

Mandado de Injunção

Gilmar Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal, 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, Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA, Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA.

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

CONSIDERAÇÕES GERAIS

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. Ao lado desse instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais 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 as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro do prazo de 30 dias.

1 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 regulamentadoras¹. 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 questão². 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 semelhantes³.

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 legislativa⁴. 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 inadmissibilidade do mandado de injunção⁵. Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, *v.g.*, o pagamento do seguro-desemprego⁶.

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

- 1 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Mandado de injunção e direitos sociais. *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, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 123.
- 4 *Idem*, *Ibidem*.
- 5 *Idem*, *Ibidem*, p. 112-113.
- 6 *Idem*, *Ibidem*.

go. 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.”⁷

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 assegurado⁸. A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível⁹. 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*¹⁰.

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 Federal¹¹, 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*¹².

7 Idem, *Ibidem*, 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.

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, Celso de Mello, DJ 28.06.2002.

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).

2 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 1989¹³.

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 disciplinando 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 à 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 eleitoral¹⁴. Tanto em relação a uma norma concreta quanto em relação a normas gerais proíbe-se que a

13 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133.

14 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 s.

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 julgado¹⁵.

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 Constituição¹⁶.

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.

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 dispensável¹⁷ 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*¹⁸. Ao contrário da orientação sustentada por uma das correntes doutrinárias¹⁹, o mandado de injunção afigurava-se ade-

15 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (33).

16 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (34-35).

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

18 MI 542/SE, Celso de Mello, DJ 28.06.2002.

19 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (31).

quado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado²⁰.

Todavia, o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas²¹. Tanto quanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção tem caráter *obrigatório* ou *mandamental*²². As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado. Ter-se-ia aqui um exemplo daquela ação que Goldschmidt houve por bem denominar *Anordnungsklagenrecht* (ação mandamental)²³.

Essa ação *mandamental* exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público. Já o processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia *erga omnes*.

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, entretanto, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando às decisões proferidas nesses processos idênticas conseqüências jurídicas. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão²⁴.

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico. O Tribunal deixou assente que, de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegu-

20 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 33.

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

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

23 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (35).

24 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (38-9).

rar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal, até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras conseqüências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança²⁵, enquanto ações destinadas a obrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal, que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança²⁶.

Em resumo, pode-se afirmar que:

1. os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos por eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, condenando-o a editar a norma requerida;
2. a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;
3. a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, não tendo diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção;

25 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (38-9).

26 MI 107, Moreira Alves, RTJ 133, p. 11 (39).

4. é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com vistas a assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legítima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

Após esse *leading case*, todavia, 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 Perence, 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. 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, legítima 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. Min. 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. Min. 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*, 3. ed., trad. A. Veiga Fialho, 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, Rel. Min. 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. Min. 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. Min. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Min. Moreira Alves) e 284 (Rel. Min. Celso de Mello) sinalizam 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 comum²⁷. Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida²⁸.

As decisões acima referidas indicam 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.

3 O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR E A VIRAGEM DA JURISPRUDÊNCIA

No Mandado de Injunção nº 20 (Rel. Min. 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.

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

28 Cf. MI 679, Celso de Mello, DJ 17.12.2002.

Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485 (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002) e MI 585/TO (Rel. Min. 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. Min. 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. Min. 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 selvageria 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, enfatizo 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 indirizo 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."²⁹

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".³⁰

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

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

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

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 sistêmica 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).

Sobre a necessidade de decisões adequadas para esse estado de inconstitucionalidade omissiva, afirmam-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.”³¹

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 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

31 LA VEGA, Augusto Martín de. *La sentencia constitucional en Italia*. Madri, 2003. p. 229-230.

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'.³²

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 se tratarem 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 peri-

32 CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador* (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). Disponível em: <www.geocities.com/derechoconstitucional/publicaciones.htm>. Cf., também, em: MACGREGOR, Eduardo Ferrer (ed.). *La interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005. No prelo.

go iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população' (Lei nº 7.783/1989, parágrafo único, art. 11)."³³

Proposta semelhante foi alvitrada pelo Ministro Eros Grau no MI 712, em voto proferido na mesma sessão de 7 de junho de 2006.

Embora a matéria penda de pedido de vista, as manifestações antecipadas por alguns ministros sugerem que se está diante de uma possível revisão da jurisprudência no que concerne ao direito de greve do servidor público, que poderá ter importantes reflexos na configuração do instituto no Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de injunção: em busca da efetividade da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas"). Disponível em: <www.geocities.com/derechoconstitucional/publicaciones.htm>.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LA VEGA, Augusto Martín de. *La sentencia constitucional en Italia*. Madri, 2003.
- MACGREGOR, Eduardo Ferrer Macgregor. *La interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005. No prelo.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção, um instrumento de efetividade da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de injunção, da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A *injunction* anglo-americana e as origens do mandado de injunção. *Revista de Direito Comparado*, n. 3, p. 203-225, maio 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

33 MI 670/ES.

PINTO, Tácito Lívio Maranhão. *O mandado de injunção: trajetória de um instituto*. São Paulo: LTr, 2002.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SCARSELLI, Giuliano. Il decreto ingiuntivo e la Comunita Europea. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 44, n. 6, p. 725, pt. 1, nov./dic. 1998.

SEHN, Solon. O mandado de injunção e controle das omissões legislativas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 36, p. 236-256, jul./set. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Mandado de injunção e direitos sociais. *LTr*, n. 53, 1989.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.