

GILDENE EVANGELISTA

RA:92FDP17

**MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: efeitos *inter partes* ou
erga omnes?**

Monografia de conclusão do VIII curso de
formação em teoria geral do direito público.

Aluna: Gildene Evangelista

BRASÍLIA

2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
OS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO Nºs 670, 708, 712, 721 E 795.....	5
CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS.....	24

RESUMO

O trabalho analisa o potencial concretizador da Constituição inserido no instituto do Mandado de Injunção sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto ao julgamento das ações injuncionais n^{os} 670, 708 e 712, que tratam do direito de greve dos servidores públicos civis, e n^{os} 721 e 795 a respeito da aposentadoria especial dos servidores públicos. Constata-se a mudança de paradigma nas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à função concretizadora do Mandado de Injunção. Verifica-se o caráter mandamental e não meramente declaratório da referida garantia constitucional. Analisa-se, ainda, se há ou não discricionariedade do guardião da Constituição para fixar os efeitos da decisão em *erga omnes* ou *inter partes*.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Servidores Públicos. Direito de greve. Direito à aposentadoria especial. Concretização. Supremo Tribunal Federal. Efeitos. *Inter partes*. *Erga omnes*.

INTRODUÇÃO

O Mandado de Injunção é uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, constituindo ação constitucional que tem por finalidade possibilitar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania obstado pela ausência de norma regulamentadora, como define o artigo 5º, inciso LXXI.

Durante o ano de 2007, inúmeras greves paralisaram diversos setores do serviço público. Sendo a greve fato social que surge independentemente de regulamentação normativa, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso VII assegura aos servidores públicos civis o direito de greve a ser exercido nos termos e limites estabelecidos em lei específica.

A eficácia da norma, supracitada, que reconhece aos servidores públicos o direito de greve, não é pacífica para a doutrina e a jurisprudência, pois para alguns se trata de norma de eficácia contida,¹ outros a entendem como norma de eficácia limitada.² Sendo norma de eficácia contida o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis independeria de lei posterior para lhe definir os termos e os limites, a norma posterior poderia apenas limitar o exercício desse direito. Porém, tratando-se de norma de eficácia limitada o direito somente poderia ser exercido após normatização posterior que lhe devolvesse aplicabilidade.³

Por isso, a greve dos servidores públicos civis, em geral de ocorrência no plano Municipal e Estadual, era obstada, pois, logo que eclodia, Municípios e Estados acionavam o Poder Judiciário a fim de obter a declaração de ilegalidade da greve, sob fundamento de inexistência de norma regulamentadora. Conforme se verifica, por exemplo,

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 279.

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ 31.10.2008, p. 382. No mesmo sentido, Mandados de Injunção nº 20, 585, 670, 712.

³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: M. Editores, 2003, p. 118.

dos relatórios dos Mandados de Injunção n^{os} 670, 708 e 712⁴. Admitindo o entendimento de que a norma incerta no artigo 37, inciso VII trata-se de norma de eficácia limitada.

O Supremo Tribunal Federal, julgando os Mandados de Injunção n^{os} 721 e 795 sobre o direito à aposentadoria especial do servidor público, inserto no artigo 40, §4º, incisos I, II e III, da Constituição Federal de 1988, decidiu pela aplicabilidade do artigo 57, § 1º da Lei n^o 8.213 de 1991, que regulamenta a aposentadoria especial dos trabalhadores da iniciativa privada, ao servidor público, dando à decisão eficácia *inter partes*.

Ante essa potencialidade concretizadora do Mandado de Injunção, visa-se com o presente trabalho analisar as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal que cuidam do direito de greve dos servidores públicos civis – Mandados de Injunção n^{os} 670, 708 e 712 – e do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, Mandados de Injunção n^{os} 721 e 795. Uma vez que se objetiva verificar a justificativa para a adoção da corrente concretista *inter partes* e da corrente concretista *erga omnes*.

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção n^o 670. Ementa [...]. Relator: Maurício Corrêa relatório: “[...] o Juiz da Vara de Feitos da Fazenda Pública Estadual, contudo, deferiu tutela antecipada em ação ordinária (processo 024.010.028918) impedindo o exercício do direito constitucional de greve por parte dos seus associados, que se encontram sob a ameaça de prisão, pagamento de multa diária e de corte do ponto.” Brasília, DF. 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 08. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção n^o 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Relatório: “[...] Em face da paralisação realizada pelos professores, a Administração Pública Municipal requereu a declaração de ilegalidade da greve, com pedido de antecipação de tutela, ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJ/PB).” Brasília, DF. 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 215. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n^o 712. Ementa [...] Relator: Eros Roberto Grau. Relatório: “[...] Após declaração de ilegalidade da greve, a direção do TJ/PA determinou a suspensão dos pontos e desconto dos dias parados.” Brasília, DF. 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 388.

OS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO N^{OS} 670, 708, 712, 721 E 795

Far-se-á a seguir análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Injunção sobre direito de greve dos servidores públicos civis e direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, especialmente, quanto aos efeitos que o Supremo Tribunal Federal emprestou a essas decisões, tendo em vista o objeto de cada uma dessas ações injuncionais.

Cumpe primeiramente elucidar a diferença entre as funções legislativa e judicial quanto aos efeitos de seus atos típicos. Naquela, revestem-se de generalidade e abstração e, portanto, são *erga omnes*, e nesta, restrita ao caso concreto, vincularão apenas as partes, excepcionalmente, quando se tratar de processo objetivo de controle de constitucionalidade revestem-se de eficácia geral.⁵

Quanto aos efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção, a doutrina e a jurisprudência brasileiras dividem-se em duas correntes a não concretista e a concretista. No âmbito da corrente concretista há duas orientações quanto aos efeitos da decisão produzida. A corrente divide-se entre os que admitem efeito *erga omnes* e os que sustentam a eficácia *inter partes* para a decisão.

No julgamento do Mandado de Injunção nº 708, em seu voto, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, fazendo uma comparação dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, quanto aos efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção, assevera que o Supremo Tribunal Federal parte da ideia segundo a qual o poder constituinte quis dar aos processos de controle da omissão legislativa idêntica consequência jurídica. O que significa a atribuição do efeito *erga omnes* à decisão proferida em Mandado de Injunção. Segundo o

⁵ MEJÍAS, Manuel Gámez. **El significado jurídico actual del principio de división de poderes em las constituciones parlamentarias**. Madrid: Dykinson, S.L. 2004, p. 272. “[...] los efectos de la decisión permiten distinguir legislación y jurisdicción, siempre que exceptuemos al control o dimensión objetiva de la potestad jurisdiccional cuando se controlan decisiones estatales de efecto generale.” [tradução livre]

ministro, essa construção possibilitou ao Supremo Tribunal Federal fundamentar a eficácia geral da decisão proferida no âmbito do Mandado de Injunção.⁶

Entretanto, a respeito da adoção da corrente concretista *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal, Jorge Hage salienta que a solução concretista geral, mesmo que possa ser mais adequada do ponto de vista prático, padece de contradição com a original e histórica aptidão do instituto do Mandado de Injunção, como concebido pelo Poder Constituinte originário. Uma vez que instituído ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de processo objetivo, fica difícil verificar-se a transformação do Mandado de Injunção em outra ação que produz o mesmo resultado.⁷

Isso acontece, segundo o autor supracitado, quando se atribui à decisão proferida em Mandado de Injunção efeito *erga omnes*. Lembra, ainda, que não se pode obscurecer o fato de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem legitimação ativa já fixada na Constituição e em rol taxativo. Conclui, Jorge Hage, que a possibilidade de se obter o mesmo resultado com uma ação de legitimação ampla, como a ação injuncional, não deixa de ser um desrespeito à Constituição.⁸

Chamando atenção para o princípio da supremacia da Constituição, que não pode ser desrespeitado, o supracitado autor alega que a adoção da corrente concretista *erga omnes* pelo Tribunal configura desrespeito aquele princípio, uma vez que desconsidera a definição prescrita pela Constituição para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.⁹

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como já fora abordado no capítulo primeiro, é ação de processo objetivo que possui legitimidade ativa restrita, ao passo que o Mandado de Injunção pertence ao controle difuso, está vinculado a um interesse subjetivo, e pode ser impetrado por todo aquele que se achar impossibilitado de exercer um direito constitucional em razão da ausência de norma regulamentadora.

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 225.

⁷ HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, IDP, ISSN 1982-4564, ano 2, p. 07, out. 2008.

⁸ HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, IDP, ISSN 1982-4564, ano 2, p. 07, out. 2008.

⁹ HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, IDP, ISSN 1982-4564, ano 2, p. 07, out. 2008.

Nesse sentido, Flávia C. Piovesan sustenta a impossibilidade de ser adotada a corrente concretista *erga omnes*, uma vez que a decisão proferida em Mandado de Injunção permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais.¹⁰

Conclui a autora supracitada que, no caso de omissão inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar a norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo-lhe proibido editar norma de regulamentação geral e abstrata.¹¹

Segundo a orientação dos autores supracitados, não se pode concluir que no processo subjetivo, de controle difuso, que é o caso do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal estará legitimado a regulamentar a matéria constitucional substituindo-se ao Legislativo, ou seja, proferindo decisão de caráter geral e abstrato. Pois a finalidade, do Mandado de Injunção é possibilitar o exercício do direito constitucional, obstado pela inexistência de norma regulamentadora.

Nesse sentido, analisando a Constituição portuguesa, que assim como a brasileira é dirigente, J.J. Gomes Canotilho propõe que:

[...] não se pode dizer que a não emissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais é compensada por um *processo de delegação de competência* a favor de outros órgãos aplicadores da constituição, designadamente os tribunais. É certo que, em alguns casos, as normas constitucionais, carecedoras de mediação legislativa, ainda possuem suficiente densidade sémica para possibilitarem uma aplicação direta pelos tribunais (ex.: art. 36/4 da Constituição Portuguesa). Mas a constituição dirigente é sobretudo obra de concretização dos legisladores ativos. A este pertence definir as bases da Reforma Agrária, criar o Serviço Nacional de defesa do meio ambiente e qualidade de vida, etc. é visível que não compete aos juízes, em domínios como os anteriores, substituir a política constitucional e os actos de conformação político-legislativa dos titulares legiferantes. Isto parece ser confirmado pelo facto de a constituição ter limitado o incidente de inconstitucionalidade por acção (cfr. arts. 207.º e 208.º). Nas causas submetidas a julgamento os tribunais não “podem aplicar normas inconstitucionais” (cfr. arts. cits.), mas não lhe compete decidir se há ou não omissões legislativas inconstitucionais. Quer dizer: o incidente de

¹⁰ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 140.

¹¹ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 140.

inconstitucionalidade baseia-se em normas e não na “ausência de normas”.¹²
[grifos no original].

Luiz Roberto Barroso afirma que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão ocorre a legitimação extraordinária, pois a atuação dá-se em nome de um interesse geral e não de um interesse próprio, materializando-se no princípio da supremacia da Constituição. Conclui o autor que, neste caso, o exercício do controle pelo Poder Judiciário depende da iniciativa da parte a qual a Constituição reconheceu representatividade adequada para agir em nome de todos.¹³

Ainda o mesmo autor registra que, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão: “A referência a parte assume um caráter apenas formal, porque não se está diante da tutela de situações jurídicas individuais, mas da guarda da própria Constituição”.¹⁴

No entanto, a comparação que se fazia entre os dois institutos referia-se à natureza da ação injuncional, não se chegando a cogitar a possibilidade de dar à decisão, no âmbito do Mandado de Injunção, efeito *erga omnes*, como acontece na ação meramente declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Na ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 107, considerado o *leading case*, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Mandado de Injunção tinha natureza de ação declaratória da inconstitucionalidade por omissão e que cabia ao Tribunal, apenas, informar ao órgão legiferante da omissão em que incorria.¹⁵

Não há que se comparar os julgados, pois existe evidentemente uma quebra de paradigma. Não existe nessas decisões em comparação com aquela (Mandado de Injunção nº 107) a construção de um romance em cadeias, a ideia de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é construída passo a passo, sempre observando o que fora decidido no passado. O Tribunal, apenas, agora, passou a adotar a corrente concretista.

Corroborando essa ideia, extrai-se do acórdão do Mandado de Injunção nº 670, impetrado pelo sindicato dos policiais civis do estado do Espírito Santo, a existência de

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 355-356.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254-255.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253-254.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção nº 107. Ementa [...] Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, DJ de 21.09.1990.

informação ao Supremo Tribunal Federal de que já havia sido promulgada lei estadual (Lei nº 7.311 de 2002) regulamentando o direito de greve dos servidores estaduais¹⁶ e pedido de reconhecimento de sua eficácia, porém o Supremo Tribunal Federal desconsiderou essa informação e, alegando não ter sido feito o pedido de reconhecimento de eficácia da lei estadual da forma correta, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil, prosseguiu no julgamento do Mandado de Injunção nº 670.¹⁷

Nesse caso, verifica-se ainda que o Supremo Tribunal Federal não considerou a determinação do artigo 462 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

O Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 575-Agravo Regimental de relatoria do ministro Marco Aurélio, tenha firmado entendimento segundo o qual a edição de lei posterior a impetração do Mandado de Injunção prejudica o julgamento, uma vez que ocorre a perda do objeto.¹⁸

Nos acórdão dos Mandados de Injunção nºs 670 e 712, quando das discussões sobre a assunção do Supremo Tribunal Federal à função de legislador positivo, registrou-se a ponderação feita pela presidente, ministra Ellen Gracie, quanto à possibilidade do Supremo Tribunal Federal ser chamado a se manifestar a respeito da omissão legislativa sempre que se tratar de matéria árdua, impopular e polêmica.¹⁹

¹⁶ BRASIL, Constituição Federal de 1988, artigo 24 “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção nº 670. Ementa [...] Relator: Maurício Corrêa, Brasília, DF, DJ de 31.10.2008, p. 10-1: [...] “Após manifestação do *Parquet*, o impetrante compareceu aos autos (fls. 86/90) para noticiar a edição da Lei 7.311/01, que regulamentou o direito de greve dos servidores públicos estaduais, e, em decorrência, requer seja reconhecida a eficácia desse diploma legal até que venha a ser promulgada lei federal estabelecendo normas gerais sobre a matéria.” Em seu voto o ministro Relator Maurício Corrêa ressalta que: “Quanto ao pedido formulado após manifestação do Ministério Público Federal, para que seja reconhecida a eficácia da Lei Estadual 7.311/02, anoto que não é possível atendê-lo, quer pela impropriedade do meio utilizado, quer pela vedação processual de se modificar a inicial depois de a autoridade coatora ter se pronunciado (CPC, artigo 264 – aplicação subsidiária)”.

¹⁸ “Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção.” (STF. MI 575-Agr. Relator: Marco Aurélio, DJ de 26.02.1999).

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 712. Ementa [...]. Relator: Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 07 jun. 2006. DJ de 31.10.2008. p. 459.

Seria muito cômodo ao Legislativo abster-se de decidir sobre matérias impopulares, deixando essa tarefa para o Poder Judiciário, que não verificará nas urnas a reação do eleitor quanto as suas decisões. Mas em um sistema democrático, assegura Oscar Vilhena Vieira, o exercício do poder deveria ficar reservado a órgãos representativos, uma vez que quem exerce o poder em uma república deve estar sempre submetido a controles de natureza democrática.²⁰

Extraí-se, ainda, do acórdão dos Mandados de Injunção nºs 670 e 712, a ponderação do ministro Sepúlveda Pertence ao trazer à memória a informação de que, quando das deliberações no Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, denominada “reforma do Judiciário”, debateu-se a possibilidade de ser outorgada ao Poder Judiciário competência regulamentar provisória, ou seja, enquanto o Poder Legislativo não regulamentasse matéria constitucional o Poder Judiciário poderia criar a norma faltante. No entanto, afirmou o ministro que, sob a alegação de que o parlamento já estava “sufocado” com as medidas provisórias do Executivo, a proposta foi descartada.²¹

Dessa forma, a assunção do Supremo Tribunal Federal à função legislativa, regulamentando o direito de greve dos servidores públicos civis por meio da adoção da corrente concretista, atribuindo à decisão proferida em Mandado de Injunção efeito *erga omnes*, poderá ser caracterizada como uma decisão contramajoritária.²²

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%20a7%20b5e/RD08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2010.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 712. Ementa [...]. Relator: Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 07 jun. 2006. DJ de 31.10.2008. Debates, p. 465.

²² VERRÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%20a7%20b5e/RD08_5_407_440_A%20constitui%20a7%20a3o%20de%201988%20vinte%20anos%20depois_Marcos%20Paulo%20Verissimo.pdf>. Acesso em 10 abr. 2010. p. 413. Explica o que constitui uma decisão contramajoritária analisando os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, quando do julgamento da Reclamação n. 4.335-5. “[...] questão de democracia, ligada àquilo que chama na literatura norte-americana de ‘objeção contra-majoritária’. Isso porque a mudança proposta por tais votos no sistema de vinculação próprio ao controle difuso já foi, em inúmeras oportunidades, cogitada pelo legislador constituinte original e derivado, mas restou sempre superada no decorrer do processo legislativo, como ressalta o próprio voto do relator, ao fazer referencia à Constituição de 1946 e ao processo de elaboração da Emenda 16/1965. De certa forma, questão semelhante chegou a ser discutida até mesmo na PEC n. 96/1992, que originou, posteriormente, a EC n. 45/2004. Tratava-se do incidente de inconstitucionalidade, presente nos projetos dos Deputados Jairo Carneiro e Aloysio Ferreira e também no texto aprovado na Comissão Especial, mas expurgado texto da Proposta em virtude de um acordo capitaneado pelo governo no início de 2000, dada a enorme resistência que surgiu em relação a essa proposta. Assim, com o eventual julgamento de procedência da Reclamação n. 4335-5, produziríamos em princípio, por *via judicial*, uma reforma que, de um modo ou de outro, foi cogitada, no sistema político representativo, há pouco mais de oito anos, tendo sido ali rejeitada. Daí, eventualmente, seu caráter contra-majoritário.”

Encontra-se na doutrina a explicação para a adoção da corrente concretista *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal na nova composição do Tribunal, bem como, no cenário de greves no serviço público em que se encontrava o país no decorrer do ano de 2007.²³ Caso fosse adotada a corrente não concretista ou concretista *inter partes* as greves em curso durante aquele ano não seriam atingidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Com a adoção daquela corrente o guardião da Constituição conseguiu limitar o exercício do direito de greve, inclusive daqueles que não foram parte nos processos em epígrafe.

Em seu voto o ministro relator dos Mandados de Injunção nºs 670 e 708, justifica a regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal do direito de greve dos servidores públicos civis, por meio da adoção da corrente concretista *erga omnes*, sob o argumento de que:

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, por que visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencione-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não-regulamentação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

[...]

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.²⁴[grifo no original].

Ainda no acórdão do Mandado de Injunção nº 708, quando do voto da ministra Cármen Lúcia, surgiu discussão a respeito da assunção do Supremo Tribunal Federal à função de legislador positivo pela adoção da corrente concretista *erga omnes*, pois estaria a

²³ MENDONÇA, Fernanda. **A omissão legislativa e o exercício de greve pelos servidores públicos**: análise do julgamento dos mandados de injunção n. 670, n. 708 e n. 712. Disponível em:< <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/238/198>>. Acesso em: 10 abr. 2010, p. 07.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 233-234.

regulamentar diretamente texto da Constituição, justificou o ministro relator que haveria um número elevado de movimentos grevistas, de inúmeras pessoas em greve, e sabia-se, segundo consolidação realizada pelo Estado de São Paulo, haveria cem mil servidores federais em greve, independentemente de categoria.²⁵

Observa-se a preocupação do ministro relator quanto à elevação no número de Mandados de Injunção que poderiam ser impetrados perante o Supremo Tribunal Federal, em razão do número de movimentos grevistas em curso.

Dada essa possibilidade, foi sugerido pelo ministro Joaquim Barbosa a edição de súmula vinculante, para evitar que as greves dos servidores públicos civis fossem declaradas ilegais pela simples ausência de lei regulamentadora. Obrigando aos juízes competentes para as ações uma construção caso a caso do que seria legal ou ilegal no exercício do direito de greve no setor público.²⁶

Nos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 721, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto, sustentou a adoção da sentença aditiva italiana para amparar a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis por meio da adoção da Lei que rege a greve dos trabalhadores da iniciativa privada e, que, em seu texto veda expressamente sua aplicação aos servidores públicos civis,²⁷ para tanto, fez referência a Rui Medeiros que esclarece como se dá a adoção da sentença aditiva:

A admissibilidade das decisões modificativas impõe-se segundo outro critério, quando a modificação da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma “solução constitucionalmente obrigatória”, pois neste caso, o Tribunal Constitucional não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa *ex nihil*.²⁸

Segundo o ministro supracitado, uma vez identificada a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, pois ao legislador não é dado optar por conceder ou não o direito de greve, podendo apenas dispor sobre a adequada configuração de

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 307.

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 712. Ementa [...]. Relator: Eros Roberto Grau. Brasília, DF, Acórdão 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 603.

²⁷ BRASIL, Lei nº 7.783 de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Artigo 16: “Para os fins previstos no artigo 37, inciso VII da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido.” Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2009.

²⁸ *Apud* BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 41-42.

sua disciplina, estaria, então, possibilitada a adoção da Lei nº 7.783 de 1989, que regulamenta o direito de greve da iniciativa privada, para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis.²⁹

No entanto, ainda quanto à possibilidade de adoção da lei que regulamenta a greve na iniciativa privada ao setor público, extrai-se do aresto do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670 e 712 a informação trazida pelo ministro Ricardo Lewandowski no aditamento do seu voto:

[...] ontem fui procurado, publicamente, no Salão Branco desta Casa, por líderes, sindicais do setor público e por dirigentes de uma importante confederação sindical que manifestaram a preocupação de adotar-se essa lei de greve do setor privado para o setor público. E ressaltou-se não só a diferença entre ambos os fenômenos, mas dizendo que – menciono isso também para reflexão dos eminentes Pares – a lei de greve do setor privado pressupõe, para o seu desencadeamento, o esgotamento das tentativas das negociações. Ponderaram-me os representantes sindicais que não há, no setor público, os instrumentos adequados, os canais institucionais para essa tratativa.³⁰

Observa-se a preocupação dos dirigentes sindicais quanto à aplicação da lei que regulamenta a greve do setor privado ao setor público sem que se observe a existência de meios suficientes para assegurar os direitos atingidos com os movimentos grevistas no setor público.

Tem-se, ainda, nessa manifestação a percepção de que a regulamentação da greve no setor público deve ser objeto de ampla discussão e envolvimento de diversos setores da população que suportarão as consequências da paralisação dos serviços públicos.

Sobre os problemas da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos no Brasil, Fábio Prates da Fonseca, fazendo um paralelo com o direito italiano, demonstra que é preciso dar credibilidade aos sindicatos representantes das categorias dos servidores públicos e que se faz necessária a participação prévia dos representantes dos setores da população potencialmente atingida pela greve dos servidores públicos, para que tenham seus direitos preservados, ao registrar que:

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 712. Ementa [...]. Relator: Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 42.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 712. Ementa [...]. Relator: Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 07 jun. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 485.

Em que pese a comum latinidade, a tradição brasileira difere muito da italiana no que se refere aos conflitos trabalhistas. Já a partir da ausência de pluralismo sindical e da pouca credibilidade dos nossos sindicatos corporativos, debilita-se a noção de autonomia coletiva e, conseqüentemente, a hipótese de auto-regulamentação. O estabelecimento de organismos heterônomos, como as “comissões de garantia”, conflita com nosso hábito de exclusiva e imediata submissão ao judiciário. As ordens impostas aos grevistas através de ato de autoridade (**precettazione**) serão sempre fonte de conflitos, como se pode inferir dos acontecimentos verificados na recente crise do controle aéreo.

[...]

Qualquer legislação sobre greve nos serviço públicos essenciais anterior ao advento de reforma sindical e sem o prévio reconhecimento de eficácia das fontes negociais parece estar fadada ao fracasso no que tange ao objetivo de “contemperamento” entre o direito de greve e os direitos da pessoa constitucionalmente tutelados.³¹ [grifos no original]

Observa-se que a regulamentação do direito de greve depende também da criação de mecanismos capazes de possibilitar ampla negociação entre os grevistas e o governo, bem como da participação dos representantes da parcela da população diretamente afetada com a eclosão do movimento grevista, para assim haver uma proteção efetiva dos direitos atingidos com a paralisação dos serviços públicos.

Em contra partida, Ingo W. Sarlet sustenta que o direito fundamental social de greve é um direito de defesa e afirma que por essa característica a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Inexistindo, segundo o autor, qualquer razão para não fazer prevalecer a aplicabilidade imediata do direito fundamental social de greve, como prescreve o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988.³²

³¹ FONSECA, Fábio Prates da. **Autonomia coletiva e serviços públicos essenciais: a experiência italiana.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22044/autonomia_coletiva_servicos_publicos.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 mar. de 2010, p.106. “A **precettazione** não tem por função avaliar ou sancionar uma greve eventualmente ilegítima, mas a de prevenir perigos graves e iminentes dela decorrentes, estando voltada para a **tutela da saúde e segurança da população**. Opera sobre um plano completamente autônomo e distinto em relação aos poderes da Comissão de Garantia, da qual, todavia, provém via de regra a iniciativa de assinalar à autoridade competente a possibilidade de greve com situação de perigo [...]”. **Comissão de garantia**: “Trata-se de mais um protagonista, o qual se relaciona diretamente com a autonomia coletiva, com a autoridade “precettante” e com as associações de consumidores e usuários, visando “garantir” tanto o direito de greve quanto o atendimento das necessidades gerais. A intenção do legislador é certamente a de excluir a relação direta entre o conflito e o judiciário, ou seja, entre o juiz e os princípios gerais abstratos, de difícil individualização e concretização no ambiente de cada greve peculiar.” p. 102-103. [grifos no original].

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 279.

Andreas J. Krell salienta que em relação aos direitos sociais, o dispositivo da aplicabilidade imediata tem mais uma função, uma vez que estes devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal. Nesse contexto, assegura o autor, a norma do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 impõe aos órgãos estatais a tarefa de elevar ao máximo a eficácia dos direitos fundamentais sociais e criar as condições sociais para que se realizem.³³

No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos pela aplicação da lei que regulamenta a greve no setor privado, no que couber, ao serviço público. Isso indica que o juiz competente para a ação, juiz federal ou estadual em primeiro grau, como também ficou definido pelo Supremo Tribunal Federal, deverá analisar a legalidade ou ilegalidade de cada caso de greve, nos termos da Lei nº 7.783 de 1989. Vencidos, parcialmente, os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.³⁴

Os votos vencidos dos ministros Joaquim Barbosa, Lewandowski e Marco Aurélio traziam como limitação ao efeito concretista *erga omnes* o princípio da separação dos poderes. Visto que, compete ao Poder Legislativo expedir normas de caráter geral e abstrato para regular as situações que ocorrem no mundo dos fatos, não parecendo legítimo, segundo os ministros, que o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas, no âmbito do Mandado de Injunção, pudesse expedir regulamento para disciplinar, em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo aplicável a situação diferente.³⁵

Andreas Krell alerta que, face aos problemas sociais candentes em um país como o Brasil, o princípio da separação dos poderes deve ser entendido sob novos parâmetros e dimensões diferentes das das nações centrais, visto que, ainda não foram utilizadas as

³³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 38.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 382.

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 283.

potencialidades dos modernos instrumentos processuais do Direito brasileiro para correição judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas.³⁶

Para Luigi Ferrajoli é preciso repensar a separação dos poderes, contudo, deve-se considerar que ela é a principal técnica de limitação do despotismo. Ao invés de separação tem que se falar em codivisão. Cabendo à função judiciária, que é uma função de garantia secundária, intervir em caso de violação dos direitos fundamentais e das obrigações dos direitos correspondentes. Registra o autor que a Constituição brasileira está em parte dirigindo-se para um garantismo profundo, baseado na separação e sob técnicas de garantia fortemente inovadoras em relação à tradição européia.³⁷

O supracitado autor refere-se aos mecanismos de controle de constitucionalidade por omissão – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção – bem como, à vinculação do orçamento público por determinação constitucional do mínimo de investimento com saúde e educação, por exemplo, artigos 198 e 212 da Constituição Federal de 1988.

Em voto proferido nos acórdãos dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, assegura o ministro Ricardo Lewandowski que a solução de regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis aplicando a Lei nº 7.783 de 1989, que regulamenta o direito de greve no setor privado, representa indevida ingerência do Judiciário na competência privativa do Legislativo de editar normas abstratas e de caráter geral, além de desfigurar o Mandado de Injunção, importante instrumento concebido pelo constituinte para regular, caso a caso, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativas assegurados na Constituição.³⁸

Em voto vista, nos acórdãos dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, o ministro Joaquim Barbosa se manifestou contrário a eficácia *erga omnes*, sob o argumento de que o resultado prático de repetição dos feitos apenas para afirmar em diversas

³⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris. 2002, p. 109.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **I conferência internacional sobre garantismo e gestão pública**: separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia. Disponível em: http://www.fmp.com.br/2008/img/garantismo/2009_ferraioli.pdf. Acesso em: 20 set. 2010. [tradução]

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008, p. 286.

oportunidades o mesmo que se havia afirmado naquela sessão não parece suficiente para alterar a natureza do Mandado de Injunção que é via vinculada ao interesse.³⁹

No julgamento dos Mandados de Injunção n^{os} 721 e 785, quanto aos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal seguiu a corrente concretista *inter partes*. O guardião da Constituição, por unanimidade, possibilitou o exercício do direito à aposentadoria especial ao impetrante, por meio da aplicação do artigo 57, §1º da Lei n^o 8.213 de 1991⁴⁰, que regulamenta a aposentadoria especial dos trabalhadores da iniciativa privada.

Argumentou a referida Corte que a natureza jurídica do Mandado de Injunção é de ação mandamental e não simplesmente declaratória da omissão e que, tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

Na sessão que julgou o Mandado de Injunção n^o 795, atinente à aposentadoria especial do servidor público, o Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem suscitada pelo ministro Joaquim Barbosa e autorizou que os ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos.⁴¹

A decisão do Supremo Tribunal Federal permitiu que o impetrante pudesse requerer junto à autoridade administrativa competente a aposentadoria especial por tempo de serviço nas condições citadas no artigo 40, §4º da Constituição Federal de 1988.

Segundo a orientação da corrente concretista *inter partes*, nesses julgados houve a adequada interpretação do Mandado de Injunção, uma vez que, segundo afirma Sergio Victor Tamer, a ação injuncional tem o escopo de reparar lesão aos direitos

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário. Mandado de Injunção n^o 708. Ementa [...] Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ 31.10.2008, voto vista Min. Joaquim Barbosa, p. 360. Proposta de Súmula Vinculante: “Ofende o direito constitucional de greve dos servidores públicos decisão judicial que julgue ilegal a greve e que tenha por único fundamento a inexistência de lei específica a que se refere o artigo 37, VII, da Constituição Federal”.

⁴⁰ BRASIL, Lei n^o 8.213 de 24 de jul. de 1991. Dispõe sobre os planos de benefício da previdência social e dá outras providências. Artigo 57. “A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.” § 1º “A aposentadoria especial, observado o disposto no artigo 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício.” Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2009.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção n^o 795. Ementa [...]. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 15 abr. 2009. DJ de 22.05.2009, p. 78 e 100.

fundamentais, visando obter o exercício de um direito, e não a determinação de elaborar uma norma como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁴²

Ao julgar o Mandado de Injunção, cabe ao Poder Judiciário abalizar condições necessárias para que o impetrante usufrua o direito constitucional obstado pela ausência de norma regulamentadora.

Acompanhando essa corrente Carlos Augusto Alcântara Machado entende que não se verifica nenhum óbice em, atipicamente, o poder constituinte originário atribuir ao Poder Judiciário a função de, supletivamente, no caso concreto, criar a norma regulamentadora individual e possibilitar o exercício do direito por parte do interessado.⁴³

O pensamento do autor harmoniza-se com o do constituinte originário brasileiro que ao introduzir no texto da Constituição Federal de 1988 o Mandado de Injunção esperou que o Poder Judiciário, na análise do caso concreto, criasse a norma regulamentadora do direito constitucional obstado pela inércia da autoridade competente para editar o ato normativo.

Observa-se que não é pacífico o entendimento sobre os efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção. Uma vez que ao julgar as ações injuncionais sobre o direito de greve dos servidores públicos civis o Supremo Tribunal Federal adotou a corrente concretista *erga omnes* e, ao julgar os Mandados de Injunção que tratavam do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, o mesmo Tribunal adotou a corrente concretista *inter partes*.

No âmbito do que foi analisado no capítulo segundo quanto ao objeto dos Mandados de Injunção n^{os} 670, 708, 712, 721 e 795. Pode-se afirmar que, os diferentes entendimentos quanto à adoção da corrente concretista *inter partes* – quando julgou a questão da aposentadoria especial dos servidores públicos – e *erga omnes* no caso do direito de greve dos servidores públicos civis, não encontra explicação na natureza jurídica do objeto das referidas ações, pois tanto o direito de greve quanto o direito a aposentadoria especial são direitos fundamentais sociais coletivos, uma vez que a norma constitucional destina-se à categoria a omissão legislativa atinge igualmente a todos os servidores público.

⁴² TAMER, Sergio Victor, **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 214.

⁴³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara, **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 122.

Para Luigi Ferrajoli todos os direitos sociais necessitam de leis de atuação e afirma que não basta enunciar o direito à saúde, é necessário atuá-lo dentro das instituições de garantia. O que vale também para o direito à educação, à subsistência, à previdência. Adverte o referido autor para a existência de um direito legítimo que deve ser confirmado, denunciado pela cultura jurídica e, se possível, retirado pela jurisdição constitucional e pelo legislador, que é a tarefa de acabar com as lacunas. Assegura o autor que a garantia dos direitos sociais é o principal investimento econômico, e propõe a separação entre poder público e poder econômico, que, segundo ele, hoje, está em crise.⁴⁴

Nesse diapasão, ainda que se considere o Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, entende-se que, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 795, no qual se buscou a colmatação da lacuna para o exercício do direito fundamental social prestacional à aposentadoria especial pelo servidor público, posterior ao julgamento dos Mandados de Injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, o argumento plausível para que o Supremo Tribunal Federal tenha adotado a corrente concretista *inter partes* e abandonado a corrente concretista *erga omnes*, seria o fato de tal decisão ter impacto no orçamento da Seguridade do Servidor Público. Embora isso não tenha sido argumentado nem discutido no julgamento dos referidos Mandados de Injunção.

Com a adoção da corrente concretista *erga omnes* o guardião da Constituição asseguraria o direito fundamental social à aposentadoria especial a todos os servidores públicos que trabalham sob condições especiais.

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal separaria o seu poder público de garantidor dos direitos fundamentais sociais do poder econômico do Estado que, nesse caso, está obrigado a criar mecanismos para que os servidores públicos usufruam o direito constitucional à aposentadoria especial.

Observa Andreas J. Krell que a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais “depende também de uma

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **I conferência internacional sobre garantismo e gestão pública: separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia.** Disponível em: http://www.fmp.com.br/2008/img/garantismo/2009_ferraioli.pdf. Acesso em: 20 set. 2010. [tradução]

evolução da ética profissional da magistratura e da redução de sua dependência em relação ao Poder Executivo”.⁴⁵

Ademais, assegura Luiz Roberto Barroso que a atribuição do efeito *erga omnes* à disciplina temporária confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia, evitando que situações idênticas recebam tratamentos distintos por motivos diversos. Assegura, ainda, o autor que o principal fator de legitimação da atuação do Poder Judiciário é a omissão de outro Poder, que provoca a paralisação da eficácia das normas constitucionais.⁴⁶

⁴⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 108.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

CONCLUSÃO

O Mandado de Injunção é ação constitucional colocada a disposição de todo aquele que tiver obstado, pela ausência de norma regulamentadora, o exercício de direitos ou liberdades constitucionais bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de instrumento apto a afastar o óbice que impossibilita a efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada.

Registra-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto aos efeitos da decisão em Mandado de Injunção, identificando-se duas correntes a não concretista e a concretista que se subdivide em duas posições distintas, uma entende que a decisão deve ter efeito *erga omnes* a outra defende a eficácia *inter partes*.

Verifica-se que a finalidade da referida ação não se confunde com a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois esta visa completar o ordenamento jurídico por meio da elaboração da norma regulamentadora faltante pelo Poder competente, ao passo que o Mandado de Injunção tem por finalidade possibilitar no caso concreto o exercício do direito constitucional. E que uma interpretação teleológica dos dois institutos, por suas características próprias, não permite concluir que o Poder Constituinte originário quis dar a ambos a mesma consequência jurídica.

Verifica-se a mudança de paradigma das decisões do Supremo Tribunal Federal o qual passou a adotar a corrente concretista, possibilitando o exercício do direito constitucional, por meio de ato próprio, e, conseqüentemente, abandonando o antigo posicionamento firmado no Mandado de Injunção nº 107, considerado *leading case*, de que, da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação injuncional tinha por finalidade obter uma declaração de inconstitucionalidade por omissão do Poder competente para regulamentar o direito constitucional.

Sob a ótica dos argumentos e discussões existentes nos arestos dos Mandados de Injunção nº 670, 708, 712, 721 e 795, quanto à adoção da corrente concretista revestindo a decisão de eficácia *erga omnes* e *inter partes*, verifica-se que no âmbito do direito de greve dos servidores públicos civis o Supremo Tribunal Federal adotou teoria

concretista *erga omnes* e na questão sobre o direito a aposentadoria especial a corrente concretista *inter partes*.

A referida Corte ao julgar a questão a respeito do direito de greve dos servidores públicos civis argumentou que o Poder Constituinte originário quis dar ao Mandado de Injunção a mesma consequência jurídica da ação direta de inconstitucionalidade por omissão o que autorizava o Supremo Tribunal Federal a adotar corrente concretista *erga omnes*.

Verifica-se também que a adoção da corrente concretista *erga omnes* estaria relacionada ao número de movimentos grevistas em curso no ano de 2007. O que poderia elevar a quantidade de impetração de ações injuncionais perante o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Injunção sobre direito de greve dos servidores públicos civis, por maioria de votos entendeu que a adoção da corrente concretista *erga omnes* não fere a independência e harmonia entre os poderes (artigos 2º) nem o princípio da separação dos poderes (60, §4º, inciso III) insertos na Constituição Federal de 1988.

Ademais, é possível concluir que a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento daqueles Mandados de Injunção regulamentando o direito de greve dos servidores públicos civis, é contramajoritária, uma vez que o Poder Constituinte, originário e derivado, havia refutado essa possibilidade.

Considerando-se que a omissão do Poder Legislativo pode estar relacionada à impopularidade da matéria, é possível concluir-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal de regulamentar o texto da Constituição carente de norma posterior que lhe devolva a aplicabilidade, substituindo-se ao Legislativo, pode significar interferência no processo democrático, uma vez que tal abstenção estaria relacionada ao resultado das eleições.

Observa-se um paradoxo nessas decisões do Supremo Tribunal Federal que, após assumir a função legiferante e regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, por meio das ações injuncionais nºs 670, 708 e 712, ao julgar o Mandado de Injunção nº 795 sobre direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, considerado direito fundamental social prestacional, pois exige que o poder público crie mecanismos para seu exercício, adotou a corrente concretista *inter partes*, sob o argumento de que o Mandado de

Injunção é via vinculada ao interesse e visa resolver a situação nele revelada. Porém, esses argumentos constavam dos três votos vencidos nos Mandados de Injunção sobre a questão do direito de greve dos servidores públicos civis.

Pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, considerando os argumentos trazidos nos acórdãos dos Mandados de Injunção sob análise, afastou-se de sua função de garantia, pois ao regulamentar o direito de greve, objetivou limitar o exercício de um direito, para tanto, adotou a corrente concretista *erga omnes* e aplicou a lei que regulamenta a greve na iniciativa privada aos servidores públicos de forma geral. Por outro lado, ao decidir a questão sobre a aposentadoria especial, que exige do Poder Executivo organização de recursos para que o direito seja exercido, adotou a corrente concretista *inter partes*, consentindo apenas aos impetrantes o exercício do direito constitucional.

É possível concluir que, como poder de garantia, poderia nos Mandados de Injunção n^{os} 721 e 795, que cuidavam do direito à aposentadoria especial, ter adotado a mesma posição assumida no julgamento dos Mandados de Injunção n^{os} 670, 708 e 712, sobre direito de greve dos servidores públicos civis, pois já havia superado o formalismo do princípio da separação dos poderes e ampliado o âmbito de incidência da decisão proferida em Mandado de Injunção.

É possível concluir, no entanto, que a indefinição quanto ao efeito a ser atribuído à decisão proferida em Mandado de Injunção causa insegurança jurídica, pois resta a dúvida: é ele reservado a regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitadas? Ou destina-se a, no caso concreto, possibilitar o exercício de um direito constitucional obstado pela ausência de lei regulamentadora?

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Lei nº 7.783 de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção nº 107. Ementa [...] Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, DJ de 21.09.1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 708. Ementa [...] Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 25 out. 2007. DJ de 31.10.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 712. Ementa [...]. Relator: Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 07 jun. 2006. DJ de 31.10.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Mandado de Injunção nº 721, Ementa [...] Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 30 ago. 2007. DJ de 30.11.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 795. Ementa [...]. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 15 abr. 2009. DJ de 22.05.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **I conferência internacional sobre garantismo e gestão pública: separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia**. Disponível em: http://www.fmp.com.br/2008/img/garantismo/2009_ferraioli.pdf. Acesso em: 20 set. 2010. [tradução]

FONSECA, Fábio Prates da. **Autonomia coletiva e serviços públicos essenciais: a experiência italiana**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22044/autonomia_coletiva_servicos_publicos.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 mar. de 2010.

HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, IDP, ISSN 1982-4564, ano 2, p. 07, out. 2008.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris. 2002.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara, **Mandado de injunção: um instrumento de**

efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MEJÍAS, Manuel Gámez. **El significado jurídico actual del principio de división de poderes em las constituciones parlamentarias**. Madrid: Dykinson, S.L. 2004.

MENDONÇA, Fernanda. **A omissão legislativa e o exercício de greve pelos servidores públicos**: análise do julgamento dos mandados de injunção n. 670, n. 708 e n. 712. Disponível em: < <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/238/198>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: M. Editores, 2003.

TAMER, Sergio Victor, **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Fabris, 2005.

VERRÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois**: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%20a7%20b5e/RD08_5_407_440_A%20constitui%20a7%20a3o%20de%201988%20vinte%20anos%20depois_Marcos%20Paulo%20Verissimo.pdf>. Acesso em 10 abr. 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%20a7%20b5e/RD08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2010.