

## Mandado de Injunção\*

### GILMAR MENDES

Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (1988), com a Dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*, Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1989), com a Dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de Admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã), Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1990), com a Tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na Série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo, 2005, 395 p.), Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Membro do Conselho Assessor do “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madri/Espanha, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

RESUMO: A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador. O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O presente artigo analisa o instituto do “mandado de injunção”, seu conteúdo, o significado, a natureza do instituto na ordem constitucional brasileira e a amplitude das decisões proferidas nesses processos, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The 1988 Brazilian Constitution gave particular importance to the constitutional review whenever there is an omission from the legislator. This special treatment contributed to a systematic development of the declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (a decision technique in which the Court recognizes the unconstitutionality of an act, but its effects are limited, as the law is not declared null and void). Article 5, LXXI, of the Brazilian Constitution, expressly authorized the grant of a mandado de injunção, whenever the lack of

\* Palestra proferida no dia 28 de janeiro de 2008, em encontro do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em Lisboa, de 28 a 29 de janeiro de 2008.

regulation hinder the exercise of constitutional rights and liberties, as well as the prerogatives related to nationality, sovereignty and citizenship. The present paper analyses the institute of the *mandado de injunção*, its contents, significance and nature within the Brazilian Constitution, and the wideness of the decisions pronounced in these cases, according to the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Mandado de injunção; constitucional judicial review; abstract review; constitutional justice; constitutionality; unconstitutional legislative omission; constitutional rights and liberties; effects of constitutional norms; nationality; sovereignty; citizenship; Brazilian Supreme Court; constitutional justice; constitutionality; Brazil; judicial law-making.

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais; 2 Âmbito de proteção; 3 O mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4 O direito de greve do servidor e a viragem da jurisprudência; Conclusões.

## 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as conseqüências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Essas e outras indagações desafiam a dogmática jurídica aqui e alhures. Não pretendemos aqui dar uma resposta definitiva e cabal a essas questões, não só pelos limites do estudo proposto, mas, sobretudo, porquanto tal tarefa transcenderia de muito os limites das nossas próprias forças.

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos indivi-

duais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão.

Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para que tome as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro do prazo de trinta dias.

## 2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem dado ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras<sup>1</sup>. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão<sup>2</sup>. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes<sup>3</sup>.

Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa<sup>4</sup>. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que, se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a

- 1 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Mandado de injunção e direitos sociais*. São Paulo: LTr, n. 53, 1989. p. 323; Barroso chega a afirmar que: "No contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência" (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112).
- 2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 450-452; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 123-124.
- 3 PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 123.
- 4 PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*, p. 123.

inadmissibilidade do mandado de injunção<sup>5</sup>. Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, v.g., o pagamento do seguro-desemprego<sup>6</sup>.

É interessante registrar a manifestação de Calmon de Passos a propósito do tema:

“Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro-desemprego. Impossível deferi-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente. Também seria inexigível do sujeito privado uma prestação inapta a revestir-se do caráter de personalidade reclamada na injunção, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa. A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral.”<sup>7</sup>

Uma corrente diversa entende que o mandado de injunção destina-se, tão-somente, a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado<sup>8</sup>. A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível<sup>9</sup>. Segundo esse entendimento, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter *obrigatório* ou *mandamental*<sup>10</sup>.

5 PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*, p. 112-113.

6 PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*, p. 112-113.

7 PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*, p. 112.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 321-322.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 277; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004. p. 385-386.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, p. 283.

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>, o que acabou por obrigá-lo, num curto espaço de tempo, a apreciar não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

O mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar, que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania).

Tal como tem sido freqüentemente apontado, essa omissão tanto pode ter caráter *absoluto ou total* como pode materializar-se de forma *parcial*<sup>12</sup>.

Na primeira hipótese, que se revela cada vez mais rara, tendo em vista o implemento gradual da ordem constitucional, tem-se a inércia do legislador, que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional.

A omissão parcial envolve, por sua vez, a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).

### 3 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar, pela primeira vez, as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão na decisão de 23 de novembro de 1989<sup>13</sup>.

O mandado de injunção havia sido proposto por Oficial do Exército contra o Presidente da República, que, segundo se alegava, não teria encaminhado, tempestivamente, ao Congresso Nacional, projeto de lei discipli-

11 Em 1990 e 1991, o STF julgou 203 MIs (dados do BNDPJ). Até 16.08.2006, o STF autuou 738 MIs (dados da Secretaria Judiciária).

12 MI 542/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 28.06.2002.

13 MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ 133.

nando a duração dos serviços temporários, tal como expressamente exigido pela Constituição (art. 42, § 9º). O impetrante havia prestado serviço por nove anos e seria compelido a passar para a reserva ao implementar o décimo ano, se fosse aplicada a legislação pré-constitucional. Daí ter requerido a promulgação da norma prevista constitucionalmente. Ao lado desse pleito principal, requereu ele, igualmente, a concessão de liminar que garantisse o seu *status* funcional até a pronúncia da decisão definitiva.

A inexistência de regras processuais específicas exigia, tal como já enunciado, que o Tribunal examinasse, como questão preliminar, a possibilidade de se aplicar esse instituto com base, tão-somente, nas disposições constitucionais. A resposta a essa questão dependia, porém, da definição da natureza e do significado desse novo instituto.

A Corte partiu do princípio de que a solução que recomendava a expedição da norma geral ou concreta haveria de ser, desde logo, afastada. A regra concreta deveria ser excluída em determinados casos, como decorrência da natureza especial de determinadas pretensões, *v.g.*, daquelas eventualmente derivadas dos postulados de direito eleitoral<sup>14</sup>. Tanto em relação a uma norma concreta quanto em relação a normas gerais, proíbe-se que a coisa julgada possa vir a ser afetada mediante lei posterior (art. 5º, XXXVI). Como essas decisões judiciais haveriam de transitar em julgado, não poderia a lei, posteriormente editada, contemplar questões que foram objeto do pronunciamento transitado em julgado<sup>15</sup>.

A opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto, essa posição revela-se incompatível com a Constituição<sup>16</sup>.

Contra esse entendimento colocar-se-ia, igualmente, o princípio da reserva legal, constante do art. 5º, II, da Constituição, uma vez que essas regras gerais, que deveriam ser editadas pelos Tribunais, haveriam de impor obrigações a terceiros, que, nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei.

14 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ* 133/11 e ss.

15 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ* 133/11 (33).

16 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ* 133/11 (34-35).

Por outro lado, a opinião dos representantes dessa corrente, que sustentavam a inadmissibilidade do mandado de injunção nos casos em que o exercício do direito subjetivo exigisse a organização de determinada atividade, instituição técnica ou em que fosse imprescindível a disposição de recursos públicos, acabaria por tornar quase dispensável<sup>17</sup> a garantia constitucional do mandado de injunção.

Após essas considerações, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (CF, art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

Como *omissão* deveria ser entendida não só a chamada *omissão absoluta* do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a *omissão parcial*, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar<sup>18</sup>.

Ao contrário da orientação sustentada por uma das correntes doutrinárias<sup>19</sup>, o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado<sup>20</sup>.

Todavia, o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas<sup>21</sup>.

Após o Mandado de Injunção nº 107, *leading case na matéria relativa à omissão*, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção nº 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao

17 MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ 133/11 (32-33).

18 MI 542/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 28.06.2002.

19 MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ 133/11-31.

20 MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ 133/33.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, p. 277.

prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. Explicita a ementa do acórdão:

“Mandado de injunção. Mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT. Deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107-QO) – que no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção nºs 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º – ‘Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição’ –, vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (MI 283, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991)

No Mandado de Injunção nº 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Consta da ementa desse julgado:

“Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” (MI 232, Rel. Moreira Alves, DJ 27.03.1992)

Ainda, nessa mesma orientação, registra a ementa da decisão proferida no Mandado de Injunção nº 284, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“Mandado de injunção. Natureza jurídica. Função processual. ADCT, art. 8º, § 3º (portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica). A questão do sigilo. Mora inconstitucional do Poder Legislativo. Exclusão da União Federal da relação processual. Ilegitimidade passiva *ad causam*. *Writ* deferido.

O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional – consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.

No caso, *ex vi* do § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória.

Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo ‘perigoso fascínio do absoluto’ (Pe. Joseph Comblin, *A ideologia da segurança nacional* – O poder militar na América Latina. Trad. de A. Veiga Fialho. 3. ed. Civilização Brasileira, 1980. p. 225), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em *praxis* governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (*O futuro da democracia*. Paz e Terra, 1986), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao Mistério.

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como ‘um modelo ideal do governo público em público’.

O novo *writ* constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no mandado de Injunção nº 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.” (MI 284, Rel. Marco Aurélio, DJ 26.06.1991)

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizavam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum<sup>22</sup>. Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida<sup>23</sup>.

22 Nesse sentido, verificar MI 562, Rel. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003; v., também: MI 543/DF, Rel. Octavio Gallotti, DJ 24.05.2002.

23 Cf. MI 679, Rel. Celso de Mello, DJ 17.12.2002.

Em sessão plenária de 30.08.2007, o Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado no Mandado de Injunção nº 721, Rel. Marco Aurélio, impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial disposta no § 4º do art. 40 da CF/1988, adotando o sistema do regime geral de previdência social (Lei nº 8.213/1991, art. 57).

No caso, a impetrante pleiteava que fosse suprida a falta da norma regulamentadora disposta no referido art. 40, § 4º, a fim de que pudesse exercer seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos como auxiliar de enfermagem, em atividade considerada insalubre.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, ao salientar o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas, ainda, viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador.

Nesse sentido, aduziu em seu voto no julgamento da MI 721:

“[...] Há de se conjugar o inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo. É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental,

a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador [...]” (MI 721, Rel. Marco Aurélio, J. 30.08.2007, DJ 30.11.2007)

As decisões acima referidas estão a indicar que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.

#### **4 O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR E A VIRAGEM DA JURISPRUDÊNCIA**

No Mandado de Injunção nº 20 (Rel. Celso de Mello, DJ 22.11.1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade.

Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002) e MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002).

Portanto, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, tem-se reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Nesse particular, deve-se observar que, diferentemente das relativizações efetivadas quanto ao decidido no Mandado de Injunção nº 107/DF (DJ 02.08.1991), nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, a Corte ficou adstrita tão-somente à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica.

Nessas ocasiões, entretanto, o Ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de que, em hipóteses como a dos autos, se aplicasse, provisoriamente, aos servidores públicos, a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral. Registre-se, a propósito, trecho de seu voto no MI 631/MS (Rel. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002):

“Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei nº 7.783, de 28.06.1989. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral,

que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei nº 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.” (MI 631/MS, Rel. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002)

Vê-se, assim, que, observados os parâmetros constitucionais quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado.

Na sessão de 07.06.2006, foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. Assim, apresentamos – o Ministro Eros Grau (MI 712/PA) e eu (MI 670/ES) – votos que recomendam a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão verificada.

São as seguintes as razões por mim apresentadas no MI 670:

“Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII).

Entretanto, avento essa possibilidade por fundamentos diversos, os quais passarei a desenvolver em breve exposição sobre o direito de greve no Brasil e no direito comparado.

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam o estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque 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.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo e à greve dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

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

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.

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’.

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece impelir intervenção mais decisiva desta Corte.

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

A esse respeito, em apêndice ao meu voto, elaborei documento comparativo da Lei nº 7.783/1989 e o texto do Projeto de Lei nº 6.032/2002 (que ‘Disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e a dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências’).

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.”

Tendo em vista essa situação peculiar, entendi devesse recomendar a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália.

Fizeram-se referências às observações de Rui Medeiros sobre o tema da chamada legislação positiva efetivada pelos Tribunais, especialmente quanto ao seguinte aspecto:

“A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v. g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: 'A configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais' e o esbatimento, claro em Itália, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas."<sup>24</sup>

Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros que elas são, em geral, aceites quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória"<sup>25</sup>.

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Identifica-se, pois, aqui, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher

24 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 493-494.

25 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 504.

se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista, especialmente, as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada.

De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).

Sobre a necessidade de decisões adequadas para esse estado de inconstitucionalidade omissiva, afiguram-se pertinentes as lições de Augusto Martín de La Vega na seguinte passagem de sua obra:

*“Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes en el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y ‘avocada’ a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional.”<sup>26</sup>*

A situação descrita a propósito do sistema italiano mostra fortes semelhanças com o quadro institucional brasileiro, especialmente no que concerne à omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.

Daí a necessidade de mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

Nos dizeres de Joaquín Brage Camazano:

*“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con*

26 VEGA, Augusto Martín de La. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid, 2003. p. 229-230.

*una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de 'legislador negativo'. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico 'arsenal' sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple 'constitucionalidad/inconstitucionalidad', es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, 'la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección' de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo."<sup>27</sup>*

É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição doutrinária não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

Tendo em vista essas considerações, entendi por bem propor que se adotasse, de forma explícita, uma sentença aditiva com eficácia *erga omnes* nos seguintes termos:

*"[...] Acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos.*

*Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou por afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de 'serviços ou atividades essenciais', nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/1989.*

*Creio que essa ressalva na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses 'serviços ou atividades essenciais' seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos 'essenciais'.*

*Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem 'em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população' (Lei nº 7.783/1989, parágrafo único, art. 11)."<sup>28</sup>*

27 CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas"). Disponível em: [www.geocities.com/de-rechoconstitucional/publicaciones.htm](http://www.geocities.com/de-rechoconstitucional/publicaciones.htm). Cf., também, em: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Ed.). *La interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005 (no prelo).

28 MI 670/ES.

Proposta semelhante foi alvitrada pelo Ministro Eros Grau no MI 712, em voto proferido na mesma sessão de 07.06.2006.

Posteriormente, no MI 708, sobre o mesmo tema, para o qual sugeri a mesma solução proposta para o MI 670, assim me pronunciei:

“Nessa extensão do acolhimento, porém, creio serem necessárias outras considerações com relação à recente decisão tomada por esta Corte no julgamento da medida liminar na ADIn 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. Eis o teor da ementa do julgado.

‘Ementa: Inconstitucionalidade. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inciso I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.’ (ADIn 3.395/DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, vencido o Min. Marco Aurélio, DJ 10.11.2006)

Assim, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, é necessário que, na decisão deste MI, fixemos os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário.

Nesse particular, assim como argumentei com relação à Lei Geral de Greve, creio ser necessário e adequado que fixemos balizas procedimentais mínimas para a apreciação e julgamento dessas demandas coletivas.

A esse respeito, no plano procedimental, vislumbro a possibilidade de aplicação da Lei nº 7.701/1988 (que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa da lacuna ora declarada.

Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do Texto Constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.

Relembro a afirmação de Pertence, no voto proferido na Questão de Ordem no Inquérito nº 687/SP, Rel. Sydney Sanches, DJ de 09.11.2001, ocasião em que se discutia a competência do Supremo Tribunal Federal no contexto da prerrogativa

de foro por exercício de função. Pertence afirmou que: ‘Se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro por prerrogativa de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da lei fundamental’.

Sobre essa questão também nos ensina Canotilho:

‘A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.’ (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 543)”

Nesse contexto, conforme já tive oportunidade de sustentar algumas vezes, não há como, em Constituição tão detalhada como a nossa, deixar de fazer uma interpretação compreensiva do Texto Constitucional. Principalmente levando em consideração a análise do exercício do direito de greve por servidores públicos, resulta impossível não empreender esse tipo de compreensão.

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, considerei viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/1988 para garantir efetividade a uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos paredistas instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, art. 5º, XXXV e 93, IX)<sup>29</sup>.

Prosseguindo em meu voto, aduzi:

“Nesse contexto, conforme já tive oportunidade de sustentar algumas vezes que não há como, em Constituição tão detalhada como a nossa, deixar de fazer uma interpretação compreensiva do texto constitucional [...]

29 MI 708, Rel. Gilmar Mendes, J. 25.10.2007.

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, considero viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/1988 para garantir uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos paredistas instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, arts. 5º, XXXV, e 93, IX).

Diante dessa conjuntura, é imprescindível que este Plenário densifique as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal.

Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda, abranger mais de uma unidade da Federação, entendo que a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, a, da Lei nº 7.701/1988).

Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988).

Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da Federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também, por aplicação analógica, do art. 6º da Lei nº 7.701/1988).

Revela-se importante, nesse particular, ressaltar que, a par da competência para o dissídio de greve em si – discutindo a abusividade, ou não, da greve – também os referidos tribunais, nos seus respectivos âmbitos, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação, assim como das medidas cautelares eventualmente incidentes, tais como:

- i) Aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que devem continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação;
- ii) Os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e
- iii) Demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

Em última instância, a adequação e necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a questões de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos; e a continuidade na prestação dos serviços públicos.

Ao adotar essa medida, este Tribunal estaria a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desprezível a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas para o benefício da sociedade brasileira [...]"

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção<sup>30</sup> e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada<sup>31</sup>.

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitado à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo<sup>32</sup>, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.

Foram fixados, ainda, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, nos âmbitos federal, estadual e municipal. No plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei nº 7.701/1988, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário.

Digno de nota afigura-se o fato de a discussão ter revelado uma lacuna na disciplina do direito de greve do servidor público, ao indicar a necessidade de um foro judicial qualificado para dirimir tais dissídios.

## CONCLUSÕES

O Supremo Tribunal Federal apreciou, pela primeira vez, no julgamento do Mandado de Injunção (QO) nº 107, Rel. Moreira Alves, DJ de

30 MI 670, Red. p/o Ac. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Gilmar Mendes; e MI 712, Rel. Eros Grau.

31 Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

32 As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória.

21.09.1990, questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição.

A inexistência de regras processuais específicas exigia, como já referido, que o Tribunal examinasse, como questão preliminar, a possibilidade de se aplicar esse instituto com base, tão-somente, nas disposições constitucionais. A resposta a essa questão dependia, porém, da definição da natureza e do significado desse novo instituto.

No referido julgamento do Mandado de Injunção (QO) nº 107, o Tribunal deixou assente que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular e os chamados direitos sociais, desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

Assim, o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado.

Todavia, o Tribunal entendeu, naquela ocasião – e assim firmou sua jurisprudência –, que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas.

Após o Mandado de Injunção nº 107, *leading case* na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção nº 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), nº 232 (Rel. Moreira Alves), nº 284 (Rel. Celso de Mello) e nº 721 (Rel. Marco Aurélio) sinalizaram, portanto, para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Referidas decisões estavam a indicar que o Supremo Tribunal Federal aceitara a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.

A viragem da jurisprudência, que já se anunciara, concretizou-se no julgamento do Mandado de Injunção nº 708, em 25.10.2007, que discutiu o direito de greve do servidor público.

No entendimento de que uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais garantidos, o Tribunal reconheceu o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos e a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs solução para a omissão legislativa, no sentido de que fosse aplicada, provisoriamente e no que couber, lei existente em nosso ordenamento jurídico, sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Assim, o Tribunal, ao afastar-se da orientação inicialmente perfilhada, no sentido de estar limitado à declaração de existência de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, sem, no entanto, assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa.

A solução proposta pelo Supremo Tribunal Federal, no caso do direito de greve do servidor público, no sentido de adotar sentença de perfil aditivo, fixando os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência para a apreciação da matéria até a edição da legislação específica pertinente, e, ainda, propor solução para a omissão legislativa, determinando a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/1989, representou significativa revisão da jurisprudência no que concerne à matéria e poderá, certamente, ter importantes reflexos na configuração do instituto do *mandado de injunção* no direito brasileiro.