

COMENTÁRIOS AO JULGAMENTO DA *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.335*: DECRETO ESTADUAL E GREVE

COMMENTS ON THE JUDGMENT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 1,335: STATE DECREE AND STRIKE

FELIPE GONÇALVES FERNANDES

Procurador do Estado de São Paulo desde 2010. Professor de Direito Administrativo, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2009). Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (2014). Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8944-3913>]. felipefernandes_9@hotmail.com

Recebido em: 05.02.2020

Aprovado em: 10.03.2020

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho se debruça sobre o teor do julgamento da *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.335/BA*, no bojo da qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de Decreto estadual que estabelece medidas a serem tomadas pela Administração Pública em caso de deflagração de movimento grevista por parte dos servidores daquela unidade federativa. Realizamos, assim, análise tanto da validade formal quanto da validade material do Decreto, concluindo pela sua juridicidade, em tese, mas não sem a realização de algumas ressalvas no que tange às medidas impostas, em especial aquelas de cunho disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Greve – Servidores Públicos – Decreto – Medidas.

ABSTRACT: The present work deals with the content of the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality 1.335/BA, in the midst of which the Supreme Federal Court recognized the constitutionality of a State Decree that establishes measures to be taken by the Public Administration in case of a strike movement by part of the servers of that federative unit. Thus, we carried out an analysis of both the formal and the material validity of the Decree, concluding by its legality, in theory, but not without making some reservations regarding the imposed measures, especially those of a disciplinary nature.

KEYWORDS: Strike – Public Servants – Decree – Measures.

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 4.264/1995 DA BAHIA. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Cabe ação direta de inconstitucionalidade contra decreto autônomo. 2. Decreto do Governador da Bahia determinante aos secretários e dirigentes da Administração Pública direta de convocação para grevistas reassumirem seus cargos, instauração de processo administrativo disciplinar, desconto em folha de pagamento dos dias de greve e contratação temporária de servidores não contrariam os arts. 9º, 22, inc. I, e 37, incs. VII e IX, da Constituição da República. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente."¹

O julgado em tela consiste em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) em face de Decreto editado pelo governador da Bahia, em 1995, no bojo do qual foram estabelecidas providências a serem tomadas pelos administradores em caso de deflagração de greve por servidores públicos daquela unidade federativa.

No ato normativo impugnado, estabeleceu-se que, em caso de greve no serviço público estadual, deveriam os secretários e dirigentes da Administração Pública direta adotar as seguintes medidas: i) a convocação dos grevistas a reassumirem seus cargos; ii) a instauração de processo administrativo disciplinar; iii) o desconto em folha de pagamento dos dias de greve; e iv) a contratação temporária de servidores. Prevê, ainda, a exoneração dos ocupantes de cargo de provimento temporário e de função gratificada que participarem da greve.

Foi questionada a validade do ato por suposta violação aos artigos 9º, 22, I e 37, VII, da Constituição da República, sendo o pedido julgado improcedente pela maioria dos componentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski e, em parte, o Ministro Roberto Barroso.

Em suma, o principal argumento da requerente se baseou na premissa de que o Decreto teria invadido matéria de competência privativa da União, regulamentando indevidamente o direito de greve do servidor público. Por se tratar de matéria atinente ao direito do trabalho, não caberia ao ente estadual dispor sobre o tema. Além disso, foi ventilado o argumento de que o ato normativo em questão impediria o exercício do direito de greve pelos servidores públicos baianos, ofendendo a garantia constitucional.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, no voto prevalente, o Decreto questionado não cuidaria especificamente do direito de greve do servidor público,

1. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.335/BA. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE. Rel. Min. Cármen Lúcia, 17 de outubro de 2019. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751188911>]. Acesso em: 02.03.2020.

limitando-se a estabelecer medidas estritamente administrativas em caso de movimento paredista na Administração Pública. Não obstante, segundo pontuou, ainda que o fizesse, não versaria sobre direito do trabalho, vez que os servidores por ele abarcados possuem vínculo de natureza estatutária. Por essa razão, não haveria que se falar em usurpação da competência legislativa da União.

Julgou ainda constitucional a determinação dos descontos pelos dias paralisados, bem como a previsão de contratação de servidores temporários para o atendimento de necessidades inadiáveis do serviço público.

Em divergência, o Ministro Edson Fachin julgou padecer o decreto de inconstitucionalidade tanto em âmbito formal quanto material, seja porque o tema careceria de lei específica (“verdadeira cláusula de reserva de lei”), seja porque, no precedente fixado no Mandado de Injunção 670 (que determinou a aplicação analógica da lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos), haveria a previsão de um contingente mínimo de trabalhadores para a continuidade do serviço, mas não o impedimento do exercício do direito de greve. Consignou, assim, que a essencialidade do serviço seria parâmetro para se avaliar a extensão do direito de greve, o que não teria sido observado no Decreto impugnado. Diante disso, registrou que o direito de greve dos servidores da Bahia não restou limitado ou restrito pelo Decreto 4.264/1995, mas *vedado*, com a aplicação irrestrita de penalidades a todas as categorias do serviço público estadual, configurando patente a sua invalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso adotou uma terceira posição, registrando prefacialmente que, da expedição do Decreto (1995) até a data daquele julgamento, houve forte mudança na jurisprudência do Supremo, vez que, na época de sua edição, era dominante a jurisprudência que considerava o exercício de greve no serviço público ilícito, pois não regulamentado. Dessarte, considera o Decreto formalmente válido, mas materialmente inconstitucional no ponto em que determina que serão imediatamente exonerados os ocupantes de cargo de provimento temporário e de função gratificada que participarem do movimento grevista. Tratar-se-ia de sanção e, como tal, partiria do pressuposto de que a greve é ilícita, o que não seria válido no atual momento, diferentemente da época em que o Decreto fora editado. Padeceria do mesmo vício a determinação de instauração de processo administrativo disciplinar para apuração do fato e aplicação das penalidades cabíveis.

O tema se reveste de algumas nuances que precisam ser analisadas: primeiramente, a validade de decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro e, doutra ponta, o conteúdo material do Decreto. Vejamos.

A espécie normativa em questão se identifica com os chamados regulamentos, sobre os quais é bastante elucidativa a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello²:

“No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à origem. Não é tão só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento que os discrimina. Esta característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro.

Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei *inova* em caráter inicial na ordem jurídica.

A distinção deles segundo a matéria, diz o citado mestre, ‘está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...). É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior’”.

Sobre os regulamentos autônomos, cita-se o professor Ricardo Marcondes Martins³:

“Com efeito, no Brasil não há quem sustente a possibilidade irrestrita de regulamentos independentes ou autônomos. Alguns admitem o exercício irrestrito da função legislativa pelo Executivo, desde que haja uma genérica autorização legislativa; ou, em outras palavras, vislumbram a possibilidade ampla e irrestrita dos chamados regulamentos autorizados. Trata-se, entretanto, de infeliz equívoco científico.

Além de não possuir dispositivo similar ao art. 37 da Constituição Francesa, a Constituição de 1988 adota expressamente, no art. 5º, II, o princípio da legalidade e restringe, no art. 84, IV, os decretos regulamentares à fiel execução da lei.

[...]

Essa doutrina, por isso, é inadmissível: regulamentos autônomos e autorizados são vedados pelo sistema jurídico. No Brasil, qualquer aproximação da aqui chamada doutrina francesa é inadmissível.”

2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 348.

3. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 82-83.

Diante dessa lição, admitido o caráter secundário dos regulamentos, seria pertinente questionar a validade do Decreto em questão, afinal, não existe lei específica acerca do direito de greve de servidores públicos naquele Estado.

No entanto, é preciso notar que não se trata de Decreto a regulamentar o exercício do direito de greve em si, tal como faz a Consolidação das Leis do Trabalho ou a Lei 7.783/89. Com efeito, o ato impugnado não estabelece requisitos aos servidores grevistas, tais como quórum de assembleia, manutenção de um mínimo de servidores em atividade ou necessidade de uma tentativa de negociação com o Poder Público. Pelo contrário, as medidas previstas pelo Decreto se direcionam à intimidade da Administração Pública, às medidas a serem tomadas pelos agentes daquela unidade federativa em face da greve, e não como requisito dela. Trata-se, pois, da previsão de medidas reativas a serem tomadas no seio da Administração Pública em decorrência do fato social representado pela greve.

Diante disso, observa-se que não se trata propriamente de um regulamento autônomo, editado à margem da lei. O raciocínio para o caso é outro: em certos casos, é admissível a edição de normas abstratas pelo hierarca, as quais não se confundem com regulamentos, que servirão apenas para evitar que cada subordinada exerça uma ponderação própria nos casos concretos, obstando, assim, decisões contraditórias. Isso limita o exercício de competência do subordinado, mas ainda está dentro do poder conferido ao hierarca, não se confundindo com decreto autônomo nem com a eliminação total de discricionariedade. Neste sentido a doutrina⁴:

“É possível a edição de *normas abstratas* por outros agentes públicos, desde que na função de hierarcas: são introduzidas por *portarias* ou *instruções*. Essas normas, porém, não são *regulamentos*: não se destinam a tornar possível o cumprimento da ponderação legislativa, mas, sim, a *disciplinar* o cumprimento das funções pelos *subordinados*. Elas têm, portanto, apenas efeitos internos, restringem-se à relação funcional dos servidores, estabelecem deveres aos subordinados. Decorrem da *hierarquia*, da prerrogativa do hierarca de disciplinar a forma como os subordinados devem cumprir suas atribuições. Como o chefe do Executivo é ocupante do posto mais alto da hierarquia do Poder Executivo, ele também tem a prerrogativa de editar essas normas, e o faz por *decreto*.”

Como se vê, portanto, é juridicamente possível enquadrar o Decreto em questão como o mero estabelecimento de disciplina do Chefe do Poder Executivo aos

4. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 110.

seus subordinados. Conforme dito acima, as medidas não vedam que os servidores exercitem o direito de greve (nem mesmo versam sobre ele), mas padronizam a postura da Administração Pública em caso dele.

É normal que, diante da excepcionalidade de um movimento paredista, os servidores responsáveis se sintam inseguros em relação às medidas que devem ser adotadas. A paralisação de serviços públicos, por si só, tem a potencialidade de causar graves convulsões sociais, de modo que o estabelecimento de uma disciplina prévia pode facilitar a contenção (ou minoração) dos danos à população por parte dos administradores.

Desse modo, conclui-se que o ato em questão não consiste em regulamento autônomo, vez que não cria direitos nem obrigações ao arrepio da lei: trata-se, em verdade, do exercício de atividade de organização de procedimentos no seio da Administração Pública, prerrogativa que decorre do próprio regime jurídico administrativo.

Pelas razões acima expostas, opinamos pela validade formal do Decreto. No plano da materialidade, passamos a investigar as medidas determinadas, recapituladas na sequência: i) a convocação dos grevistas a reassumirem seus cargos; ii) a instauração de processo administrativo disciplinar; iii) o desconto em folha de pagamento dos dias de greve; iv) a contratação temporária de servidores; v) exoneração dos ocupantes de cargo de provimento temporário e de função gratificada que participarem da greve.

Em primeiro plano, a convocação dos grevistas a reassumirem seus cargos é medida salutar a ser tomada pelo administrador. É importante notar que não se fala em ameaça ou imposição de penalidade, mas no dever funcional do hierarca de dialogar com os subordinados para que esses retomem seus postos, o que vai ao encontro do princípio da continuidade do serviço público. Nesse ponto, importante lembrar que a lei de greve da iniciativa privada estabelece a negociação prévia como requisito para a regularidade do movimento paredista (art. 3º, Lei 7.783/89). Desse modo, estabelecer que o hierarca simplesmente convoque os servidores ao retorno das atividades não parece extrapolar a competência do Chefe do Poder Executivo.

Sobre a instauração de processo administrativo disciplinar, é imprescindível a realização de uma interpretação conforme a Constituição. Ora, o texto constitucional garante o direito de greve aos servidores públicos. Se esse é assegurado, a instauração de processo disciplinar, automaticamente, seria medida violadora do Texto Maior, vez que trataria a greve como ilícito de per se. Desse modo, a interpretação mais consentânea seria no sentido de instauração de apurações preliminares, se (e somente se) houvesse indícios da prática de infrações disciplinares.

Na verdade, qualquer indício de violação aos deveres funcionais tornaria a apuração obrigatória, e não uma faculdade do administrador, razão pela qual a disposição se torna até despcienda. Não obstante, a instauração tão-somente pelo exercício do direito de greve configuraria clara prática antissindical e, como tal, contrária ao texto constitucional.

No que tange ao desconto em folha de pagamento pelos dias paralisados, trata-se de medida que decorre do ordenamento jurídico: conforme artigo 7º da Lei 7.783/89, a participação em greve suspende o contrato de trabalho. Por definição, a suspensão do vínculo envolve a não prestação de serviços *sem o recebimento da contrapartida*. Desse modo, o Decreto apenas orienta no sentido de um posicionamento já estabelecido no ordenamento jurídico. A título de curiosidade, lembramos que o STF reconheceu essa imposição como uma obrigação do administrador. Vejamos:

“A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre. É 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.”⁵

Sobre a contratação temporária de servidores, por óbvio que não deve se tratar de medida automática, mas, uma vez demonstrado o prejuízo ao serviço público, é impositivo que a Administração Pública tome as medidas necessárias para minorar os danos à população. De qualquer sorte, é importante destacar que não se trata de medida que afeta o exercício do direito de greve, vez que se limita a padronizar uma atuação intestina do funcionamento estatal.

Por derradeiro, a determinação de imediata exoneração dos servidores ocupantes de cargo de provimento temporário e de função gratificada que participarem da greve comporta algumas ressalvas, na linha adotada pelo Ministro Barroso. Ora, se a greve não é um ilícito, a retaliação por meio da exoneração parece configurar um desvio de finalidade. Não se está aqui a defender a estabilidade desses servidores (que, de fato, não gozam dessa prerrogativa), mas de evitar que o ato administrativo seja utilizado como instrumento de perseguição. Em suma, esses servidores até podem ser exonerados, mas a demonstração de que isso se deu como ato de pura retaliação pode configurar a invalidade da medida,

5. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 693.456/RJ. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4255687>]. Acesso em: 03.03.2020.

haja vista que a utilização do ato exoneratório como meio punitivo se reveste de caráter autoritário dissonante dos valores constitucionais. Não obstante, é defensável que, dentro da devida procedimentalidade, caso seja verificado que esses servidores cometeram faltas funcionais, sejam corretamente apenados, o que pode envolver a perda da função pública.

Diante do exposto, tendo em vista que o ato em questão não se confunde com um regulamento propriamente dito, mas de medida apta a evitar que cada subordinado exerça uma ponderação própria nos casos concretos, concluímos pela validade formal do Decreto. Todavia, no que tange aos aspectos materiais, esses merecem uma interpretação conforme a Constituição, em especial quanto aos dispositivos disciplinares, vez que o exercício do direito de greve não pode ser tratado como um ilícito de per si, de modo que é impositiva a apuração individualizada das condutas de cada servidor, e não a persecução indiscriminada.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Anotações sobre a greve dos funcionários públicos e suas conseqüências jurídicas, de Leonardo Gustavo Pastore Dyna – *RDCI* 51/319-341 (DTR\2005\264);
- Direito de greve do servidor público como norma de eficácia contida, de Enoque Ribeiro dos Santos e Juliana Araújo Lemos da Silva – *RDT* 116/213-231 (DTR\2004\637); e
- Greve dos servidores públicos civis: uma análise à luz da jurisprudência do STF, de João Felipe da Silva e Maria Lúcia Garcia Leal – *RDT* 158/199-221 (DTR\2014\9451).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo exclusivo Web: *JRP*\2018\1696267.