

Renata Dutra
Sidnei Machado
(Orgs.)

O SUPREMO e a REFORMA TRABALHISTA

A construção jurisprudencial
da Reforma Trabalhista
de 2017 pelo Supremo
Tribunal Federal



Os textos, em sua maioria, são fruto de debates produzidos no Seminário “A Construção Jurisprudencial da Reforma Trabalhista pelo STF”, realizado pela REMIR, em formato virtual, nos dias 9 a 13 de novembro de 2020 – semana que marcou os três anos de vigência da Reforma Trabalhista. Os artigos, em seu conjunto, traçam um panorama da atuação do Supremo em temas de relações de trabalho, desde uma perspectiva crítica e historicamente situada nessa dimensão de um conjunto de jurisprudência. Embora coerente com determinadas concepções sobre trabalho, justiça e o papel do Estado na regulação dos conflitos decorrentes das relações de trabalho, essa jurisprudência representa um movimento de tensão e ruptura com o projeto da Constituição de 1988. A obra coletiva é abrangente das decisões mais significativas do STF no período, muito representativa de um corpo de doutrina da jurisprudência da Corte na última década. As decisões judiciais que foram objeto de análise demonstram precisamente a inflexão havida na jurisprudência do STF que pavimentou o caminho para a reforma de 2017 e criou uma forte tensão com o sentido e o projeto da Constituição de 1988.

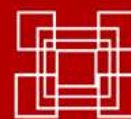
Os Organizadores

REMIR
Trabalho

Rede de Estudos e Monitoramento
Interdisciplinar da Reforma Trabalhista



clínica
direito do
trabalho



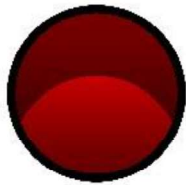
OBSERVATÓRIO
TRABALHISTA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



editora  **fi.org**



O Supremo e a Reforma Trabalhista



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Leandro Cordioli

ULBRA, Brasil

O Supremo e a Reforma Trabalhista

A construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017
pelo Supremo Tribunal Federal

Organizadores
Renata Dutra
Sidnei Machado



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Fotografia de Capa: Nelson Jr./SCO/STF (24/02/2010)

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Ciências Jurídicas & Sociais — 96

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.)

O Supremo e a Reforma Trabalhista: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal [recurso eletrônico] / Renata Dutra; Sidnei Machado (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

513 p.

ISBN - 978-65-5917-159-0

DOI - 10.22350/9786559171590

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. STF; 2. Reforma Trabalhista; 3. Jurisprudencial; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Capítulo 8

O STF e a greve no serviço público: o caso dos dias de greve

Miguel Gualano de Godoy¹
Sidnei Machado²

1. Introdução

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o alcance do direito de greve dos servidores públicos, tomada no Recurso Extraordinário 693.456, com repercussão geral, atinge o âmbito básica de proteção do direito fundamental de greve dos servidores públicos. A paradigmática decisão do STF, de 27 de outubro de 2016, com impactos diretos na fixação de limites do direito de greve, cria limites e restrições ao exercício da greve dos servidores não previstos no texto da Constituição de 1988.

É fundamental uma retomada da decisão do STF para agregar um aporte à teoria dos direitos fundamentais, pois a discussão, do ponto de vista das normas trabalhistas e da regulação da greve, parece estar bem posta no acórdão, e ainda mais bem evidenciada nos votos vencidos do julgamento. O ponto de partida dessa reflexão são os direitos fundamentais. Com esse aporte se pretende inserir a decisão dentro de um

¹ Professor adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFPR, com período de estudos e pesquisas na Harvard Law School e na Universidade de Buenos Aires (UBA). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP. Autor dos livros: *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais* (Ed. Fórum, 2017); *Caso Marbury v. Madison: uma leitura crítica* (Ed. Juruá, 2017); *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella* (Ed. Saraiva, 2012). Ex-assessor de ministro do STF. Advogado.

² Professor associado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (Capes 6). É pesquisador e líder do Grupo de Pesquisa Clínica de Direito do Trabalho (PPGD/UFPR). É colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR. Doutor em Direito (UFPR), com pós-doutorado na Université Paris Nanterre. Advogado.

quadro mais amplo do direito fundamental de greve e, assim, oferecer uma fundamentação complementar, não enfrentada no julgamento, e que revela o desacerto da decisão tomada pelo STF, possibilitando, desse modo, a rediscussão do tema e da própria decisão a partir de então prevalecente.

A questão central dessa reflexão é o âmbito do exercício do direito de greve, embora naturalmente contemple (e pressuponha) o difícil contexto do livre exercício desse direito pelos servidores e pelos trabalhadores em geral do setor privado. O recurso à greve tem um fundamento político central na democracia, que expressa uma pluralidade de interesses na sociedade em permanente tensão e conflito; é também um fato social, expressão da autonomia coletiva do sindicato.

Nesse debate insere-se a discussão sobre a necessidade de regulamentação da greve dos servidores públicos no Brasil – omissão legislativa que perdura desde a Constituição de 1988 –, para que se estabeleça os mecanismos de garantia do exercício pleno do direito de greve, seus limites e a relação entre servidores públicos e a administração pública. Por isso, quando refletimos sobre a greve a partir do Direito, estamos buscando identificar no âmbito de sua regulação o seu conteúdo e alcance nos campos legislativo e jurisprudencial.

Por outro lado, a simples invocação da liberdade do exercício de direito de greve o torna teoricamente um direito frágil, visto que ele é alvo de sistemáticos ataques na relação assimétrica entre servidores e administração, assim como é também exposto aos riscos de restrição pela jurisdição constitucional e seus excessos de ativismo judicial, que atua à margem e contra o sentido da Constituição.

Nessa perspectiva ampla, apoiando-nos na metodologia de análise de conteúdo de decisões judiciais, sistematizamos os elementos centrais da argumentação judicial empregada, para compreender a significância da decisão.

O texto está dividido em três partes: a primeira, com apresentação do caso e seus elementos; a segunda, com a discussão teórica sobre o direito de greve; e a terceira, com as indicações dos problemas interpretativos da decisão do STF. O artigo demonstra os problemas na fundamentação da Corte e, conseqüentemente, o erro em sua decisão, baseada em uma interpretação que está em desacordo com a Constituição.

2. O caso concreto

O Recurso Extraordinário teve origem na impetração de um mandado de segurança coletivo por parte da Associação dos Profissionais de Educação da Faetec (APEFAETEC), pedindo que a Fundação de Apoio à Escola Técnica se abstinhasse de descontar dos salários de seus servidores o valor correspondente aos dias da greve realizada entre 14 de março e 9 de maio de 2006. A greve de quase dois meses tinha sido motivada pela ausência de recomposição das perdas inflacionárias dos servidores pela Administração Pública.

A sentença de primeira instância julgou improcedentes os pedidos e denegou a segurança, autorizando os descontos pelos dias parados em razão da greve. No entanto, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) alterou a sentença e reconheceu a ilegalidade do desconto nos vencimentos, já que a paralisação ocorreu para o exercício de um direito constitucional – o direito de greve, que também se aplica aos servidores públicos. Contra essa decisão do TJ-RJ, a Fundação interpôs no STF o Recurso Extraordinário (RE) 693.456, distribuído em 14 de novembro de 2011 ao ministro Dias Toffoli, que reconheceu a repercussão geral em 16 de março de 2012 (Tema 531)³. O julgamento iniciou-se em 2015, com o voto do relator, ministro Dias Toffoli, mas, em razão de pedido

³ BRASIL, 2017.

de vistas do ministro Luís Roberto Barroso, foi concluído somente em 2016. O acórdão, publicado em 19 de outubro de 2017, contém 176 páginas, com os votos de todos os ministros da Corte.⁴

2.1 A controvérsia interpretativa

O problema e a questão controvertida dizem respeito à constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve de servidor. A greve tem previsão no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, porém não foi regulamentada em lei, ou seja, não há lei que autorize expressamente os descontos dos dias parados. O que se extrai da Constituição é a previsão ampla de que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação da EC 19/1998)”. Com isso, a questão posta é sobre a correta interpretação da Constituição, ou, dito de outro modo, se o desconto nos salários viola o art. 37, inciso VII, da Constituição.

A matéria controvertida se insere no âmbito da linha evolutiva de diversos julgamentos anteriores no STF sobre o direito de greve, dentro da mesma problemática sobre os efeitos da omissão legislativa a respeito do tema – em especial a decisão da Corte no Mandado de Injunção nº 708, em 2007. Nesse julgamento, o STF reconheceu a omissão legislativa e admitiu o exercício do direito,⁵ mas pouco depois, em 2009, uma decisão monocrática do ministro Eros Grau restringiu a greve para os policiais civis.⁶

⁴ BRASIL, 2017.

⁵ BRASIL, 2008. É o caso do ARE 657.385, relator ministro Luiz Fux, j. 29-2-2012, decisão monocrática, DJE de 13-3-2012. Outros julgados relevantes: RE 456.530 ED, relator ministro Joaquim Barbosa, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011. ADI 3.235, relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes, j. 4-2-2010, P, DJE de 12-3-2010

Rcl 6.568, relator ministro Eros Grau, j. 21-5-2009, P, DJE de 25-9-2009

⁶ BRASIL, 2018a.

De todo modo, para a Corte, a questão posta em 2016 foi a de atribuir significado ao texto constitucional, dentro da moldura do direito de greve e em harmonia com a jurisprudência do próprio STF.

2.2 A decisão

Submetido a julgamento em Plenário do STF, o Recurso Extraordinário teve resultado paradigmático na forma e no mérito. A decisão contrária aos servidores públicos, por maioria de 6 (seis) votos a 4 (quatro), fixou a tese vencedora de que a administração pública deve fazer o desconto dos salários dos servidores em greve. A maioria na Corte foi formada pelos ministros Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Os quatro votos vencidos foram dos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Primeiro, o caso foi relevante sob o aspecto formal, porque, iniciado o julgamento em 2 de setembro de 2015, o Supremo decidiu em questão de ordem que, uma vez reconhecida a repercussão geral do recurso, não cabe pedido de desistência. Importante recordar que nesse momento do julgamento ainda não havia entrado em vigor o novo Código de Processo Civil, que resolveu essa questão em seu art. 998, parágrafo único, ao dispor que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

No mérito da discussão, o STF partiu da premissa básica de que o exercício do direito de greve por servidor público corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Assim, mesmo que a greve não seja abusiva, a regra decorrente dessa premissa é a de que se deve dar o desconto dos dias não trabalhados. O desconto só não pode ser realizado se a greve tiver sido provocada (1) por atraso no pagamento ou (2) por outras situações

excepcionais que justifiquem o afastamento da relação funcional com o Poder Público como, por exemplo, a realização de condutas recrimináveis pela Administração Pública, ou quando houver negociação para a compensação dos dias parados ou para o parcelamento dos descontos.

A partir dessas balizas, o STF fixou então a seguinte tese:

A administração pública deve proceder aos descontos dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.⁷

Em suma, a decisão reitera a jurisprudência da constitucionalidade do direito de greve fixada em 2007; contudo, entende não haver ilegalidade no desconto dos dias parados, salvo poucas exceções a essa regra.

A decisão do STF sobre o exercício do direito de greve resulta em nova ambivalência sobre o direito fundamental, na medida em que reconhece o direito, mas admite limitações severas ao seu exercício, com motivações que não são suficientes para justificar a restrição.

2.3 As motivações

O voto do ministro Dias Toffoli, relator do caso, parte do pressuposto de que o reconhecimento do direito de greve pelos servidores pode sofrer restrições, fazendo referência às limitações já impostas pela Lei 7.783/89 e ao precedente de 2009 do STF, que já havia proibido a greve para os policiais civis.⁸ Nessa linha argumentativa, o voto justifica o regramento dos dias de paralisação da greve dos servidores como um “afastamento”

⁷ BRASIL, 2017.

⁸ BRASIL, 2009.

não remunerado do servidor, que, no raciocínio do ministro, seria equivalente à “suspensão do contrato de trabalho” para definir, no setor privado, a ausência de remuneração por trabalho não prestado. Disso, concluiu que o desconto dos salários é um ato vinculante do gestor.

No entanto, embora na mesma linha argumentativa de Dias Toffoli, o ministro Barroso foi além para sustentar a tese de que administrador público não só pode, mas tem o dever de cortar o ponto: “O corte de ponto é necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências”⁹.

O que se depreende dos dois votos condutores que conquistaram a maioria na Corte é que as razões de decidir tiveram como fundamento e inspiração a aplicação do art. 7º da Lei nº 7.783/89. De fato, esse dispositivo estabelece que a participação em greve suspende o contrato de trabalho, o que conduziu à conclusão da Corte de que a suspensão da prestação de serviços implicaria necessariamente a ausência de remuneração como regra, ou ainda nos termos da tese fixada: “A administração pública deve proceder ao desconto dos dias (...)”¹⁰.

Com essa referência normativa, a Corte optou por uma distinção entre os efeitos da suspensão e aqueles da interrupção do contrato, hipótese da sistemática das relações de trabalho que permite o pagamento de salário, aplicável pela jurisprudência do TST para as greves no setor privado.

2.3.1 A divergência

A divergência na Corte foi aberta pelo ministro Edson Fachin, que sustentou a dissociação entre o exercício do direito de greve no setor

⁹ BRASIL, 2017.

¹⁰ BRASIL, 2017.

privado e no setor público, em razão das peculiaridades que distinguem a relação entre servidores e administração pública, em especial as dificuldades de exercício da negociação coletiva.

Argumentou o ministro Edson Fachin que os descontos não podem dar-se por ato unilateral e discricionário do administrador e que apenas ordem judicial pode determinar o corte do pagamento. Em seu raciocínio, a adesão do servidor público a movimento grevista não representa opção econômica de renúncia ao pagamento, porque a greve é seu principal instrumento de reivindicação frente ao Estado. Por ser um fator essencial na relação jurídica instalada a partir da deflagração do movimento paredista, a suspensão do pagamento não pode ser decidida unilateralmente.

A linha de raciocínio da divergência é que se o direito de greve é constitucionalmente garantido, não se poderia impor condições ao seu exercício. O ministro Lewandowski ressaltou que os constituintes de 1988 garantiram ao servidor público o direito de greve, mas até hoje o Congresso Nacional não legislou sobre o tema. “Não há lei específica. Não há nenhum comando que obrigue o Estado a fazer o desconto no momento em que for deflagrada a greve. Em face dessa lacuna, o STF mandou aplicar ao serviço público a lei que rege a greve no setor privado”¹¹, lembrou o ministro Lewandowski.

Para Lewandowski, não se poderia aplicar ao servidor público o artigo 7º da Lei de Greve (Lei 7.783/1989), que prevê a suspensão do contrato de trabalho, porque o servidor público não tem um contrato de trabalho, mas sim uma relação estatutária com o Estado.

¹¹ BRASIL, 2017.

3. A greve como direito fundamental

O reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos no Brasil é fruto de longo caminho de resistências normativas e constitucionais até a sua previsão na Constituição de 1988.

3.1 Da negação à previsão constitucional

A década de 1930 é marcada pela emergência dos direitos trabalhistas do Estado Novo, mas logo em 1932 a greve, por medida de segurança nacional, foi proibida (Lei nº 38/32). Na Constituição de 1937, a greve e o *lockout* são considerados “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional” (art. 139). O Código Penal de 1940 tipificou a greve como um delito. A Justiça do Trabalho, criada em 1939 (Decreto-Lei nº 1.237/39), previu duras punições aos trabalhadores que participassem de movimentos grevistas, como a suspensão, a despedida por justa causa e a aplicação de pena de detenção. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na redação original dos artigos 723 e 724, chegou a prever a greve como uma prática delituosa.

Na Constituição de 1946 (art. 158) é que se institui a possibilidade de ser “reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Foi nesse contexto que o Decreto-Lei nº 9.070/46 garantiu o reconhecimento do direito de greve no Brasil, mas não extensível às atividades fundamentais. A regulação da greve em lei se deu em 1964, em plena ditadura militar, com a Lei nº 4.330 que, pelas restrições que impunha, foi conhecida como a “Lei da Greve”.

A Constituição Federal de 1967 assegurou o direito de greve dos trabalhadores do setor privado (art. 158, inciso XXI), mas não aos servidores públicos, ao dizer expressamente que: “não será permitida

greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”¹² (art. 157, § 7º). O Decreto-Lei nº 1.632/78 e a Lei nº 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional) também proibiram a greve nos serviços públicos e atividades essenciais.

O que se constata por esse itinerário normativo é que no Brasil prevaleceu uma concepção estatutária do emprego público, diferenciando-se da natureza contratual afeta às relações privadas de trabalho, para demarcar a supremacia do interesse geral do Estado em relação aos direitos de cidadania.

O fato é que o direito de greve dos servidores é reconhecido pela OIT, que o vincula com a liberdade sindical e o direito à sindicalização. Diversos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro reconhecem o direito de greve como um direito fundamental dos trabalhadores, em especial a Convenção nº 151 da OIT (art. 8º) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, 1, d).

3.2 A omissão legislativa

Depois de um longo caminho de proibição e restrição à greve no serviço público, a Constituição de 1988 a reconheceu como um direito. A regulação do direito de greve dos servidores públicos é uma promessa não cumprida desde 1988, ou seja, há mais de trinta anos.

Ao mesmo tempo que a Constituição de 1988 garantiu a greve no setor privado (art. 9º), também reconheceu expressamente esse direito aos servidores públicos civis: “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”¹³ (art. 37, inciso VII). Na redação anterior à Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a greve era condicionada à lei complementar. Contudo, transcorridas três décadas, não ocorreu a

¹² BRASIL, 1967.

¹³ BRASIL, 1988.

edição do necessário ato legislativo para regulamentar o exercício da greve.

A jurisprudência do STF tem entendido que é necessário lei para o exercício desse direito, ou seja, que a norma constitucional tem eficácia limitada. A realidade que deve ser levada em conta, todavia, é a de que, desde 1988, inúmeras greves vêm sendo realizadas, sem que a Administração Pública busque punir seus servidores. Também preocupa a inoperância do Poder Legislativo, que, mesmo depois de tantos anos da promulgação da Carta Magna, nada fez a respeito. Nesse sentido, decidiu o STF, no Mandado de Injunção Coletivo nº 20, julgado em 19/05/1994, que: “O artigo 37, VII, da CB/88, que assegura o direito de greve ao servidor público não é auto-aplicável”¹⁴. Desde a data desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal já denuncia a omissão legislativa em regulamentar o direito de greve, porém sem avançar em colmar a lacuna legislativa, limitando-se a justificar que a norma é de eficácia limitada.¹⁵

Mas greve não é qualquer paralisação. É paralisação por demandas trabalhistas, pretensão de defesa de direitos dos trabalhadores, ajuste do contrato de trabalho firmado por interesses contrapostos (prestação de trabalho *versus* remuneração que requer ajustes). É, pois, uma paralisação qualificada. E tanto é assim que recebe nomenclatura especial e especial local de previsão e proteção: a greve como direito fundamental previsto no art. 9º e art. 37, VII, da Constituição. A greve como direito fundamental tem como suporte fático uma série de medidas. A principal delas é, sem dúvida, a paralisação do trabalho.

O âmbito de proteção do direito fundamental à greve abarca, assim, justamente a possibilidade de se parar o trabalho. E que essa possibilidade

¹⁴ BRASIL, 2008.

¹⁵ BRASIL, 1994.

de paralisação do trabalho não seja impedida ou afetada por uma intervenção sem amparo na Constituição. Vale dizer, a paralisação só poderia ser mitigada se houvesse fundamentação constitucional para tanto. Mas não há.

Assim, a premissa é a possibilidade de realização da greve – suporte fático composto por um âmbito de proteção que abarca a paralisação do trabalho –, a possibilidade de parar e não ser retaliado pelo exercício da greve. Isso significa poder paralisar o trabalho e não ter, *a priori*, os vencimentos descontados, salvo se a greve vier a ser considerada abusiva e/ou ilegal por um tribunal.

4. O erro da decisão do STF

A ausência de uma regulação do direito de greve em lei que assegure o seu exercício abriu caminho para a ampla judicialização do conflito coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, que, pouco a pouco, vai preenchendo o vazio normativo com decisões judiciais, muitas delas contraditórias, que vão de temas sobre o âmbito subjetivo da greve aos limites do exercício do direito, dentro das sempre imprecisas balizas da legalidade e ilegalidade ou abusividade do movimento. Dentro desse leque de restrições, um tema central é o direito ao salário no período da greve, quando suspensa a prestação de trabalho.

4.1 Limites da Lei de Greve

A literatura jurídica e a jurisprudência nacional e comparada têm reiterado o argumento de que a greve, ainda que legal, como regra, implica suspensão do pagamento de salários. O argumento de base recorrente é o direito de obrigações do contrato, que compreende que a suspensão do contrato de trabalho e a ausência de trabalho dispensam a contraprestação de pagamento, já que o trabalho não foi realizado. Uma segunda linha de

motivação de que se vale essa doutrina é a de que a greve pressupõe um dano e um sacrifício ao trabalhador que a ela adere.

Essa regra geral, no entanto, tem recebido frequentes exceções, previstas no direito positivo ou fruto de construções jurisprudenciais. As principais exceções são as hipóteses de greve por conduta ilícita do empregador ou quando a greve é declarada legal por um tribunal, condições em que os salários seriam devidos durante a paralisação. No Direito do Trabalho brasileiro, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais especializados da Justiça do Trabalho orientam-se por essas diretrizes básicas entre regra e exceção.¹⁶ Em relação à análise específica de casos de greve de servidores públicos, os tribunais seguiam a mesma orientação.¹⁷

Revisitando a legislação infraconstitucional brasileira, constata-se que, diferentemente da lei anterior, de 1964, a atual lei de greve (Lei 7.783/89), de 1989, não determina o desconto dos dias parados durante a greve. Pela regra do artigo 7º, a greve suspende o contrato de trabalho, mas “devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho”¹⁸. Desse modo, o pagamento ou não dos dias parados não decorre da aplicação da Lei nº 7.788/89, uma vez que a regulação foi delegada às partes, mediante negociação coletiva e, em caso de impasse, via deliberação judicial. Do ponto de vista dogmático do Direito do Trabalho, a lei brasileira não autoriza o empregador a, em ato unilateral, promover o desconto dos salários dos dias de greve. Esse procedimento da

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SDC do TST, RO DC 17.956/90.4-15ª R., j. 17.9.91, relator Antonio Amaral, DJU 1 19.12.91, p. 18.884. A Orientação Jurisprudencial 10 da SDC do TST menciona que “é incompatível com a declaração de abusividade de movimento grevista o estabelecimento de quaisquer vantagens ou garantias a seus partícipes, que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., Recurso Especial 1450.265-SC, j. 18.6.2014, relator ministro Mauro Campbell Marques.

¹⁸ BRASIL, 1989.

lei tem sido observado pela Justiça do Trabalho na análise e fixação da possibilidade de descontos. Quando autorizados os descontos, com frequência o TST recorre a critérios que atendam à regra da proporcionalidade.

Apesar da insuficiência da regulação da lei brasileira, o tratamento para os descontos dos dias parados tem um sentido de evitar que ele seja ato unilateral, com a finalidade de preservar o trabalhador de potencial retaliação, punição, represália que possam esvaziar o direito de greve.

4.2 Limites não previstos na constituição

O raciocínio subjacente ao julgamento do Recurso Extraordinário pelo STF, que se constata nas justificativas dos votos vencedores, é o de que se a greve é paralisação, não há trabalho e, se não há trabalho, não há pagamento devido, salvo se a greve for decorrente de conduta ilícita do Poder Público. Mas esse raciocínio se fundamenta em uma contradição que, numa tacada só, reconhece o direito de greve, mas ao mesmo tempo o viola, ao permitir o automático e obrigatório desconto dos vencimentos pelos dias parados.

O que o STF fez foi inverter a premissa que fundamenta o exercício do direito fundamental de greve dos servidores públicos: se greve é paralisação, e paralisação é não trabalho, então não se justifica, *a priori*, o pagamento dos vencimentos. O problema desse argumento é que ele desloca o fundamento da abusividade e ilicitude da greve como premissa da paralisação. Quer dizer, para o STF, o direito à greve implica obrigatoriamente a suspensão do pagamento dos vencimentos, salvo se decorrente de conduta ilícita do Poder Público.

Mas nessa compreensão do Supremo, então o que fundamenta o direito de greve não é mais um suporte fático com um amplo âmbito de proteção, que abarcaria a paralisação do trabalho, já que a paralisação deve

implicar necessariamente o desconto dos dias parados. Ou seja, interromper o trabalho não estaria mais no âmbito de proteção do direito de greve, já que parar o trabalho é ser descontado.

De todo modo, a questão induzida por esse raciocínio do desconto obrigatório representa uma intervenção para a qual não há autorização no texto da Constituição. Ao se descontar os vencimentos, não apenas se mitiga o principal suporte fático do direito de greve, através da diminuição do seu âmbito de proteção (parar o trabalho), como ainda se permite uma intervenção (desconto dos vencimentos) sem fundamento constitucional que a autorize.

Note-se que a jurisprudência precedente do STF, fixada em 2008, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, em razão da omissão administrativa, determina aplicação da Lei 7.783/89, que regula a greve no setor privado, em especial os artigos 1º ao 9º; 14, 15 e 17 da lei.¹⁹ Contudo, apesar do sentido de garantia do exercício da greve dos servidores representado pela decisão de 2008, a observância dessa jurisprudência, nessa provisória e precária regulação, também não é fundamento para autorizar os descontos salariais. Pelo contrário, pois o respeito à jurisprudência, que faz remissão à lei de 1989, exigiria uma aplicação nos termos daquela.

A rigor, a questão central da tese fixada na decisão do STF é que ela não encontra amparo na Constituição, porque fulmina o próprio conteúdo essencial do direito fundamental de greve. Se o STF exclui do âmbito de proteção do direito fundamental o principal modo de atuação para sua efetivação, ele não está apenas esvaziando esse direito fundamental, ele o está violando pela afronta ao que esse direito principalmente busca

¹⁹ Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis (BRASIL, 2008)

estabelecer: um ato que dá concretude ao direito. E o principal ato que dá concretude à greve é parar o trabalho.

Ao se criar uma intervenção que impede o principal ato – parar de trabalhar –, está a violar-se o principal âmbito de proteção do direito fundamental. Há, assim, evidente violação do conteúdo essencial do direito fundamental à greve. O que o STF fez não foi esvaziar o direito de greve, foi efetivamente violar o que constitui o direito de greve em si.

Esvaziamento seria a exclusão, de algum modo, do âmbito de proteção do exercício do direito, e com fundamentação na Constituição para isso. Mas não a exclusão do principal modo de exercício do direito, e sem fundamentação na Constituição para tanto.

O desconto dos vencimentos dos servidores públicos em razão do exercício do direito fundamental de greve retira dos trabalhadores públicos seu meio de subsistência, impõe um auto-sacrifício para que a parte mais fraca de uma relação contratual possa valer-se do principal meio de visibilidade e oitiva, e ainda aniquila o próprio direito fundamental à greve.

A interpretação possível que se deve extrair da aplicação do texto constitucional, combinado com o artigo 7º da Lei nº 7.783/1989, a justificar o desconto e a não compensação dos dias parados, é que essas obrigações sejam regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. A circunstância relevante é que, para os servidores públicos, há impedimento para a aplicação desse dispositivo, visto que o direito à negociação coletiva dos servidores públicos não é exercido plenamente. Apesar da ratificação pelo Brasil, em 2010, da Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁰, sobre as relações de trabalho na Administração Pública, a via da negociação coletiva é restrita,

²⁰ BRASIL, 2013.

já que não se pode firmar acordo ou convenção coletiva com a Administração Pública sem autorização legislativa prévia.²¹

O desconto dos dias de greve não facilita o exercício da liberdade sindical e do direito fundamental de greve, mas produz uma espécie de punição antecipada dos servidores. Mesmo pela exceção contida na tese do STF – para o não desconto dos dias em casos de conduta ilícita da administração ou falta de pagamento de salário –, essa contenção estaria condicionada ao recurso *a posteriori* ao Judiciário, o que não impede a pressão exercida sobre os grevistas por meio do desconto imediato dos salários, condicionado a uma ulterior e sempre tardia decisão do próprio Judiciário.

Por outro lado, a tese dos efeitos da “suspensão do contrato”, que autorizaria o desconto do salário pela Lei 7.783/89, não responde à distinta relação entre servidor e administração, que não é regida por um contrato de trabalho entre particulares, mas por um regime estatutário. Para os servidores públicos, aliás, a Lei 8.112/90, que é o estatuto que os rege, prevê que o desconto de salários ocorre por falta ao serviço por motivo injustificado (art. 44, inciso I). E o exercício da greve não pode ser caracterizado por “motivo injustificado”. Antes da decisão do STF, a prática na administração pública era o desconto dos dias de greve, porém ele se dava apenas mediante autorização do Judiciário, caso a caso.

²¹ Quando da edição da Lei 8.112/90, que instituiu o regime único dos servidores públicos civis, foram previstos, pelo menos, dois pontos importantes, que significavam um avanço no estabelecimento dos direitos sindicais dos trabalhadores da Administração Pública: o direito à negociação coletiva e ao dissídio coletivo (art. 240, alíneas d e e). Entretanto, o STF, em decisão de 12.11.1992, afastou esses avanços através de ADIn 492-1, que, já liminarmente, entendeu pela inconstitucionalidade da extensão aos servidores públicos da Administração direta dos direitos à negociação coletiva e ao ajuizamento de dissídio coletivo, decisão, posteriormente, confirmada no mérito. O fundamento da decisão remete à superada teoria da unilateralidade.

Considerações finais

O STF do século XXI, do Plenário Virtual e dos números fantásticos, fez os trabalhadores públicos regredirem ao início do século XX, quando qualquer reivindicação trabalhista era tratada *a priori* como ilegal e, assim, passível de punição prévia. Nesse caso, infelizmente o Supremo deixou de defender a Constituição, de proteger um direito fundamental, valendo-se de um argumento que não encontra fundamento nem na Carta Magna, nem na teoria dos direitos fundamentais e muito menos na lei de greve e na dinâmica e prática do Direito do Trabalho.

Estamos muito próximos do modelo que tínhamos em 1964, quando a malfadada lei de greve assegurava esse direito, mas impunha tantas restrições que impossibilitavam o seu exercício. Ou, ainda, da solução do presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995, que por decreto fixou as condições da greve, com desconto dos dias parados²².

O exercício regular de um direito não pode ser punido, seja qual for a penalidade aplicável, muito menos com o desconto prévio. O desconto na remuneração dos dias não trabalhados é uma forma de restrição à greve e de punição antecipada. Haverá algum espaço para tutelas preventivas para garantir o pagamento do salário, mas será sempre inseguro e naturalmente precário.

O correto tratamento constitucional deveria vir com uma lei que regulasse a negociação coletiva e a greve no serviço público. Não faz sentido garantir o direito de greve sem garantia de negociação coletiva, que é indissociável dos direitos à associação sindical e à greve.

É preciso superar definitivamente a clássica pré-compreensão autoritária de Estado para ressignificá-la a partir dos anseios e do projeto que culminou na promulgação da Carta de 1988, que consagrou o Estado

²² BRASIL. Presidência da República. Decreto 1.480, de 03.05.1995.

Democrático de Direito no Brasil. Faltou, assim, à nossa Corte Suprema, compreender a questão com a disposição de nela encontrar *uma resposta aos questionamentos da nossa era*.

Referências

BRASIL. **Constituição** (1967). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1967.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 20, Relator(a): ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670, Relator(a): ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Relator(a): ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. Diário da Justiça Eletrônico, 31 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 539.852/SP, relator ministro Eros Grau, publicação DJ 27 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 6.568, Relator o ministro Eros Grau, Plenário, DJe 25 set. 2009.

BRASIL, Decreto 7.944, de 6 de março de 2013. Promulga a Convenção 151 e a Recomendação 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de

Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Diário Oficial da União. Seção 1. Brasília – DF, 2013. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm. Acesso em: 8 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 693456. Requerente: Fundação de Apoio à Escola Técnica – FAETEC. Relator: ministro Dias Toffoli. 2 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328294>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 693.456, relator ministro Dias Toffoli, j. 27-10-2016, P, DJE de 19-10-2017, Tema 531.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 24.597/SP, DJE de 22 maio 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432. Relator originário: FACHIN, ministro Edson Fachin. 11 jun. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314553338&ext=.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção (MI) 670. Relator: ministro Eros Grau. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em 15 jan. 2021.