

Mandado de injunção e efetividade dos direitos e liberdades

05/12/2016



Previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal [1] e

disciplinado pela Lei 13.330, o mandado de injunção busca emprestar imediata aplicabilidade aos “direitos e liberdades constitucionais” e às “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” cujo exercício é inviabilizado pela falta parcial ou total de norma ordinária. Instrumentaliza-se o princípio da aplicabilidade imediata do artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta [2] para chamar o Poder Judiciário a suprir a inércia do legislador infraconstitucional diante de caso concreto, criando — ainda que provisoriamente — a normatividade necessária ao exercício de direitos pelos cidadãos.

Mas nem sempre foi assim. No precedente formado por ocasião do julgamento do MI 107/DF [3], concluiu-se pela idoneidade do mandado para enfrentar omissão parcial ou total na regulamentação de determinada garantia fundamental, embora ao juiz coubesse apenas conhecer da inconstitucionalidade da lacuna normativa para exigir do legislador que adotasse as medidas cabíveis. Entretanto, também entendeu o Supremo que poderia o Poder Judiciário, enquanto não fosse editada a tal norma regulamentadora, suspender os processos administrativos ou judiciais e as medidas ou atos administrativos no fito de assegurar ao impetrante do mandado a oportunidade de se beneficiar da nova legislação, caso fosse esta benéfica. Essa mesma prerrogativa, segundo o voto da lavra do ministro Moreira Alves, permitia ao tribunal tomar providências outras que garantissem o *status quo* do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

Foi em razão da desídia do Congresso Nacional em promulgar norma que permitisse aos servidores públicos civis o exercício do direito de greve que o Sindicato dos Servidores Policiais

Civis do Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa impetraram no Supremo os respectivos MI 670/ES [4] e MI 708/PB [5], requerendo fosse viabilizado aos seus representados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 — que “representou verdadeira revolução com relação ao direito de manifestação operária” [6]. O *caput* do seu artigo 9º garante o direito de greve a servidores públicos, inclusive nos serviços e atividades essenciais, desde que observadas as necessidades inadiáveis da população. De acordo com a redação conferida ao inciso VII do artigo 37 pela EC 1, deverá o direito ser exercido “nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Não obstante os 28 anos da Constituição, tal lei nunca foi promulgada. Não há hoje uma legislação que discipline a greve no serviço público, especificando deveres dos grevistas e requisitos para a deflagração do movimento paredista.

Fosse mediante a aplicação de uma norma já existente à hipótese diversa ou a criação de uma nova disciplina legal pela decisão no caso concreto, a atuação do Supremo Tribunal Federal no preenchimento das omissões do Congresso Nacional fez-se possível somente com a superação do entendimento inicialmente fixado quando apreciada a ADI 1.439, objeto de análise da última coluna. Nessa ocasião, acompanhando por maioria o voto do ministro relator Celso de Melo, decidiu o Supremo que era infenso ao Poder Judiciário agir como legislador positivo, criando direito como se Poder Legislativo fosse. Todavia, nos autos dos mandados de injunção 670/ES e 708/PB, o tribunal decidiu por bem utilizar-se da Lei 7.783/89, que trata da greve na iniciativa privada, como a solução à omissão legislativa em disciplinar sobre greve do serviço público.

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser obsoleto o tradicional paradigma da jurisdição constitucional enquanto legislador negativo, cuja função estaria limitada a retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões e até de interpretações de atos normativos impugnados que sejam considerados inconstitucionais [6]. Em inédita interpretação do texto constitucional, admitiu-se a possibilidade de decisão aditiva para aplicar a Lei 7.783 frente à lacuna normativa deixada pelo Congresso Nacional.

No julgamento conjunto devido à identidade temática entre ambos os mandados, venceu por maioria o voto do ministro Gilmar Mendes no sentido de aplicar a greves no serviço público os artigos 9, 10 e 11 da Lei 7.783/89 [7] enquanto não houver lei específica, mas atentando à possibilidade de o “juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de ‘serviços ou atividades essenciais’”. Saíram vencidos os posicionamentos que ou conheciam da impetração apenas para comunicar o Congresso Nacional da mora ou que restringiam a decisão às categorias representadas.

Após explorar a evolução do entendimento jurisprudencial, que gradualmente estenderia ao Supremo maiores discricionariades para enfrentar a omissão reiterada do legislador até que pudesse elaborar uma solução normativa à controvérsia [8], o ministro Gilmar Mendes destacou que precedentes “indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio Poder Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se utilizar a denominação do direito italiano”. Afastando-se em definitivo do entendimento consolidado no MI 107, sugeriu uma “mudança de perspectiva quanto às possibilidades

jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas” ao entender ser necessária uma intervenção mais decisiva do tribunal na regulamentação do direito de greve do serviço público.

Para tanto, o ministro primeiro abordou a consagração dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988. Indo além da proteção formal, o poder constituinte foi precavido o suficiente para estabelecer as garantias processuais necessárias à sua fruição face à omissão do legislador, tanto em controle concreto quando em controle abstrato de constitucionalidade. De acordo com o ministro Gilmar Mendes, “com a adoção desses peculiares mecanismos de controle de omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro”, a saber, regulação provisória da omissão pelo Poder Judiciário mediante sentença aditiva.

Pensada pela Corte Constitucional da Itália como meio de superar a mora do Parlamento em adequar à nova Constituição de 1947 a ordem infraconstitucional herdada do regime fascista de Benito Mussolini, uma sentença aditiva permite ao juiz criar normatividade diante da lacuna tolerada pelo legislador [9]. Com a entrada em vigor da Lei 13.300, em 23 de junho de 2016, o Brasil passou a dispor de marco normativo específico para o mandado de injunção. Até então, valiam-se das regras delineadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança. Devido a sua crescente importância no ordenamento brasileiro, tornou-se indispensável um regramento próprio a ação tão importante à eficácia das normas constitucionais.

Com a Lei do Mandado de Injunção, o Direito brasileiro recepcionou de vez o instituto em termos legislativos. Seu artigo 8º determina que, descumprido o prazo assinado pela decisão que reconhece a mora do impetrado em editar a norma regulamentadora, poderá o Poder Judiciário “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades e das prerrogativas reclamadas”. Além, dispõe o parágrafo primeiro do seu artigo 9º que poderá ser conferida eficácia ultra parte ou *erga omnes* à decisão caso seja necessário “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

A recente decisão no Recurso Extraordinário 693.456/RJ, com repercussão geral, fez-se possível justamente devido ao entendimento firmado nos MI 670/ES e 708/DF. Por seis votos a quatro, acompanhando o voto do relator, ministro Dias Toffoli, o STF fixou a tese de que o desconto será lícito “em virtude da suspensão do vínculo funcional que dele decorre” [10], permitindo a compensação no caso de acordo e excepcionando o abatimento no caso de ação ilícita do poder público. Com base no enunciado do *caput* do artigo 7º da Lei 7.783/89 [11], que vincula a participação em greve à suspensão do contrato de trabalho, concluiu-se que “em razão da ausência da prestação específica do serviço por parte do grevista, descontos devem ser realizados, sob pena de configurar, como frisado, hipótese de enriquecimento sem causa”.

O Supremo Tribunal Federal rompeu com o entendimento consolidado não só na jurisprudência, mas na própria construção teórica da jurisdição constitucional. Enquanto guardião da Constituição, o entendimento era de que o tribunal era competente apenas para declarar inconstitucionais leis ou atos normativos, invalidando as manifestações do poder constituído que afrontassem a vontade do poder constituinte cristalizada no texto constitucional [12]. Mas,

ao apreciar os mandados de injunção 670 e 708, o Supremo reconheceu que a omissão reiterada do legislador não deve comprometer o exercício dos direitos fundamentais, promovendo verdadeiro *overruling* da sua jurisprudência sobre a possibilidade da atuação judicial no controle abstrato e concreto de omissões ao admitir prolação de decisão aditiva e determinar a aplicação da Lei 7.783/89.

[1] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...):

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;

[2] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[3] MI 107, rel. min. Moreira Alves, DJ 21/9/1990.

[4] MI 670/ES, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, DJ 6/11/2007.

[5] MI 708/PB, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 6/11/2007.

[6] MELO, Raimundo Simão de. *Constituição de 1988 revolucionou o direito de greve no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/reflexoes-trabalhistas-constituicao-1988-revolucionou-direito-greve>>. Acesso em: 7 de novembro de 2016.

[7] Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – funerários;

V – transporte coletivo;

VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII – telecomunicações;

VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X – controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

[8] MI 283/DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991, MI 232/RJ, rel. min. Moreira Alves,



DJ 27/3/1992, MI 284, rel. min. Marco Aurélio, DJ 16/6/1992, MI 562/DF, rel. min. Ellen Gracie, DJ 20/6/2003, MI 543/DF, rel. min. Octavio Gallotti, DJ 24/5/2002 e MI 679/DF, rel. min. Celso de Mello, DJ 17/7/2002.

[9] Conferir, por todos, SOUSA FILHO, Ademar Borges. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[10] RE 693.456/RJ, rel. min. Dias Toffoli, acórdão ainda pendente de publicação.

[11] Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

[11] BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o Dogma do Legislador Negativo, Direito, Estado e Sociedade*, n. 44, jan./jun. 2014, p. 190.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-dez-05/mandado-injuncao-efetividade-direitos-liberdades/>