



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DIREITO**

ANA PAULA BEZERRA DA SILVA

**POSIÇÃO CONCRETISTA ADOTADA PELO STF NO
MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS NA GREVE DOS
SERVIDORES PÚBLICOS**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

ANA PAULA BEZERRA DA SILVA

**POSIÇÃO CONCRETISTA ADOTADA PELO STF NO
MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS NA GREVE DOS
SERVIDORES PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Paulla Christianne da Costa Newton

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586p Silva, Ana Paula Bezerra da.

Posição concretista adotada pelo STF no mandado de injunção e os efeitos na greve dos servidores públicos [manuscrito] / Ana Paula Bezerra da Silva. - 2014.
28 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Profa. Dra. Paulla Christianne da Costa Newton, Departamento de Direito".

1. Mandado de injunção. 2. Greve. 3. Servidores públicos. I.
Título.

21. ed. CDD 331.892

ANA PAULA BEZERRA DA SILVA

**POSIÇÃO CONCRETISTA ADOTADA PELO STF NO
MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS NA GREVE DOS
SERVIDORES PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 05/06/2024



Prof.ª Dra. Paula Christianne da Costa Newton / UEPB
Orientadora



Prof. Laplace Guedes Acoforado de Carvalho / UEPB
Examinador



Prof. Amilton de França / UEPB
Examinador

POSIÇÃO CONCRETISTA ADOTADA PELO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS NA GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

¹ SILVA, Ana Paula Bezerra da

RESUMO

O mandado de injunção foi instituído pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. Seu fundamento é suprir a inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. Nessa esteira encontra-se o direito de greve dos servidores públicos previsto no artigo 37, VII, da CRFB, o qual até os dias hodiernos padece de regulamentação pelo poder legislativo. Frente a isso, objetiva-se com este trabalho fazer uma análise acerca dos efeitos deste instituto em relação à nova posição perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no tocante à aplicação da Lei de Greve 7.783/89, vigente no setor privado, à greve dos servidores públicos. Outrossim, mapear se tal decisão fere o princípio da separação dos poderes. Nesta empreitada, realizou-se uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre os aspectos do mandado de injunção, passando primordialmente pelo princípio da separação dos poderes, dando, no entanto, especial enfoque a evolução na jurisprudência dominante do STF, para, em seguida, delinear os contornos dessa decisão na greve dos servidores públicos. Por fim, restou constatado que, embora seja controvertida a opinião doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o *iter* lógico a ser seguido é que os direitos fundamentais, nos quais está inserido o direito de greve dos servidores públicos, não devem ficar a mercê do livre arbítrio do poder legislativo, portanto, a negativa do judiciário em não dá solução ao caso, seria o mesmo que deixar de aplicar o direito.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de injunção. Efeitos da decisão. Visão do STF. Greve dos Servidores Públicos.

¹ Estudante do 11º período do curso de graduação em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). E-mail: apbs_ap@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é remédio constitucional instituído pela primeira vez na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Sua finalidade consiste em suprir a inefetividade das normas constitucionais que, decorrentes de uma omissão legislativa, inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais em determinadas situações.

A previsão legal do mandado de injunção encontra-se no artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB/88, cujo texto revela: “o mandado de injunção será concedido toda vez 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”.

Nesse sentido, para impetração da referida ação são necessários os seguintes requisitos: a existência de uma omissão legislativa que resulte na inviabilidade do exercício de direitos constitucionais, referentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Sobre os efeitos do mandado de injunção, tem-se que desde a promulgação da Carta Magna de 1988 até meados de 2007, preponderava no Supremo Tribunal Federal (STF) uma posição denominada pela doutrina de não concretista. Nesse sentido, entendia-se que na hipótese de omissão de norma regulamentadora referente a direitos e garantias constitucionais, caberia ao Judiciário apenas reconhecer a mora do poder omisso e, conseqüentemente, dar ciência ao poder competente para legislar.

Todavia, esse posicionamento foi durante muitos anos alvo de árduas críticas, em razão da morosidade na inércia legislativa, que tornava inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Desse modo, no ano de 2007, o STF, no julgamento do MI 696/MA, reconheceu a necessidade de reexaminar a posição da corte em relação à natureza e aos efeitos do mandado de injunção.

Nesse sentido, debateu-se o direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII da CRFB/88, mas pendente de regulamentação legislativa. Foi nos mandados de injunção de números 670, 708 e 712 que o Plenário do STF mudou sua posição sobre o tema. Além de declarar a omissão legal, o Supremo regulamentou provisoriamente o exercício de tal direito, aplicando por analogia e, no que for cabível, a Lei nº 7.783/89, que rege o direito de greve no setor privado. Dessa forma, o STF passou a assumir a posição concretista geral, atuando então como legislador positivo.

Diante desse cenário surgiu uma discussão: ao suprir a lacuna legal, ainda que de forma temporária, estaria o judiciário violando o princípio da separação dos poderes?

Com efeito, o presente artigo tem como objetivo analisar a posição concretista adotada pelo Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção, desde 2007. Notadamente no tocante aos efeitos dessa posição na aplicação da lei de greve vigente no setor privado à greve dos servidores públicos, eis que tal instituto tem sido alvo de calorosas discussões travadas entre doutrina e jurisprudência.

Para tanto, abordar-se-á os objetos e competência para impetração do referido *writ*. Será analisada a importância do princípio da separação dos poderes, tido como cláusula pétrea, bem como sua admissão na visão do STF. Ressalta-se que o presente trabalho terá como enfoque observar os efeitos do mandado de injunção admitidos pela Suprema Corte no que diz respeito à posição concretista. Mais especificamente no tocante à aplicação analógica da lei de greve vigente no setor privado à greve dos servidores públicos. Por fim, investigar-se-á se a posição concretista geral perfilhada na atualidade pelo STF constitui avanço no tocante à preservação de direitos e liberdades constitucionais ou representa apenas um ato de autoritarismo desta Corte.

Nessa empreitada, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de revisões bibliográficas, artigos científicos, monografias, legislação pátria e jurisprudências dominantes.

2. OBJETIVOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A doutrina majoritária, a exemplo de Uadi Lammêngo Bulos (2011, p. 761) e Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 1.316), admite que os objetivos perseguidos pelo mandado de injunção são a defesa de garantias e liberdades constitucionais individuais e coletivas, seja de pessoa física ou jurídica, notadamente, no concernente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Todavia, é necessário para o cabimento do mandado de injunção que os direitos acima explicitados tenham se tornado inviáveis em razão da falta de uma norma regulamentadora, sendo esta decorrente de uma omissão do Poder Público.

Neste sentido, Piovesan (1995, p. 122-123) compreende que “o mandado de injunção protege direitos, prerrogativas e liberdades constitucionais, tutelados não apenas no Título II da Constituição, mas em qualquer dispositivo da Carta”. Este é o entendimento doutrinário preponderante.

Deste modo, infere-se que o mandado de injunção objetiva assegurar a efetividade de normas relacionadas à nacionalidade, à cidadania e à soberania, consoante estabelece o artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB/88 e, também, de qualquer direito fundamental tutelado pela Carta Magna, dependente de norma regulamentadora de incumbência do Poder Público.

2.1 COMPETÊNCIAS PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A CRFB/88 estabelece em seu artigo 102, inciso I, alínea “q”, que compete originalmente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, 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 STF.

Além disso, o artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Carta Magna prescreve que compete ao STF processar e julgar em recurso ordinário o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Ainda com base no texto constitucional tem-se que os artigos 105, inciso I, alínea “h”, 121, § 4º, inciso V, e 125, § 1º, também atribuem competência respectivamente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e aos Tribunais de Justiça – (TJs), para o julgamento do mandado de injunção.

Destarte, aduz o artigo 105, I, “h”, que o Superior Tribunal de Justiça é originalmente competente para o julgamento do “mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuando 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”.

Os Tribunais Regionais Federais e Juízos Federais são originalmente competentes para o julgamento do mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição das demais autoridades, órgãos e entidades federais, à luz do art. 109, inc. I, da CRFB/88.

Já os Tribunais de Justiça e Juízes de Direito são competentes para o mandado de injunção quando a mora do poder público na elaboração da norma regulamentadora for de atribuição das autoridades estaduais e municipais.

Destarte, tem-se que a competência para o julgamento do mandado de injunção é definida em razão da autoridade, órgão ou entidade legitimada para elaboração da norma regulamentadora.

2.2. O MANDADO DE INJUNÇÃO FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A PERSPECTIVA DE UM ATIVISMO JUDICIAL

A análise do princípio da separação dos poderes neste trabalho mostra-se imprescindível, vez que, ela é necessária para analisar se a posição concretista geral, adotada pelo STF no tocante aos efeitos do mandado de injunção, fere a norma constante do art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, far-se-á uma apreciação sucinta e linear de como a teoria da tripartição dos poderes inseriu-se na maioria das constituições dos Estados modernos. Neste cenário, tem-se que na identificação das funções do Estado “a primeira pessoa a falar em tripartição de poderes na antiguidade foi o filósofo ‘Aristóteles, em sua obra Política’, através da qual já observava a necessidade de três funções distintas exercidas pelo soberano” (LENZA, 2009, p. 338). A noção de três funções a serem distribuídas entre os entes estatais foi aprimorando-se com o passar dos anos.

Ainda segundo Lenza (*op. cit.*, p. 338):

Tal teoria foi posteriormente detalhada por ‘John Locke, no segundo tratado de governo civil’, que também reconheceu três funções distintas, quais sejam, a função de editar normas gerais e abstratas, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto e a função de julgamento.

No entanto, embora tais filósofos tenham contribuído na identificação dessas funções estatais, eles não fizeram alusão alguma à necessidade de poderes distintos para o exercício destas.

Contudo, Lenza (2009, p. 337) assinala o seguinte:

Muito tempo depois, o francês Montesquieu, no livro O Espírito das Leis, inovou, ao aduzir que as funções identificadas na antiga Grécia, por Aristóteles, não deveriam estar concentradas nas mãos de um único soberano, todavia densamente ligada a poderes distintos, autônomos e independentes entre si². Deste modo, cada função corresponderia a um poder distinto, os quais seriam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Por meio dessa teoria, Montesquieu propunha que cada poder exercesse uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Surgindo, a partir daí,

² No que se refere ao tema, O espírito das Leis (*apud* MENDES, 2010, p. 219): “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

a teoria designada de freios e contrapesos³, que previa uma separação pura e absoluta entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no qual o poder deve limitar o poder.

Tal teoria foi recepcionada pela maioria dos estados modernos. No entanto, tal fato ocorreu de forma suavizada e gradativa. Isso porque, “diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando uma teoria, que pregava uma separação pura e absoluta dos poderes”. LENZA (*op. cit.*, p. 338).

Portanto, haverá momentos em que um determinado poder exercerá função típica de outro poder, a exemplo de quando o Presidente da República legisla ao editar Medidas Provisórias, nos termos do art. 62 da Carta Magna. Tal fato não fere o princípio da separação dos poderes, previsto como cláusula pétrea no ordenamento jurídico pátrio.

Superando essa evolução, hodiernamente, a expressão tripartição de poderes vem sendo utilizada sem muito rigor técnico. Nesse sentido dispõe Silva (2010, p.109):

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 governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no Presidencialismo desenvolveram-se as técnicas da independência orgânicas e harmonia dos Poderes.

Neste sentido, o princípio da separação dos poderes vem sendo entendido não mais como uma mera limitação às competências específicas do Legislativo, Executivo e Judiciário, mas sim como uma forma de definir as atividades que serão desenvolvidas por cada um dos entes estatais a fim de obter melhores resultados. A atuação estatal passa a ser resultado de colaborações direcionadas dos entes públicos.

Bulos (2011, p. 507) reforça esse entendimento ao prelecionar a concepção atual do princípio da separação dos poderes:

³ Dallari (*apud* LENZA, *op. cit.*, p. 338): “O sistema de separação de poderes, consagrados na Constituição de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistemas de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constitui-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento se serem emitidas a quem elas irão atingir. Dessa Forma, o poder legislativo, que só pratica os atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo de particulares. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõem de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”.

Em nossos dias, o vetor da separação das funções estatais não pode ser visto na sua feição clássica e tradicional. As tarefas desempenhadas pelo estado contemporâneo exigem o redimensionamento da visão comumente difundida de que as funções exercidas são independentes, equilibradas e harmônicas. Não se deve duvidar que as teorias clássicas precisam ser redefinidas, porque não mais se adaptam à realidade contemporânea. Em se tratando da Constituição de 1988, a disciplina tripartite das funções do poder, desempenhadas pelo órgão do Estado, foi modificada sensivelmente, “favorecendo menos a independência, o equilíbrio e a harmonia entre eles, e mais a predominância, no plano jurídico-constitucional, do Poder Legislativo [...]”.

No concernente ao mandado de injunção, o princípio da separação dos poderes apresentou-se como um dos maiores percalços travados entre doutrina e jurisprudência. Assim, há quem alimente a tese, a exemplo de Moraes (2012, p. 186) de que a posição concretista geral perfilhada pelo STF, exorbita os limites estabelecidos no artigo 2º, da CRFB/88, por transferir para o judiciário o exercício da função típica do poder legislativo.

Em sentido contrário:

No mandado de injunção, não ocorre a transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, uma vez que não cabe ao Judiciário elaborar norma 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.

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 mecanismos de controle e vigilância mútua entre os Poderes. LEE (1995 *apud* PIOVESAN, 2009, p.38)

Do exposto, entende-se que o princípio da separação dos poderes insta repelir o seu esvaziamento, através de interpretações desmesuradas da cláusula de independência e harmonia, visto que a interferência de um órgão em outro é apenas admissível quando se trata de mecanismos jurídicos dirigidos a preservar os direitos e garantias fundamentais. Parece ser o caso do mandado de injunção.

No entanto, não se deve olvidar que o Poder Judiciário assume uma obrigação jurídico-constitucional, quando ainda que de forma alargada, torna viável no caso concreto o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Nessa seara, parece razoável que o judiciário assumira uma posição mais ativista, mas dentro dos limites que controla a omissão legislativa. Podendo assim, buscar elementos a fim de permitir a efetivação dos direitos fundamentais, negados em razão de uma mora desarrazoada do poder omissivo. Deveras, seja essa a nova perspectiva.

2.3 EFEITOS DA DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO À LUZ DA DOCTRINA

No atinente aos efeitos da decisão no mandado de injunção, ressalte-se que não há consenso entre doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, Mendes (2011, p. 1.317) certifica que “o conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos de injunção vêm sendo analisados de forma diferenciada por doutrina e jurisprudência”.

Nesta esteira de raciocínio, Lenza (*op. cit.*, p. 740) aduz que “no tocante aos efeitos da decisão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são controvertidas”. Neste mesmo sentido, Bulos (*op. cit.*, p. 770) assegura que “o ponto culminante do mandado de injunção concerne aos efeitos por eles produzidos, porém diversas são as correntes doutrinárias”.

Como visto, são inúmeras as acepções empregadas pelos operadores e estudiosos do direito. Assim, será adotada a compilação jurisprudencial empregada pelo doutrinador Alexandre de Moraes (2012), segundo o entendimento majoritário da jurisprudência do STF, tendo em vista se tratar de uma das teses mais utilizadas na tentativa de compreensão dos efeitos deste instituto jurídico.

2.3.1 POSIÇÃO NÃO CONCRETISTA

Consoante esse entendimento, o STF declarava formalmente a mora do poder legiferante e comunicava-o sobre a necessidade de editar a norma objeto de ação injuncional. De acordo com essa corrente a sentença proferida em sede de mandado de injunção possuía natureza meramente declaratória, visto que o entendimento prevalente era de que não cabia a Corte Suprema inteirar a inércia do Poder Legislativo, sob pena de violar a norma constante do artigo 2º da CRFB/88. Porquanto, apesar de serem institutos diversos, os efeitos do mandado de injunção eram semelhantes aos da ação de inconstitucionalidade por omissão. Piovesan (1995, p. 132/133) reflete sobre o problema, ressaltando:

[...] Não haveria sentido em centrar legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do artigo 103 da CF/88, e, ao mesmo tempo admitir a ampla legitimidade no mandado de injunção, [...] se ambos instrumentos apresentam idênticos efeitos.

Pelo mesmo *iter* segue Mazzei (2008, p. 224):

Assim, como a mera cientificação desse estado - não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa, afirmamos que segundo essa teoria, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica – e menos

ainda de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável.

A posição não concretista que teve início com MI 107/DF, julgada em 23 de novembro de 1989 e, foi dominante durante longos anos na Corte Suprema, sendo aplicada a diversos julgados desse *writ*. Porém, passou a ser alvo de árduas censuras, vez que nesse sentido, o autor da ação ainda não estava apto a exercer a prerrogativa constitucional, ou seja, ficava à mercê do livre arbítrio do poder competente. Dessa forma, a decisão fundamentada na posição não concretista era sempre inócua, em razão da delonga do poder competente para legislar.

2.3.2 POSIÇÃO CONCRETISTA INDIVIDUAL

Tal posição divide-se em posição concretista individual direta e posição concretista individual intermediária.

No primeiro caso, o poder judiciário ao decidir sobre o mandado de injunção, executa no caso concreto, o exercício do direito até que o poder legislativo regule a matéria. Diz-se que tal posição é direta justamente porque é válida somente para o autor da ação, não atingindo terceiros. Desse entendimento compartilha o Ministro Marcos Aurélio (*apud* MORAIS (*op. cit.*, p.189) que dispõe que “sob sua ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante”.

Já a tese concretista individual intermediária, adota entendimento mais inerte, a saber, ao decidir sobre a falta de norma regulamentadora o judiciário comunica ao órgão legiferante a sua mora e, na oportunidade, fixa um prazo razoável para elaboração da norma. Decorrido o período sem que o poder competente tenha suprido a lacuna, o autor estará apto a exercitar o direito obstado por falta da norma regulamentadora. A doutrina defende esta posição como a que identifica no provimento jurisdicional a mais perfeita orientação. Nesse sentido, Lenza (*op. cit.*, p. 409) assevera que “é a posição que nos parece melhor e se coaduna com os princípios constitucionais”.

Destarte, o emprego da teoria concretista individual direta no mandado de injunção, impõe ao magistrado um alargamento no exercício da atividade jurisdicional, visto que nesses casos deverá o magistrado recorrer às fontes diversas do direito que não seja a lei, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, no sentido de preencher a lacuna, no caso concreto.

Entretanto, a posição concretista individual intermediária foi a corrente mais amparada pela doutrina ao longo do tempo. Nesta esteira, Bulos (op. cit., p. 771) ensina:

É a melhor solução. Ao mesmo tempo que mantém intacto o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), confere utilidade ao mandado de injunção, assegurando, o controle judicial (CF, art. 5º, XXXV). Permite, também, que os cidadãos exerçam a plenitude dos seus direitos constitucionais, obstaculizados pela inércia inconstitucional do legislativo.

Na mesma linha de raciocínio segue Morais (2012, p. 190) afirmando que “inexiste incompatibilidade entre a adoção da posição concretista individual intermediária e a teoria da separação dos poderes consagrada no art. 2º da Constituição Federal”.

Imperioso ressaltar que tal posicionamento, aplicado em alguns casos pela Corte Suprema se mostrou como um mecanismo jurídico de importante efetividade na garantia do exercício concreto de um direito pelo constituinte.

2.3.3 POSIÇÃO CONCRETISTA GERAL

De acordo com essa corrente, o Supremo Tribunal Federal atua como legislador. Portanto, a decisão proferida em sede de mandado de injunção produz efeitos mais alargados. Assim sendo, o judiciário ao julgar o mandado de injunção aplica uma fórmula analógica à norma regulamentadora do direito subjetivo constitucional e, com isso implementa o direito e estende os seus efeitos a todos os casos que com ele tenha paridade. Destarte, a decisão passa a produzir efeitos gerais, ou seja, *erga omnes*. Isto ocorrerá até que a lacuna constitucional venha a ser suprida pelo legislativo, que é competente para disciplinar os contornos sobre a matéria.

Nesta seara, segue Morais (2010, p. 671) preleciona o seguinte:

O Supremo Tribunal Federal afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no que diz respeito ao mandado de injunção e, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar uma solução normativa para a decisão judicial, admitindo a possibilidade de regulação provisória pelo poder judiciário.

Este é o posicionamento que mais padece de críticas pela doutrina e jurisprudência, já que é considerado incompatível com o sistema constitucional vigente, pois violaria o sistema pregado pela separação dos poderes. Neste sentido, Morais (2012, p. 186) afirma que “o

Supremo, o juiz ou tribunal que decidisse a injunção, estará ocupando a função do poder legislativo, o que seria incompatível com o princípio da separação dos poderes”.

Em sentido contrário posiciona-se Bulos (2011, p. 771): “antes o STF aplicar a tese concretista geral do que seguir a tese não concretista. Decorrido *in albis* o prazo fixado pela Corte para o Congresso Nacional legislar, resta-lhe implementar o direito pleiteado”.

Pelo exposto, ressalte-se que desde 2007, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos MI 670, MI 708, MI 712, referentes ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, afastou-se do seu antigo posicionamento e, vem dando preferência à posição concretista geral.

Embora sejam inúmeras as acepções doutrinárias e jurisprudenciais contrárias a esse posicionamento, é imperioso destacar que ao aplicar a tese concretista geral o STF não pretende legislar tipicamente. Tem-se que tal regulamentação é provisória, ou seja, até que uma lei venha disciplinar a matéria. Além disso, a decisão ora em comento não cria, nem inova na ordem jurídica, apenas tem o condão de viabilizar o exercício de um direito constitucionalmente previsto.

3. EVOLUÇÃO DA VISÃO DO STF NOS EFEITOS DA DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO

O primeiro mandado de injunção foi analisado pelo STF em 23 de novembro de 1989, se trata do MI 107/DF⁴ e, foi proposto por Oficial do Exército contra a omissão de norma regulamentadora do Presidente da República, na qual previa a duração dos serviços temporários previstos no artigo 42, § 9º, da CRFB/88⁵.

Na oportunidade, entendeu a Suprema Corte que a expedição da norma geral ou concreta deveria desde logo, ser afastada. Tal prática não seria compatível com o princípio da separação dos poderes e da democracia, por ensejar a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador.

Segundo o Ministro Moreira Alves no julgamento do MI 107/DF, essa posição se revela contrária à Constituição, bem como ao princípio da reserva legal, constante do artigo 5º, inciso II, da CRFB/88⁶. Isto porque de acordo com essa corrente, essas regras gerais editadas

⁴ MI 107/DF, Rel. Min. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 133. Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19929505/mandado-de-injuncao-mi-107-df-1996-0048986-6>> Acesso em 25.05.2014.

⁵ Art. 42, § 9º: “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeitos de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade”.

⁶ Art. 5º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

pelos tribunais haveriam de impor obrigações a terceiros, que nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei.

Assim, a Corte Suprema firmou sua jurisprudência no sentido meramente declaratório da decisão. Destarte, “a finalidade a ser alcançada pela via do mandado de injunção resumir-se-ia, tão somente, à declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, que seria comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que este viesse a promover a integração normativa do dispositivo constitucional tornando ineficaz pela inércia estatal⁷”.

Assim, no mandado de injunção nº 542/SP, a Corte Suprema declarou que deveria ser entendida como omissão não só a chamada omissão absoluta do legislador, referente à total ausência de norma, mas também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório do dever constitucional de legislar⁸.

Portanto, a decisão do STF, nesse primeiro momento foi apenas no sentido de declarar a mora do poder legiferante e de comunicar ao poder competente essa decisão para elaboração da lei. Não foi dada qualquer solução imediata para o exercício concreto do direito juridicamente tutelado e lesado, eis que isso dependia da edição de normas pelo poder competente, pois, do contrário, esses direitos não poderiam ser exercitados.

De pronto, se enxerga que na ocasião o STF filiou-se à teoria não concretista, reconhecida pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, nos autos do mandado de injunção nº 323⁹:

[...] em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, inc. LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e *ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência da decisão, para que adote as providências necessárias*, à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. *Grifos nossos*.

A tese não concretista, adotada na antiga composição pelo Supremo Tribunal Federal, tinha como premissa fundamental declarar a mora do Poder Legislativo e exortá-lo a legislar

⁷ MI 107/DF, Rel. Min. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 133. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19929505/mandado-de-injuncao-mi-107-df-1996-0048986-6>> Acesso em 25.05.2014.

⁸MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJDE* 28-6-2002. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776901/mandado-de-injuncao-mi-542-sp> Acesso em 26 de maio de 2014.

⁹ MI nº 323/DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> . Acesso em 30.03.2014.

sobre a norma que padecia de regulamentação legal para que o titular do direito pudesse exercitá-lo.

Neste sentido, preleciona Bulos (2011, p. 410):

O mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da Carta de 1988, cumpriu, de modo inglório, o seu papel. Não conseguiu limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, muito menos minorou o cancro das lacunas e das pressões políticos-jurídicas, que fulminam direitos fundamentais. Nessa quadra de sua evolução jurisprudencial, não destruiu o rochedo do bronze da prepotência e do silêncio inconstitucional. Grangeou em torno de si enormes descrédito.

Com o passar do tempo, o STF foi alterando seu entendimento acerca dos efeitos do mandado de injunção, conforme assevera Meirelles (2011, p. 277):

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

Deste modo, passava o STF a adotar uma postura mais ousada, eis que, ao contrário do que apregoava a posição não concretista, o Pretório Excelso filiou-se a outra corrente denominada pelos estudiosos do direito de concretista individual intermediária ou indireta¹⁰. Tal teoria foi amparada pelo Ministro José Nery da Silveira, nos autos do mandado de injunção nº. 232¹¹, conforme demonstrado abaixo:

Partilho do entendimento de que o *Congresso Nacional é que deve elaborar a lei*, mas também tenho presente *que a Constituição Federal, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades dependentes de regulamentação. Entendo que se deva, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão normativa, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucional assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabelece na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode* tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão normativa, e, a seguir, *dispor a respeito do direito in concreto. Grifos nossos.*

Assim também, no julgamento do mandado de injunção nº. 283 ocorrido em 14/11/1991, o relator, então Ministro Sepúlveda Pertence, anunciou que o poder competente

¹⁰ Sobre a posição concretista Bulos (2011, p. 771) entende que “ao mesmo tempo que mantém intacto o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), confere utilidade ao mandado de injunção, assegurando o controle judicial (CF, art. 5º, XXXV). Permite, também, que os cidadãos exerçam a plenitude dos seus direitos constitucionais, obstaculizado pela inércia inconstitucional do Legislativo”.

¹¹ MI nº. 232-RJ. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30.03.2014.

teria prazo determinado para a edição da norma lacunosa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação do direito negligenciado. Nesse sentido:

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

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

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

- a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
- b) assina 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 promulgado a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem [...].

Ao firmar prazo para que a omissão fosse sanada, o Excelso Tribunal firmou-se na posição concretista no tocante à natureza do mandado de injunção. Assim, caso subsistisse a mora, o judiciário asseguraria ao titular do direito subjetivo, pela via processual adequada, a satisfação em perdas e danos e a satisfação do direito omisso.

Tal fato foi considerado um avanço no tocante à preservação de direitos e liberdades constitucionais, eis que, diante de uma postura mais garantidora ao constituinte, o judiciário assumiria, uma posição mais ativista e substancial. Contudo, tais decisões ainda se mostravam incompletas diante das apurações do *quantum debeatur* e da mora na decisão final.

Destarte, é imperioso ressaltar que o marco temporal deu-se a partir do julgamento dos MIs 670, 708 e 712, relativos à efetividade da norma prevista no artigo 37, VII, da CRFB, concernente ao direito de greve dos servidores públicos. Nessa oportunidade, o Pleno do STF decidiu pela supressão da lacuna legislativa ao caso concreto¹².

Desta forma, assumiu o STF uma postura meramente ativista, ao determinar que aplicasse, no que coubesse, a lei de greve vigente no setor privado à greve dos servidores

¹² STF – Pleno – MI 708/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 19-09-2007. Informativo STF nº 480. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaagendaministro/anexo/mi708.pdf> > Acesso em 25 de maio de 2014. Nesse mesmo sentido, em face da mora legislativa, o STF decidiu pela supressão da lacuna legislativa ao caso concreto (STF – Pleno – MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 15-04-2009). Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4232986/mandado-de-injuncao-mi-795-df> > Acesso em 25 de maio de 2014.

públicos, até que a lacuna constitucional que inviabiliza o exercício do direito subjetivo de greve dos servidores venha a ser suprida pelo poder omissivo.

Com efeito, a seguir, dar-se-á enfoque especial aos efeitos da referida decisão perfilhada pelo STF, sobre o direito de greve no serviço público. Figura como marco fundamental de toda discussão ora relacionada a decisão que motivou a Corte Suprema a assumir no mandado de injunção uma postura que permite interpretar em maior escala a Constituição.

4. APLICAÇÃO DA LEI DE GREVE VIGENTE NO SETOR PRIVADO AOS SERVIDORES PÚBLICOS EM DECORRÊNCIA DA POSIÇÃO CONCRETISTA GERAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Inicialmente cabe destacar o conceito de servidor público, que nas palavras de Di Pietro (2003, p. 433) representam “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”.

Desta forma, tem-se que os servidores públicos possuem relação direta com a Administração Pública e, podem ser classificados como estatutários, celetistas ou temporários, conforme prelecionam Vicente Paulo e Alexandrino (2009, p. 125). O estatutário é regido pelo estatuto do ente que faz parte e tem cargo público. Já o celetista é contratado sob o regime da legislação trabalhista (CLT e demais normas) e tem emprego público. O temporário, por fim, é contratado para prestar serviços por prazo determinado e detém uma função pública.

No tocante à greve, tem-se que tal instituto representa uma manifestação dos trabalhadores referentes à paralisação de suas atividades laborais, motivadas por reivindicações de aumento salarial ou outras questões de âmbito social (a exemplo de melhores condições de trabalho). Para Martins (2001, p. 28): “a greve é considerada, em nossa legislação, como a suspensão coletiva, temporária, pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços ao tomador”.

Neste sentido, considerando as peculiaridades que envolvem os regimes de trabalho dos servidores públicos, tem-se que a greve nesse setor pode ser conceituada como um forte

instrumento de paralisação por tempo determinado ou indeterminado dos servidores públicos com vínculos com a administração pública direta e indireta¹³.

Anteriormente à CRFB/88 o direito de greve ao servidor público ou era peremptoriamente vedado, como foi o caso da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 01/1969, ou, simplesmente, os textos constitucionais não faziam qualquer menção à respeito do assunto.

Contudo, destaca Gasparine (2011, p. 252) que “nem por isso a greve no serviço público deixou de acontecer, dado que gerada pelas condições econômicas reinantes e pelos anseios de melhoria salarial”.

Quando da promulgação da CRFB/88, instituiu-se pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio o direito à greve no serviço público. Dispõe o artigo 37, inciso VII da Carta Magna:

Artigo 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Em sua redação original, o art. 37, inciso VII da CRFB/88 exigia uma lei complementar para estabelecer os termos e limites do direito de greve do servidor público. A Emenda Constitucional nº 19/98, alterou a redação do artigo supramencionado e substituiu a expressão “lei complementar” pela expressão “lei específica”, numa clara tentativa de facilitar¹⁴ a edição de lei que viesse a regular o instituto em debate, o que ainda não ocorreu até os dias atuais.

Diante deste cenário as entidades representativas dos servidores públicos buscaram no judiciário mecanismos que pudessem regulamentar esse impasse, visto que a ausência de previsão legal sobre a matéria tornava o exercício da greve ilegal e, portanto, passível de retaliação por parte do poder público.

Conforme preleciona Gasparine (op. cit., p. 251/252):

[...] os representantes das categorias dos funcionários públicos propunham a aplicação supletiva da Lei 7.783/89, a qual dispõe sobre o direito de greve da iniciativa privada, à greve do servidor público, como forma de suprir

¹³ Inclui autarquias e fundações públicas, visto que a lei de greve no setor privado aplica-se aos empregados públicos de empresas públicas e sociedade de economia mista, por força do que reza o artigo 173, § 1, II, que impõem aos empregados públicos regime jurídico igual aos das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

¹⁴ Conforme sabido, a lei complementar exige um quórum de votação de maioria absoluta para ser aprovada, enquanto a lei ordinária pode ser aprovada por um quorum de maioria simples por parte dos membros da casa legislativa.

momentaneamente a lacuna constitucional, entretanto, tal direito sempre lhes foi negado, sob a alegação de que determinado instituto não coadunava com os princípios do interesse público.

Diante da inexistência de lei específica que viesse a regular o direito de greve dos servidores públicos, a jurisprudência e a doutrina especializada continuaram a acalorar longos debates a respeito da eficácia do art. 37, inciso VII CRFB/88, se seria de eficácia contida ou limitada.

Tal controvérsia permaneceu latente por muito tempo, e o seu fundamento repousava no pronunciamento realizado pela Suprema Corte no mandado de injunção nº 20/DF¹⁵, impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil.

Na oportunidade, o Ministro Relator Celso de Mello, firmou o seguinte entendimento:

O preceito constitucional que reconheceu *o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade*, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto - aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição [...]. *O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política*[...]. *Grifos nossos.*

Nesse diapasão, o entendimento perfilhado pela Corte Suprema seguiu-se nos demais julgamentos que versavam sobre a matéria, notadamente nos MI 485/MT¹⁶ e MI 585/TO¹⁷. Diante desse cenário, a categoria dos servidores públicos não estava apta a exercer o direito constitucional de greve enquanto não fosse editada lei específica que disciplinasse os seus contornos.

É certo que até os dias atuais a referida lei constitucional padece de omissão pelo poder competente¹⁸, pois sendo o art. 37, inciso VII da CRFB/88 uma norma constitucional de eficácia limitada, necessita de complementação infraconstitucional. Nessa linha de

¹⁵MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 22-11-1996. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 10.05.2014.

¹⁶MI 485/MT, Rel. Min. Maurício Correia, *DJ* de 23-08-2002. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774653/mandado-de-injuncao-mi-485-mt> Acesso em 10.05.2014.

¹⁷MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 02-08-2002. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774381/mandado-de-injuncao-mi-585-to>>. Acesso em 10.05.2014.

¹⁸ Sobre a omissão legislativa no concernente ao direito de greve no serviço público, Gasparine (2011, p. 252), aduz: “tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.497, de 2001, de autoria da Deputada Rita Camata, que dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos”.

pensamento, somente quando a lei específica for editada é que o direito de greve poderia ser regularmente exercido pelos servidores públicos¹⁹.

Diante do cenário da inércia do legislativo, o STF, que até então, nos julgamentos dos mandados de injunção só declarava a mora do legislador, alterou seu posicionamento quanto aos efeitos de sua decisão no MI.

Nesse cenário, no julgamento do MI 670/ES, o pleno da Corte Suprema pôs fim à problemática em questão ao determinar a aplicação da Lei 7.783/89, vigente no setor privado, no que coubesse, à greve dos servidores públicos civis, até que seja suprida a omissão legislativa.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MI 670/ES e o então Ministro Eros Grau no MI 712/PA, recomendaram a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para omissão verificada. Para fins de exemplificação, segue trecho das razões apresentadas no MI 670/ES²⁰:

MI 670/ES - Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII). [...] Comungo da preocupação quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de omissão judicial. [...] Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do poder Legislativo. Por esta razão, não estou a defender aqui a assunção do papel do legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal, pelo contrário [...] o tribunal não pode se abster de reconhecer e atuar nos casos de inatividade ou omissão legislativa.

Neste mesmo sentido, trecho das razões²¹ dos MI's 708DF e 712/PA:

MI 708/DF – o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto nesse MI relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela aplicação da lei de greve do setor privado aos servidores públicos, mostrando o equívoco da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do MI 107/DF. Ensinou que o entendimento restrito da categoria não poderia mais prevalecer, sob pena de esterelizar a importantíssima função política-jurídica para a qual foi concedido. (BULOS, 2011, p. 772).

MI 712/PA – o Ministro Eros Grau conheceu o mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa, aplicando ao setor público, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado – Lei n. 7.783, de 28/06/1989. Aqui a sentença do

¹⁹ A respeito José MARIA PINHEIRO MADEIRA (“Servidor Público na Atualidade”, Edit. América Jurídica, 2003, p. 102). Segundo o autor, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, adota a posição de que a norma é de eficácia contida, aquela que na visão de JOSÉ AFONSO DA SILVA, tem eficácia imediata, conquanto possa o futuro legislador reduzir o âmbito de incidência normativa.

²⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 1326

²¹ BULOS, *op. cit.*, p. 772

Supremo Tribunal Federal não se restringiu aos impetrantes do writ injuncional, pois atingiu todo o funcionalismo público. (BULOS, 2011, p. 772).

Ante o exposto, infere-se que a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal abandona a tese inicialmente defendida no MI 107/DF, de que a Corte só poderia declarar a mora do poder competente para legislar. O STF passa então, no caso da greve aplicada aos servidores públicos, a conferir exequibilidade às normas constitucionais, tendo em vista que sua atuação *in casu* alcança a estipulação de prazo para o legislador omissis atuar e, enquanto isso não ocorrer, a Corte utiliza por analogia leis já existentes para sanar a problemática.

Com isso, o STF confirma em caráter *erga omnes* que até que lei específica venha ser publicada sobre a matéria, o exercício concreto do direito de greve por parte do servidor público civil brasileiro torna-se possível. Ressalta-se, porém, que “não se trata de um direito absoluto e imune a restrições e decisões judiciais”. BORDAS E SILVA (2011, p. 09). Portanto, tem-se que tal direito deve ser praticado segundo ditames anunciados em precedentes e julgados anteriores.

A greve não pode ser o primeiro passo em busca da realização das reivindicações. Uma greve deve ser precedida de um procedimento preparatório que tem início na elaboração da pauta de reivindicações, sua posterior aprovação pela categoria, sua apresentação perante a autoridade estatal competente, e, muito importante, medidas concretas de negociação (ou ao menos tentativas de) desta pauta. BORDAS E SILVA (op. cit., p. 09).

Dessa forma, embora com o julgamento dos MI's 670, 708 e 712, o quesito pertinente à legalidade da greve reste superado, é imperioso destacar que as decisões proferidas nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal não são claras em relação às formalidades exigidas para deflagrar a greve no setor público. Destarte, tem-se que é recomendável seguir um parâmetro coeso com a análise do caso concreto em cada julgado, já que o uso adequado do mandado de injunção envolve uma série de condições e consequências jurídicas.

Ademais, é necessário que o exercício do direito de greve seja precedido de ampla publicidade. Segundo entendimento do STF no MI/ES nº 670/2007²², tem-se que em respeito ao princípio da continuidade do serviço público, deve ser mantido um percentual mínimo de servidores nas atividades relacionadas às necessidades inadiáveis da comunidade. De acordo com a Federação dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União

²² MI 670/ES, Rel. Min. Maurício Correia, *DJ de* 25-10-2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>> Acesso em 25 de maio de 2014.

(2010, p. 11), deve ser observado “o percentual de 30% (trinta por cento) de servidores no exercício das atividades, estabelecendo-se, para tanto, sistema de rodízio entre grevistas”.

Superada essas considerações, infere-se que a Suprema Corte ao decidir sobre a aplicação da lei de greve vigente no setor privado à greve dos servidores públicos, passa a assumir explicitamente, a tese concretista geral²³. Fato que tem causado imensas discussões e embaraços entre doutrinadores e na jurisprudência do próprio Tribunal, tendo em vista que a decisão não foi pacífica, pois há quem entenda que este posicionamento violaria o princípio da separação dos poderes, previstos no Art. 2º, da CRFB²⁴. Vê-se, pois, um alargamento de uma função positiva do judiciário.

Em sentido contrário, tem-se a ideia de que é necessária uma intervenção ativa do Tribunal Constitucional e que esta se harmoniza perfeitamente com a tendência hodierna da função jurisdicional e do Estado Social.

Neste sentido, destaca Medeiro (1999, p. 326):

Urge, portanto, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: ‘a configuração actual das constituições não permitem qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhe exija uma esforçada actividade de muitas vezes que podem confundir com um indirizzo político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional.

Reforça-se, então, a tese de que os tribunais constitucionais não devem limitar-se a decisões meramente contemplativas, mas, sobretudo, devem as decisões ser adequadas e coerentes com o conceito de justiça social.

Nesta esteira, o exercício de greve dos servidores públicos constitui, assim, um direito que não pode deixar de ser reconhecido. É certo que o legislador tem absoluta discricionariedade para disciplinar os contornos desta lei, de forma menos ou mais rígida, mas não pode deixar de reconhecer que se trata de um direito previamente definido na Constituição. Por tal motivo, torna-se cogente uma solução adequada e imediata, a fim de que seja permitida ao servidor público a prerrogativa de exercer suas liberdades e direitos constitucionalmente garantidos. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma omissão legislativa e judiciária.

²³ Moraes (2010, p. 670), define a tese concretista geral, revelada pelo Ministro Eros Roberto Grau: “Segundo a qual o poder judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora do direito subjetivo constitucional, dando aos parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros não de ser definidos pelo Supremo Tribunal Federal de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, tendo em vista que a norma jurídica é o preceito, abstrato e geral, tendente a regular o comportamento social dos sujeitos de direito, que se integra na ordem jurídica e não se dá norma para um só”.

²⁴ “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Desta forma, entende-se plenamente viável a adoção da posição concretista geral pela Suprema Corte no tocante ao uso por analogia da lei de greve dos servidores privados, no que couber, ao exercício da lei de greve dos servidores públicos, enquanto não sobrevier legislação específica para essa. Neste sentido, o judiciário ultrapassa a função meramente declaratória da omissão do poder competente para legislar e, promove uma solução garantista de direitos previstos constitucionalmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 inovou ao criar o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Tais instrumentos possuem finalidades semelhantes, vez que ambos combatem omissões legais impeditivas do exercício de direitos e liberdades constitucionais. Destaca-se que, embora o MI e a ADO persigam o mesmo fim, possuem natureza jurídica distintas.

No tocante aos aspectos do mandado de injunção, sobretudo aquele referente aos seus efeitos, tem-se a existência das correntes não concretista e concretista, sendo essa última dividida ainda em concretista individual ou concretista geral. O presente trabalho focou-se na análise dos efeitos do MI no tocante ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII, da CRFB/88. Verificou-se, portanto, que o exercício efetivo deste direito só pode ser regularizado após a adoção da posição concretista pela Corte Suprema. Isto porque, o preceito constitucional que reconhece o direito de greve ao servidor público constitui norma de eficácia meramente limitada, razão pela qual tal instituto padece de aplicabilidade imediata, necessitando de regulamentação. A edição de norma regulamentadora não ocorreu mesmo após transcorridas quase três décadas da promulgação da Carta Magna de 1988.

Diante deste cenário, o Pretório Excelso, em 2007, no julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712 alterou seu posicionamento sobre os efeitos do MI e, passou a adotar *in casu* o efeito concretizador geral.

Desta forma, a jurisprudência do STF passou a entender que o constituinte não deve ficar a mercê do bel-prazer do legislador, quando a omissão deste poder violar direitos e garantias fundamentais. Nesta seara, o Pleno do STF entendeu que no caso do exercício do direito de greve dos servidores públicos, poderia ser aplicada, no que couber, a Lei nº 7783/89, vigente no setor privado. Tal aplicação analógica dar-se-á de forma temporária, até que o poder competente para legislar edite a norma específica para regular tal situação dos servidores públicos.

Com essa decisão histórica, identifica-se que o Supremo Tribunal Federal alarga o leque do seu entendimento e abandona a tese fixada no MI 107/DF, na qual mantinha a postura de mero aplicador do direito. Após tal modificação, a Corte Especial passa a assumir uma posição mais ativista, direcionada à garantia dos direitos e liberdades constitucionais perpetrados pelo cidadão e, que vinham sendo suprimidos em razão de um descaso do legislador.

É bem verdade que a Suprema Corte admitiu por anos a posição não concretista, por meio da qual sua atuação limitava-se a declarar a mora do poder competente para legislar. Tal posicionamento utilizava o respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º e art. 60, §4º, inciso III, ambos da CRFB/88, para “justificar” uma omissão legislativa, que culminava no impedimento do exercício de direitos fundamentais. Todavia, deve-se alvitrar que o sistema constitucional vigente autoriza ao intérprete empenhar-se no sentido de dar uma maior efetividade à norma constitucional. Daí a modificação de entendimento por parte da Suprema Corte.

Nessa seara, depreende-se que o STF figura como guardião e intérprete final da Constituição e, portanto, tem o dever de dar maior efetividade aos direitos inseridos no corpo da Lei Maior. A atuação da Suprema Corte tem por finalidade viabilizar o uso dos direitos fundamentais pelo constituinte e, por isso, o direito de greve do servidor público é dotado de concretude e possui efeito *erga omnes*.

Cabe destacar ainda que a omissão legislativa referente à edição de lei específica que vise regulamentar o direito de greve dos servidores públicos existe há mais de vinte e cinco anos. Dessa forma, a posição concretista geral adotada pelo STF após 2007 visa garantir, ainda que de forma temporária, o exercício de um direito constitucionalmente garantido. Assim, caso o STF continuasse a adotar a posição não concretista, firmando-se tão somente na declaração de mora do poder legislativo, estar-se-ia diante de uma negligência ainda maior. A Corte Maior não poderia ignorar tal situação.

Ademais, ressalte-se que essa nova perspectiva, ao contrário do que insiste em destacar alguns doutrinadores e jurisconsultos, não coloca o STF fora dos limites jurisdicionais. Tampouco torna a Suprema Corte um legislador positivo, isto porque, o posicionamento concretista tem apenas o condão de tornar viável o exercício de um direito fundamental, abolido em decorrência de uma omissão desarrazoada do Poder Legislativo. Nesta esteira, embora tal função tenha indubitavelmente uma interpretação mais alargada, o judiciário continua a exercer a sua função típica, qual seja, a função jurisdicional. Isto porque o STF não transfere para si o encargo de legislar, muito menos de editar normas gerais e abstratas, mas tão somente de tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

ABSTRACT

The writ of injunction was first mentioned in Federal Constitution of 1988. Its aim is to supplement constitutional norms of limited effectiveness. This is the basis for the right to strike public workers have, referred to in Article 37, VII, Federal Constitution of Brazil, which up to today's days suffers from regulation by legislature. Facing this issue, the objective of this work was to analyze the effects of the writ of injunction, related to Brazilian Supreme Court regarding the implementation of Law 7.783/89, present in the private sector, in public workers strikes. Moreover, find out if this decision undermines the principle of separation of powers. For this study, a doctrinal and jurisprudential analysis of aspects of the writ of injunction was made, focused on the principle of separation of powers, giving, however, special attention to developments in the dominant jurisprudence of the Supreme Court, so it will be possible to outline the contours of this decision about the right public servants have of going on strike. Finally, it remained determined that, although contested doctrinal and jurisprudential opinion on the subject, the logical way to be followed is knowing that fundamental rights, should not rely on the mercy or the free will of legislature, therefore, the denial of justice in giving solution to the case , would be the same as not using the law.

KEYWORDS: Writ of injunction. Effects of the decision . Overview STF. Strike of public servants .

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo**. 17^a. ed., São Paulo: Método, 2009.

BENEDETE, Djoni Luiz Gilgen. **O direito de greve dos servidores públicos civil brasileiro frente ao julgamento dos mandados de injunção n 670/ES, 708/DF e 712/PA**. Disponível em: <http://www.sintrajusc.org.br/arquivosSGC/DOWN_141818O_direito_de_greve_do_servidor_publico_civil_brasileiro.pdf>. Acesso em: 28 abr 2014.

BORDAS, Francisca Campos; SILVA, Luís Fernando. **Cartilha Greve no Serviço Público**. CNASP, 2011.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 mai 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 abr 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.783/89, de 28 de Junho de 1989**. [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm. Acesso em 10 abr 2014.

_____. **Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969**. Dá nova redação à Constituição de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 26 de maio de 2014.

_____. **Emenda Constitucional nº 19/1998**. [online]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 13 abr 2014.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 6^o. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FENAJUFE. Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União. **Cartilha da greve no serviço público**. Brasília: FENAJUFE, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GASPARINE, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16^o. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEE, Dong Hank. **Ativismo judicial do STF no mandado de injunção sobre greve dos servidores públicos**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/125/3/20502833.pdf>>. Acesso em 05 abr 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Greve do servidor público**. São Paulo: Atlas, 2001.

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

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Guilherme Penã. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF. MI n. 20-DF, Rel. Min. Celso de Mello, de 22 de Novembro de 1996. [online]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em Acesso em: 10 mai 2014.

_____. MI n. 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, de 23 de Novembro de 1989. [online]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em Acesso em: 02 abr 2014.

_____. MI n. 670-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, de 25 de Outubro de 2007. [online]. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>>. Acesso em Acesso em: 30 mar 2014.

_____. MI n. 708-DF Rel. Min. Gilmar Mendes, de 25 de Novembro de 2007. [online]. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-708-df>>. Acesso em Acesso em: 30 mar 2014.

_____. MI n. 712-PA, Rel. Min. Eros Grau, de 23 de Novembro de 1989. [online]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em Acesso em: 30 mar 2014.