

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

DONG HAK LEE

**ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE
GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

**BRASÍLIA
2009**

DONG HAK LEE

**ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE
GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Monografia de conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Rafael Favetti

BRASÍLIA
2009

DONG HAK LEE

**ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE
GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Monografia de conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Rafael Favetti

Brasília, _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Para Cintia e a pequena Laura.

RESUMO

Busca-se no presente trabalho analisar o fenômeno do ativismo judicial e relacioná-lo com as posturas havidas no Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos. Nesta tarefa, apresentamos os contornos jurídicos do mandado de injunção segundo a opinião doutrinária e a experiência do Supremo, com particular destaque para a evolução dos efeitos da sua decisão. É justamente nessa guinada na compreensão jurisprudencial que pretendemos investigar a dimensão de ativismo judicial praticado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial, judicialização da política, mandado de injunção, greve, jurisprudência e Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	8
1.1 Judicialização da Política.....	8
1.2 Ativismo Judicial	12
2. MANDADO DE INJUNÇÃO	24
2.1 Introdução	24
2.2 Origem	25
2.3 Objeto	26
2.4 Competência	27
2.5 Legitimação	28
2.6 Pressupostos de cabimento	29
2.7 Procedimento	32
2.8 Efeitos da decisão à luz da doutrina	33
2.9 O mandado de injunção e princípio da separação dos poderes	37
3. EVOLUÇÃO NOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	39
4. MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR E ATIVISMO JUDICIAL	44
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Nas recentes atuações políticos-institucionais do Supremo Tribunal Federal, particularmente posterior ao advento da Emenda Constitucional 45 de 2004 e da mudança da composição da Corte, ficou nítido um protagonismo de caráter mais ativista por parte de seus integrantes que pretende conferir efetividade às cláusulas constitucionais.

Essa mudança de cultura no Supremo Tribunal Federal se torna evidente quando se recorda o julgamento sobre o direito de greve no serviço público realizado em outubro de 2007. Onze anos antes, em 1996, um processo sobre o mesmo tema havia chegado ao Tribunal. Naquela ocasião, os ministros decidiram que os servidores públicos não poderiam exercer a greve antes da edição de uma lei regulamentando o assunto. Em 2007, em vez de apenas chamar o Congresso a agir, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o sistema jurídico não podia mais ficar incompleto e fez com que se aplicasse a lei de greve da iniciativa privada sobre os casos do serviço público.

Diante desse contexto, o presente trabalho pretende delinear uma particular compreensão do termo ativismo judicial e relacioná-lo com as posturas havidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal notadamente nos julgamentos de mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos.

Tenciona, inicialmente, compreender a judicialização da política e o ativismo judicial, expressão esta de múltiplo uso, portanto de difícil demarcação teórica, passando, em seguida, a estabelecer a relação de proximidade entre dois fenômenos. Posteriormente, busca analisar os riscos que esses fenômenos podem produzir para a questão da legitimidade democrática em face da dificuldade contramajoritária, ou seja, em razão de os membros do STF não serem escolhidos por vontade popular e, por conseguinte, não se submeterem aos controles próprios da democracia representativa.

A seguir, busca-se estudar o instituto jurídico do mandado de injunção - uma garantia constitucional instituída com a finalidade de suprir a omissão relacionada à

implementação das normas definidoras de direitos assegurados na Constituição Federal, com ênfase nos efeitos da decisão tanto à luz da doutrina quanto da jurisprudência do Supremo.

Cumprir destacar, neste particular, que o mandado de injunção nem sempre teve os contornos que possui em tempos atuais, principalmente no que se refere aos efeitos de sua decisão. Em primeiro momento, a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal trilhava caminho seguro em que se conferia ao mandado de injunção somente a eficácia de uma ação declaratória de mora legislativa, cujos efeitos não passavam de mera ciência ao órgão competente para que este supra a omissão normativa.

Em momento posterior, o Tribunal, diante da ineficácia dos efeitos das decisões pretéritas, conferiu um *plus* mandamental ao dispositivo de suas decisões, passou estipular um prazo para que o órgão em mora suprisse a omissão e, caso a mora persistisse, passaria a ter o direito subjetivo resguardado constitucionalmente. Neste caso, ainda que tenha havido uma evolução na compreensão jurisprudencial, o direito permaneceria incompleta, porquanto há necessidade de buscar a satisfação em outro órgão jurisdicional.

Por último, em decisões recentes, ante a persistente inércia do legislador, foi atribuída ao mandado de injunção a condição de via instrumental com eficácia jurídica para, além de declarar a mora legislativa, criar a norma satisfativa do caso concreto, independentemente da estipulação de prazo ao Poder Público para supressão da omissão.

Diante dessa evolução da garantia fundamental do mandado de injunção, que passou de um instrumento inócuo ao instrumento concretizador do exercício de direito constitucional, pode-se afirmar que o referido *writ* é objeto de uma das maiores evoluções na jurisprudência brasileira.

É justamente o caráter paradigmático dessas decisões que determinou escolha deste instrumento como objeto de presente estudo com a finalidade de investigar a dimensão de ativismo judicial no âmbito da Suprema Corte.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.1 Judicialização da Política

Por judicialização, no sentido de judicialização da política, entende-se por um “fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica”. Tal fenômeno é inerente aos Estados com separação das funções dos poderes e expressa “a expansão do papel do Judiciário no sistema de Poder.” (FAVETTI, 2003, p. 34)

Muitos têm sido os fatores responsáveis pela ampliação e consolidação desse fenômeno. Luís Roberto Barroso (2009, p. 3) menciona que alguns dos acontecimentos expressam uma tendência mundial, outros estão diretamente relacionados ao modelo institucional brasileiro.

BARROSO (2009, p. 3 e 4) sistematiza três grupos de causas da judicialização: i) a redemocratização; ii) a constitucionalização abrangente; e iii) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Vejamos.

Primeiramente, a redemocratização, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, foi grande causa da expansão da participação política do judiciário. Com a recuperação das garantias da magistratura e com a nova geração de Ministros alçados ao cargo pós-regime militar, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.” Além disso, a redemocratização aumentou a procura por justiça na sociedade brasileira, a sociedade passou a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. (BARROSO, 2009, p. 3)

Oscar Vilhena Vieira suscita como consequência dessa expansão a ampliação do volume de matérias trazidas para o corpo da Constituição de 1988. Segundo o autor, assuntos que antes eram delegados ao processo político majoritário e à legislação ordinária ganharam expressão na Constituição, descendo a pormenores em temas mais variados como família, idoso, criança e adolescente,

saúde, educação, previdência, economia, relação de consumo, proteção do meio ambiente, entre outros. (2008, p. 446)

(...) a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. (VIEIRA, 2008, p. 446 e 447)

Outro fator causador da judicialização da política é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Um sistema híbrido que combina dois modelos distintos: o norte-americano e europeu. (BARROSO, 2009, p.4)

O controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a Constituição de 1891. O modelo adotado foi o norte-americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso, reconhecendo a competência do STF para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância. (MENDES, 2009, p. 1085)

Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, a denominada representação interventiva. E, posteriormente, a Emenda Constitucional 16/65 instituiu a denominada ação genérica de inconstitucionalidade, introduzindo, assim, no direito nacional, mecanismo análogo ao das cortes constitucionais européias – um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2006a, p. 64)

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto, combinando o controle por via incidental e difuso – sistema americano, com o controle por via principal e concentrado – sistema continental europeu. Introduziu, todavia, um conjunto amplo de inovações, tais como: ampliação da legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade; adoção de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta por omissão e o mandado de injunção; e a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceitos fundamentais. (BARROSO, 2006a, p. 65)

Diante desse novo quadro, constata-se que há uma nítida tendência do Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada. De acordo com FAVETTI:

Com o pós-guerra e a positivação dos direitos fundamentais, o judiciário ganha mais destaque no jogo político. O fim dos regimes autoritários permitiu que mais textos constitucionais redefiniram as relações entre os três poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. (2003, p. 35)

Nessa mesma linha, VIEIRA (2008, p. 447) refere-se à competência superlativa do STF, afirmando que foram atribuídas a essa Corte as funções que poderiam estar divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância.

Quanto à função de tribunal constitucional, o STF tem por atribuição julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos tanto em âmbito federal, como estadual. Nesse controle judicial, vale destacar a competência para apreciar a constitucionalidade de emenda à Constituição, quando estas ameçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas constante no § 4º do artigo 60 da CF. Esta atribuição conferiu ao Tribunal a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político. Também foi concedida ao STF a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, e, por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata implementação de direitos fundamentais. (VIEIRA, 2008, p. 447)

Destacam-se também dois eventos importantes que contribuíram para ampliar a jurisdição do Tribunal. A primeira trata-se da introdução, no ordenamento brasileiro, da figura do *amicus curiae*, possibilitando a participação das organizações da sociedade civil e de outros grupos de interesse em casos considerados de interesse supra-individuais. Outro evento é o surgimento de audiências públicas, a participação dos especialistas, militantes ou acadêmicos em casos de grande relevância. Todavia, essa participação é na esfera dos termos técnico-políticos, e não em termos necessariamente jurídicos, tendo a finalidade de agregar uma enorme quantidade de argumentos ao processo decisório do Tribunal. (VIEIRA, 2008, p. 448)

A Constituição de 1988 conferiu ao Supremo a missão de foro especializado para julgar criminalmente altas autoridades¹. O Tribunal, entretanto, não tem capacidade para, pela escassez de tempo e de pessoal, analisar pormenorizadamente os fatos como juízo de primeira instância². Outro problema é o fato de ter que apreciar originariamente atos secundários do parlamento ou do executivo, por vezes ligados à governança interna destes dois poderes. Transformando o Supremo, nesses casos, “um tribunal de pequenas causas políticas”. (VIEIRA, 2008, p. 448 e 449)

Por derradeiro, o STF também exerce a função de tribunal de apelação ou última instância judicial, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos, o que se explica pela coexistência de um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um sistema concentrado de controle de constitucionalidade. (VIEIRA, 2008, p. 449 e 450)

À guisa de ilustração, no ano de 2009, até o mês de agosto, foram julgados por onze ministros 34.919 agravos de instrumento e 14.552 recursos extraordinários, representando 86,37% dos casos distribuídos e 84% dos casos julgados³.

A inserção da arguição de repercussão geral, por meio da Emenda Constitucional 45, tem como o objetivo selecionar os recursos extraordinários que os Ministros irão analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. Por meio deste instrumento, o Supremo poderá *de iure*, e não

1 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

2 Para contornar o problema foi editada a Lei 12.019/09 que acrescenta o inciso III ao artigo 3º da Lei 8.038, norma que trata das ações de competência originária do STF e do STJ. Segundo o novo dispositivo da lei, o ministro relator pode convocar juízes e desembargadores estaduais ou federais para atuar por seis meses, período prorrogável por igual período, até no máximo dois anos. Aplicação do novo mecanismo pretende reduzir o tempo na tramitação de processos penais nas instâncias superiores.

3 Dados extraídos do sítio <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em 2 de setembro de 2009.

apenas de fato, exercer sua discricionariedade, barrando a subida de milhares de processos todos os anos.

A súmula vinculante, outra novidade trazida pela EC n. 45, visa à uniformização coercitiva de entendimentos, ou seja, a decisão do Supremo deve ser obedecida, obrigatoriamente, pelos tribunais e juízes, assim como pelos agentes do Poder Executivo, em caráter cogente, nos termos do art. 103-A da CF⁴.

Segundo VIEIRA, essas ferramentas:

(...) concentraram ainda mais poderes nas mãos do Supremo, como já foi possível verificar pela edição de súmula vinculante regulamentando emprego das algemas, a partir de uma pequena série de casos individuais, entre os quais a exposição pública de banqueiros e políticos algemados antes do julgamento. (2008, p. 450)

Vê-se que são instrumentos que representam uma alteração substantiva na Justiça brasileira. Ao ampliar o efeito vinculante das suas decisões, o Supremo, de um lado, reduz significativamente quantidade da demanda, mas, por outro lado, expande mais ainda seus poderes.

1.2 Ativismo Judicial

Tanto a judicialização quanto ao ativismo se referem a um processo de expansão decisória do Poder Judiciário em direção a esfera de competência tradicionalmente exercida pelos demais poderes. Todavia, não possuem mesma

⁴ Art. 103-A da Constituição Federal de 1988 "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

origem, tampouco “são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. (BARROSO, 2009, p. 6)

Referido autor faz uma diferenciação entre os dois institutos, conceituando que a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, não constitui um exercício deliberado de vontade política, mas uma situação que é consequência do modelo constitucional que se adotou. “O Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”. O ativismo judicial, por outro lado, “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (2009, p. 6)

Divergindo da posição anterior, FAVETTI (2003, p. 34) afirma que o ativismo judicial é um dos componentes principais da judicialização.

VALLE (2009, p. 39), por seu turno, afirma que, no cenário nacional, a diferenciação entre ativismo e judicialização da política não se sustenta numa base segura, pelas dificuldades em identificar, numa realidade de constituição analítica e de sistema de controle de constitucionalidade amplo.

A postura ativista, a recusa em se manter dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes, se manifesta por meio de diferentes condutas, tais como:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6)

O ativismo judicial tem origem na jurisprudência norte-americana. BARROSO (2009, p. 6) relata que, em um primeiro momento, o ativismo foi de natureza conservadora. Foi na atuação da Suprema Corte que os setores mais conservadores encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral. Essa situação inverteu-se a partir da década de 50, quando a Suprema Corte americana, sob a presidência de Warren, produziu

jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo relacionada a negros e mulheres.

VALLE (2009, p. 19 e 20), ao investigar a origem do termo ativismo, descreve que a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana *Fortune*, seu uso, contudo, foi voltada para o público leigo, não para juristas. Posteriormente, no artigo *The Supreme Court: 1947*, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. delineou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, classificando-os como ativistas judiciais, como adeptos à autocontenção⁵ e como integrantes de um grupo de centro. Determinando, desse modo, uma linha divisória entre juízes ativistas e os de uma autocontenção, em decorrência de tendência liberal ou conservadora na atividade judicante de cada ministro. Desde então, a expressão tem sido utilizada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com viés crítico, com a finalidade de rotular um comportamento judicial não concordante com a opinião jurisprudencial determinante.

Apesar do uso assistemático do conceito de ativismo, Keenan Kmiec (2004 apud VALLE, 2009, p. 21 a 24), na tentativa de tornar mais didático, sistematiza as definições traçadas ao termo ao reconhecer as cinco principais conceituações do ativismo judicial, de uso corrente na atualidade norte-americana:

a) prática dedicada a afrontar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes: o Supremo poderia assumir duas posições diante das escolhas políticas realizadas pelo legislador nos casos de dúvida na correta expressão do texto constitucional, ou privilegiar a decisão do parlamento em face de questões controversas, ou invalidar por inconstitucionalidade a escolha política dos outros poderes. Neste caso de pouca deferência à atividade desenvolvida por outro poder, há risco de lesar o princípio da separação dos poderes. Vale destacar, entretanto, que não é o mero repúdio ao ato do poder legislativo por meio de controle de constitucionalidade que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração da mesma conduta de desafio aos poderes de outro poder.

⁵ Também denominado de auto-restrição ou autolimitação judicial, termo proveniente do inglês *judicial self-restraint*, terá seu conceito trabalhado logo em seguida.

b) estratégia de não aplicação de precedentes: conforme a doutrina do *stare decisis* as decisões proferidas por órgãos de julgamento superiores devem ser seguidas por instâncias inferiores toda vez que estas estiverem diante de fatos idênticos, a não ser que haja espaço para *overruling* – desconstituição fundamentada do precedente. No entanto, como o *overruling* se constitui uma técnica própria do sistema, não é visto como prática de ativismo.

c) conduta que permite aos juízes legislar da tribuna: considerando que o papel dos tribunais não é criar, mas revelar o sentido implícito do texto normativo. Nesse contexto, Uma corte ativista seria a que ultrapassa os limites dados pelo texto constitucional, ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes.

d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação: é a identificação do ativismo na prática que envolve o afastamento, pela corte, dos cânones aceitos de interpretação. Difícil aqui é vislumbrar um consenso sobre os métodos de interpretação constitucional que justifiquem a caracterização razoável de ativismo judicial.

e) julgamento para alcançar resultado predeterminado: é a que identifica ativismo na prática jurisdicional cujo objeto seria alcançar finalidades predeterminadas.

De acordo com BARROSO (2009, p. 7), o oposto de ativismo é a autocontenção, comportamento do Judiciário pelo qual se restringe voluntariamente o espaço de incidência da Constituição em favor das instancias tipicamente políticas.

Por essa conduta, os juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 7)

A autocontenção, segundo MORO (2004, p. 203 a 227), pode ser desenvolvida por meio de várias técnicas de decisão. Destacamos três técnicas a seguir.

Temos como primeira técnica a adoção de estratégia de interpretação mais tendente ao tradicional, ou seja, os métodos textual, histórico, teleológico e sistemático. Porém, os métodos tradicionais mormente não constituem instrumentos suficientemente adequados para solução dos desafios interpretativos da Constituição, sobretudo se o texto constitucional, por meio de seus princípios, pretende ser apenas um ponto de apoio para resolução de questões mais controversas.

Igualmente favorece a autocontenção a aplicação de técnica minimalista de decisão, sendo conveniente em algumas situações. Por meio desta, o juiz constitucional deve evitar a formulação de princípios abrangentes ou a teorização aprofundada de temas constitucionais, limitando-se a decidir o necessário para o julgamento do caso que se apresenta. No entanto, a abordagem minimalista não é apropriada em todos os contextos, porquanto o tratamento superficial e restrito pode dificultar a previsibilidade das decisões judiciais e pode favorecer arbitrariedades.

Por último, talvez a técnica mais relevante, é a arte de não decidir, isto é, a adoção de técnicas que evitem decisão de mérito em controvérsia constitucional. A primeira vista parece lastimável a adoção dessa técnica. Entretanto, se trata de técnica útil para compatibilizar a jurisdição constitucional com o regime democrático, uma vez que a não resolução judicial de controvérsia é melhor do que a má resolução.

É preciso cautela, todavia, para não incidir no equívoco de associar, automaticamente, autocontenção com posição conservadora e ativismo com posição progressista.

Há no Brasil uma idéia, muitas vezes equivocada, de que o ativismo judicial implica uma posição progressista e a autocontenção judicial uma posição conservadora. Na história da Suprema Corte norte-americana, podem-se identificar períodos de autocontenção judicial que originaram um avanço do Estado de bem-estar social, como aconteceu, por exemplo, no contexto do período Roosevelt, em que a Suprema Corte, em função de uma renovada interpretação da Constituição, superou a era Lockner. Em outros momentos o ativismo judicial foi de alguma maneira fundamental para a defesa dos direitos civis. (CLÈVE, 2004, p. 233)

Até o advento da Constituição de 1988, a autocontenção era a linha predominante no Judiciário brasileiro. (BARROSO, 2009, p. 7) Mais recentemente, de modo particular após o advento da Emenda Constitucional 45/04, conhecida

como Reforma do Judiciário, somado a mudança da composição da corte que vem ocorrendo nos últimos tempos, tornou-se mais nítido um protagonismo de caráter mais ativista por parte de seus integrantes, haja vista o comportamento positivo do Supremo Tribunal Federal na solução de um número cada vez mais crescente de questões controvertidas que influem decisivamente no destino de toda a sociedade brasileira.

Vejamos a seguir alguns exemplos ilustrativos que confirma a tese:

O Supremo, seguindo o entendimento do TSE, decidiu que os mandatos, no caso das eleições proporcionais, pertencem aos partidos pelos quais eles foram eleitos. Em complemento, o Supremo definiu que a fidelidade partidária deve ser aplicada somente aos que trocaram de legenda a partir do dia 27 de março de 2007. Nesse caso de fidelidade partidária, o STF, em nome do princípio democrático, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram explicitamente previstas na Constituição⁶.

Outro julgado que ilustra bem a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário é o caso de vedação do nepotismo. O plenário do STF aprovou a súmula 13, que proíbe o nepotismo nos três poderes da União, Estados e municípios até o parentesco de terceiro grau. No caso, a Corte extraiu, em nome dos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional.⁷

No caso do julgamento pela manutenção da obrigatoriedade da verticalização nas eleições de 2006, fazendo com que as alianças federais dos partidos devam ser mantidas nas coligações regionais, ficou patente a declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos. Na interpretação de deputados e senadores, a emenda constitucional já estava em vigor a partir de sua promulgação. Os nove ministros do Supremo que votaram pela manutenção da verticalização argumentaram serem vedadas mudanças nas regras eleitorais no mesmo ano de uma eleição, mesmo que as

⁶ MS 26603/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.12.2008.

⁷ RE 579951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 24.10.2008.

alterações sejam feitas por emendas constitucionais. Deste modo, o STF alçou a regra da anterioridade anual da lei eleitoral o *status* de cláusula pétrea⁸.

Como último exemplo, podemos citar a conduta positiva legislativa do Tribunal, aplicando a norma ao caso concreto no caso de omissão continuada do Legislativo, tal como ocorreram nos julgados de Mandado de Injunção que garantiram o direito à aposentadoria especial por insalubridade dos servidores e o de greve pelos servidores públicos. Este último será objeto de análise no próximo capítulo.

Diante do exposto, verifica-se que o ativismo do Tribunal não é mera casualidade. Antes disso, é um movimento consciente e deliberado dos ministros que compõem a Corte Suprema. O interesse dos ministros na legitimação do próprio Tribunal para a resolução de questões controvertidas pode ser vislumbrado no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF relativo à cláusula de barreira:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurisdicional afetada pela decisão de inconstitucionalidade”⁹.

Em outra oportunidade, o mesmo Ministro afirma que o “Judiciário passa por um processo de reengenharia institucional”. Posteriormente, questionado sobre a razão pela qual o Judiciário está legislando, afirma o Ministro:

A gente não pode ver este tema por uma perspectiva isolada e nem fora do contexto do direito comparado. Esta é uma prática hoje

⁸ ADI 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.09.2008.

⁹ Trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 53. Disponível em <www.stf.jus.br>.

vigente na jurisdição constitucional no mundo. Não se trata de uma invenção brasileira. É uma tendência. Em geral estas atuações se dão em contextos de eventual faltas, lacunas ou omissões do próprio legislador. Ou às vezes em um certo estado de necessidade. A declaração de inconstitucionalidade reclama uma regulação provisória. Para que se profira a decisão de caráter cassatório, tem que se produzir também uma lei para que se faça a transição entre o passado e o presente e regule o presente eventualmente, até que venha a legislação futura. Pode se perguntar se esta atitude pode ser banalizada. Eu diria que não, mas é um dado inevitável do novo contexto institucional que experimentamos.¹⁰

Seguindo a mesma linha, o Ministro Celso de Mello, em seu discurso na posse do Min. Gilmar Mendes como presidente do Supremo, disse que o ativismo judicial, desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, torna-se uma necessidade institucional quando os órgãos do Poder Público omitem-se no cumprimento das obrigações constitucionais.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, **embora** moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior **ou** em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental.¹¹ (destaques originais)

Segundo BARROSO, o dualismo autocontenção e ativismo judicial encontra-se presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia

¹⁰ Entrevista concedida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao jornal Valor Econômico, de 18.10.2007, publicada sob o título "A revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal".

¹¹ Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocm.pdf>

em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. (2009, p. 9)

Com relação à postura ativista, para que não seja rotulada de antidemocrática, deverão ser adotados alguns critérios que limitam a sua utilização, estabelecendo em quais casos ela pode ser utilizada.

Sem a pretensão de ser exaustivo, sugere-se a adoção de postura ativa nos seguintes casos: (a) para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especialmente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; (b) para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; (c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha. (MORO, 2004, p. 315)

MORO (2004, p. 314) sugere uma alternância entre a autocontenção e o ativismo de acordo com alguns critérios. A postura de autocontenção deve ser adotada “sempre que não for superado o limite da ‘reserva de consistência’”, isto é, sempre que o juiz constitucional não tiver argumentos suficientes para demonstrar que é consistente sua interferência na política.

Verifica-se, nessa toada, que a postura ativista deve ser parcimoniosa e exercida sob determinados critérios, com o fito de se evitar os riscos inerentes à legitimidade democrática, tendo em vista que os ministros do Supremo não são representantes diretos da vontade popular.

BARROSO (2006a, p. 55 e 56) cita duas críticas correntes ao papel de legislador da Suprema Corte: primeira, a denominada dificuldade contramajoritária, resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda, os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis – e que se exaurem no âmbito do

próprio Judiciário -, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição.

Na linha da segunda crítica, VIEIRA (2008, p. 446) aponta que o Supremo está acumulando exercício de autoridade inerente a intérprete constitucional com exercício do poder. Alerta, todavia, que esta última atribuição, num regime democrático, deveria ficar restrita a órgão representativo, porquanto quem exerce poder deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática.

BINENBOJM (2004, p. 51 e 52), também, aponta dois pontos básicos em que a questão da legitimidade democrática na jurisdição constitucional necessitam de equacionamento: primeiro, a circunstância das Cortes Constitucionais serem compostas de juízes não eleitos – embora nomeados, em regra, pelos agentes que detêm mandato popular – que não se submetem aos controles periódicos de aferição de legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa; segundo, a circunstâncias das decisões das cortes constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, salvo por meio de emendas que venham a corrigir a jurisprudência do Tribunal. Ainda, assim, como se expôs, tal solução é apenas parcialmente satisfatória, eis que também as emendas à constituição podem, em tese, ser objeto de declaração de inconstitucionalidade.

Na avaliação de MORO (2004, p. 118), desde que a formulação das políticas públicas seja atribuída majoritariamente a instituições com perfil democrático, especialmente ao parlamento, a atribuição de algum poder, mesmo de controle, ao juiz constitucional não desqualifica necessariamente um regime político democrático.

Acredita, contudo, que é necessário fazer a seguinte ressalva: a atribuição de poder ao juiz constitucional deve ser limitada, sob pena de configuração de uma democracia sob tutela, quer por meio de arranjos institucionais, quer por meio da compreensão dos tribunais quanto ao seu papel limitado, embora relevante, numa democracia. Essa autocompreensão, que, por ser mais maleável, constitui a melhor opção, não resultando necessariamente em postura de passivismo judicial, podendo mesmo autorizar ativismo localizado. (MORO, 2004, p. 119)

BARROSO aponta argumentos favoráveis à legitimidade de jurisdição constitucional, vejamos:

(...) o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois poderes no âmbito do Estado moderno; a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo; juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia; a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório. (2006a, p. 57)

Importa destacar que não se recomenda uma postura excessivamente restritiva da jurisdição constitucional, nem tampouco uma postura excessivamente ativista que aumentaria as tensões entre o juiz constitucional e as demais autoridades públicas. A solução pode estar no meio. Os juízes constitucionais precisam compreender o seu papel secundário no regime democrático. Por sua maior responsabilidade democrática, os principais encarregados da formulação das políticas públicas são o legislativo e o executivo, não devendo o judiciário pretender substituí-los nessa função. Nem toda controvérsia política pode, por outro lado, ser resolvida como questão jurídica, sendo limitadas as respostas que podem ser fornecidas pela argumentação jurídica. O 'fundamentalismo jurídico' não é compatível com a sociedade pluralista. (MORO, 2004, p. 155)

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Supremo Tribunal Federal deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador.

No capítulo seguinte, analisaremos o instituto jurídico do mandado de injunção - a origem, objeto, competência, legitimação, pressupostos de cabimento, procedimento e sobretudo os efeitos da decisão doutrinária e jurisprudencial do Supremo - para que possamos, posteriormente, investigar a dimensão de ativismo

judicial havida no STF, nos julgamentos de mandado de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos.

2. MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 Introdução

O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões constitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Visando, assim, dar uma maior efetividade às normas constitucionais.

Embora ambos os instrumentos constituam mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo e tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao revés, é instrumento de tutela de um direito objetivo e visa conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em tese.

Em outras palavras, se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão importa sanear a ordem jurídica lacunosa, no sentido de conferir eficácia plena aos dispositivos constitucionais, objetivando lograr uma decisão que estimule a produção de medida para tornar efetiva norma constitucional, no mandado de injunção a finalidade é tornar viável um direito lesado pela ausência de norma regulamentadora.

Igualmente, não se pode confundir o mandado de injunção com o mandado de segurança, visto que os objetivos de cada um são diversos. O mandado de segurança protege qualquer lesão a direito individual e coletivo, líquido e certo; enquanto o mandado de injunção somente protege as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Constituição.

Pontuadas diferenças entre os institutos, passemos a dar contornos jurídico-constitucionais ao mandado de injunção, o objeto do presente capítulo.

O mandado de injunção é remédio ou garantia constitucional prevista pela Constituição de 1988. Trata-se, portanto, de ação constitucional delineada nos termos do inciso LXXI do artigo 5º.

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e

liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A primeira grande questão que se pôs em relação ao mandado de injunção foi determinar se o novo remédio seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma que o regulamentasse, mormente nos seus aspectos processuais. Prevaleceu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a tese de que, sendo o mandado de injunção uma garantia constitucional, seria patente a incidência do § 1º do art. 5º da Constituição¹². Deste modo, considerou-se o novo *writ* como garantia prontamente utilizável, regendo-se, conforme o caso, pelo procedimento do mandado de segurança (Lei 12.016/09)¹³. (BARROSO, 2006b, p. 244 e 245)

2.2 Origem

A doutrina é convergente ao afirmar que o mandado de injunção é uma garantia processual constitucional inédita do ordenamento jurídico brasileiro¹⁴. Mas os autores divergem quanto à fonte do instituto. (BARROSO, 2006b, p. 244)

Hely Lopes Meirelles aponta o direito anglo-americano como raiz inspiradora.

O nosso mandado de injunção não é o mesmo writ dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação. (...) Referida ação, no direito anglo-saxônio, tem objetivos muito mais amplos que no nosso, pois na Inglaterra e nos Estados Unidos o writ of injunction presta-se a solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários. (2008, p. 259)

¹² CF Art. 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹³ Relativamente às normas procedimentais para os processos perante STF e STJ, a Lei 8.038/90, no seu parágrafo único do art. 24, assim dispôs: "No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica."; na jurisprudência do STF: MI-QO 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 133/11.

¹⁴ MEIRELLES (2008, p. 259), BARROSO (2006b, p.244) e PIOVESAN (1995, p. 7)

O que não significa que o mandado de injunção pode ser confundido com o instrumento processual objeto de inspiração da família do *common law*.

Também, no tocante às raízes históricas do mandado de injunção, José Afonso da Silva aduz que:

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *equity*. Nasceu, pois, do Juízo de equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no justo natural. (...) Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas (...). (2005, p. 448)

Uma vez que não há no direito comparado paradigma seguro quanto ao nosso mandado de injunção, para análise deste instrumento se torna relevante um estudo minucioso da doutrina e jurisprudência dentro do nosso sistema jurídico.

2.3 Objeto

O objeto desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais e coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e a cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes. (MEIRELLES, 2008, p. 258)

PIOVESAN afirma que larga discussão jurídica se instaurou acerca do objeto do mandado de injunção. A corrente mais restritiva sustenta que a parte final do inciso LXXI do art. 5º da CF, ao se referir a prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais”. A segunda corrente doutrinária restringe a expressão “direitos e

liberdades constitucionais” aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto constitucional. A terceira corrente, a qual a autora se alinha, compreende que os direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pela injunção não são apenas os constantes no Título II da Constituição, mas quaisquer dispositivos da Carta, uma vez que não se apresenta qualquer restrição no inciso LXXI do art. 5º do Texto. Entende-se, portanto, que o mandado de injunção protege direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, somente para estas últimas, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (1995, p 122 e 123)

Seguindo o raciocínio da última corrente, pode-se afirmar que é objeto do mandado de injunção assegurar o exercício: a) de qualquer direito constitucional não regulamentado; b) de qualquer liberdade constitucional não regulamentada; e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, quando não regulamentadas.

2.4 Competência

Segundo disposto na Constituição Federal compete originariamente o julgamento do mandado de injunção ao Supremo Tribunal Federal quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q”). Em recurso ordinário cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, “a”).

A Constituição também atribui competência ao STJ para processar e julgar originariamente o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, “h”).

Para BARROSO, o objetivo do constituinte foi concentrar a apreciação do mandado de injunção nos tribunais. Assim, se evita a dispersão do poder decisório e

permite manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, desviando das decisões conflitantes ou não isonômicas. (2006b, p. 243)

Pelo princípio da simetria, podem as Constituições dos Estados instituir mandado de injunção no plano estadual (art. 125 da CF). A competência, nesse caso, tende a recair nos Tribunais de Justiça, de acordo com o modelo federal de concentração do julgamento da ação nos tribunais. Todavia, não há qualquer óbice em atribuí-la aos juízes de primeira instância em determinadas hipóteses.

2.5 Legitimação

No que se refere à legitimidade ativa, o mandado de injunção pode ser impetrado por toda e qualquer pessoa, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja legitimidade ativa é reservada aos entes elencados nos incisos I a IX do art. 103 da CF.

Quanto à possibilidade de impetração do mandado de injunção por entes coletivos, como organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, o Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente a viabilidade do mandado de injunção coletivo a exemplo do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF)¹⁵. Os requisitos, assim, se aproximam daqueles do mandado de segurança coletivo, na medida em que a injunção coletiva será cabível quando o prejuízo pela falta de norma regulamentadora afetar a todos os associados da entidade impetrante.¹⁶

PIOVESAN (1995, p. 126) defende cabimento do mandado de injunção para tutela de direito coletivo, mas não difuso. Pois, caso se admitisse a tutela também de direito difuso, o instrumento do mandado de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, o mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa do direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo.

¹⁵ STF, MI 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RDA 197/197.

¹⁶ STF, MI 20-4-DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 166/751.

Ao analisar a legitimação passiva, BARROSO (2006b, p 252 a 255) menciona que diante da ausência de normatização, a doutrina e a jurisprudência regulou sobre o assunto, construindo três hipóteses. A primeira é a de que a legitimação passiva recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção.

A segunda hipótese é no sentido de que a legitimação passiva deve recair tão somente sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, afastando-se das duas hipóteses acima, firmou a jurisprudência no sentido de que legitimidade passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão emissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação¹⁷.

Com efeito, no julgamento do MI 323-8, o Supremo determinou:

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.

2.6 Pressupostos de cabimento

Os pressupostos para o cabimento do mandado de injunção são: (a) a existência de um direito constitucional relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e (b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito. Ausente um destes dois pressupostos, o caso não será de mandado de injunção. (MEIRELLES, 2008, p. 260)

¹⁷ STF, MI 323-8-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 14.02.1992.

Importa destacar que a concessão da injunção está condicionada a uma relação jurídica de causa e efeito. Ou seja, uma causa – falta de norma regulamentadora, a ordem jurídica atribui uma consequência – a inviolabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para a concessão do mandado de injunção, portanto, há de estar clara esta relação que envolve nexo de causalidade. É o posicionamento da Corte no julgamento do MI 81-6:

(...) a situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacum jûris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.¹⁸

Segundo PIOVESAN (1995, p.118), a definição da expressão “norma regulamentadora”, a que faz menção o dispositivo constitucional pertinente ao mandado de injunção, deve ser extraída a partir de interpretação sistemática da Constituição, levando-se em consideração o princípio interpretativo de que às garantias constitucionais deve ser conferida a mais ampla eficácia possível.

Assim, prossegue a autora, é possível sustentar que a “falta de norma regulamentadora” invocado pelo inciso LXXI do art. 5º seja, pois, definida como “omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional”, nos termos do § 2º do art. 103 que se refere à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Acolhendo-se esta lógica, norma regulamentadora significa toda e qualquer medida para tornar efetiva a norma constitucional, o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros atos. (1995, p. 118)

Contudo, o entendimento do Supremo é que o mandado de injunção não é remédio para qualquer tipo de omissão legislativa, mas apenas para aquela que

¹⁸ RT 659/213.

afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais. Não serve, por exemplo, para obter a regulamentação dos efeitos de medida provisória rejeitada.¹⁹

Tampouco será cabível o mandado de injunção para a discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, pois apenas a falta de norma regulamentadora é que enseja a impetração deste instrumento.²⁰

Se a parte sustenta que uma regra constitucional lhe assegura um determinado direito e que a mesma é auto-aplicável, mas está sendo desrespeitada, não há que falar em falta de norma regulamentadora, e portanto não cabe o mandado de injunção.²¹

De um modo geral, pode-se afirmar que o mandado de injunção não se presta a resolver controvérsias baseadas em norma em vigor, mas apenas e tão somente a possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente.²²

Se há lei preexistente à ordem jurídica, não é o caso de falar-se em omissão, tendo em vista que a questão da lei existente satisfazer ou não os ditames constitucionais não se identifica com a falta de norma regulamentadora, pressuposto de cabimento da injunção, mas identifica-se com o controle de constitucionalidade tradicional. Nesta linha, o Plenário do STF decidiu que não cabe mandado de injunção quando a própria Constituição regula provisoriamente o direito em questão, enquanto não aprovada a lei a que se refere.²³

Essa “falta de norma regulamentadora” tanto pode ser de caráter absoluto como pode ser de forma parcial.²⁴ Na primeira hipótese, se tem a inércia do legislador, que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional. Este tipo de omissão tem se revelado cada vez mais rara, haja vista o implemento gradual da ordem constitucional.

¹⁹ STF, MI 415-4, Rel. Min. Octávio Gallotti, ementa 62.273.

²⁰ STF, Plenário, MI 703-9/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 832/154.

²¹ TJMG, MI 07, Rel. Dês. Bernardino Godinho, RF 325/201.

²² STF, MI 14/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 128/3.

²³ MI 628-8-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, RT 809/167.

²⁴ STF, MI 542-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.06.02.

A omissão parcial atinge, por seu turno, a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta quer em razão do atendimento incompleto do estabelecido no texto constitucional, quer em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma, quer, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade, como no caso de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.

Por fim, o direito resguardado pela via do mandado de injunção é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação. Se a Carta Política simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo, o mandado de injunção é juridicamente impossível.²⁵

2.7 Procedimento

Como já foi dito anteriormente, não existe, atualmente, legislação específica para regradar o trâmite processual do mandado de injunção, o que faz com que se adote analogicamente as normas pertinentes ao mandado de segurança. A jurisprudência tem adotado o rito do mandado de segurança para o mandado de injunção, sem discrepância. Assim, dentre outras regras, não se admite a produção de provas com a inicial.²⁶ Ainda por analogia com o mandado de segurança, não se vem concedendo honorários advocatícios no mandado de injunção.²⁷

Entende MEIRELLES (2008, p 263) que é cabível, eventualmente, até mesmo a medida liminar como providência cautelar para evitar lesão a direito do impetrante do mandado de injunção, desde que haja possibilidade de dano irreparável caso se aguardar a decisão final da Justiça. Tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção, desde que ocorram os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

²⁵ STF, MI 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RT 677/235.

²⁶ TJRJ, MI 11/89, Rel. Dês. Renato Maneschy, RT 674/175.

²⁷ TJSP, MI 120.787-5/4, Rel. Dês. Sidnei Beneti, AASP 2.166/292-e.

A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não tem admitido a medida liminar em mandado de injunção, e tampouco a propositura de ação cautelar incidental. Neste sentido o acórdão unânime do Plenário no AgRgMc 124-2-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 832/153. Observe-se que, em princípio, não há decadência nem prescrição para a impetração do mandado de injunção. (MEIRELLES, 2008, p. 264)

No que tange a prova de natureza documentada, MAZZEI (2008, p. 215) aduz que no mandado de injunção se evita dilações probatórias, devendo a prova documentada ser carregada desde logo com a peça vestibular, tendo, em regra, o impetrante e o pólo passivo momentos únicos para juntada das mesmas, uma vez que outras dilações probatórias iriam contra a celeridade processual que marca o procedimento especial.

2.8 Efeitos da decisão à luz da doutrina

Diversas são as correntes doutrinárias que buscam interpretar a finalidade do mandado de injunção e, por conseguinte, os efeitos da decisão dele decorrente.

Valendo-se da classificação didática alvitada por Regina Quaresma (1999 apud MAZZEI, 2008, p. 222), propomos seguintes teorias.

2.8.1 Teoria da subsidiariedade

Consoante essa concepção, na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o responsável pela edição normativa faltante, tal como ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

É a posição de Hely Lopes Meirelles. De acordo com este autor, no julgamento de mandado de injunção, o Judiciário determinará que o órgão competente expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a norma regulamentadora. (2008, p. 265)

(...) não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art.

2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário. (MEIRELLES, 2008, p. 265)

Importa registrar que a teoria da subsidiariedade foi adotada como guia pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgados, atraindo críticas diversas da doutrina, pois tal entendimento acabava por conspirar para o desprestígio do próprio órgão julgador.

PIOVESAN critica esta corrente, porquanto estar-se-ia atribuindo ao mandado de injunção idêntica finalidade à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ora, faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do art. 103 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade no mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos. (PIOVESAN, 1995, p. 132 e 133)

De acordo com essa concepção, a sentença proferida no bojo do mandado de injunção possui caráter meramente declaratório ou mandamental, pois simplesmente seria responsável por declarar a situação de inércia do órgão responsável pela complementação normativa e por cientificar o sujeito omissor do seu próprio estado de letargia.

Para MAZZEI a teoria em tela não incorpora o espírito de garantia constitucional do *writ*,

(...) porquanto a declaração do estado de inércia – assim como a mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria de subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas cientifica – e menos ainda tem de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável. (2008, p. 224)

2.8.2 Teoria da independência jurisdicional

Por esta teoria, a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir caráter constitutivo *erga omnes*, cabendo ao órgão judiciário editar uma norma geral, escapando à regulamentação do caso concreto.

A decisão judicial estender-se-ia abstratamente até mesmo para aqueles que não pediram a tutela jurisdicional, substituindo deste modo, em todos os termos, o órgão responsável pela edição da norma faltante. (MAZZEI, 2008, p. 224)

PIOVESAN (1995, p. 129 e ss) é taxativa ao afirmar que esta teoria não pode ser admitida, porquanto isso implicaria em converter o mandado de injunção, de instrumento de tutela de direito subjetivo em instrumento de tutela do direito objetivo. Ou seja, não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz, portanto, com a finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo, o intuito de sanear vícios de ordem jurídica.

Afirma, ainda, que apenas mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é que se faz possível a supressão de lacunas inconstitucionais do direito objetivo. No mandado de injunção, objetiva-se a restauração de um direito constitucional lesado em razão de lacuna inconstitucional.

Outro argumento da autora para repelir a teoria da independência jurisdicional é o fato de atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata, implicando, assim, em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, haja vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica do Poder legislativo.

2.8.3 Teoria da resolatividade

Entende esta teoria que o Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, deve tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, que se encontre obstado por faltar norma regulamentadora.

BARROSO acredita que esta posição doutrinária que identifica no provimento judicial uma natureza constitutiva seja a melhor orientação.

(...) devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso

concreto, com eficácia inter partes, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada. Esse caráter constitutivo, porém, só se verifica no plano da criação da normatividade ausente, pois o mandado de injunção tem nítido caráter instrumental. Uma vez suprida a ausência da norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida. (2006a, p. 123 e 124)

Nesta mesma linha de raciocínio entende Calmon de Passos que o mandado de injunção

(...) não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constituinte competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário, substitutivamente, exercitando a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto. (1989, p. 98 e 99)

Então, a decisão proferida em mandado de injunção permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Isso quer dizer que, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas.

Em face da ausência de norma regulamentadora, PIOVESAN propõe a seguinte:

(...) ao julgar o mandado de injunção, o magistrado há de desvendar normas implícitas do sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento, como a analogia, os princípios gerais do Direito, os costumes e a equidade, no sentido de colmatando a lacuna, concretizar o exercício de direito constitucional. A respeito do preenchimento de lacunas, merece destaque o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (...).

Infere-se, nesta visão, que o mandado de injunção permite ao Poder Judiciário exercer interpretação criativa, construindo, à luz do sistema jurídico, uma solução satisfatória, de modo a concretizar o direito constitucional do impetrante. Evidencia-se a função criativa do Judiciário. (1995, p. 141 e 142)

O mandado de injunção, na teoria da resolutividade, alarga o âmbito da atividade jurisdicional, impondo ao magistrado a tarefa de explicitar o direito para o caso concreto, estabelecendo as condições indispensáveis à aplicação da norma constitucional em causa.

2.9 O mandado de injunção e princípio da separação dos poderes

A divisão de Poderes, de acordo com SILVA (2006, p. 44), fundamenta-se em dois elementos: i) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de determinada função, deste modo, ao Congresso, às Assembléias e às Câmaras se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; e ao Judiciário, a função jurisdicional, são as chamadas funções típicas; ii) independência orgânica, expressando que é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

Atualmente, no entanto, o princípio da separação dos poderes não configura mais aquela rigidez de outrora.

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de Poderes, que é característica do Parlamentarismo em que o governo depende da confiança do Parlamento, enquanto no Presidencialismo desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos Poderes. (SILVA, 2006, p. 44)

De forma mais incisiva, MENDES (2009, p. 118) afirma que é mister reconhecer que o paradigma da separação dos poderes, ao menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo e que isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram seus formuladores.

Superada essa fase da sua evolução histórica, recomenda o autor:

(...) cumpre repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, como princípio, dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição.

Noutras palavras, impõe-se re-interpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitário do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais. (2009, p.118 e 119)

No que toca ao mandado de injunção, dentro da ótica tradicional, o princípio constitucional da separação dos poderes tem sido elevado a um dos maiores obstáculos à efetivação desse instrumento.

Há quem aposte na ineficácia do mandado de injunção com a justificativa de que se trata de um instituto que exorbita as fronteiras entre os Poderes. Alega-se ainda que, diante de um poder constituído com a função precípua de editar leis, não se pode admitir a transferência do encargo de legislar para outro poder.

Para PIOVESAN (1995, p. 151), no mandado de injunção, não ocorre a transferência do encargo de legislar para Poder Judiciário, uma vez que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão somente tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. O Poder Judiciário assume, assim, embora em dimensão mais alargada, sua função típica e própria, qual seja, a função jurisdicional.

Prossegue a autora mencionando que é o Poder Constituinte Originário que organiza e disciplina o exercício do poder político. Estando perceptível a preocupação do constituinte de 1988 em potencializar a força normativa da Constituição e, ao mesmo tempo, estabelecer mecanismo de controle e vigilância mútua entre os Poderes. (1995, p. 152)

No dizer transcrito do Canotilho:

Se o mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuais de direito e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função jurisdicional, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se através de pressões políticas e jurídicas, se começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos. (1993 apud PIOVESAN, 1995, p. 152 e 153).

Pois a separação de poderes exige independência e harmonia segundo estatuí o artigo 2º da Constituição brasileira. A harmonia entre os poderes, todavia, não proíbe, antes autoriza a instituição de controles recíprocos, de um sistema de pesos e contrapesos.

3. EVOLUÇÃO NOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como todo instituto jurídico novo, o mandado de injunção não teve, sobretudo no que se refere aos efeitos de sua decisão, construção jurisprudência passiva. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, que apesar de não ser o único órgão competente para o julgamento do mandado de injunção, sempre foi aquele que deu o norte interpretativo sobre o assunto, concedeu aos efeitos da decisão do *writ* a eficácia de uma declaração da ocorrência da omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado.

Tal postura jurisprudencial se verifica na ocasião em que o STF apreciou, pela primeira vez, as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão.

O MI 107 foi 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 pelo § 9º do art. 42 da redação originária da Constituição. O impetrante havia prestado serviço por nove anos e seria compelido a passar para a reserva, caso fosse aplicada a legislação pré-constitucional. Daí ter requerido a promulgação da norma prevista constitucionalmente.

Em substancioso voto, o Min. Moreira Alves, dividindo-se à existência de duas correntes, quais sejam, a que a decisão apenas declara a omissão constitucional e a que haveria uma eficácia construtiva, com a edição da regulamentação capaz de viabilizar o exercício do direito, seja esta limitada ao caso concreto ou *erga omnes*, desenvolve raciocínios seguintes:

Também a outra variante dessa segunda corrente – a que entende que a regulamentação decorrente do mandado de injunção tem eficácia *erga omnes* - encontra óbices intransponíveis. Com efeito, por ela, o que, expressamente, a Constituição não permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é abstrata e que se destina a ter eficácia *erga omnes* por sua própria natureza, seria permitido a qualquer do povo: a regulamentação de texto constitucional feita pelo Poder Judiciário e aplicável a todos os casos análogos. O que não se permite seja obtido pelos legitimados

ativamente para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que é processo objetivo em que não há a defesa de interesses particulares e que se destina ao interesse público maior que é a defesa da Constituição, seria lícito alcançar por qualquer pessoa na defesa de interesse individual, o que levaria ao absurdo de o mandado de injunção esvaziar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (...)

6. Portanto, além de essa segunda corrente, por qualquer de suas duas variantes, não apresenta solução que viabilize o exercício de grande parte dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e de pretender que o Poder Judiciário, quer regulamentando texto constitucional para o caso concreto, quer o regulamentando com eficácia erga omnes, exerça função para o qual, as mais das vezes, não está ele aparelhado – e função que não lhe foi atribuída sequer na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que não haveria o inconveniente da multiplicidade de regulamentações por Juízos ou Tribunais inferiores diversos, e em que essa regulamentação seria a consequência natural de ação dessa índole -, o certo é que a ela se contrapõem obstáculos constitucionais intransponíveis, como se demonstrou acima.

7. Já com relação à primeira corrente – o mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão -, não há qualquer óbice de natureza constitucional. Ao contrário, os textos constitucionais a ele referentes são indicativos da índole que essa corrente lhe atribui. (MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, p. 38 e ss)

Nesse passo, 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.

Desse modo, o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência²⁸, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas.

Após o MI 107, considerado *leading case* na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações, ainda que não substantivas, no instituto de mandado de injunção.

Com efeito, em 1991, no julgamento do MI 283-5/DF, ao decidir pela procedência do pedido, o Supremo Tribunal Federal conferiu prazo para o Poder Legislativo sanar a omissão que obstava a efetivação do direito constitucionalmente

²⁸ MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.08.1990.

previsto (§ 3º do art. 8º do ADCT). Ao final desse prazo, estabeleceu que se a mora legislativa persistisse, ficaria o prejudicado autorizado a reclamar o direito invocado, com a liquidação da indenização por meio da via jurisdicional ordinária. Consta o trecho da ementa desse julgado:

Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no artigo 8º, parágrafo 3º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 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 a 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 ano seguinte, o MI 284-3/DF, baseado nos mesmos fundamentos, dispensou a fase inicial – concessão de prazo ao Poder Legislativo – por entender já estar configurada a mora, decidindo:

O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., 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 n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível" nova comunicação a 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 232, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.06.1991)

Ainda, nessa mesma orientação, registra a ementa da decisão proferida no mandado de injunção mais recente, vejamos:

Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em

editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do "quantum" devido. (MI 562/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 20.06.2003)

Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida.²⁹

Como se verifica nos julgamentos acima citados, o STF, depois de configurada mora legislativa, assegurou o direito dos impetrantes, garantindo-lhes a indenização, com a remessa, contudo, da liquidação dos valores para o Juízo comum.

Ante o exposto, não resta dúvida em relação ao fato de o STF, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada, ter suprido a omissão legislativa, contudo as decisões foram incompletas, diante da necessidade da apuração do *quantum debeat*, que acabou delegada a outra ação judicial.

Importa registrar que não foi apenas nas hipóteses do § 3º do artigo 8º do ADCT que o STF reconheceu, em sede de mandado de injunção, o direito do impetrante interessado, integrando a norma omissa. Mantendo a posição assemelhada, porém sem a fase de liquidação posterior, a Corte resolveu o problema do § 7º do artigo 195 da Carta Magna, referente a isenção de contribuição para seguridade social das entidades beneficentes de assistência social, decidindo como segue:

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 providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (MI 232-1/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 27.03.1992)

²⁹ MI 679, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002.

Vale frisar que, já neste julgamento, parcela dos Ministros do STF, capitaneados pelo Min. Marco Aurélio, pretendia, além de declarar a omissão inconstitucional, ir mais a fundo para assegurar à impetrante, de pronto, a isenção da contribuição para a seguridade social que a Constituição garante às entidades filantrópicas. Esta posição, todavia, quedou vencida e o STF, pela sua maioria, determinou que o Congresso se pronunciasse no prazo de seis meses, sob pena de ser considerada imune a entidade impetrante.

A evolução substantiva na compreensão jurisprudencial ocorreria, contudo, com o provimento, em 2007, dos MI 670 e 712, que versavam sobre a ausência da norma reguladora do exercício do direito de greve para os servidores públicos, como veremos no capítulo seguinte.

4. MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR E ATIVISMO JUDICIAL

No MI 20, da relatoria do Min. Celso de Mello, firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar³⁰ respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida, portanto, de auto-aplicabilidade. Vejamos a parte da ementa:

O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. (DJ 22.11.1996)

Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485³¹ e MI 585/TO³².

Por conseguinte, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, tem-se reconhecido unicamente a necessidade de se tão somente comunicar ao órgão emissor, caracterizando-se, portanto, como provimento de natureza meramente declaratória.

Tal parâmetro, todavia, sempre encontrou, no seio da corte, alguma resistência: já no MI 107-QO³³, o Min. Carlos Velloso defendia que o mandado de injunção deveria solucionar o problema no caso concreto, viabilizando, por seu intermédio, o exercício do direito violado por conta da omissão do órgão competente. Conforme o Ministro, o mandado de injunção deve funcionar tal qual a sentença que

³⁰ A nova redação que determinou à lei específica a fixação dos termos e limites para exercício do direito de greve dos servidores públicos foi dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

³¹ Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002.

³² Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002.

³³ Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.08.1990.

resolve a lide no caso concreto, sem, contudo, interferir nas funções próprias dos outros poderes.

Igualmente, o Ministro Néri da Silveira manteve uma posição de divergência parcial com as conclusões originais ao declarar ser possível à Corte fixar o prazo para a deliberação legislativa, estratégia com a qual, segundo acreditava, ter-se-ia superado o estado de erosão constitucional sem qualquer ofensa ao equilíbrio e harmonia entre os poderes.³⁴

Em outra ocasião, o Min. 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 o trecho de seu voto no MI 631/MS:

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 n. 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 n. 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)

Apesar de alguns avanços pontuais, a predominância do entendimento mais conservador manteve-se praticamente inalterado até 2007, quando a decisão nos MI 670, 708 e 712³⁵ que determinou substantiva mudança no entendimento da Corte, enunciando que, a partir dos parâmetros traduzidos na Lei 7.783/89, a regra abstrata de conduta a disciplinar o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, até a edição do instrumento legislativo próprio.

³⁴ Os votos do Min. Néri da Silveira nos MI 323 e MI 448.

³⁵ O Tribunal concluiu, conjuntamente, julgamento de três mandados de injunção no dia 25.10.2007. MI 670/ES, Rel. orig. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 31.10.2008; MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 31.10.2008; MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

É de grande relevância o estudo do MI 670/ES³⁶, porquanto houve enfrentamento de posições diversas nos votos dos ministros, culminando com uma “evolução” no entendimento da Corte.

O referido mandado de injunção foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, com o objetivo de ser autorizado o exercício do direito de greve ao impetrante e aos seus associados, bem como de compelir o Congresso Nacional a regulamentar, dentro do prazo de trinta dias, o inciso VII do art. 37 da CF, que exige lei específica para definição dos termos e limites do exercício do direito de greve do servidor público.

O Min. Maurício Corrêa, relator, aderindo posição ainda conservadora, proferiu voto no sentido de conhecer em parte do mandado de injunção apenas para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da norma regulamentadora, por entender que o Poder Judiciário não pode, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve, substituindo-se ao legislador ordinário e extrapolando o âmbito da competência que a Constituição Federal lhe confere. O Min. Maurício Corrêa salientou ainda que não é facultado ao Poder Judiciário fixar prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva lei, e, muito menos, anular sentença judicial, convertendo o mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação.³⁷

O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência para conhecer do mandado de injunção para, enquanto não suprida a lacuna legislativa, aplicar a Lei 7.783/89, observado o princípio da continuidade do serviço público, ressaltando, no ponto, 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 tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 7.783/89. Asseverou que a inércia do Poder Legislativo em regular o direito de greve dos servidores públicos acabou por gerar uma preocupante realidade em que se observam inúmeras greves ilegais com sérias consequências para o Estado de Direito. Concluiu que, diante desse contexto, considerado ainda o enorme lapso temporal

³⁶ Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 31.10.2008.

³⁷ MI 670/ES, DJ 31.10.2008.

dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulação ou não do tema, e que cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário, intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, tendo em vista as balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores.

O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, adotando uma posição intermediária, restringiu a abrangência da solução normativa ao caso concreto, eis que, primeiro, não se poderia emprestar, ainda que por analogia, os institutos da Lei 7.783/89 aos servidores públicos, em razão da diferença entre os regimes celetistas e estatutários, e, segundo, sob pena do Poder Judiciário violar um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, qual seja o princípio da separação e harmonia entre os poderes, pois é função do Poder Legislativo elaborar normas de caráter abstrato, e não do Judiciário.

Posteriormente, no julgamento do MI 712-8/PA, o Relator Min. Eros Grau firmou entendimento no sentido de que enquanto a omissão legislativa não for sanada, deve ser aplicada, observando-se o princípio da continuidade do serviço público, a Lei 7.783/89, posição esta que deveria ter efeitos *erga omnes*. Vejamos trechos do voto proferido na sessão de 07.06.2009:

(...) Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos.

(...) O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado.

(...) Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

(...) Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-

o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o *preceito, abstrato, genérico e inovador --- tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados --- que se integra no ordenamento jurídico* e não se dá norma para um só.

No mesmo julgamento do MI 712-8/PA, o Min. Celso de Mello consignou de forma cristalina que a mudança de orientação do STF encontra escorada pela verificação da efetividade limitada de decisões anteriores que seguiam a teoria da subsidiariedade. Veja a transcrição dos trechos do seu voto:

(...) **A jurisprudência** que se formou no Supremo Tribunal Federal, **a partir** do julgamento do **MI 107/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), **fixou-se** no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, **resume-se à mera declaração**, pelo Poder Judiciário, **da ocorrência de omissão inconstitucional**, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, **para que este promova** a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “*writ*”.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica **para a qual foi concebido**, pelo constituinte, **o mandado de injunção**, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, **pela inaceitável omissão** do Congresso Nacional, **impedindo-se**, desse modo, **que se degrade** a Constituição à **inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum.

(...) **Em suma**, Senhora Presidente, **as considerações** que venho de fazer **somente podem levar-me** ao reconhecimento **de que não mais se pode tolerar**, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, **esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia** do Congresso Nacional, **cujas omissões**, além de **lesiva** ao direito dos servidores públicos civis – **a quem se vem negando**, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, **já assegurado** pelo texto constitucional -, **traduz um incompreensível sentimento de desprezo** pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), **cujas abordagens do tema** ora em exame **não só restitui** ao mandado de injunção **a sua real destinação constitucional**, **mas**, em posição absolutamente coerente com essa visão, **dá eficácia concretizadora** ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis.

Por tais razões, Senhora Presidente, **peço vênia para acompanhar** os doutos votos dos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), **em ordem a viabilizar**, desde logo,

nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, **o exercício**, pelos servidores públicos **civis**, do direito de greve, **até que seja colmatada**, pelo Congresso Nacional, **a lacuna normativa** decorrente **da inconstitucional** falta de edição da lei especial a que se refere **o inciso VII** do art. 37 da Constituição da República. (destaques originais)

Posteriormente, no MI 708, que tratou da mesma questão, o Min. Gilmar Mendes, relator, conheceu do mandado de injunção e acolheu a pretensão nele aduzida para que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, seja aplicada a Lei 7.783/89, nos moldes da solução proposta para o MI 670.

O Min. Gilmar Mendes entendeu que, diante da inércia legislativa, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Apresentou, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória". Salientou que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável 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. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria 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.

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção³⁸, 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

³⁸ MI 670, Red. p/ Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; MI 712, Rel. Min. Eros Grau.

uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio judiciário.

Essa guinada no posicionamento jurisprudencial sobre mandado de injunção evidencia uma prática a traduzir um ativismo judicial no sentido de construir

(..) um novo patamar de competências, que atrai para a esfera de cogitação do STF temas em princípio não suscetíveis de elevação direta a seu conhecimento; ou, ainda, reconhece maior amplitude ao conjunto de interferências possíveis no funcionamento dos demais poderes. (VALLE, 2009, p. 62 e 63)

Vale repisar as palavras do Min. Celso de Mello a respeito de ativismo judicial no caso de omissão legislativa e o porquê da sua prática pelo STF:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, **embora** moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade. **A omissão** do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior **ou** em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental.³⁹ (destaques originais)

O Supremo Tribunal Federal adotou, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, uma “moderada sentença de perfil aditivo”, sob argumento de que as sentenças aditivas são aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória

É patente que o Supremo, no caso de mandados de injunção em estudo, avançou mais do que eufêmico “moderada sentença de perfil aditivo” ao adotar a lei

³⁹ Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>

de greve da iniciativa privada sobre os casos de serviço público, escolhendo, deste modo, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, além de introduzir modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.

CONCLUSÃO

A judicialização e o ativismo são expressões marcantes no cenário jurídico brasileiro nos últimos tempos.

No que se refere à área de atuação de cada um desses fenômenos, podemos citar três posições divergentes: primeira afirma que o ativismo é espécie do gênero judicialização; outra alega que, embora semelhantes, são distintos, que a judicialização é um fato independente da vontade do Judiciário, enquanto o ativismo decorre da postura proativa e expansiva do intérprete; e também há quem diga que os dois fenômenos se confundem, notadamente num ambiente de constituição analítica e de controle de constitucionalidade amplo.

Diante dessa dissensão, torna-se necessário compreender o contexto em que o termo ativismo judicial é utilizado, quer como sinônimo, quer como um dos aspectos da judicialização, quer ainda restrita à atividade deliberada do Judiciário.

Apesar do uso não sistemático do termo ativismo, pode-se apontar cinco práticas reconhecidas como ativismo judicial: prática dedicada a afrontar atos de constitucionalidade defensáveis surgidos em outros Poderes; estratégia de não aplicação de precedentes; conduta que permite aos juízes legislar da tribuna; afastamento dos métodos de interpretação consagrados; e julgamento para alcançar resultado predeterminado.

O ativismo tem como outro lado da moeda a autocontenção, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. No movimento pendular entre ativismo e autocontenção, a postura ativista deve ser parcimoniosa e criteriosa para que se evite os riscos inerentes à questão da legitimidade democrática.

Esse risco provém do déficit democrático do Judiciário e notadamente dos membros do Supremo, ou seja, estes não são eleitos por voto popular e que não se submetem aos controles periódicos de aferição de legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa.

Tendo em mente os aspectos do ativismo judicial, foram estudados os mandados de injunção, mormente os mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos, com a finalidade de identificar os traços ativistas nos julgados destes instrumentos.

O mandado de injunção é garantia constitucional inédita prevista pela Constituição de 1988, e para sua impetração é necessária a falta da norma regulamentadora e, em decorrência disso, a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diversas são as correntes doutrinárias que buscam interpretar a finalidade do mandado de injunção e, conseqüentemente, os efeitos da decisão dele decorrente. Destacam-se três teorias: a) teoria da subsidiariedade: segundo esta concepção, órgão julgador deve se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando tão somente o responsável pela edição da norma faltante; b) teoria da independência jurisdicional: por esta teoria, a natureza da sentença possui caráter construtivo *erga omnes*, cabendo ao órgão judiciário editar uma norma geral; c) teoria da resolutividade: ao conceder o mandado de injunção, o Poder Judiciário deve tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

À luz do princípio da separação dos poderes, é mister salientar que, no mandado de injunção, a priori, não há transferência do encargo de legislar para Judiciário. O Poder Judiciário assume, assim, embora em dimensão mais alargada, sua função típica jurisdicional.

A separação de poderes exige independência e harmonia, a harmonia entre os poderes não proíbe, antes autoriza a instituição de controles recíprocos, num sistema de pesos e contrapesos.

Na evolução dos efeitos da decisão em mandado de injunção, na jurisprudência do STF, sobre o direito de greve dos servidores públicos, identificamos três momentos.

Em primeiro momento, 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, portanto, de auto-aplicabilidade.

Posteriormente, declarou ser possível à Corte fixar o prazo para a deliberação legislativa, estratégia com a qual, segundo acreditava, ter-se-ia superado o estado de erosão constitucional sem qualquer ofensa ao equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Em decisões recentes, firmou entendimento no sentido de que enquanto a omissão legislativa não for sanada, deve ser aplicada, observando-se o princípio da continuidade do serviço público, a Lei 7.783/89, posição esta que deveria ter efeitos *erga omnes*.

Verifica-se, nesse passo, a nítida presença de ativismo judicial (independentemente do contexto em que o termo é utilizado). As expressões tais como “decisões interpretativas de eficácia aditiva”, “assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal”, “restauração corretiva da ordem jurisdicional afetada pela decisão de inconstitucionalidade” são recorrentes nos julgados mais recentes.

Confere-se também que, em diversas oportunidades, os próprios ministros demonstraram que o ativismo praticado no Supremo não é mera casualidade, antes disso, é um movimento deliberado e consciente.

Ao adotar a lei de greve da iniciativa privada sobre os casos de serviço público, optou por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição – características inerentes ao ativismo, além de introduzir modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.

Ante todo exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006a.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidade Jurídica. OAB Editora, n. 4, jan/fev. 2009, p. 1 – 29.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumento de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**. Revista de Direito Tributário, São Paulo: n. 92, 2004, p. 228 – 239.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data (Constituição e Processo)**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

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

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo: n. 4(2), jul/dez. 2008, p. 441 – 464.