórico os contempla com distanciamento. Pois todos os bens culturais que ele vê têm uma origem sobre a qual ele não pode refletir sem horror. Devem sua existência não somente ao esforço dos grandes gênios que os criaram, como à corvéia anônima dos seus contemporâneos. Nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não o é, tampouco, o processo de transmissão da cultura”¹⁶.

O materialista histórico deve-se postar de maneira diferenciada ante o passado¹⁷. Em outras palavras, “Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo ‘como ele de fato foi’. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento de um perigo”¹⁸. A tarefa do materialista histórico é a de resgate do tempo passado, não de descrição; busca fazer emergir as esperanças não realizadas, “...inscrever em nosso presente o apelo por um futuro diferente”¹⁹. Resgate da história dos vencidos, fragmentada,

¹⁴ A esse respeito, as frases iniciais da tese nº 15: “A consciência de fazer explodir o *continuum* da história é própria às classes revolucionárias no momento da ação” (BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas, cit., p. 230).

¹⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. Sonho e direito, cit., p. 56.

¹⁶ Tese nº 7. BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas, cit., p. 225.

¹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Sonho e direito, cit., p. 57.

¹⁸ Tese nº 6. BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas, cit., p. 224.

¹⁹ GAGNEBIN, Jeanne Marie. Walter Benjamin, cit., p. 67.

estilhaçada em meio a barbárie dos monumentos culturais dos vencedores, numa atividade de “...escovar a história a contrapelo”²⁰.

A explosão do *continuum* da história, que transforma os fatos em fragmentos, liberta diversas energias sufocadas no tempo passado. Cabe aos homens do presente reaproveitá-las, de maneira libertadora, não se comprometendo com simplificações estereis a respeito da marcha do tempo²¹. Em outras palavras, “...a ‘salvação’ do passado não tem um sentido meramente arqueológico. Possui, ao inverso, uma importância política e social decisiva, vez que este ‘tempo perdido’ só será encontrado quando for procurado pelo pensador do presente, quando for visado por este. A mudança do presente depende diretamente da recuperação das esperanças frustradas e dos gritos sufocados no passado”²². A história dos vencidos repercute no presente, no momento em que se processa o seu resgate, libertando as energias reprimidas pelo contínuo repisar dos coturnos dos vencedores. Afinal, “A coincidência do passado com o presente não deve (...) liberar o indivíduo do jugo do tempo, mas operar uma espécie de condensação que permita ao presente reencontrar, reativar um aspecto perdido do passado, e retomar, por assim dizer, o fio de uma narrativa inacabada, para tecer-lhe a continuação”²³.

Em síntese, o esforço do historiador é não deixar a história dos vencidos escapar, “...mas de zelar pela sua conservação, de contribuir na reapropriação desse fragmento de

²⁰ Tese nº 7. BENJAMIN, Walter, Obras escolhidas, cit., p. 225.

²¹ KONDER, Leandro. Walter Benjamin. cit., p. 93/94.

²² FONSECA, Ricardo Marcelo. Sonho e direito, cit., p. 58.

²³ GAGNEBIN, Jeanne Marie. Walter Benjamin. cit., p. 71.

*história esquecido pela historiografia dominante*²⁴. Tarefa que importa em ação, no empenho pela libertação dos vencidos de ontem e de hoje²⁵.

Uma postura como essa ante a história pode enriquecer sobremaneira a tarefa hermenêutica de concretização da norma jurídica constitucional. Conforme indica RICARDO MARCELO FONSECA, *"A atitude da busca de sentido da norma (...) deve requerer necessariamente uma postura ética e política do operador jurídico, bem como seu envolvimento com os compromissos de seu tempo"*²⁶. Caso contrário, *"...a exegese constitucional se tornará vazia de sentido ou, pior ainda, transformar-se-á em serva de posturas políticas reacionárias (já que aquele que pretende se colocar numa postura 'neutra' e 'descomprometida' axiologicamente, de um modo geral está se comprometendo com os posicionamentos mais conservadores)"*²⁷.

É aqui que uma conexão entre os pensamentos de WALTER BENJAMIN e FRIEDRICH MÜLLER pode ser pensada²⁸. O operador jurídico enquanto intelectual orgânico da transformação, ao interpretar o âmbito material *"...deve necessariamente estar atento aos apelos do passado, deve estar receptivo ao seu chamamento. Deve estar, no exato 'momento de um perigo' (em outras palavras: no momento de impasse exegético na aplicação da norma) preparado para 'resgatar' do passado elementos"*²⁹, aptos a que se

²⁴ Op. cit., p. 72.

²⁵ Op. cit., p. 72. Note-se que essa dimensão do pensamento benjaminiano, profundamente articulada com o messianismo judaico, é fonte de intensas controvérsias e polêmicas, que fogem aos limites do presente trabalho. Optou-se por citar essa passagem da obra de Jeanne Marie Gagnebin para afirmar-se que a tarefa do historiador não se vincula apenas a uma investigação inovadora do tempo passado, porém articula-se intimamente com o pensar o presente e o vislumbrar o futuro.

²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Sonho e direito*, cit., p. 62.

²⁷ Op. cit., p. 62.

²⁸ Op. cit., p. 62.

²⁹ Op. cit., p. 62.

elabore uma medida de ordenação que incida no caso concreto enquanto norma de decisão a qual possa ser utilizada para “...*construir uma sociedade mais justa*”³⁰.

Em última análise, conforme já anunciado no item 3 da Introdução, bem como no item 1 do Capítulo II, uma articulação como a ora apresentada pode vir a alargar os limites e possibilidades de utilização da metódica concretista de MÜLLER (e da sua teoria estrutural da norma), de modo a potencializar em termos emancipatórios a função de racionalização das decisões judiciais.

Por outro lado, no que pertine especificamente ao instituto da greve, uma elaboração teórica como a de WALTER BENJAMIN ajuda a esclarecer o porquê de, por exemplo, durante o período republicano brasileiro, apenas as Constituições de 1946 e 1988 haverem trazido enunciados que abriram a possibilidade do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.

Isto aponta para o fato da recepção do instituto no caso dos servidores ter-se dado muito mais em termos de avanços e retrocessos, marchas e contra-marchas, repressão e distensão, resgate e negação, enfim, de modo muito mais complexo do que a historiografia positivista ou marxista-leninista podem levar a crer³¹.

³⁰ Op. cit., p. 62.

³¹ Cf. item 5, infra.

3. GREVE: DE REALIDADE FÁTICA A REALIDADE NORMATIVA

A questão da greve enquanto fato social, por si só, ensejaria a elaboração de uma extensa dissertação. Cumpre portanto relacionar tal temática com os objetivos do presente estudo. No item 5 do Capítulo II, foi dito que o núcleo essencial do direito de greve é preenchido de conteúdo pela idéia de prejuízo, ou seja, mediante uma reação fática, causar gravame, em busca da defesa ou melhoria das condições de trabalho. Seguindo esta linha de raciocínio, é de ressaltar-se que a greve *“Liga-se à concepção de que há valores a preservar, as condições de dignidade do homem trabalhador, o salário que assegure a sobrevivência da família, etc... - tão importantes quanto a liberdade de apropriação, ferrenhamente defendida pelas classes possuidoras”*³².

No momento em que, numa sociedade civil e política nitidamente conflituais, permeadas por relações de força, tais valores são ameaçados, o recurso utilizado pelos trabalhadores é a utilização da força, ou melhor, a utilização da *sua* força, qual seja, a de omitir-se de trabalhar³³, buscando impor sua vontade no sentido da preservação desses valores.

O gravame é uma consequência natural dessa manifestação fática. As horas paradas afetam diretamente a produção da empresa, causando atrasos na entrega de produtos, prejuízos financeiros, rescisão de contratos, enfim, obstaculiza sobremaneira o comum desenrolar das atividades mercantis. Desse modo, a omissão em trabalhar configura-se

³² LOPES. José Reinaldo de Lima. O direito de greve no Brasil, cit., p. 224.

³³ “A greve é antes de tudo uma manifestação de força. A força de uma classe social numa ação social de natureza omissiva” (Op. cit., p. 223). Contudo, conforme diz o mesmo autor. “Natureza omissiva não significa

como verdadeiro *instrumento de pressão*. Tais nuances não podem ser desconsideradas de modo algum no momento em que se busca *dominar juridicamente* o instituto da greve, sob pena de desconfigurá-lo completamente.

Contudo, no que pertine ao exercício da greve por servidores públicos civis estatutários, tais características devem ser mitigadas, tendo em vista que a obtenção do lucro não é finalidade da Administração Pública, a qual deve se comportar de acordo com as coordenadas ditadas pelo interesse público³⁴. Conceito indeterminado, que informa o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tomado por alguns autores como autêntico axioma no moderno direito público³⁵, o que em certa medida limitaria o exercício da greve³⁶.

É factível limitar (jamais vedar) o seu exercício em determinadas atividades, como a de atendimento de primeiros socorros em hospitais públicos ou a de segurança pública. Porém, há muito o Estado deixou de ser mero “guarda-noturno”, passando a atuar nos mais diversos campos, muitas vezes remunerando mal, ofertando péssimas condições de trabalho e escassas possibilidades de ascensão no quadro funcional. Tais limitações, no que pertine à deflagração do movimento paredista, ao estabelecimento de pressupostos e requisitos de admissibilidade, á enumeração de serviços públicos essenciais os quais deve-

passividade. Ao contrário, a omissão aqui tem o mesmo caráter da ‘desobediência civil’ antologicamente exposta, por exemplo, no **Desobediência Civil** de Henry David Thoreau” (Op. cit., p. 223).

³⁴ Cfr. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, cit., p. 27 e ss.

³⁵ Op. cit., p. 27.

³⁶ Por óbvio tais afirmações não se aplicam em casos onde a Administração Pública explora atividade econômica, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Aliás, como já dito no item 5 do Capítulo I, os trabalhadores dessas empresas não estão vinculados ao regime estatutário, disposto na Lei nº 8.112/90. Portanto, as considerações ora expendidas não lhes dizem respeito.

se manter um contingente mínimo trabalhando, poderão ser perfeitamente formuladas pela necessária lei complementar, respeitando-se o núcleo essencial do direito fundamental³⁷.

Ressalvados os casos de limitação do exercício em atividades de interesse público relevante (e uma tarefa de preenchimento de conteúdo desse conceito indeterminado é uma das mais árduas com que o operador jurídico pode se defrontar), é extremamente saudável a concessão do direito ao pleno exercício da greve aos servidores públicos civis, especialmente àqueles não dotados de cargos de hierarquia superior, ou de posições próximas a ele³⁸. Afinal, *“Numa sociedade tão desigual como a brasileira, privar da greve o funcionalismo pode significar em muitos casos o seqüestro da única oportunidade que tem o pequeno servidor de vencer o egoísmo dos grupos bem situados”*³⁹.

Confrontando-se tais considerações com a linha de raciocínio esboçada no item 2 da Introdução, pode-se dizer que as contradições de classe que permeiam a sociedade civil repercutem na ossatura material do Estado, em vista dele possuir apenas uma autonomia relativa no que tange às disputas que lá ocorrem⁴⁰. Segundo POULANTZAS, *“As contradições de classes dominantes-classes dominadas repercutem como distanciamentos dessas parcelas do pessoal de Estado com a cúpula especificamente burguesa, e se manifestam como fissuras, rupturas e divisões no seio do pessoal e aparelhos de Estado”*⁴¹. A greve enquanto instrumento de pressão é perfeitamente factível para forçar a *cúpula-classes hegemônicas* a atender as demandas das *classes dominadas-servidores subalternos*, além de possuir legitimidade constitucional.

³⁷ Outras considerações a respeito serão feitas após a análise da tratativa dispensada ao direito de greve dos servidores públicos civis no direito comparado.

³⁸ SANTOS, Roberto Araújo de Oliveira. Uma contribuição sociológica à teoria jurídica da greve. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, São Paulo, vol. 1, nº 1, 1993, p. 131.

³⁹ Op. cit., p. 131.

⁴⁰ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo. cit., p. 177.

Porém, não se pode jamais perder de vista que tais disputas possuem certas especificidades quando se trata de servidores públicos civis. Como bem alerta JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, ao analisar a greve dos servidores públicos paulistas em 1979⁴², a amplitude daquela greve, conjugada com a enorme diversidade de interesses dentre as carreiras (escriturários, escreventes, advogados, médicos, engenheiros, professores, servidores com nível de escolaridade díspar, etc.), além de possuírem vencimentos diferenciados, contribuiu para uma baixa “consciência de classe”⁴³, o que acarretou no fracasso do movimento.

Perquirindo-se tais fatos com a luneta poulantziana, pode-se dizer que houve poucas alianças entre os diversos grupos envolvidos, o que prejudicou sobremaneira a coesão do movimento. Guardadas as devidas proporções, pode-se dizer que os servidores públicos atualmente ainda não lograram realizar alianças entre si que propiciem, de modo sólido, uma luta coesa pelos interesses de *todos* os servidores. Mas a atenção do operador jurídico não pode se restringir a tais questões.

Principalmente, porque essa é uma tarefa a ser realizada pelos sindicatos e outras entidades, cabendo ao operador jurídico, enquanto intelectual orgânico da transformação, auxiliá-los, de modo eficaz, na construção de uma nova visão de mundo, de acordo com os seus interesses e pretensões, sempre dentro das limitações do discurso jurídico.

⁴¹ Op cit., p. 178.

⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito de greve no Brasil, cit., p. 231.

⁴³ Op. cit., p. 231.

4. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO DIREITO COMPARADO

O professor ARION SAYÃO ROMITA , ao analisar perfunctoriamente a legislação estrangeira pertinente ao direito de greve dos servidores públicos civis, identifica basicamente quatro grupos de países: "1º - *países que reconhecem expressamente o direito de greve dos servidores públicos* (Alto Volta, Benin, Canadá, Costa do Marfim, Espanha, Finlândia, França, Guiné, Madagascar, México, Níger, Noruega, Portugal, Senegal, Suécia e Zaire); 2º - *países que não estabelecem diferença alguma entre as greves do setor público e os dos demais setores da economia* (Camarões, Cingapura, Gana, Itália, Malásia, Malta, Maurício, Nigéria, Serra Leoa e Sri Lanka); 3º - *países cuja legislação não contém disposições relativas à licitude ou ilicitude dos movimentos grevistas dos servidores públicos* (Israel, Chade e Reino Unido); 4º - *países que proíbem expressamente a greve dos servidores públicos* (Austrália, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos, Filipinas, Guatemala, Honduras, Japão, Kuwait, Ruanda, Síria, Suíça, Tailândia e Venezuela)"⁴⁴.

Quanto aos países da União Européia, vale ressaltar que apenas alguns tratam do instituto da greve (enquanto gênero) em termos constitucionais. É o caso da França, Itália, Portugal, Espanha, Suécia e Grécia⁴⁵. Em Luxemburgo, na Holanda e na Alemanha admite-se a tratativa constitucional por interpretação extensiva do dispositivo que trata das liberdades sindicais (Luxemburgo), ou do direito de associação e reunião (Holanda e

⁴⁴ ROMITA, Arion Sayão. Servidor público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve. In: Revista LTr, São Paulo, vol. 56, nº 07, julho de 1992, p. 806.

⁴⁵ PERONE, Gian Carlo. A ação sindical nos estados-membros da União Européia - lições. Trad de Edilson Alkmin Cunha, São Paulo: LTr, 1996, p. 128 a 130.

Alemanha)⁴⁶. Quanto à Austria, apesar de existir um dispositivo constitucional praticamente idêntico ao da Lei Fundamental de Bonn, “...*não foram deduzidas as conseqüências análogas às comentadas no caso da República Federal Alemã*”⁴⁷. Lá, portanto, inclina-se no sentido de excluir-se a existência de um direito subjetivo de greve, que poderia torná-la lícita no plano civil⁴⁸.

Por outro lado, existem países onde as Constituições são omissas a respeito, apesar de não existir dúvidas quanto à liceidade do exercício do direito, não existindo qualquer legislação ordinária restritiva. É o caso do Reino Unido (o qual, afinal, sequer possui uma Constituição escrita), Bélgica, Irlanda, Finlândia e Dinamarca⁴⁹.

Quanto à atividade legislativa ordinária referente ao tema, a tônica na Europa é a desproporcionalidade de situações⁵⁰. Neste sentido, “*Enquanto em alguns Estados, na realidade uma minoria, subsiste uma disciplina legislativa bastante detalhada do fenômeno, em outros - também ao contrário de explícitas previsões constitucionais - a intervenção legislativa é fragmentária e episódica, enquanto ainda em outros falta inteiramente a intervenção do legislador, pelo menos no que diz respeito à eliminação da antiga proibição penal*”⁵¹. Tais conclusões, referentes à greve enquanto gênero, são válidas também quando se trata dos servidores públicos civis.

⁴⁶ Op. cit., p. 129. Vale ressaltar que na Alemanha a omissão constitucional pode ser interpretada como uma proibição tácita, no que se refere aos servidores contratados que não exerçam atividades relacionadas com a soberania ou, em razão da segurança e do interesse público, o exercício da atividade não possa ser confiado a trabalhadores contratados, sem vínculo de direito público (cfr., a respeito, SILVA, Antônio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho, cit., p. 26-27).

⁴⁷ PERONE, Gian Carlo. A ação sindical nos estados-membros da União Européia, cit., p. 129.

⁴⁸ Op. cit., p. 129.

⁴⁹ Op. cit., p. 130.

⁵⁰ Op. cit., p. 130.

⁵¹ Op. cit., p. 130.

Um dos Estados europeus que trata o instituto da greve dos servidores com mais detalhes é a Itália, que o fez através da Lei nº 146, de 12 de junho de 1990. Antes dessa lei, o ordenamento jurídico italiano regulava o tema apenas através do art. 40 da Constituição de 1948, nos seguintes termos: “40. *Il diritto di sciopero si esercita nell’ambito delle leggi che lo regolano*”. A regulamentação infraconstitucional tardou tanto porque as entidades sindicais “...entendiam que qualquer regulamentação implicaria no cerceamento do direito”⁵². Contudo, isso não significa que o exercício da greve não possuísse qualquer regulamentação.

Dentre 1948 e 1990 as greves na Itália seguiam as disposições dos “códigos de auto-regulamentação”, elaborados pelos sindicatos. “*Estes códigos, que deviam ser observados apenas pelos associados ao sindicato, são verdadeiros códigos de ética, que têm como um dos seus objetivos, buscar um equilíbrio entre o direito de greve e os direitos mais amplos dos cidadãos*”⁵³. O desrespeito a tais códigos implica em sanções disciplinares de várias naturezas, podendo ocorrer inclusive o desligamento dos quadros sindicais⁵⁴.

Alguns fatores contribuíram para a elaboração da Lei nº 146/90, dentre elas pode-se citar o enorme número de greves nos serviços públicos, o que trazia uma imagem internacional negativa da Itália, além de enfurecer os italianos, usuários dos serviços. As greves reforçavam a imagem do Estado como uma entidade inoperante e ineficiente. Por outro lado, estava ocorrendo à época uma crise de representatividade dos sindicatos tradicionais, ameaçados por organizações de trabalhadores surgidas no final dos anos 80, que os recusavam enquanto entidade representativa (são os denominados COBAS –

⁵² CARDOSO, Eliana Borges. A lei de greve italiana: a busca da harmonização entre os direitos dos trabalhadores e os direitos da comunidade. In: Revista LTr, vol. 55, nº 05, maio de 1991, p. 571.

⁵³ Op. cit., p. 571.

Comitati di Base)⁵⁵. Desse modo, uma regulação do art. 40 da Constituição era interessante para diversos segmentos, dentre os quais o Estado, os sindicatos e mesmo os cidadãos.

A idéia central da lei italiana sobre a greve dos servidores públicos é discipliná-la apenas no que diz respeito “...àquela (atividade) que coloque potencialmente em risco os direitos do cidadão, constitucionalmente assegurados”⁵⁶. Em outras palavras, o exercício do direito de greve pelos servidores é pleno, sendo regulamentado com mais detalhes apenas a greve nos denominados serviços essenciais. Vale ressaltar que a referida lei em momento algum proíbe o exercício da greve, mesmo nesses serviços.

Outro ponto básico seguido na elaboração da Lei foi o da proteção dos direitos fundamentais dos usuários⁵⁷, o que pode ser entendido em termos de harmonização entre o princípio constitucional do direito de greve e outros princípios fundamentais, relacionados aos direitos individuais dos cidadãos.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 146/90, são considerados serviços essenciais os destinados a garantir o gozo dos direitos da pessoa à vida, saúde, à liberdade e segurança, à liberdade de circulação, à assistência e previdência social, à instrução e à liberdade de comunicação⁵⁸. Tais serviços possuem uma grande variedade de especializações, por isso esse mesmo artigo elenca quais seriam especificamente os serviços considerados essenciais (quanto à instrução, o artigo estabelece como essenciais os serviços que visem assegurar a continuidade dos serviços das creches, escolas maternas e primárias e a

⁵⁴ Op. cit., p. 571.

⁵⁵ Op. cit., p. 571/572.

⁵⁶ LUCA, Carlos Moreira de. Negociação coletiva no serviço público e disciplina da greve em serviços essenciais na Itália. In: Revista LTr, vol. 55, nº 11, novembro de 1991, p. 1299.

⁵⁷ CARDOSO, Eliana Borges. A lei de greve italiana, cit., p. 573.

⁵⁸ LUCA, Carlos Moreira de, Negociação coletiva, cit., p. 1.303.

realização da avaliação final e exames. O ministrar aulas, por exemplo, não é considerado serviço essencial. Quanto às Universidades, consideram-se como essenciais os serviços que visem assegurar os exames conclusivos dos ciclos de instrução)⁵⁹.

Os códigos de auto-regulamentação são preservados “...e as disposições neles contidas devem ser obedecidas”⁶⁰, o que confere à Lei ora em análise feições extremamente democráticas, procurando interferir o mínimo no estado de coisas anterior à sua promulgação. Por outro lado, a Lei prevê punições às entidades que promovam greve em desrespeito aos preceitos nela elencados, como os referentes ao prazo de pré-aviso (10 dias), extensão da greve às atividades indispensáveis ao gozo dos direitos constitucionalmente garantidos (ou seja, a categoria grevista nos serviços essenciais deve manter as repartições atingidas com um mínimo de operacionalidade, que assegure a continuidade dos serviços elencados no artigo 1º, sob pena de ser punida), dentre outros.

Através da análise da lei italiana, tira-se que ela é na verdade um compromisso, no sentido da preservação dos núcleos essenciais de outros direitos constitucionalmente garantidos face o exercício da greve pelos servidores. Não é uma tentativa de se esvaziar o seu conteúdo e sim busca-se harmonizar princípios aparentemente colidentes, o que indica uma solução democrática e preservadora do núcleo de sentido da Constituição, exemplo a ser seguido pelo legislador brasileiro.

⁵⁹ CARDOSO, Eliana Borges. A lei de greve italiana, cit., p. 574.

⁶⁰ LUCA, Carlos Moreira de, Negociação coletiva, cit., p. 1.303.

5. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme ensina AMAURI MASCARO NASCIMENTO, no Brasil, durante o alvorecer da República, houve poucas greves: “...uma em São Paulo em 1890, duas em 1891, quatro em 1893 e até 1896 uma a cada ano”⁶¹. A situação era praticamente a mesma nos outros Estados da Federação, todas elas visando, “...na maioria das vezes, melhores salários e redução da jornada diária de trabalho”⁶².

O espírito da época compreendia o exercício da greve em termos de caso de polícia, como atesta a seguinte notícia de jornal: “Gréve. O 2º Batalhão de polícia amanheceu de prontidão por constar gréve de trabalhadores na Estrada de Ferro Central. Effectivamente os trabalhadores da estação da Gamboa quizeram fazer parede, pedindo augmento de salário e diminuição de horas de trabalho”⁶³. A greve era entendida como um delito, pensamento que perdurou por muitos anos. Aliás, não é de estranhar que a primeira norma a tratar da greve no Brasil tenha sido penal. Com efeito, o art. 206 do Código Penal de 1890 sujeitava a uma pena de um a três anos de prisão celular aquele que causasse ou provocasse cessação de trabalho, para impor aos operários e patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário⁶⁴.

⁶¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História do direito de greve. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo, vol. 1, nº 1, 1993, p. 27.

⁶² Op. cit., p. 27.

⁶³ Jornal O Estado de São Paulo, *apud* PEREIRA, Antônio Miguel. A greve..., cit., p. 71

⁶⁴ Contudo, os rigores desse artigo foram atenuados dois meses após a promulgação do Código, através do Decreto nº 1.162, de 12 de dezembro de 1890. Houve o acréscimo ao tipo objetivo da locução “por meio de ameaças ou violências”, bem como houve substituição da pena, para a de prisão celular de dois a seis meses e multa de 200\$000 a 500\$000. Desse modo, passou-se a tolerar a greve na qual não fossem utilizados pelos grevistas meios violentos ou de coação. Porém, o ordenamento jurídico continuava a proibi-la enquanto instrumento de reivindicação

A situação jurídica da greve permaneceu relativamente inalterada durante os primeiros cinquenta anos da república. Apenas com o advento da Constituição brasileira de setembro de 1946 há o reconhecimento da greve como um direito, nos termos do art. 158: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Pela primeira vez o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro trata o instituto em termos de licitude.

Quanto à regulamentação exigida pelo artigo, foi utilizado o Decreto-Lei nº 9070/46, apesar de ter sido promulgado antes da Constituição de 1946, ainda sob a égide da Constituição de 1937, a qual proibia expressamente (art. 139), o que gerou intensa polêmica na doutrina, existindo inclusive autores que negavam legitimidade a esse Decreto-Lei⁶⁵.

Os anos subseqüentes, que se costuma chamar de período do Populismo (1946-1964), foram marcados por uma aparente tolerância para com a greve, porém sempre sendo buscado o controle e a repressão aos movimentos efetivos de organização laboral.

Quanto aos servidores públicos civis, o entendimento era o de que o exercício da greve estaria vedado. Apesar do Decreto-Lei nº 9.070/46 não proibir formalmente o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis (apenas listava, em seu art. 3º, as atividades consideradas fundamentais, onde o exercício da greve era proibido), o espírito da época era totalmente contrário à extensão do disposto no art. 158 da Constituição aos servidores públicos. A esse respeito, vale transcrever as seguintes afirmações, feitas pelo jurista MOACIR LOBO DA COSTA: “Os funcionários públicos não se encontram diante do

salarial e redução de jornada de trabalho, casos em que era (e é) mais utilizada. Cfr., a esse respeito, SILVA, Luiz Marlo de Barros. Direito de greve: aspectos históricos, políticos e sociais, cit., p. 154.

⁶⁵ Cfr. FAGUNDES, Miguel Seabra. O direito de greve. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 154, julho/agosto mde 1954, p. 12 e ss.

*Estado na mesma posição de um empregado frente ao empregador. Há que atentar na natureza jurídica da relação que os vincula, substancialmente distinta, como o proclama o direito administrativo. Sujeitos, como se acham, a um estatuto próprio, em que estão perfeitamente definidos seus direitos e deveres, prestam serviços de tal natureza que a paralisação do trabalho não pode deixar de ser considerado um ato revolucionário (...) porquanto representa uma pressão sobre o próprio Poder Legislativo*⁶⁶.

Os juristas, com raras excessões, incontáveis vezes atuam como intelectuais orgânicos do *status quo* por excelência. Desse modo, logo encontraram uma saída para suprir a aparente omissão do Decreto-Lei nº 9.070/46. Como bem demonstra o parecer exarado pelo Consultor-Geral da República à época, Sr. CARLOS MEDEIROS SILVA⁶⁷, não é árdua a tarefa de adaptar o ordenamento jurídico ao espírito da época.

Analisando uma greve deflagrada pelos servidores da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil em dezembro de 1952, onde *“Muitos dos implicados no movimento foram apontados pela Delegacia Regional de Polícia como elementos filiados ao extinto Partido Comunista”*⁶⁸, o referido jurista exara o seguinte parecer: veda-se ao servidor público fazer parede porque o disposto no art. 207, IV, da Lei nº 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), assim prescreveria.

Contudo, o Estatuto dos Servidores não falava, em momento algum, a respeito de punições em decorrência do exercício da greve. Todavia, a contribuição do Sr. Consultor-Geral é emblemática: *“O novo diploma (Lei nº 1.711/52) - ... - fugiu ao emprêgo do vocábulo*

⁶⁶ COSTA, Moacir Lobo da. A greve nos serviços públicos. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 154, julho/agosto de 1954, p. 42.

greve, mas capitulou entre os fatos puníveis com a demissão (art. 207, nº IV) a 'insubordinação grave em serviço' // Esta expressão é, evidentemente, de significação mais ampla do que a tradicional e a greve nos serviços continua a ser repudiada formalmente"⁶⁹. Pune-se a conduta sem haver lei expressamente tipificando-a como ilícita, torcendo-se totalmente o conteúdo do princípio do *nulla poena sine legge*. Porém, por que se falar de respeito à lei (e à liberdade no exercício da greve), quando se está a perseguir um ato revolucionário?

Ao lado dessa interpretação extensiva, o referido autor debruça-se sobre a recém publicada Lei de Segurança Nacional, Lei nº 1.802/53 (Em substituição à Lei nº 38/35), a qual, em seu art. 13, considerava crime o instigar e o preparar, agora nominados dirigir ou ajudar, a paralisação de serviços públicos. Quanto à participação dos servidores em greve, pune os que cessarem os serviços a seu cargo, por motivos políticos ou sociais (art. 18). Não se fala em participação em greves por melhorias salariais e jornada de trabalho. Contudo, rapidamente o intelectual orgânico do *status quo* vem em socorro ao bloco no poder: "A interpretação lógica e sistemática leva à conclusão de que caberá punição em qualquer caso"⁷⁰. Após tais afirmativas e ginásticas retóricas, é de se passar à discussão de um momento histórico brasileiro onde as relações de força, no mínimo, eram mais claras.

O ano de 1964 chega com o país atravessando um período de extrema conturbação social. O Presidente JOÃO GOULART, com sua verve populista e perigosa aproximação com os militares subalternos (discursava diretamente para os soldados, marinheiros, cabos e sargentos, o que irritava profundamente o oficialato), forneceu diversos argumentos para

⁶⁷ SILVA, Carlos Medeiros. Greve - Tentativa de instigação - Servidor público - Insubordinação grave em serviço. Parecer. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 154, julho/agosto de 1954, p. 79 e ss.

⁶⁸ Op. cit., p. 80.

⁶⁹ Op. cit., p. 81.

que, mais uma vez, o país fosse assolado por um golpe militar, deflagrado em 31 de março de 1964.

Uma das primeiras normas promulgadas pelo novo governo foi, em primeiro de junho de 1964, a Lei nº 4.330, que revoga formalmente o Decreto-Lei nº 9.070/46. Em seu art. 4º proíbe terminantemente o exercício do direito de greve pelos servidores públicos estatutários da Administração Direta e autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho. Dessa vez não se esperou pelo auxílio dos juristas.

Quanto ao exercício pelos demais trabalhadores, essa lei veio a burocratizar ainda mais o exercício da greve. Basta uma rápida leitura dos arts. 5º e seguintes para se notar que a tônica é a completa dominação jurídica do exercício da greve, tornando praticamente impossível a sua realização.

Com o recrudescimento da situação econômica e política do país, o regime militar mais e mais edita diplomas no sentido de tolher o quanto puder o exercício das greves, que continuam ocorrendo, apesar da repressão. É nesse clima de tensão que se promulga, em 1967, a quinta Constituição Republicana, fadada a durar apenas dois anos, totalmente reformada pela Emenda nº 01/69. A Constituição de 1967, em seu artigo 157, § 7º, nega o exercício do direito de greve aos servidores públicos, sepultando esse instrumento de pressão para os servidores.

⁷⁰ Op. cit., p. 81.

O referido artigo foi repetido pela Emenda nº 01/69, agora renumerado para artigo 162. Mais uma vez o que se assiste é a uma regressão ao período pré-1946, pelo menos no que pertine aos servidores públicos civis. Contudo, apesar de já existir normativa infraconstitucional regulamentando a proibição do exercício da greve pelos servidores, o governo continua a emitir normas a respeito do tema. Em 29 de setembro de 1969, em plena vigência do AI 5, é editado o Decreto-Lei nº 898, ou Lei de Segurança Nacional. Nesse diploma, em seu artigo 39, pune quem incitasse à paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais com reclusão de 10 a 20 anos. O funcionário público que cessasse as suas atividades, em todo ou em parte, poderia ser condenado a uma pena de 8 meses a 1 ano de prisão (artigo 40). Contudo o regime não se dá por satisfeito. Em 11 de dezembro de 1974 promulga a Lei nº 6.185, a qual, em seu art. 3º, vedava o exercício da greve pelos funcionários públicos regidos pela CLT, bem como vedava a sua sindicalização.

Em 4 de agosto 1978, em decorrência da gradual rearticulação do movimento operário após o grande baque ocasionado pelo AI 5, o Presidente ERNESTO GEISEL manda editar o Decreto-Lei nº 1.632, o qual, em consonância com o Decreto-Lei nº 898/69, disciplina, em seu artigo 3º, que incorreria em falta grave o servidor público que participasse de movimento paredista. Conseqüentemente, poderia ser advertido, suspenso até 30 dias ou ter seu contrato de trabalho rescindido, com demissão por justa causa.

Não satisfeitos, os militares ordenam a promulgação, em 17 de dezembro de 1978, uma nova Lei de Segurança Nacional, a qual, em seu bojo, novamente comina penas aos que incitem a paralisação nos serviços públicos ou atividades essenciais, agora podendo variar de 2 a 12 anos de reclusão (artigo 36, inciso V) e, para quem participasse de movimento paredista, a punição poderia variar de 1 a 3 anos de reclusão (art. 35).

Com a redemocratização do país em marcha, gradualmente foram sendo retirados os grilhões que pesavam sobre o instituto. Em 14 de dezembro de 1983 é publicada a Lei nº 7170, que revoga a Lei nº 6.620/78. Finalmente a greve deixa de ser considerada um crime. Formalmente, continua a vigorar a Lei nº 4.330/64, até ser revogada pela Lei nº 7.783/89, já sob a nova ordem constitucional.

A síntese que se faz a respeito do instituto da greve dos servidores públicos civis é a de que, em verdade, só teve proteção do ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, mesmo assim com as características já levantadas no Capítulo II. Em síntese, no Brasil jamais houve a efetiva recepção do instituto no que pertine aos servidores públicos, mesmo quando aparentemente o ordenamento havia recepcionado o instituto (Constituição de 1946).

Os juristas-intelectuais orgânicos do *status quo* rapidamente o consideraram um ato revolucionário, ou, ainda, a partir da Lei nº 4.330/64 e leis posteriores, inclusive as Constituições de 1967 e 1969, simplesmente foi proibido o exercício do direito pelos servidores, inclusive cominando penalidades, retornando-se assim a um estado de espírito do alvorecer da República. A repressão e o tolhimento de liberdades é a tônica da história do instituto no Brasil.

Longe de existir uma linearidade ou sucessão continua de eventos, o que se viu foi muito mais uma sucessão de marchas e recuos, idas e vindas, poucas vitórias e muitos reveses dos servidores. Atualmente, não se sabe se o caminho será o da efetiva

consagração do instituto ou, mais uma vez, a sua proscrição do ordenamento jurídico. Aliás, essa última hipótese parece muito provável e, infelizmente, nem um pouco criativa.

**CONCLUSÕES: CONTRIBUTO À CONCRETIZAÇÃO DO
ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Neste trabalho propôs-se responder a alguns questionamentos, usualmente feitos pelos operadores jurídicos ao tratarem das conseqüências jurídicas do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis após a promulgação da Constituição de 1988. Durante essa tarefa foram trazidos à discussão alguns elementos, para que se possa concretizar o instituto da greve dos servidores públicos de modo a atender aos anseios dos seus destinatários.

O que unifica o presente estudo é a concepção de que o operador jurídico, enquanto intelectual orgânico da transformação, deve buscar uma concretização emancipatória do dispositivo constitucional, resgatando histórica e sociologicamente o instituto, com vistas a potencializar determinadas características da greve. Isto em prol da defesa dos interesses da classe trabalhadora, como humilde contribuição a um projeto onde o objetivo principal é formar uma nova visão de mundo, apta a colocar em xeque o bloco no poder, através de uma bem contatenada guerra de posições.

Nessa tarefa não se pode jamais esquecer os limites e possibilidades do discurso jurídico, sendo eleita também a defesa da normatividade constitucional enquanto paradigma a ser preservado. Em suma, a tensão normatividade *versus* realidade não pode ser resolvida em desfavor de qualquer dessas dimensões. A tarefa do operador jurídico, tanto da transformação como do *status quo*, portanto, é articular prospectivamente essa tensão, extremamente delicada e não isenta de diversos percalços.

O que não pode ocorrer é o furtar-se de realizá-la, sob argumentos cínicos e desprovidos de qualquer criatividade. A concretização do instituto da greve dos servidores públicos (bem como de diversos outros dispositivos da Constituição de 1988), é um grande

desafio, que exige uma visão prospectiva da atividade do jurista, enquanto intérprete-concretizador e, muito mais, uma visão do jurista enquanto cidadão, responsável pela construção de um Brasil mais justo e igualitário. Isto deve ser realizado por mais que a referida concepção, por vezes, seja turvada por um acre sentimento de que a barbárie a permear as relações humanas acabará por finalmente subjugar os que se aventuram a remar contra a maré do fim da história.

Eis as conclusões principais do presente estudo:

1. O presente texto não se propõe a fazer ciência do direito.
2. Apesar disso, como aliás é usual nos textos jurídicos, o presente estudo foi elaborado tendo em consideração uma tentativa de justificação rigorosa das assertivas expendidas.
3. É fato que a dogmática jurídica (qualquer que seja o seu estatuto teórico) é utilizada atualmente como uma tecnologia, voltada à decisão de conflitos juridicamente definidos.
4. A dogmática jurídica é uma técnica de decisão de conflitos jurídicos que os põe fim, determinando o seu término, por mais que na realidade fática ainda exista conflitos de interesse oriundos do caso posto em julgamento.
5. A discussão a respeito de decisões possíveis para pôr-se término a um conflito de interesse é multifária, dependendo da ideologia (conjunto hierarquizado de valores) que anima a possível decisão.

6. Este trabalho se afasta do dogmatismo, por entender que a dogmática jurídica é um instrumento viabilizador de decisões judiciais.

7. A dimensão ideológica da dogmática jurídica ressalta o seu caráter de técnica de dominação, porque, afinal, a disputa não se restringe pura e simplesmente a quem vencerá a demanda judicial, mas quem a dominará com o argumento mais eficaz, terminando o conflito jurídico através do conjunto hierarquizado de valores melhor posicionado em termos de disputa pelo poder, capaz de fornecer o maior número de lugares comuns aceitáveis como factíveis e legitimadores de uma verdadeira hegemonia.

8. Para uma ampliação do conceito de direito enquanto tecnologia de decisão e dominação é fundamental o resgate de determinadas categorias marxianas, especialmente do pensamento de ANTONIO GRAMSCI e NICOS POULANTZAS.

9. GRAMSCI amplia a concepção marxista clássica de Estado, entendendo-o como síntese entre Sociedade Civil e Sociedade Política, deslocando a primeira para a superestrutura.

10. A Sociedade Política representa o momento de dominação e coerção das classes subalternas.

11. A Sociedade Civil representa uma rede complexa de funções educativas e ideológicas, onde as classes buscam exercer a *hegemonia*, ou melhor, buscam fomentar

uma visão de mundo que seja aceita pelas demais classes como verdadeira, em detrimento das demais alternativas.

12. A estratégia a ser seguida pela classe que aspira a ser hegemônica, além de observar argutamente a realidade que a circunda, é ou partir para a guerra de movimento (luta armada) ou guerra de posições (luta enquanto processo de obtenção da direção da sociedade antes de dominar o poder político).

13. Uma guerra de posições bem concatenada é capaz de gerar a crise orgânica, ou seja, a manifestação de de contradições estruturais do modo de produção.

14. Bloco histórico nada mais é do que a reciprocidade e organicidade entre o estrutural e o superestrutural, o vínculo concreto entre as “forças materiais e as “ideologias, entre o “econômico-social” e o “ético-político”.

15. No processo de tomada e manutenção do poder um grupo de pessoas assume um papel importantíssimo para manter o consenso ideológico entre as massas e o grupo dirigente: são os intelectuais. Existem de três tipos: o orgânico da transformação, o orgânico do *status quo* e o tradicional.

16. O operador jurídico, enquanto intelectual, pode utilizar o instrumental dogmático tanto para fortalecer o bloco que representa como para fomentar uma crise orgânica que altere o bloco histórico, através de uma bem concatenada guerra de posições.

17. A linearidade do discurso, conferida pela coerência das categorias gramscianas, peca por um aparente contrasenso: o operador jurídico deverá operar uma guerra de posições dentro dos aparelhos da sociedade política, especificamente os do Poder Judiciário, o que a teoria gramsciana não prevê. Quem resolve a aparente contradição é POULANTZAS, o qual, através de uma nova concepção de Estado, acaba por admitir a possibilidade de se fazer uma guerra de posições dentro dos aparelhos de Estado.

18. Desse modo, o operador jurídico da transformação, pode e deve utilizar e aperfeiçoar a dogmática jurídica no sentido de torná-la uma dogmática emancipatória, enquanto técnica de decisão de conflitos permeável a novas demandas. Tais juristas devem elaborar um discurso jurídico apto, por exemplo, a fundamentar uma defesa intransigente da efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos, consagrados na Constituição de 1988, que estabelece um regime específico para esses direitos, os quais desafiam uma concretização que não lhes retire a dignidade.

19. A metódica jurídica, elaborada pelo jurista alemão FRIEDRICH MÜLLER, é uma técnica de vinculação de decisões judiciais a normas jurídicas.

20. Em termos políticos a metódica jurídica cumpre uma função de *racionalização*, ao conferir calculabilidade, transparência e regularidade às decisões judiciais. Neste sentido, a metódica jurídica é um instrumento racional.

21. Por outro lado, essa instrumentalidade conhece limites claros: essa racionalidade pode conferir transparência e legitimidade aos processos decisórios, o que os torna

passíveis de crítica e controle, limitando a possibilidade de existirem decisões que afrontem ostensivamente o Estado de Direito constitucional.

22. Por outro lado, ao possibilitar a crítica e o controle, pode ser utilizada pelo operador jurídico da transformação para inserir no processo decisório demandas que respeitem os anseios das classes dominadas. A metódica jurídica, então, pode tornar-se um *instrumento a serviço da elaboração de uma nova agenda jurídica*, a ser utilizada pelo operador jurídico da transformação respeitando seus contornos e, por outro lado, explorando suas possibilidades emancipatórias.

23. A tarefa de operacionalização da metódica de FRIEDRICH MÜLLER, que exige um diálogo com o ordenamento jurídico e com a realidade fática, é fundamental uma concepção específica a respeito da estrutura da norma jurídica. É nesse momento que MÜLLER apresenta a sua Teoria Estrutural do Direito.

24. As normas jurídicas não estão contidas *a priori* no texto da lei. O texto da lei, na verdade, é um *enunciado*. As normas jurídicas, na verdade, são o resultado de duas interpretações parciais: a primeira, realizando-se a interpretação do enunciado com todos os recursos hermenêuticos tradicionais, chegando-se ao *programa da norma*; a segunda, partindo-se do programa da norma, interpreta-se a realidade fática onde a norma incidirá (âmbito material) e, dele, retirando-se alguns elementos que contribuam para a concretização da norma, ou melhor, interpreta-se o *âmbito normativo*.

25. A metódica concretista e a teoria estrutural do direito relevam em grande medida o papel do operador jurídico enquanto intérprete dos textos legais e da realidade fática que o

circunda. Porém, jamais estará liberto de sua história pessoal, suas crenças, sua visão de mundo, de suas concepções políticas, enfim, jamais estará liberto de sua *pré-compreensão* dos problemas que estará a resolver.

26. A norma jurídica, em última análise, é um objeto construído pelo operador jurídico. O que não torna a atividade subjetivista de modo algum, mas sim voltada para a reconstrução racional do discurso jurídico, especialmente a dogmática jurídica. A tensão entre a concepção política da transformação e o discurso racional que a legitime em termos de política jurídica não pode ser resolvido em detrimento deste último, devendo a contradição ora tratada ser superada dialeticamente pelo operador jurídico da transformação.

27. A Constituição Federal de 1988 é dirigente, compromissória, aberta e normativa, inserida em um sistema constitucional em termos materiais, não apenas formais.

28. A norma jurídica é um gênero, do qual são espécies os princípios e as regras.

29. Estas duas classes de normas jurídicas possuem diferenças de ordem funcional e qualitativa.

30. Os princípios são multifuncionais. As regras não.

31. As regras prescrevem exigências que são ou não são cumpridas, ou seja, operam numa lógica do tudo ou nada; os princípios possuem a dimensão do peso, ou valor, que torna a convivência entre eles conflitual, não antinômica, como ocorre entre as regras.

32. O programa normativo dos princípios, tendo em vista a especificidade desta classe de normas jurídicas, é apto a incidir sobre realidades novas, não previstas pelas classes sociais no momento em que estabeleceram o compromisso constituinte.

33. Deste modo, o pacto uma vez realizado pode se renovar, sendo mantido o texto constitucional, sem mudanças de ordem formal.

34. Além disto, devido a específica estrutura dos princípios, pode-se advogar como normativo o núcleo de sentido da Constituição.

35. Sendo o núcleo de sentido norma jurídica, os valores que o compõem passam a orientar e unificar todo o ordenamento jurídico constitucional e infra-constitucional.

36. Deste modo, o pensamento sistemático ganha nova roupagem, não se falando mais em uma concepção de sistema constitucional tributária do formalismo, mas agora falando-se em uma concepção principiai do ordenamento jurídico constitucional, em um sentido axiológico-teleológico do sistema constitucional.

37. O direito de greve dos servidores públicos civis está inserido no ordenamento jurídico através de um princípio-garantia.

38. Ademais, cumpre ressaltar que o direito de greve dos servidores, enquanto *direito*, é concretização histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ou seja, possibilita ao servidor público civil reivindicar melhores condições de trabalho, ou mesmo de preservá-las, inclusive mediante uma reação fática contra a Administração Pública, assegurando um meio lícito (porque autorizado pelo ordenamento jurídico), de respeito ao homem (enquanto trabalhador) e, por via de consequência, de respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana.

39. O direito de greve dos servidores públicos é um direito fundamental coletivo, porque só ganha expressão se pensado em termos comunitários. Porém o titular é sempre o trabalhador; coletivos seriam os instrumentos do exercício, não os sujeitos dos direitos.

40. O direito de greve dos servidores públicos, conjugado com o direito à sindicalização, são os pilares para a construção de um *direito coletivo do trabalho dos servidores públicos civis*.

41. O direito de greve dos servidores públicos civis é exercido pelos servidores estatutários, regidos pela Lei nº 8.112/90.

42. A recepção do direito de greve dos servidores e a concessão do direito à sindicalização mitigam a concepção tradicional a respeito do vínculo servidor-Estado, não se podendo mais advogar posições como as de que o vínculo seria unilateral por excelência, tendo em vista que agora a realidade é muito mais a da existência de *contratualidade* e *bilateralidade* do vínculo, isto obviamente mitigado com o princípio da legalidade, o qual restringe de certa maneira tais características.

43. Quanto a norma jurídica ainda, vale ressaltar que a síntese das duas interpretações parciais denomina-se *medida de ordenação* e, ao incidir no caso concreto, estará revestida do caráter de *norma de decisão*.

44. Os elementos do programa normativo são os seguintes: sistemático, genético, histórico (história do texto) e teleológico.

45. Os elementos do âmbito normativo são os seguintes: jurídico, econômico, social, psicológico e sociológico. Ainda existem outros elementos, não ligados diretamente à interpretação da norma em si, relacionando-se com a tarefa interpretativa de maneira indireta ou mediata, desempenhando funções auxiliares, tais como os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos ou político-constitucionais, dentre outros.

46. O programa normativo possui uma função filtradora do âmbito normativo.

47. Essa função, todavia, não pode ser resolvida em detrimento de determinados elementos do âmbito normativo que possam ser utilizados para potencializar uma interpretação prospectiva da realidade fática, que respeite as demandas das classes dominadas.

48. Antes da análise do programa normativo e, especialmente da eficácia do programa normativo, é de se fazer uma adaptação entre a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA e a teoria estrutural do

direito de FRIEDRICH MÜLLER. Isto porque ambos partem de concepções diversas a respeito da *norma jurídica*. A aparente contradição entre ambas resolve-se do seguinte modo: não se leva em consideração a teoria da norma jurídica adotada pelo professor paulista e insere-se a sua teorização a respeito da aplicabilidade das normas no programa normativo, local adequado para tanto dentro da teorização do professor alemão.

49. Quanto às posições doutrinárias a respeito da eficácia do programa normativo do princípio da greve dos servidores, existem três correntes: (i) entende-se que o instituto possui eficácia plena ou contida; (ii) entende-se que o instituto possui eficácia limitada, portanto não pode ser invocado enquanto não vier lei complementar e (iii) entende-se que o instituto possui eficácia limitada, porém dotado de diversos efeitos, além do mero revogar dispositivos infraconstitucionais com ele conflitantes.

50. No que tange às posições jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de entender o instituto enquanto detentor de eficácia limitada, porém inoperante enquanto não vier lei complementar regulamentando-o.

51. No que diz respeito ao Decreto Presidencial nº 1.480/95, que prescreve procedimentos punitivos aos servidores grevistas, é de ressaltar a sua manifesta inconstitucionalidade, porque, basicamente, não existe no direito brasileiro a possibilidade de serem editados regulamentos autônomos.

52. No presente estudo adota-se a perspectiva de que o instituto é dotado de eficácia limitada, porém, com uma eficácia mínima, negativa e positiva, nos termos do que leciona o professor CLÉMERSON MERLIN CLÈVE.

53. O resultado dessa normatividade mínima é tornar os servidores públicos civis insuscetíveis de serem punidos em decorrência do exercício da greve, a não ser nos casos já previstos pelo ordenamento jurídico, como nos casos de crime contra a organização do trabalho, por exemplo.

54. As punições previstas no art. 127 da Lei nº 8.112/90 não são aplicáveis aos servidores grevistas, quando se tratar do exercício do direito de greve. Não se pode admitir portanto, processo administrativo disciplinar contra o servidor grevista, em decorrência do exercício da greve, bem como é inadmissível a demissão de servidor grevista por ausência ao serviço ou insubordinação grave. Pode a Administração, contudo, proceder ao desconto dos dias parados e não contar esse tempo para efeitos de aposentadoria e concessão de benefícios, por tais conseqüências dizerem respeito à *contraprestação* ao serviço prestado, não se configurando como *punições*.

55. O direito de greve dos servidores públicos, consubstanciado em princípio-garantia, serve de elemento filtrador da legislação infraconstitucional que incide sobre essa realidade, podendo neutralizar ou mesmo afastar a incidência de determinadas orientações infraconstitucionais.

56. Deve-se levar em conta que a incidência de punições pelo exercício da greve podem vir a afastar o núcleo essencial do direito, qual seja, a de efetivamente *causar gravame* ao detentor do capital, no caso o Estado. Norma infraconstitucional não pode vir a afastar o núcleo essencial do instituto, jamais.

57. O exercício do direito de greve pelos servidores não pode ser considerado ilegítimo, mesmo sem existir lei complementar regulamentando o instituto, tendo em vista que essa questão não se resume em termos de eficácia do dispositivo constitucional, principalmente porque o conceito de ilegitimidade, entendido enquanto *não atendimento a requisito legal* não pode ser invocado, tendo em vista não existir lei que cumpra tal desiderato, qual seja, a lei complementar exigida pelo art. 37, VII, da Constituição Federal.

58. Ao ser analisado o elemento histórico de concretização do âmbito normativo da norma concretizadora do princípio da greve, o operador jurídico deve tomar cuidado no que pertine a qual método historiográfico utilizará. Deve-se afastar da metodologia positivista ou marxista-leninista, muito usuais nas análises dos juristas.

59. Como alternativa a tais métodos sugere-se a utilização das reflexões efetuadas por WALTER BENJAMIN a respeito do conceito de história.

60. Essa teorização aproxima-se da metodologia adotada no presente trabalho, especialmente da metódica concretista e teoria estrutural do direito de FRIEDRICH MÜLLER, porque alarga os limites e possibilidades da utilização emancipatória de suas teorias. ao ser orientado a análise do elemento histórico em termos de resgate de fragmentos que libertem os vencidos de ontem e de hoje.

61. O gravame é uma conseqüência natural do exercício da greve, entendida enquanto manifestação de força consubstanciada em omissão, configurando-se em autêntico instrumento de pressão dos trabalhadores em geral contra os seus empregadores.

62. O gravame, enquanto componente do núcleo essencial do direito de greve dos servidores, deve ser mitigado, tendo em vista que a obtenção do lucro não é finalidade da Administração Pública, a qual deve se comportar de acordo com as coordenadas ditadas pelo interesse público.

63. Conseqüentemente é factível limitar, porém jamais vedar, o exercício da greve a algumas categorias de servidores.

64. Ressalvados esses casos, entende-se ser extremamente saudável a concessão do direito ao pleno exercício da greve aos servidores públicos civis, especialmente àqueles que não ocupam cargos superiores na hierarquia da Administração Pública.

65. Não se pode jamais esquecer que, tendo em vista a grande heterogeneidade de servidores, os quais ocupam as mais diversas funções dentro da Administração, com as mais diversas origens e remuneração díspar, é extremamente difícil a consecução de alianças entre si que contribuam para uma defesa mais orgânica de seus interesses.

66. Cabe ressaltar que os operadores jurídicos da transformação podem contribuir para um redimensionamento da guerra de posições, microscópica e multifacetada, na busca de novas pautas de atuação, oxigenando a agenda jurídica com novas demandas, não excludentes e potencializadoras de um novo agir jurídico-político. Porém, com base nessa específica visão do seu trabalho, cumpre aos operadores jurídicos contribuir para que a luta dos servidores não se restrinja à defesa intransigente de interesses corporativos, apenas.

67. Dentre os ordenamentos jurídicos estrangeiros e sua normatividade a respeito da greve dos servidores, vale pesquisar o ordenamento italiano, o qual, através da Lei nº 146/90 traz uma regulamentação do direito de greve dos servidores públicos que limita o seu exercício nos chamados serviços essenciais, tornando o seu exercício pleno para as demais categorias.

68. Através do estudo da lei de greve italiana tira-se que ela é na verdade um compromisso, no sentido da preservação dos núcleos essenciais de outros direitos constitucionalmente garantidos face o exercício da greve pelos servidores. Não é uma tentativa de esvaziar o seu conteúdo e sim busca-se harmonizar princípios constitucionais aparentemente colidentes, o que indica uma solução democrática e preservadora do núcleo de sentido da Constituição, exemplo a ser seguido pelo legislador brasileiro.

69. A síntese que se faz a respeito do instituto da greve dos servidores públicos civis na história do Brasil é a de que, em verdade, só teve proteção do ordenamento jurídico após a Constituição de 1988, mesmo assim com as características levantadas no Capítulo II. Em síntese, no Brasil jamais houve a efetiva recepção do instituto no que pertine aos servidores públicos, mesmo quando aparentemente o ordenamento jurídico havia recepcionado o instituto (Constituição de 1946).

70. Os juristas-intelectuais orgânicos do *status quo* rapidamente o consideraram um ato revolucionário, ou, ainda, a partir da Lei nº 4.330/64 e leis posteriores, inclusive as Constituições de 1967 e 1969, simplesmente foi proibido o exercício do direito pelos servidores, inclusive cominando penalidades, retornando-se assim a um estado de espírito

do alvorecer da República. A repressão e o tolhimento de liberdades é a tônica da história do instituto no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARGÜELLO, Katie Salles Cáceres (org.). Direito e democracia. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- ARRUDA JR., Edmundo de Lima. Racionalidade Jurídica: Direito e democracia. In: ARGÜELLO, Katie Salles Cáceres (org.). Direito e democracia. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 39-54.
- _____. e BORGES Fº, Nilson (org.). Gramsci: Estado, Direito e Sociedade - ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis. Florianópolis: Letras Contemporâneas - CPGD/UFSC, 1995.
- BARROSO, Luis Roberto. Princípios constitucionais brasileiros - ou de como o papel aceita tudo. In: Revista Jurídica Themis. Curitiba: s.ed., 1991, p. 21-39.
- _____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil - promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 3, tomo III.
- BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas - magia e técnica, arte e política. Trad. de Sergio Paulo Rouanet, São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BOLETIM DIEESE, sl., sd, s.ed, dezembro de 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 29, de 1995, de autoria da Deputada Rita Camata. Dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve por servidores civis. Mimeo.

- _____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 30, de 1995, de autoria do Deputado Régis de Oliveira. Complementa e regula o direito de greve, no âmbito do serviço público, envolvendo os agentes estatutários e celetistas da administração direta e indireta. Mimeo.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 339-9, do Rio de Janeiro. Partido Socialista Brasileiro versus Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão de 17 de julho de 1990. DJU, Seção I, edição de 1º de agosto de 1990, p. 7056.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 492-1. Brasília. Procurador Geral da República versus República Federativa do Brasil. Acórdão. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU - Seção I, edição de 16 de novembro de 1992, p. 21.308.
- _____. Supremo Tribunal Federal. MI 20-4/DF. Brasília. Relator: Min. Celso de Mello. In: Revista LTR, São Paulo, vol. 58, nº 06. junho de 1994, p. 647-654.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Autos 2.755.7-SC. Relator: Ministro José Cândido. In: Gênesis - Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, vol. 2, nº 11, novembro de 1993, p. 497-498.
- BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre : Fabris, 1993.
- BRITO Fº, José Cláudio Monteiro de. A sindicalização no serviço público. Curitiba: Genesis, 1996.
- BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: RT, 1980.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Cauloste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1982.
- _____. Direito Constitucional. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1996, 2ª reimpressão.
- _____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos - o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões legislativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.), As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367.

- _____. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, ano 4, nº 15, abril-junho, p.7-17.
- _____. e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- _____. e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do direito. In: Direito em Revista. Revista Quadrimestral da AMATRA, Curitiba 2 (5): abr/agos. 1995, p. 06-13.
- CARDOSO, Eliana Borges. A lei de greve italiana: a busca da harmonização entre os direitos dos trabalhadores e os direitos da comunidade. In: Revista LTr, vol. 55, nº 5, maio de 1991, p. 571-576.
- CARVALHO, Antonio Ferreira de. Os servidores públicos e os direito coletivos. In: Síntese Trabalhista, Porto Alegre, ano VII, nº 85, julho de 1996, p. 31-32.
- CARVALHO, Suzete. Greve - uma questão sempre polêmica. In: Revista LTr, São Paulo, vol. 57, nº 07, julho de 1993, p. 825-833.
- CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. 34ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1993.
- _____. A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1995.
- _____. O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- _____. Temas de direito constitucional — e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática Constitucional emancipatória). In: Anais do Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, realizado no Rio de Janeiro, de 07 a 09 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Seleções Jurídicas COAD/ADV, 1994, nº 01/94, p. 45-51.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Normas jurídicas. In: Revista de Direito Público. São Paulo : RT, 1986, nº 78, abril - junho, ano XIX, p. 18-52.

COSTA, Moacir Lobo da. A greve nos serviços públicos. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 154, jul/ago. 1954, p. 29-47.

COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci - um estudo sobre o seu pensamento político. 2ª ed., Rio de Janeiro: Campus.

_____ e NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). Gramsci e a América Latina, 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

DUARTE, Claudio Hiran Alves. Direito de greve dos servidores públicos. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 10, nº 09, setembro de 1994, p. 537-541.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O direito de greve. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 154, jul/ago. 1954, p. 12-17.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: RT, 1980.

_____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. A ciência do direito. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Greve do servidor público. In: Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, vol. 6, setembro de 1995, p. 723-731.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Dicionário básico Aurélio da língua portuguesa. Rio de Janeiro-São Paulo: Nova Fronteira - Folha da Manhã, 1994-1995.

- FONSECA, Antonio Bosco da. Servidores públicos - dissídios individuais e coletivos - competência - possibilidade jurídica do acolhimento das reivindicações. In: Revista LTr, São Paulo, vol. 56, nº 10, outubro de 1992, p. 1175-1176.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. In: Seqüência - estudos políticos e jurídicos, Florianópolis, ano 16, nº 30, junho de 1995, p. 100-105.
- _____. Sonho e direito. In: Revista da Procuradoria Geral do INSS, Brasília, vol. 3, nº 1, abr/jun. 1996, p. 48-63.
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. Walter Benjamin - os cacos da história. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- GRAMSCI, Antonio. Maquiavel, a política e o Estado Moderno. Trad. de Luiz Mario Gazzaneo, 6ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.
- _____. Cartas do cárcere. Trad. de Noêmio Espíndola, 4ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 — interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1991.
- GRUPPI, Luciano. Tudo começou com Maquiavel - as concepções de Estado em Marx, Engels, Lenin e Gramsci. Trad. de Dario Canali, 12ª ed., Porto Alegre: L&PM Editores, s.d.
- GUERRA Fº, Willis Santiago (org.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HASSON, Roland. Sindicalização dos servidores públicos - aspectos da Constituição de 1988. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1996.
- HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. 2ª ed. Trad. de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. A força normativa da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- JAPIASSU, Hilton. As paixões da ciência. São Paulo: Letras & Letras, 1991.
- KONDER, Leandro. Walter Benjamin - o marxismo da melancolia. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

- LAMARCA, Antonio. O direito de greve dos servidores públicos na Constituição Federal de 1988. In: TEIXEIRA Fº, João de Lima (org.). Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 1989, p. 511-517.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito de greve no Brasil - aspectos sociais, econômicos e políticos de uma perspectiva weberiana. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 16, nº 64, out/dez. de 1979, p. 221-234
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Poder constituinte reformador - limites e possibilidades da revisão constitucional. São Paulo: RT, 1993.
- LUCA, Carlos Moreira de. Negociação coletiva no serviço público e disciplina da greve em serviços essenciais na Itália. In: Revista LTr, vol. 55, nº 11, novembro de 1991, p. 1299-1304.
- MACCIOCHI, Maria-Antonieta. A favor de Gramsci. Trad. de Angela Peralva, 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.
- MAGALHÃES, Francisco Solano de Godoy. Serviço público - ilegalidade da greve e a decisão do Supremo. In: Informativo Consulex, Brasília, ano VIII, nº 31, agosto de 1994, p. 782-781.
- MAGANO, Octavio Bueno. Política do trabalho. São Paulo, LTr, 1992.
- MALISKA, Marcos Augusto. Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Fº, Nilson (org.). Gramsci: Estado, Direito e Sociedade - ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis. Florianópolis: Letras Contemporâneas - CPGD/UFSC, 1995, p. 71-97.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto e método. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990, vol. I.
- _____. Manual de direito constitucional. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, vol. IV.

- MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. In: Revista de Direito Público, São Paulo, 1991, nº 99, p. 115-127.
- MONTEIRO, Roberto Carlos Fernandes. Greve e sindicalização dos servidores públicos. In: Jurisprudência Brasileira Trabalhista, Curitiba, vol. 33, p. 59-66.
- MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. Peter Naumman. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- _____. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos. In: Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado de 4 a 8 de setembro de 1994, em Foz do Iguaçu. Trad. de Peter Naumann, s.l., s.ed., s.d, p. 100-106
- _____. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Trad. de Luis Villacorta Mancebo, Separata da Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 1989, nº 27, p. 111-126.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito sindical. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. História do direito de greve no Brasil. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, São Paulo, vol. 1, nº 1. 1993, p. 23-36.
- _____. Curso de direito do trabalho. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- NUNES, Amandino Teixeira. Sindicalização, negociação coletiva e direito de greve dos servidores públicos. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, nº 130, abr/jun. 1996, p. 55-67.
- PEREIRA, Antonio Miguel. A greve do servidor público. In: Revista do TRT da 15ª Região, Campinas, nº 02, jan/jun. de 1992, p. 71-72.
- PERONE, Gian Carlo. A ação sindical nos estados-membros da União Européia - lições. Trad. de Edilson Alkmin Cunha, São Paulo: LTr, 1996.
- PINTO, Almir Pazzianoto. O servidor público civil - sindicalização - direito de greve. In: Revista LTr., São Paulo, vol. 54, nº 02, fevereiro de 1990, p. 157-159.
- PINTO Jr., Dirceu B. Greve e sindicalização dos servidores públicos. In: Jurisprudência Brasileira Trabalhista, Curitiba, vol. 32, p. 17-20.
- POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo. Trad. de Rita Lima, 3ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1990.

REBACK, Andyara Maria Muniz. Greve no serviço público. In: Genesis - Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, nº 42, junho de 1996, p. 753-761.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Civis. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. Servidor público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve. In: Revista LTr, São Paulo, vol. 56, nº 07, julho de 1992, p.789-808.

ROSA, Lédio Andrade da. Magistratura e democracia. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Fº, Nilson (org.). Gramsci: Estado, Direito e Sociedade - ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis. Florianópolis: Letras Contemporâneas - CPGD/UFSC, 1995, p. 119-140.

ROUANET, Sergio Paulo. As razões do iluminismo. 3ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SANTOS, Roberto Araújo de Oliveira. Uma contribuição sociológica à teoria jurídica da greve. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, São Paulo, vol. 1, nº 1, 1993, p. 117-132.

SILVA, Antonio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Carlos Medeiros. Greve - tentativa de instigação - servidor público - insubordinação grave em serviço - parecer. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 154, jul/ago. de 1954, p. 79-81.

SILVA, Dimas Salustiano da. Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades negras remanescentes de quilombos. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1996.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2.ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.

SILVA, Luiz Marlo de Barros e. Direito de greve - aspectos históricos, políticos e constitucionais. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1994.

SIMIONATTO, Ivete. Do oriente ao ocidente: a Teoria do Estado Ampliado. In: ARRUDA Jr., Edmundo de Lima e BORGES Fº, Nilson (org.). Gramsci: Estado, Direito e Sociedade -

ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis. Florianópolis: Letras Contemporâneas - CPGD/UFSC, 1995, p. 141-160.

STUMM, Raquel Denize. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Limitações ao direito de greve. In: Revista LTr, vol. 53, nº 1, janeiro de 1989, p. 28-30.

_____, VIANA, Segadas e MARANHÃO, Délio. Instituições de direito do trabalho. 15ª ed., atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Jr., São Paulo: LTr, 1995.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de direito constitucional. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.), As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEIXEIRA Fº, João de Lima (org.). Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 1989.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

VILHENA, Paulo Emílio Brito de. Greve e atividade essencial - evolução conceitual. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 19, nº 73, jan/mar. 1982, p. 205-226.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil. São Paulo: Acadêmica, 1989.