

# Greve e atividade essencial (evolução conceitual)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz aposentado do TRT da 3.<sup>a</sup> Região.  
Professor da Faculdade de Direito da  
UFMG. Advogado em Belo Horizonte

1. Conquanto se tenha a "greve", em si, como um tema psicologicamente angustiante e de difícil tratamento ponderado, por traduzir ela, além do momento agudo e de real confrontação de interesses em conflito nas relações de trabalho, um campo aberto à forma direta e coativa de imposição de vontade, sistema de superposição de forças e de resistências e técnica remanescente de procurar-se a "justiça pelas próprias mãos", quer-nos parecer que o subtema "greve e atividade essencial" se nos defronta como o mais espinhoso e delicado, pois ele representa o refinamento da elaboração jurídica na localização das linhas divisórias entre o permitido e o vedado na greve, institucionalizada como "direito".

Tratar de "atividade essencial" pressupõe a colocação da greve no âmago da ordem jurídica, no que contém ela de mais sensível em seu processo de sedimentação ideológica, dentro do qual se revela a verdadeira tendência das forças dominantes da organização social, tendência esta que deve ser procurada e sintonizada até mesmo no sentido do que se tenha da inserção desse ponto distintivo na captação da greve como ato coletivo ilícito ou ato coletivo lícito.

Para que a exposição não se perca em divagações meramente teori-zantes, em abstratos conducentes à perplexidade e à incompreensão, impõe-se o exame, na ordem jurídica brasileira, das origens e da evolução dessa figura extraordinariamente atuante e expressiva, que se chama "atividade essencial", no contexto da organização estatal que preside às relações público-privadas no Brasil de hoje.

2. Quando, a 18 de setembro de 1946, se promulgou a estremecida e sempre nostálgica Constituição Federal daquele ano, estava em vigor o Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, a primeira lei regulamentando a greve, no Brasil.

Esse decreto-lei foi editado na vigência da não menos discutida Constituição de 1937 — a "Polaca".

Enquanto a Carta de 37 proibisse a "greve", como recurso anti-social, pelo seu art. 139, a de 1946, elaborou um texto desdobrado, nos seguintes termos:

Art. 158 — "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará."

Ora, o Decreto-Lei nº 9.070 ficou atravessado entre as duas Constituições e, por incrível que pareça, à força de extraordinariamente rica exe-

gese dos Tribunais do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal — em decisões do mais variado tempero —, foi declarado constitucional à luz de uma e de outra, a despeito de a primeira proibir a greve e a segunda a permitir.

Mas o ponto de ignição da constitucionalidade e da inconstitucionalidade residia exatamente em que o Decreto-Lei nº 9.070, sempre rente com a imaginação jurídica, ideologicamente orientada, abriu duas categorias de atividades, em que se daria o fato jurígeno ou antijurídico da greve: as atividades acessórias e as atividades fundamentais. Nas primeiras, permitia-se a greve; nas segundas simplesmente, não.

Daí é que se discutiu a inconstitucionalidade do seu art. 10, primeira parte, ante a Constituição de 37, porque esta proibia a greve e aquele a permitia nas atividades acessórias — discussão que se circunscreveu aos movimentos havidos entre março e setembro de 1946. Mas os tribunais não acolheram essa divergência hierárquica e preceitual e sempre entenderam lícita a greve nas atividades acessórias.

Por outro lado, foi discutida a inconstitucionalidade do mesmo art. 10, segunda parte, do mesmo Decreto-Lei nº 9.070, ao proibir a greve nas atividades fundamentais, quando a Constituição de 1946 reconheceu esse direito. Também essa inconstitucionalidade foi rejeitada, ao argumento de que o art. 158 da Constituição, se falava em direito de greve, apunha a condicionante “cujo exercício a lei regulará”. E se passou a confundir direito com exercício de direito, através do qual este se entremeava naquele, e a vedação seria um caso de “exercício” e não de direito.

3. Antes de elaborarem-se as distinções conceituais e tópicas exigíveis no desenvolvimento do tema, importa, desde logo, esclarecer que a palavra “essencial” surge, à primeira vez, na ordem jurídica brasileira, como um apêndice — a parte final — do art. 3º do Decreto-Lei nº 9.070/46, que dispunha a respeito das atividades “fundamentais”.

Depois de enunciar, discriminativamente, quais eram as atividades “fundamentais”, em que não era permitida a greve, o art. 3º arrematava: “nas indústrias básicas ou **essenciais** à defesa nacional”.

Verifica-se, desde logo, que a atividade “essencial” aparece, no direito brasileiro, como um subgrupo, uma categoria das atividades qualificadas de “fundamentais” e que, não se distinguindo por ramo de produção e/ou de troca de bens e serviços, nem enunciando em uma especificidade qualificadora, ganhou certa generalidade localizada, com um suposto definido: “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional”.

O elemento-suporte desse grupo, que o definia como tal, centrou-se na “defesa nacional”, e o “essencial” traz um vínculo subordinativo e condicionado a essa “defesa”.

Verifica-se, pois, no plano da origem e da evolução do critério da divisão do direito de greve (como ato **lícito** e ato **ilícito** ou **vedado**), que as duas categorias de atividades, em que se bipartiu esse critério, distribuem-se em “atividades fundamentais” e “atividades acessórias”, e não havia, ainda, essa categoria “atividade essencial”, como grupo ou categoria autô-

noma, mas como subgrupo da “atividade fundamental” e em que, se “essencial à defesa nacional”, a greve era proibida.

4. Ainda no encaixo da elucidação dos conceitos e, ao mesmo tempo, de sua força teleológica de captação, é indispensável procurarem-se outras fontes normativas que levem a melhor precisar o ponto em que se encontra alojada essa “atividade essencial” e que indiquem se ela absorveu ou não a “atividade fundamental”, antes criada pelo Decreto-Lei nº 9.070, e de que era subgrupo.

Fonte por excelência autorizada é a lei e, sob esse aspecto, incumbe se examine a legislação ordinária a começar pela lei reguladora da greve, a Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964, que revogou o Decreto-Lei nº 9.070/46 e que deu nova disciplina ao instituto (porque “jurídico”) da greve.

4.1. O art. 12 da Lei nº 4.330/64, então Presidente da República o Marechal Castello Branco — lei essa, ao que nos parece, ainda em vigor —, dispõe, com o acréscimo de seu parágrafo único:

“Art. 12 — Consideram-se fundamentais as atividades nos serviços de água, energia, luz, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga ou descarga, serviço funerário, hospitais, maternidades, venda de gêneros alimentícios de primeira necessidade, farmácias e drogarias, hotéis e indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional.

Parágrafo único — O Presidente da República, ouvidos os órgãos competentes, baixará, dentro de 30 dias, decreto especificando as indústrias essenciais à defesa nacional, cuja revisão será permitida de 2 (dois) em 2 (dois) anos” (verbis).

A despeito da competência do Presidente da República para, por decreto, especificar as “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional” e do prazo ali contido (no parágrafo), não se tem notícia desse decreto.

O que se quer acentuar é que, à luz da Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964, o “essencial” continua como componente e qualificador de “indústrias”, que ainda ali se reputam “básicas ou essenciais à defesa nacional”.

Há mais. As “indústrias básicas ou essenciais” persistem como subgrupo ou categoria do grupo das “atividades fundamentais”, e, por isso, não foram destacadas e autonomamente qualificadas ainda como “atividades essenciais, e esse subgrupo, embora tenha sua situação aí regida pelos mesmos princípios que governam as “atividades” casuisticamente especificadas, as “fundamentais” (*lato sensu*), a verdade é que há um elemento que os peculiariza, a despeito da sua generalidade limitada, elemento esse que vem desde o Decreto-Lei nº 9.070/46, e que é a “defesa nacional”.

Portanto, cumpre, desde logo, abrir uma linha de diferentes supostos: as atividades “fundamentais” *lato sensu* compreendem as “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional”. Enquanto aquelas são explicitamente classificadas por ramos, estas, as “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional”, foram também uma categoria genérica, não disposta casuística nem explicitamente, mas que se automatizam por se ligarem à “defesa

nacional” e por subordinar-se a sua enunciação por espécies em um elenco constante de decreto, que seria ou deveria ser expedido pelo Presidente da República.

As “atividades fundamentais” *stricto sensu* estão classificadas, enunciadas, explicitadas na lei, e as “indústrias básicas ou essenciais” serão classificadas, enunciadas e explicitadas em decreto, pelo Presidente da República, ainda que o quadro componente do decreto venha a incorporar-se no quadro geral das “atividades fundamentais”, *lato sensu*, da lei.

Não há fugir a isso.

Nada impede, entretanto, se repita: no campo de regulamentação da Lei nº 4.330/64, a distinção não reside apenas na competência do Presidente da República para classificar ou declarar as “indústrias básicas ou essenciais” — distinção de natureza formal —, mas, também, no próprio suposto de captação da regra, em que se toma, como suporte de incidência, a “defesa nacional”, elemento este que não se encontra nas atividades acima especificadas no texto do art. 12, citado.

Ver-se-á que a conotação ou as acepções não são somente históricas, mas contêm uma diversidade conceitual nos supostos de formação dos modelos legais, supostos esses que obrigam o intérprete a distinguir as “atividades fundamentais”, como alcançadas por aquelas que se reúnem, tendo-se em vista a sua natureza econômico-social, a sua relevância para a organização e a preservação do tráfego social, sob o prisma da produção e/ou troca de bens e serviços, em cunho nítida e preponderantemente econômico e não diretamente vinculado ao Estado, como sistema de ação e de manutenção da organização pública, como se dá com as “indústrias básicas ou essenciais”, que ganham fisionomia e característica próprias por dizerem respeito à “defesa nacional”, tonalidade diversa, de fundo político-público, porque necessárias ao regular funcionamento do Estado, em suas variadas formas de atuação e de sustentação da ordem social.

5. Sucede que a Constituição Federal de 1967, promulgada a 24 de janeiro daquele ano e em vigor a partir de seu 15 de março, imprimiu configuração diversa na conceituação dos supostos da greve até então operantes, pois, ao reconhecer a greve como um direito, excepcionou, do quadro de seu art. 158, nº XXI, uma categoria autônoma e especial, a das “atividades essenciais”, que ganhou cidadania até constitucional, quando, em seu art. 157, § 7º, dispunha:

“Não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.”

Não só o “essencial” deixou de ter, aqui, uma concepção disjuntiva-complementar, alternativa e equiparável-concorrente à de “básica” — como vinha do art. 3º do Decreto-Lei nº 9.070/46, e passou ao art. 12 da Lei nº 4.330/64, que falavam em indústrias “básicas ou essenciais” —, como também deixou o suporte de “indústrias” compreendidas na “defesa nacional” e até ganhou, a par de um raio mais amplo de ação, conotações diversas, dada a sua colocação em um plano de paridade e subsequente ligação a um conectivo específico: “serviços públicos”.

6. Até o advento do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, o Estado brasileiro não se havia manifestado em termos de execução do preceito constitucional do art. 157, § 7º, da Constituição de 1967, dispositivo este que, em sua redação e espírito, foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Vejam-se a ascensão e o caráter de principalidade que o preceito atingiu, representado por um dispositivo autônomo e não mais um parágrafo assim redigido:

“Não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.”

Logo adiante, no art. 165, nº XXI, ao reconhecer, em seus conteúdos mínimos, os direitos trabalhistas, a Constituição, com a Emenda nº 1, confere, lacônica e incisivamente:

“XX — greve, salvo o disposto no art. 162.”

Por conseguinte, a despeito de conter os supostos do juízo hipotético, para a captação imediata e aplicação “self-acting” da vedação à greve nos “serviços públicos” — o que dispensaria esse rosário de repetições proibitivas constantes de lei e/ou decretos-leis — o art. 162 depende de regulamentação, através da qual se definam “em lei” as atividades essenciais.

Embora em vigor, a Lei nº 4.330/64, além de não “definir” quais as “atividades essenciais” — incluídas, pelo seu art. 12, nas “atividades fundamentais” —, atribuiu competência ao Presidente da República para que as definisse ou classificasse e **por decreto**.

Sob esse aspecto, parece, desde logo, que o disposto no art. 162 da Constituição, em vigor, revogou o parágrafo único do art. 12, pois reteve a competência, para “definir as atividades essenciais”, na “lei”.

Salvo, portanto, a expressa e auto-executável proibição da greve nos “serviços públicos” (campo objetivo, que se conceitua pela natureza dos serviços, prestados direta e indiretamente ao Estado, sob que formas o sejam), as “atividades essenciais” ficaram sem “definição” em “lei”. Por absurdo que o pareça, permaneceu a sua definição como área implícita ou compreendida, em seqüela, nas atividades “fundamentais” do art. 12 da Lei nº 4.330/64, já que não estavam alcançadas pela vedação, à falta de especificação legal excepcionadora.

Atente-se a que a Lei nº 4.330/64 não proibia greve nas atividades fundamentais: seu art. 10 apenas dilata o prazo entre “a solução pleiteada”, por notificação, ao empregador e “a abstenção pacífica e temporária do trabalho”, prazo esse que é de dez dias, enquanto para as atividades acessórias é de cinco.

7. À pesquisa exegética, em termos de fonte autorizada, tudo se permite, principalmente quando a matéria disciplinada nessa fonte — embora em um quadro diverso de sanções jurídicas — guarda estreito nexos com a forma jurídica sob exame, como é o caso da “atividade essencial”, para fins de greve.

A Lei de Segurança Nacional (Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978), em seu art. 27, capitula como delito o ato de:

“Art. 27 — Impedir ou dificultar o funcionamento de **serviços essenciais**, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão.”

Conquanto a tipicidade do delito, **prima facie**, afaste a “pura e simples abstenção do trabalho”, pois a **fatispecie** só se fisionomiza se se “impede” ou se “dificulta” o “funcionamento” (o que traz logo um sentido **comissivo** e não omissivo, na ação delituosa), a verdade é que, no curso dessas indagações, aparece o suposto de “serviços essenciais” como situado **na atividade estatal**, propriamente dita, pela administração direta. Indiretamente, são captados também os serviços públicos que se “executam mediante concessão, autorização ou permissão”.

8. Já alteando o plano da exegese, para a esfera das fontes constitucionais, importa, desde logo, se indague se a “lei”, a que se refere a parte final do art. 162 da Carta de 1967 — com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 —, ao mencionar “definidas em lei”, é a lei no sentido “material” ou a lei no sentido “formal”, ou orgânica, como a conceituou, em obra clássica, CARRÉ DE MALBERG.

Não resta dúvida alguma que, no plano hierárquico e em sua eficácia subjetivo-objetiva, a lei e decreto-lei não se diferenciam.

Sucede que a Constituição Federal, em seu art. 55, ao autorizar a edição de regras legais, sob a forma de decretos-leis, com a competência do Presidente da República, no plano federal, resguardou-se quanto à natureza da matéria, limitando-se, que poderia ser por essa forma regulada.

É o que reza o preceito da Carta Constitucional:

“Art. 55 — O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

- I — segurança nacional;
- II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
- III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.”

Depois de expor a doutrina da Escola Superior de Guerra, quanto ao campo de abrangência do que se deva entender por “segurança nacional”, como o “grau relativo de garantia que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais”, ou como “tudo aquilo que contribui para que a nação goze da “sensação de tranquilidade resultante de convicção de que não há perigo a temer”, e, depois de citar acórdão do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO — segundo o qual “segurança nacional envolve toda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas

atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou remoto" — o Prof. MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em sua obra **Comentários à Constituição Brasileira** (S. Paulo. Ed. Saraiva. 2ª ed., 1977, vol. 2, págs. 38 e 39) entende:

"Desse modo, **segurança nacional**, na Constituição, equivaleria a **defesa** da ordem política, econômica e social. Abrangeria apenas o que diz respeito, **diretamente**, à estabilidade dessas três ordens" (verbis).

Voltando ao ponto central da exposição, nada obsta se apreenda a palavra de PONTES DE MIRANDA, que, interpretando o "art. 157, § 7º, diante dos arts. 158, XXI, e 104", da Carta de 1967 — antes da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, mas cujo texto, nesses incisos, não se modificou, expõe:

"Atividades essenciais somente podem ser atividades essenciais do Estado, que por alguma circunstância tenham de ser prestadas por pessoas que não sejam admitidas temporariamente para obras" (cf. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, T. VI, pág. 247).

Páginas acima, o eminente tratadista procura extremar conceitos e expõe:

"No tocante à interpretação, é explícita a regra jurídica quanto aos "serviços públicos"; mas alude a "atividades essenciais."

"Primeiramente, afaste-se que aos serviços ao público se refira a regra constitucional. Se o serviço não é feito por funcionários públicos ou empregados públicos (isto é, do Estado, inclusive de autarquia), mas, por emergência, ou por simples conveniência, o Estado entregou a empresa privada a execução de obra, em que os salários e outros direitos dos empregados tenham tido aprovação do Estado, através da empresa, atenta às contraprestações, o art. 157, § 7º, somente **incide** se a atividade é **essencial**" (ob. e vol. cit., pág. 53, nº 17).

É evidente que as "atividades essenciais", a que se refere o preceito constitucional, não se acham já compreendidas nos serviços prestados ao Estado, o que tornaria ociosa a primeira e ou a segunda parte do art. 162 da Carta de 1967 (com a Emenda Constitucional nº 1) e isto porque ali se abrem duas situações distintamente identificáveis: "greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei".

Neste equívoco laborou o extraordinário jurista PONTES DE MIRANDA, ao subentender, como se transcreveu acima, em "atividades essenciais" as "atividades essenciais ao Estado, que por alguma circunstância tenham de ser prestadas por pessoas que não sejam admitidas temporariamente". Esta hipótese já se encontra abarcada pela primeira parte do art. 162, ao referir-se a "serviços públicos", cujo suporte é objetivo e não autoriza a investigação da natureza da relação jurídica — se permanente, estatutária, contratual, temporária etc. Há, até, temporários que possam ser emergentes.

∅. O Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, passa a qualificar como de interesse da segurança nacional, para proibir a greve, as atividades

antes tidas por “fundamentais”, pelo art. 12 da Lei nº 4.330, acrescidas desde “petróleo”, de “bancos” e “outros combustíveis”, com a exclusão, porém, de “serviço funerário” e de “venda de gêneros alimentícios de primeira necessidade”.

Em sua parte final, o **caput** do art. 1º desse decreto-lei, adita:

“bem assim as indústrias definidas por decreto do Presidente da República”.

Por **decreto-lei**, o Presidente da República se atribui competência para incluir, **por decreto**, outras atividades, conceituadas como “essenciais”.

Em seu § 2º do art. 1º, mostra-se ocioso, em face do preceito constitucional do art. 162 e da própria Lei nº 4.330, em seu art. 4º, primeira parte, sobretudo, ao dispor:

“§ 2º — Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal.”

Em sua amplitude, esse parágrafo — apenas no que toca ao conceito de **serviço essencial** — guarda a mesma força de desdobramento de atividades que a do art. 27 da Lei de Segurança Nacional.

10. Em conclusão, verifica-se que o quadro das “atividades essenciais” está visceralmente umbricado na “segurança nacional”, antes nomeada pelo Decreto-Lei nº 9.070/46 “defesa nacional”, com evolução amplificadora que a conceituação veio adquirindo.

A acepção de “segurança nacional” adotada pelo Decreto-Lei nº 1.632/78 o foi em sentido amplo e, através dela, qualificaram-se as atividades em seu art. 1º e em seu § 2º, como essenciais.

Sob esse prisma, não cabe discutir a pertinência da conceituação, já que o tráfego econômico, em que se inserem as relações de trabalho, incrusta-se no âmbito, também, da segurança nacional.

11. Finalmente, deve entender-se por **atividade essencial**, na linha da tradição ideológica do direito positivo brasileiro, aquela que diz respeito ao sistema de atuação do Estado, no desempenho de suas tarefas básicas e no cumprimento de suas finalidades de estruturação, organização ou, para dizer com ERNEST FORSTHOFF, de “conformação” da ordem social.

Indo além, dia a dia mais absorvida pelo tráfego-econômico social e mais o absorvendo, a atividade **essencial** ganha percussões na segurança nacional, que, por sua vez, na esfera das relações de trabalho, toma rumos de sustentação da ordem social como uma ordem planejada e cuja arritmia em seus movimentos pode colocar em risco a própria estrutura do Estado, fiador jurídico-formal da sociedade, como um todo.

Somente dentro desta acepção é que se admite o alargamento do conceito de “atividade essencial” para fins de obstar-se o direito de greve em empresas não integradas no Estado, direta ou indiretamente, como “serviços públicos”.