

Regras para Citação:

SÁ, R. M. O Mandado de Injunção e o Direito de Greve no Serviço Público: o papel do princípio da supremacia do interesse público na mudança da jurisprudência do STF. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, n. 7, p. 175-202, 2008.

O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O PAPEL DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Rodrigo Mendes de Sá*

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o papel do princípio da supremacia do interesse público na mudança ocorrida no entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance do mandado de injunção, que se concretizou com o julgamento recente de ações relativas à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Greve; Mandado de Injunção; Servidor Público; Supremacia do Interesse Público.

Considerações iniciais

O direito de greve dos servidores públicos civis foi estabelecido no Brasil pela primeira vez na Constituição de 1988. Antes disso, os textos constitucionais não faziam menção ou o vedavam expressamente, como foi o caso da Constituição de 1967/69. Por isso, trata-se de uma inovação significativa. Está previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição, que diz:

Art. 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.

Pela redação do dispositivo, percebe-se que, para ser exercido em sua plenitude, o direito de greve no setor público necessita de uma regulamentação por meio de lei específica. Em tese, isso é o que deveria ter ocorrido. Todavia, as coisas não se passaram dessa maneira. Isso porque até hoje a lei específica a que alude o texto da Constituição não foi editada pelo legislador. E, tendo em vista que se trata de uma norma de eficácia limitada, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva em relação à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais, os servidores, em princípio, não poderiam fazer greve.¹

Nesse contexto, o remédio adequado para corrigir a omissão inconstitucional em questão seria o mandado de injunção, outra novidade da atual Carta Magna e que está previsto no inciso LXXI do art. 5º², cuja redação é a seguinte:

* Bacharel em Relações Internacionais e Graduando em Direito pela Universidade de Brasília.

¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo : Malheiros, 2003a.

² Além do mandado de injunção, outro instrumento de controle da omissão inconstitucional trazido pela Constituição

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.

Em linhas gerais, o mandado de injunção é o tipo de ação cabível quando se configurarem dois requisitos básicos. Um deles é a ausência de norma regulamentadora. E o outro é a impossibilidade de exercício dos direitos ou prerrogativas previstos no texto constitucional em virtude da falta dessa norma. Caso um desses requisitos não esteja presente, não estará configurada hipótese de mandado de injunção. Ou seja, se já existe a lei que regulamenta o direito previsto na Constituição ou se esse mesmo direito já está previsto em norma auto-aplicável, não caberá a utilização do *writ* injuncional.

No entanto, em vários casos, o mandado de injunção se mostrou ineficaz para corrigir a omissão legislativa na regulamentação das normas que permitiriam o exercício desses direitos e prerrogativas. Como o instituto não possui legislação específica e está previsto apenas na Constituição (em relação aos procedimentos, o art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/90 dispõe que se aplicam, no que couber, as normas do mandado de segurança enquanto não for editada lei específica), foi necessário que o Judiciário estabelecesse seus parâmetros de aplicação. Essa tarefa coube, em grande parte, ao Supremo Tribunal Federal (STF), que assumiu uma posição inicial bastante conservadora. No julgamento do Mandado de Injunção (MI) 107³, *leading case* da matéria, levantou-se uma questão de ordem com relação à auto-aplicabilidade do instituto a partir do que diz o § 1º do art. 5º da Constituição:

Art. 5º (...):

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

Além de decidir pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, a Corte julgou tratar-se de uma ação mandamental, em que ela declararia a mora legislativa e daria ciência ao órgão competente, determinando que tomasse as providências necessárias para solucionar a omissão inconstitucional. Não cabia ao Tribunal fixar a norma para o caso concreto, pois isso representaria uma usurpação da função de legislar, que cabia a outro Poder. Tal posicionamento mostrou-se inócuo, pois o Poder Judiciário não possui meios concretos de sanção sobre o Legislativo no sentido de fazê-lo sair do estado de omissão. Assim, o legislador, em muitos casos, não saiu da inércia legislativa.

Por isso, o Supremo não demorou a alterar seu entendimento inicial. Em alguns casos, passou a fixar prazo para que fosse suprida a lacuna legislativa sob pena de ocorrer alguma consequência prática. No MI 283⁴, por exemplo, a persistência da mora após o período estipulado (45 dias para a edição da norma, acrescidos mais 15 dias para a sanção presidencial) garantiria ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. E o MI 232⁵ determinou que,

de 1988 foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por Omissão, prevista no art. 103, § 2º. Ao contrário do mandado de injunção, é um processo objetivo e representa uma forma de controle abstrato de normas, além de ser uma ação cuja eficácia, sem margem a dúvidas, é declaratória.

³ MI 107-QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/09/1990.

⁴ MI 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991.

⁵ MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/03/1992.

decorridos seis meses de omissão do Congresso Nacional em editar a lei regulamentadora do art. 195, § 7º, da Constituição, o impetrante passaria a gozar a imunidade requerida. Estes são exemplos de que o STF, ao modificar sua posição, passou a admitir, ainda que indiretamente, o exercício de uma função regulatória do caso concreto, buscando dar a essa ação eficácia mandamental de fato. No entanto, o Tribunal nunca admitiu fixar explicitamente a norma regulamentadora, assumindo típica função legislativa.

Por outro lado, no caso do direito de greve no setor público, o STF nem sequer evoluiu de sua posição inicial no MI 107-QO. Com isso, apenas se declarava a omissão inconstitucional, dando ciência ao Legislativo e determinando que este tomasse as providências cabíveis. O resultado foi a persistência da omissão. Além disso, as greves, apesar da falta de regulamentação, foram realizadas sem qualquer tipo de controle, sendo muitas delas de caráter nitidamente abusivo e prejudicial à sociedade.

Diante desse quadro, em 07/06/2006, durante a sessão de julgamento dos MIs 670⁶ e 712⁷, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes apresentaram proposta no sentido de que o STF regulamentasse provisoriamente o direito de greve no setor público a partir do disposto na Lei 7.783/89, que trata da greve dos trabalhadores em geral, com as devidas adaptações. Tal proposta foi consagrada no dia 25/10/2007, com a conclusão do julgamento dessas ações e também do MI 708⁸, restando vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que entendiam que a regulamentação deveria se limitar ao caso concreto.

Nessa mudança de posicionamento, alguns fatores tiveram maior preponderância do que outros. Muito se discutiu, por exemplo, se não haveria uma violação ao princípio da separação de poderes caso o Judiciário fixasse uma norma para solucionar o caso concreto. Tal preocupação, ainda que de forma mitigada em comparação com a visão anterior da Corte, foi enfatizada pelos Ministros vencidos e também pelos que apoiaram a tese vencedora. Outro princípio relevante lembrado durante o julgamento foi o da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico e a necessidade de se respeitar a sua autoridade.

Mas, no caso deste trabalho, a ênfase recairá sobre o princípio da supremacia do interesse público e o seu papel sobre a mudança de posicionamento do Tribunal. Ou seja, o objetivo é discutir até que ponto esse princípio foi importante para que o Supremo Tribunal Federal adotasse um novo posicionamento no que se refere à aplicação do mandado de injunção, que, com o precedente aberto, pode também influenciar a decisão de outros casos.

Assim, o ponto inicial consistirá numa exposição geral sobre o direito de greve do servidor público no Brasil e em outros países, além dos fatos que levaram a uma mudança de posição do Judiciário. Com base nesse panorama, serão abordados, em termos mais amplos, os riscos dessa situação específica para o princípio da supremacia da Constituição. Em seguida, será discutido o princípio da separação de poderes, buscando verificar se essas decisões recentes representam de fato uma ofensa a tal princípio. E, por fim, o debate recairá sobre o princípio da supremacia do interesse público a partir da perspectiva não só do direito de greve no setor público em si, mas sobretudo em relação aos prejuízos causados à sociedade pelos diversos movimentos paredistas de servidores públicos que têm sido realizados praticamente à margem da lei, constituindo um nítido choque de interesses.

O direito de greve do servidor público civil no Brasil e no direito comparado

Uma das inovações mais significativas trazidas pela Constituição de 1988 consistiu na introdução do direito de greve dos servidores públicos civis, previsto no art. 37, VII. É a primeira vez que o texto constitucional prevê expressamente esse tipo de direito. Antes disso,

⁶ MI 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007.

⁷ MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, decisão publicada no DJ 06/11/2007.

⁸ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007.

não havia qualquer menção a respeito. Celso Ribeiro Bastos aponta, por exemplo, o caso da Constituição de 1967/69, que vedava expressamente esse direito, como parâmetro de comparação com a atual Carta Magna. Diz ele:

A Constituição de 67/69 proibia expressamente a greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei. A atual introduziu, sem dúvida, uma sensível alteração contemplando algo em tese exercitável. Dizemos em tese porque a eficácia do inciso sob comento depende de legislação integradora.⁹

Além disso, é importante destacar que em vários países a greve no funcionalismo público é expressamente proibida. Nesse sentido, cabe lembrar novamente o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos:

A greve do funcionário público não é reconhecida em países de inequívoco avanço social, tais como Alemanha, Suíça, Áustria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Dinamarca, conforme nos informa Eduardo Gabriel Saad na sua excelente obra Constituição e direito do trabalho, 2.ed., LTr., 1989, p. 226. Lembra o mesmo autor que os funcionários públicos federais dos Estados Unidos da América do Norte estão proibidos por lei de fazer greve.¹⁰

O Ministro Celso de Mello, em seu voto no MI 708, enumera, na esfera do direito comparado, os diferentes tipos de posicionamento que existem a respeito do tema:

No plano do direito comparado, como sabemos, delineiam-se pelo menos quatro modelos normativos concernentes ao exercício do direito de greve no serviço público, que assim podem ser caracterizados:

1. Reconhecimento do direito de greve ao servidor público em condições diferenciadas daquelas estabelecidas para os trabalhadores em geral;
2. Reconhecimento do direito de greve ao servidor público em condições idênticas às fixadas para os trabalhadores em geral;
3. Reconhecimento tácito em favor dos servidores públicos do direito de greve; e
4. Vedação total do exercício do direito de greve no serviço público.¹¹

Assim, percebe-se que muitos países, pelos mais diversos motivos, não consideram a greve o meio mais adequado para resolver os conflitos existentes entre a Administração Pública e os seus funcionários. E, até mesmo na doutrina brasileira, existem os que, como Celso Ribeiro Bastos, defendem esse tipo de posição. Referindo-se ao caso norte-americano, em que se adota o método da arbitragem compulsória, ele afirma o seguinte:

Vê-se, assim, que existem meios muito mais adequados para resolução dos conflitos funcionais, sobretudo dentro do setor público. O processo aqui referido de arbitragem compulsória parece, sem dúvida nenhuma, traduzir-

⁹ BASTOS, MARTINS, 1992, p. 89.

¹⁰ Idem, p. 90.

¹¹ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 5 (íntegra do voto do Ministro Celso de Mello). Aqui cabe uma rápida observação: como até o envio deste trabalho o inteiro teor dos acórdãos dos MIs 670, 708 e 712 não havia sido publicado, serão utilizadas aqui as íntegras de alguns votos disponibilizados na Internet. Os endereços eletrônicos serão indicados ao final, nas referências bibliográficas.

se em meio mais evoluído.¹²

No caso específico do Brasil, a escolha do legislador constituinte foi pela permissão do exercício do direito de greve. No entanto, ele deve ser regulamentado por lei posterior. Entendeu-se, com isso, que se tratava de norma constitucional de eficácia limitada, ainda que alguns a considerem norma de eficácia contida. A jurisprudência do STF optou pela primeira alternativa. Com isso, antes da promulgação da norma regulamentadora, não poderia, em tese, haver greve de servidores públicos no Brasil. Num primeiro momento, exigia-se lei complementar. Mas, com a promulgação da emenda constitucional (EC) 19/98, passou-se a exigir a aprovação de simples lei específica, de caráter ordinário, com o objetivo de contornar eventuais problemas políticos, facilitando sua edição.

Entretanto, como se viu ao longo dos últimos anos, as greves no serviço público aconteceram independentemente de regulamentação pelo Congresso Nacional. E, pior do que isso, muitas dessas paralisações afetaram, na verdade, os usuários dos serviços públicos, ou seja, a sociedade. Dessa maneira, a norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição se tornou, na prática, de eficácia contida, ou seja, de aplicabilidade imediata e à espera de regulamentação posterior. Como resultado, a sociedade acabou se tornando refém dos interesses dos grevistas, o que constitui uma visível afronta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Nesse sentido, uma solução possível teria sido o mandado de injunção. Mas, com o posicionamento adotado pelo STF, cuja eficácia era meramente declaratória, acabou sendo um instrumento inócuo, sem nenhum efeito prático. Ao se limitar a declarar a mora legislativa e dar ciência ao legislador para que ele tomasse as providências necessárias e preenchesse a lacuna normativa, o Judiciário não conseguiu combater de modo efetivo a omissão legislativa, que, com o tempo decorrido desde a promulgação da Carta Constitucional, ganhou contornos nitidamente abusivos.

Com isso, o direito de greve permaneceu sem regulamentação definitiva (algo que perdura até hoje) e, apesar disso, as greves foram realizadas sem a devida previsão legal. Assim, abriu-se espaço não só para uma omissão inconcebível do Legislativo, mas, o que é ainda mais grave, para que o interesse público ficasse à mercê dos interesses corporativos de movimentos paradedistas.

Em linhas gerais, este é o contexto mais amplo do caso concreto que levou a Corte Suprema a alterar seu entendimento em relação à aplicação do mandado de injunção e a assumir um nítido papel de legislador positivo. Antes de tratar especificamente do papel do princípio da supremacia do interesse público nessa mudança de posição, cabe discutir, nesse cenário, como os princípios da supremacia da Constituição e da separação de poderes interferiram no novo posicionamento do Tribunal.

O princípio da supremacia da Constituição

A partir do que já foi exposto, não é difícil perceber que há um claro desrespeito a uma norma constitucional por parte do legislador. E isso ocorre porque o legislador, ao se abster, por um período de tempo tão prolongado e sem qualquer motivo plausível, de regulamentar o direito de greve no setor público, está deixando de dar plena eficácia a uma norma constitucional. Além disso, ao se comportar dessa forma, está indo de forma afrontosa contra a vontade do legislador constituinte, colocando em risco o próprio ordenamento constitucional como um todo. Ou seja, configura-se aqui uma situação de risco evidente ao princípio da supremacia da Constituição.

Em relação a esse princípio, José Afonso da Silva o define, no caso do Brasil, cuja Constituição é rígida, da seguinte maneira:

¹² BASTOS, MARTINS, 1992, p. 90.

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.¹³

Essa definição mostra que o princípio da supremacia da Constituição é algo de fundamental importância num Estado Democrático de Direito. Trata-se da base a partir da qual se constrói não só a hierarquia normativa do ponto de vista jurídico, mas sobretudo a organização política e institucional do Estado. Assim, caso este princípio não seja respeitado, colocam-se em sério risco os alicerces da ordem jurídica e política da sociedade.

E, mais que o próprio desrespeito à letra do texto constitucional, nesse contexto, não parece ser lógico que uma norma constitucional não seja eficaz. Ou seja, não faz sentido que uma norma esteja presente na Constituição para não ser cumprida, correspondendo a uma mera intenção. Por isso, como diz José Afonso da Silva, *não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada.*¹⁴ Na verdade, de acordo com o autor, as normas constitucionais se diferenciam pelo grau de manifestação de eficácia que possuem, podendo depender de regulamentação posterior.

No julgamento do MI 708, o Ministro Celso de Mello deixou muito evidente a importância do princípio da supremacia da Constituição na seguinte passagem, em que destaca os perigos da omissão inconstitucional:

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanar normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.¹⁵

E, como efeito desse estado de coisas, ele menciona os prejuízos no que se refere ao exercício de direitos e prerrogativas, além de alertar para os perigos do desprestígio da Constituição:

¹³ SILVA, 2003, p. 45.

¹⁴ SILVA, 2003a, p. 81.

¹⁵ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 20-1 (íntegra do voto do Ministro Celso de Mello).

O comportamento negativo dos poderes constituídos – que deixam de editar normas regulamentadoras do texto constitucional, previstas, em cláusula mandatária, na própria Constituição – torna inviável, numa típica e perversa relação de causa e efeito, o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados, às pessoas, pelo estatuto fundamental.

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.¹⁶

Portanto, observando-se a omissão legislativa consciente e voluntária no caso da regulamentação do direito de greve no setor público, temos um claro exemplo não só de desrespeito ao princípio da supremacia da Constituição, mas também, das consequências nocivas que esse tipo de atitude pode trazer para o funcionamento do Estado e da ordem jurídica, erodindo sua base fundamental de legitimidade e sustentação. E os prejuízos, como é possível ver no caso em estudo, são sentidos pela sociedade como um todo.

O princípio da separação de poderes

Ao decidir que o mandado de injunção era uma ação mandamental, cuja eficácia na prática era meramente declaratória, o STF tinha como um de seus principais argumentos o fato de que não poderia exercer uma função que era da esfera de competência do Poder Legislativo. Tal entendimento, apesar de algumas evoluções ocorridas desde aquele julgamento, persistiu até as decisões recentes relativas ao direito de greve no setor público. Antes, o Tribunal nunca havia admitido fixar diretamente a norma sequer para o caso concreto.

Com a mudança de entendimento do Supremo, que não apenas regulamentou o caso concreto, mas foi um pouco além e estendeu a normatização a toda a categoria dos servidores públicos civis, muitos estudiosos se questionam se isso não poderia representar uma ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes, rompendo a harmonia e a independência a que alude o art. 2º, da Constituição. Esta não foi uma decisão livre de polêmicas, algo admitido pelos próprios magistrados. No entanto, a situação a que chegou a omissão abusiva do Legislativo referente ao caso em questão demandava uma nova postura da Corte, pois o mandado de injunção se mostrava um remédio ineficaz, pondo em risco a própria eficácia das decisões judiciais.

O Ministro Eros Grau demonstra essa preocupação neste trecho do seu voto no MI 712, do qual foi relator:

Havendo, portanto, sem qualquer dúvida, mora legislativa na regulamentação do preceito do art. 37, inciso VII, a questão que se coloca é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?

Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida – art. 37, VII – é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente.¹⁷

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, não deixou de mencionar os riscos do papel

¹⁶ Idem, p. 23.

¹⁷ MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 9 (íntegra do voto do relator).

que o STF poderia vir a assumir no lugar do legislador, mas via uma intervenção mais contundente como algo necessário, sob o risco de o Judiciário se tornar uma espécie de cúmplice da omissão inconstitucional de outro Poder:

Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de omissão judicial.

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte.¹⁸

Por essas palavras, percebe-se que a situação chegou a um ponto preocupante. Não parecia mais ser possível que a Corte continuasse, no que se refere à separação de poderes, com a mesma visão que possuía há quase vinte anos atrás. Àquela época, as circunstâncias talvez favorecessem uma decisão dessa natureza, uma vez que não era conveniente criar um espaço de tensão entre Poderes num cenário de construção de um ambiente democrático cujas bases ainda eram muito frágeis. Além disso, com o pouco tempo decorrido da promulgação da Carta Magna, era importante dar um crédito ao legislador para que ele cumprisse o seu dever. No entanto, hoje, passados quase vinte anos daquele julgamento, a situação é bem diferente.

Mesmo que ainda padeça de vários problemas, a democracia brasileira já não é tão frágil como antes e se encontra em um estágio de amadurecimento que permite decisões como a tomada pelo Supremo no caso da utilização do mandado de injunção. Na verdade, a ameaça ao regime democrático estaria configurada justamente se a Corte mantivesse seu entendimento anterior, uma vez que estaria sendo conivente com uma situação de claro desrespeito à autoridade da Constituição.

Nesse sentido, o caso em estudo reflete bem como o mandado de injunção, em situações dessa natureza, se tornou algo inócuo, sem relevância para superar o quadro de omissão. Isso ocorreu simplesmente porque não há meios sancionatórios capazes de fazer o legislador sair do estado de inércia em que se encontra. Com isso, o princípio da separação de poderes, da forma como era interpretado, acabou se tornando um escudo à disposição do legislador para que ele se mantivesse numa omissão voluntária, arbitrária e abusiva, prejudicando de forma nítida o interesse da coletividade. Daí a necessidade de uma revisão nesse posicionamento.

O entendimento anterior da Corte, rejeitando qualquer possibilidade de fixação de norma, acabou refletindo uma visão até certo ponto anacrônica do fenômeno da separação de poderes. Os defensores desse entendimento parecem enxergar a separação de poderes como algo essencialmente estático, em que os Poderes encontram-se isolados e, em nenhuma hipótese, pode haver interferência de um Poder sobre o outro, nem mesmo em situações nas quais um deles esteja agindo de forma abusiva, violando a ordem jurídica, social e política.

Na realidade, esse entendimento parece conter uma idéia equivocada, desvirtuada do princípio da separação dos poderes. Cada Poder, em tal hipótese, teria liberdade para agir arbitrariamente, sem qualquer tipo de controle. Ela parece ignorar a noção, inerente a este princípio, do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), em que um Poder fiscaliza a autonomia do outro de forma a não cometer excessos prejudiciais à ordem jurídica, política e social em vigor. Em linhas gerais, esse tipo de posicionamento parece até mesmo uma espécie de desvirtuação da doutrina de Montesquieu, como assinala em seu voto o Ministro Eros Grau, ao afastar uma suposta violação ao princípio com a solução que propôs para o caso concreto:

Ademais, não há que falar em agressão à “separação de poderes”, mesmo

¹⁸ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 16 (íntegra do voto do relator).

porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação de poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil, vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.¹⁹

Essa passagem tem a virtude de mostrar que a idéia de separação de poderes não existe de forma isolada e independente da realidade em que está inserida. Ela não pode ser concebida de forma estática, absoluta. Ou ainda, como diz o ministro, não é *provinda do direito natural*.

Nessa mesma direção, José Afonso da Silva, de certa forma, também reforça o entendimento de que já não se pode ver a separação de poderes como algo rígido. É o que observa na seguinte passagem:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos 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 (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.²⁰

Além desses aspectos, cabe ressaltar que, ao fixar uma norma regulamentadora para o direito de greve no serviço público, o Supremo utilizou-se de elementos essencialmente legislativos. Não se criou nenhuma lei. Apenas se utilizaram os elementos disponíveis no ordenamento (a Lei 7.783/89), fazendo-se as alterações necessárias. E também não se pode esquecer que essa regulamentação é provisória. Ou seja, ela só será válida até que o Congresso saia do estado de inércia em que se encontra em relação ao tema. Assim, não parece haver qualquer tipo de interferência do Judiciário em atividades próprias do Legislativo. Na verdade, o que se busca é evitar que a eficácia plena de uma norma constitucional fique dependendo de um juízo de conveniência e oportunidade do legislador por períodos tão prolongados de tempo.

E, para deixar ainda mais claro que a decisão tomada nos casos em estudo não configura uma afronta ao princípio da separação de poderes, segue uma passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, em que enfatiza a necessidade de a omissão do Legislativo, da forma como ocorre, ser objeto de apreciação do Judiciário:

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art.1º).²¹

Por fim, deve-se lembrar uma objeção feita pelos Ministros Marco Aurélio, Joaquim

¹⁹ MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 26 (íntegra do voto do relator).

²⁰ SILVA, 2003, p. 109.

²¹ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 26 (íntegra do voto do relator).

Barbosa e Ricardo Lewandowski, que rejeitaram a regulamentação do art. 37, VII, da Constituição para toda a categoria dos servidores públicos, limitando-a ao caso concreto. Neste ponto, cabe a argumentação do Ministro Eros Grau, em sentido diverso, numa passagem em que ele questiona qual deve ser a abrangência da regulamentação formulada pelo Tribunal:

Deverá ela (a norma a ser formulada supletivamente pelo tribunal) 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 a 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.²²

A lógica do raciocínio faz bastante sentido, pois, apesar das diferenças entre as categorias, todos os atingidos pela regulamentação são funcionários públicos e a própria Corte, ao fixar a norma supletiva, levará em conta as particularidades de cada profissão. De outro modo, deveria haver uma lei para cada caso concreto, o que levaria a um verdadeiro caos.

Além disso, a regulamentação estabelecida prevê certa flexibilidade ao intérprete da norma, especialmente em relação aos serviços essenciais, permitindo uma aplicação com maior ou menor severidade. É o que afirma o Ministro Gilmar Mendes na conclusão de seu voto no MI 708:

No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratarem de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos já mencionados arts. 9 a 11 da Lei nº 7.783/1989.

Creio que essa complementação na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.²³

Portanto, pode-se afirmar que a decisão recente da Corte Suprema não representa, de forma alguma, uma violação ao princípio da separação de poderes. Este deve ser visto sob uma perspectiva moderna, dinâmica, que valorize a autonomia dos poderes, mas que, ao mesmo tempo, também seja capaz de conter eventuais excessos (por ação ou omissão) cometidos por cada um deles. E é justamente neste sentido que a mudança de posição do STF em relação à aplicação do mandado de injunção vem para corrigir os excessos de uma omissão abusiva do Legislativo, que vai contra os interesses da coletividade.

²² MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 20 (íntegra do voto do relator).

²³ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 28-9 (íntegra do voto do relator).

O princípio da supremacia do interesse público e a mudança na jurisprudência do STF

Vistos o contexto do direito de greve no Brasil e a omissão legislativa como uma forma grave de desrespeito à Constituição, além da questão relativa à separação de poderes, chegamos agora ao ponto principal deste trabalho, que consiste numa análise da importância do princípio da supremacia do interesse público na mudança de posicionamento ocorrida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à aplicação do mandado de injunção. Nesse sentido, mais do que a quebra do dogma da separação de poderes em si, considerações a respeito do elevado grau de desrespeito aos interesses dos usuários dos serviços públicos, ou seja, da coletividade de uma forma geral, parecem ter tido um papel decisivo nessa alteração de rumos na leitura do instituto criado pela Carta de 1988.

Inicialmente, cabe ilustrar a que ponto muitas das greves realizadas por servidores públicos chegaram por não haver qualquer regra limitadora. Nelas, os grevistas utilizavam a paralisação como uma forma de pressionar a Administração Pública para que esta negociasse reajustes salariais sem qualquer preocupação no que se refere ao interesse dos que necessitam utilizar os serviços públicos. Estas situações tornaram-se cada vez mais comuns e passaram a configurar uma ofensa inadmissível aos interesses da coletividade. A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes sintetiza bem a situação e a dimensão do problema gerado pela inércia do legislador ordinário, inclusive com exemplos recentes bastante ilustrativos:

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

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.²⁴

Esse quadro demonstra com transparência como os interesses da sociedade, principal afetada pela ação desses movimentos, ficaram em segundo plano. Na verdade, as pessoas que utilizam os serviços públicos tornam-se reféns dos grevistas, que, por sua vez, se valem dos transtornos causados à sociedade como instrumento para pressionar os governantes a negociar suas reivindicações. E tal situação persiste justamente porque as punições a esse tipo de conduta não costumam ser severas. Não ocorre sequer corte de ponto, o que significa uma espécie de folga remunerada indevida. Em suma, esses servidores dispõem do interesse

²⁴ Idem, p. 15-6.

público da forma como bem entendem para atender a seus interesses corporativistas. E tudo isso sem que haja qualquer tipo de controle jurídico. Fica mais do que evidente a afronta ao princípio da supremacia do interesse público. Para deixar mais claro o significado da supremacia do interesse público, seguem as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.²⁵

A respeito do princípio da supremacia do interesse público, as palavras do Ministro Celso de Mello reforçam sua importância no contexto do direito de greve:

A importância do direito de greve, contudo, não pode prescindir da necessária observância dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços desenvolvidos pela administração estatal, especialmente daquelas atividades que, qualificadas pela nota da essencialidade, não podem sofrer, em hipótese alguma, qualquer tipo de interrupção.²⁶

E, além de violar a supremacia do interesse público, esses movimentos paredistas, por extensão, quase sempre ferem outro princípio fundamental, que é a continuidade dos serviços públicos. Tal situação é mais alarmante e preocupante no caso dos serviços essenciais, em que ficam mais do que óbvios os efeitos nocivos da omissão do legislador e da falta de regulamentação para o tema. Exemplo disso é o setor de saúde pública, em que muitas greves, por não se prever um percentual mínimo de funcionamento, colocam em risco a saúde e a vida de várias pessoas, que geralmente pertencem à camada menos favorecida da população. A esse respeito, Celso Ribeiro Bastos reforça tal entendimento dando o exemplo da própria área da saúde:

Há, entretanto, setores que repelem de forma veemente a paralisação de sua atividade. É revoltante que no serviço médico se possa criar perigo de vida para a população em nome de puras reivindicações salariais, e assim muitos outros setores põem em risco valores extremamente importantes da organização da vida social.²⁷

Por essas razões, a expressão *lei da selva*, empregada pelo Ministro Gilmar Mendes, é bastante oportuna. Nesse contexto de total ausência de controles jurídicos, muitas vezes os trabalhadores utilizam a paralisação, que deveria ser a última alternativa de negociação, pois representa, em tese, um esgotamento da via do diálogo, como a primeira opção, partindo logo para uma postura radical. Celso Ribeiro Bastos condena esse comportamento:

Finalmente, consignamos aqui a leviandade com que às vezes a greve é exercida. É necessário reconhecer-se que, embora exercício de um direito, a greve encerra uma quase ruptura com a ordem jurídica substituída pelo reino da força. Para se chegar a ela é preciso, portanto, que se cumpram etapas. Em primeiro lugar, que um processo sério de tentativas de acordo seja levado a efeito. Ao depois, que medeie sempre um prazo determinado entre a formulação da reivindicação e o ponto a partir do qual o

²⁵ MELLO, 2003, p. 60.

²⁶ MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007, p. 3 (íntegra do voto do Ministro Celso de Mello).

²⁷ BASTOS, MARTINS, 1992, p. 91.

deflagrador da greve se torne lícito.²⁸

Assim, o que se busca não é a sujeição dos servidores públicos a um regime de exploração injusta, mas sim que eventuais paralisações sejam precedidas por um processo de negociação para que se esgotem todas as possibilidades de diálogo. Com isso, busca-se reforçar não só a condição especial (e essencial) do serviço público, mas também a importância da função que cada servidor exerce para a sociedade e suas implicações. A esse respeito, Ives Gandra Martins argumenta na seguinte direção:

Tenho entendido que o direito de greve é limitado às garantias outorgadas à sociedade pela Constituição. O direito ao trabalho é maior que o direito de greve, e o direito do cidadão a ter serviço prestado por funcionário do Estado também é maior que seu direito de greve.

Ninguém é obrigado a ser servidor público. Se o for, entretanto, deve saber que a sua função oferece mais obrigações e menos direitos que na atividade privada. É que o servidor é antes de tudo um servidor da comunidade e não um servidor de si mesmo, sendo seus direitos condicionados aos seus deveres junto à sociedade.²⁹

Nesse contexto, não é difícil concluir que a regulamentação da norma constitucional que prevê o direito de greve do funcionalismo público interessa mais à própria sociedade, principal prejudicada por esses movimentos realizados praticamente à margem da lei, do que aos que teriam interesse direto na questão, os servidores.³⁰ A vários destes, parece bastante cômodo que as coisas permaneçam da forma como se encontram, uma vez que não existem (ou não existiam até a decisão do STF) limites nem qualquer punição efetiva. E é exatamente por isso que muitos sindicalistas não vêm com bons olhos qualquer tipo de regulamentação, pois fatalmente resultaria na imposição de algum limite a esse direito. Por outro lado, a sociedade é a principal prejudicada ao ficar privada do acesso a serviços públicos, sendo muitos deles essenciais. Daí a necessidade de uma regulamentação que estabeleça um equilíbrio entre esses interesses muitas vezes antagônicos.

Pelas razões expostas, esse desrespeito afrontoso ao interesse público levou a uma situação em que se fazia necessária alguma atitude do Judiciário. À inércia abusiva do legislador somou-se a inoperância absoluta do mandado de injunção, que, no caso da regulamentação do direito de greve no serviço público, estava preso aos estreitos parâmetros lançados ainda à época do julgamento do MI 107-QO. Diante desse quadro, o Supremo parece ter sido obrigado, por força das circunstâncias e da própria dinâmica dos fatos, a rever seu posicionamento e a fixar a norma regulamentadora, mesmo que provisoriamente, numa inovação surpreendente, pois não se limitou ao caso concreto. Se não fizesse isso, o STF também poderia ser visto como uma espécie de cúmplice nessa violação evidente ao interesse público.

Portanto, a partir dos elementos apresentados, não seria exagero afirmar que a atuação do Supremo Tribunal Federal ao superar certos dogmas, especialmente o que diz respeito à separação de poderes, e estabelecer uma regulamentação provisória para o art. 37, VII, da Constituição, parece ter tido como um de seus principais elementos motivadores o princípio da supremacia do interesse público. A conduta omissiva injustificada do legislador e o quadro alarmante que ela gerou mostraram que a visão da Corte já não conseguia

²⁸ Idem, p. 92.

²⁹ BASTOS, MARTINS, 2001, p.429.

³⁰ Celso Ribeiro Bastos ilustra bem este ponto ao apontar os reais prejudicados pela greve nos serviços públicos: *De outra parte, a greve contra os Poderes Públicos encerra uma certa dose de paradoxo. Os efeitos nocivos não recaem fundamentalmente na própria pessoa jurídica a que o servidor se vincula. Atingem toda a coletividade. Daí porque se apresenta ela extremamente injusta.* (BASTOS, MARTINS, 1992, p. 90).

acompanhar a realidade no sentido de assegurar a supremacia do texto constitucional e de suas próprias decisões. Por isso, era necessário que o Judiciário agisse para restabelecer o equilíbrio institucional e dar uma resposta satisfatória à sociedade.

Considerações finais

Dessa forma, ao mudar seu entendimento quanto à utilização do mandado de injunção, o Supremo parece indicar um novo caminho para o instituto. No entanto, é necessário agir com cautela para que não se cometam exageros, dando margem a acusações de exercício indevido de um papel de legislador positivo e usurpação de competência do Poder Legislativo, o que poderia gerar tensões institucionais. Por isso, a Corte deve avaliar as particularidades de cada situação específica. No caso estudado, por exemplo, a omissão prolongada do legislador vinha acompanhada de uma indiscutível afronta ao interesse público, traduzida nas greves abusivas dos servidores, o que justificava uma atuação mais incisiva do Judiciário. Mas, nem sempre o interesse público terá um papel tão central e tampouco o STF terá necessariamente que agir de modo tão incisivo.

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da supremacia do interesse público foi realmente fundamental para que o Supremo Tribunal Federal assumisse um papel que relutava em ter de forma tão aberta. No entanto, em outros casos este pode não ser um elemento tão decisivo e uma atuação como legislador positivo da forma como ocorreu aqui pode nem mesmo ser necessária. Por isso, a chave para uma correta utilização do mandado de injunção é a análise criteriosa e prudente de cada caso para que se alcancem soluções efetivas sem provocar interferências e tensões desnecessárias. Este é o principal desafio do Supremo e do Poder Judiciário como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3.ed. São Paulo : Saraiva : 1992, v.3, t.III.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 2001, v.6, t.II.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo : Malheiros, 2003a.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

Jurisprudência

MI 107-QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/09/1990.

MI 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991.

MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/03/1992.

MI 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007.

MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão publicada no DJ 06/11/2007 – Íntegras:

Voto do Ministro Gilmar Mendes (relator) – In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**.
Brasília, ano 1, 2007. Disponível em
http://www.idp.org.br/index.php?op=content&id=9&sc_1=60&sc_2=268&sc_3=584.

Voto do Ministro Celso de Mello – Disponível em
<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mi708CM.pdf>.

MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, decisão publicada no DJ 06/11/2007 – Íntegra do voto do relator disponível em <http://www.stf.gov.br/imprensa/PDF/mi712.pdf>.