

Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito

**O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

MILENA ALENCAR GONDIM

Fortaleza-CE
2010

MILENA ALENCAR GONDIM

**O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenação do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e
Direito Administrativo.

Orientadora: Prof. Germana de Oliveira
Moraes

FORTALEZA-CE
2010

MILENA ALENCAR GONDIM

**O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenação do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e
Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Germana de Oliveira Moraes

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Germana de Oliveira Moraes
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Daniel Miranda
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Janaina Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará - UFC

*Aos meus pais e à minha irmã,
os eternos mestres da minha vida,
com imenso amor.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Sérgio e Iraide Gondim, que, com seus sábios conselhos, me orientaram e nunca me deixaram esmorecer. Por todo amor e paciência que me dedicaram e por sempre acreditar na minha capacidade, mesmo quando eu duvidava.

À minha amada irmã e confidente, meu maior exemplo de disciplina e competência. Por seus cuidados impecáveis e pela compreensão infalível. Por ser a minha fortaleza e a melhor parte de mim.

À Maria de Lourdes Pereira do Nascimento, por me alentar desde a infância, pela dedicação e estima imensuráveis.

À minha mestra e orientadora, Professora Germana de Oliveira Moraes, por se mostrar sempre acessível e por sua inquestionável e admirável sapiência, que me serve de inspiração e modelo. Ao Professor Daniel Miranda, por ter aceitado prontamente este convite e pela habitual gentileza.

À Professora Janaina Castelo Branco, com quem tive a honra de trabalhar na Procuradoria Federal, por sua disponibilidade não só em ensinar e ajudar, mas em aprender. Devo-lhe gratidão tanto pelas lições jurídicas, quanto pelo exemplo de determinação e de força.

Ao querido José Airton Sales Nunes Júnior, pela assídua paciência e pelo inefável carinho. Por, a despeito da brevidade, ter vertido inquietações em sorrisos, temores em expectativas e aflições em apoio. Sobretudo, por ser um grande incentivador do meu crescimento espiritual e profissional.

Aos amigos da Faculdade de Direito Fernanda Castelo Branco, Priscila Ferreira Marques, Jader Matos Cavalcante Filho, Lino Queiroz, Ana Cecília Aguiar, Júlio Lima, Gabriel Kubrusly, Bruno Fiúza, Clarissa Palácio, Jordana Rolim, Ana Afif, Gabriel Dantas, Ana Luiza Noronha Lima, com quem indubitavelmente posso contar.

Às grandes amigas e cúmplices Anya Montenegro, Aline Almeida, Amanda Araújo e Luciana Mota, por nunca terem me faltado nesse decênio de amizade.

A todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para a execução do presente trabalho, bem como para minha formação acadêmica e profissional.

*"Há homens que lutam um dia e são bons.
Há outros que lutam um ano e são melhores.
Há os que lutam muitos anos e são muito bons.
Porém, há os que lutam toda a vida.
Esses são os imprescindíveis."*

Bertolt Brecht

RESUMO

O presente estudo tem o escopo de examinar a viabilização do exercício do direito de greve dos servidores públicos por meio do mandado de injunção, que é cabível quando obstados direitos, garantias e liberdades constitucionais em face da ausência de norma. A Constituição de 1988 garante o direito de greve a todos os trabalhadores, contudo prevê que o exercício deste direito pelos servidores públicos será regulamentado por lei específica. O Legislativo, no entanto, descumpra o comando constitucional, ensejando, portanto, a impetração de vários mandados de injunção por servidores públicos. O Supremo Tribunal Federal entendia que o *writ* servia para tão-somente instar o poder competente, de sorte a não violar o princípio da separação dos poderes. Todavia, a Colenda Corte reformou referido entendimento, conferindo real eficácia ao mandado de injunção por meio da adoção da teoria concretista, para regulamentar o caso concreto até que sobrevenha a norma regulamentadora.

PALAVRAS-CHAVES: mandado de injunção – direito de greve – servidores públicos.

RÉSUMÉ

La portée de cette étude est d'examiner la faisabilité de l'exercice du droit de grève par les fonctionnaires à travers le bref d'injonction, qui est entravée lorsque les droits appropriés, les garanties constitutionnelles et des libertés en raison de l'absence d'une norme. La Constitution de 1988 garantit le droit de grève à tous les travailleurs, cependant, prévoit que l'exercice de ce droit par les fonctionnaires doit être régi par la loi séparée. Le législateur, cependant, viole la commande constitutionnelle, ce qui permet, alors, la proposition d'une injonction par divers fonctionnaires. La Cour Suprême a entendu que l'acte signifié à une simple demande instamment à l'autorité de puissance, afin de ne pas violer le principe de séparation des pouvoirs. Toutefois, le Tribunal réforme ci-dessus compréhension, donnant effet réel pour les brefs d'injonction par l'adoption de la théorie concretiste, de réglementer le cas jusqu'à arriver à la norme réglementaire.

Mots-clés: bref d'injonction – droit de grève – fonctionnaires.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O MANDADO DE INJUNÇÃO	11
1.1. Origem.....	11
1.2. Legitimidade.....	12
1.3. Conceito.....	13
1.4. Efeitos.	15
1.4.1. Tese não-concretista.	16
1.4.2. Tese concretista.....	19
1.5. Caso paradigma.....	25
2 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	27
2.1. O direito geral de greve.....	27
2.2. O Direito Fundamental à Greve.	30
2.3. A greve no serviço público.	32
3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: A JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é o instrumento de que dispõe o indivíduo para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas acerca da nacionalidade, da soberania e da cidadania na inexistência de regulamentação, instituído pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, LXXI. Para alguns, sua inspiração está no *writ of injunction* do direito norte-americano, aplicável nos casos em que a norma legal se apresentar insuficiente ou incompleta, solucionando cada caso concreto de forma justa.

O escopo desse remédio constitucional é, portanto, estreitar a discricionariedade dos órgãos normativos omissos, assegurando a proteção jurídica de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

Quanto aos efeitos por ele produzidos, destacam-se duas correntes doutrinárias: a concretista e a não-concretista. De acordo com a primeira, o instituto teria um caráter constitutivo e instrumental, de modo a sanar as lacunas. O Judiciário poderia substituir o Legislativo ou o Executivo, regulando o caso concreto até que sobrevenha regulamentação do órgão competente.

A tese concretista subdivide-se ainda em geral, segundo a qual os efeitos dessa decisão seriam *erga omnes*, e individual, que limita os efeitos ao impetrante.

Conforme a teoria não-concretista, confere-se ao mandado de injunção a finalidade de exortar o órgão ao qual compete a regulamentação. Logo, o Judiciário, não podendo compelir o Legislativo a legislar, deveria apenas indicar o suprimento da omissão, de modo a não ferir o princípio da separação de Poderes.

Majoritariamente o Supremo Tribunal Federal vinha adotando a tese não-concretista, reconhecendo a inércia do poder competente, mas apenas instando-o a suprir as omissões normativas. Tal posicionamento suscitou inúmeras críticas acerca da efetividade do instrumento na proteção jurídica dos direitos constitucionais.

O Pretório Excelso, no entanto, seguiu a corrente concretista nos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, concernentes à greve no serviço público, censurando o poder competente pelo menosprezo à conformação do inciso VII do artigo 37 da Carta Magna e determinando a aplicação, de forma transitória, da Lei 7.783/89 (Lei Geral de Greve) no que cabível.

Essa decisão inovadora tem incitado polêmicas acerca de sua validade – se *inter partes* ou se *erga omnes*. Diante do movimento paredista das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, a Corte determinou (na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 207-7/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, julg. 08/04/2008) que as deliberações dos MIs 670, 708 e 712 configuravam hipóteses excepcionais e declarou a ilegalidade da paralisação dos grevistas, apesar desta cumprir os requisitos previstos na Lei Geral de Greve, acirrando ainda mais a discussão.

A gradual e polêmica mudança de paradigma hermenêutico relativa ao *writ* se deve não só à releitura da interpretação dos diversos institutos do ordenamento hodierno. A relevância da matéria objeto das ações mencionadas ensejou tratamento diferenciado ao remédio constitucional que quedava obsoleto a despeito do princípio da máxima efetividade da Constituição.

O cerne da questão não permeia somente o cerceamento do exercício do direito de greve dos servidores públicos, mas também as nuances relacionadas a uma atividade que visa à satisfação do interesse público, do que decorre o princípio da continuidade dos serviços públicos.

O presente trabalho monográfico, portanto, destina-se a analisar a viabilização do exercício do direito de greve dos servidores públicos por meio da vitalização do mandado de injunção reinterpretado sob o prisma da teoria concretista.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção, cuja previsão repousa no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), apresenta-se como o meio de tornar realizável o exercício de garantias constitucionais, quando este quedar dificultado pela ausência de norma regulamentadora.

A despeito de ter periclitado cair em desuso, resta-lhe inerente um gravame, qual seja o de conferir eficácia às prerrogativas constitucionais.

Destarte, cumpre discorrer a respeito de alguns aspectos que se mostram essenciais para a compreensão do instituto.

1.1. Origem.

A doutrina não é pacífica quanto à origem do mandado de injunção (MI) no ordenamento pátrio, havendo instrumentos semelhantes tanto no direito português como no direito britânico e norte-americano.

A aproximação do instituto ao ordenamento da Inglaterra embasa-se no Juízo de Equidade inglês, no qual havia um remédio que permitia a regulamentação de situações não abrangidas pela legislação, tampouco pela *Common Law*. A despeito da discricionariedade que permeava o instituto, não havia completa desvinculação do ordenamento jurídico. Ao juiz cabia, portanto, considerar os valores jurídicos do ordenamento para a aplicação do referido remédio. Outrossim, o mandado de injunção comporta o mesmo aspecto balizador. O instituto brasileiro, no entanto, aproximar-se-ia mais do *writ of injunction* norte-americano, ao qual o Direito ianque tem conferido vasta aplicação.

Há, ainda, similitude entre o mandado de injunção, tal como se entende no ordenamento jurídico brasileiro, e institutos do direito lusitano, cuja finalidade se restringia a advertir o Poder a quem cabia a edição da norma.

A despeito da cediça relevância do estudo do direito comparado, para os fins a que se presta o presente estudo, apresenta-se prescindível dirimir as divergências acerca da gênese

do remédio injuncional, uma vez que o conceito e os efeitos deste no ordenamento pátrio independem de suas raízes históricas.

1.2. Legitimidade.

O mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer indivíduo ao qual tenha sido obstado o exercício de prerrogativa, direito ou liberdade, em razão de ausência de regulamentação de preceito constitucional.

Consoante casuística do Supremo Tribunal Federal (STF), possui legitimidade ativa o beneficiário imediato do remédio constitucional, quer dizer, pode impetrar o *writ* o titular do direito, liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado por ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Outrossim, poderão impetrar a ação injuncional, por aplicação analógica, os mesmos legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo, insculpido no art. 5º, LXX, da Constituição Federal¹, quais sejam os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, bem como organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Já a legitimidade passiva cabe somente aos entes estatais, não podendo compor o pólo passivo da demanda injuncional o particular, uma vez que não compete a este a regulamentação da Magna Carta, que cabe ao Poder Público.

Por conseguinte, queda inviável a formação de litisconsórcio passivo, seja ele necessário ou facultativo, entre particulares e entes públicos, em face da natureza jurídica, do objeto e formação do mandado de injunção.

¹ Art. 5º (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

1.3. Conceito.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXI, preceitua que *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.*

O mandado de injunção é, portanto, uma ação constitucional cujo escopo reside em resguardar direitos, prerrogativas e liberdades assegurados constitucionalmente em face de ausência de regulamentação pelo Poder competente.

Infere-se do artigo 5º, LXXI, da Constituição que, para a impetração do *writ of injunction*, não basta a omissão do Poder competente em editar a norma, mas tal silêncio deve tornar irrealizável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de privilégios relativos à nacionalidade, à soberania e à cidadania decorrentes de tal silêncio.

No entanto, o dispositivo constitucional resta silente quanto à forma por meio da qual referida omissão deve ser sanada, cabendo, portanto, à doutrina e à jurisprudência firmarem mecanismos de suprimento da lacuna legislativa, bem como estabelecerem a abrangência do instituto.

Não se confunde o mandado de injunção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN por omissão), embora ambas visem a impugnar a omissão do Poder Público no que toca às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade.²

A inconstitucionalidade por omissão reside na impossibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente assegurados decorrentes da ausência de produção de atos legislativos ou administrativos.

Tal circunstância enseja a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cujos titulares, conforme o artigo 103 da Constituição³, são o Presidente da

² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª Ed. São Paulo : Atlas, 2007, p. 415.

³ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, bem como confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Não obstante em muitos países o cidadão possa propor a ação popular de inconstitucionalidade, como na Alemanha, por exemplo, o constituinte brasileiro não optou por essa possibilidade na CF/88, não sendo o cidadão parte legítima para impugnar a omissão inconstitucional por meio de tal instrumento processual. Afigura-se que esse é um dos pontos de divergência entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, uma vez que este seria o meio do qual o cidadão pode valer-se para combater a omissão inconstitucional.

Outro ponto de distinção entre os dois institutos reside nas situações que ensejariam o emprego de um ou de outro. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria adequada diante da mera inércia de qualquer dos poderes. Já o mandado de injunção, por sua vez, somente será aplicável diante da omissão legislativa concomitante à inviabilização do exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. A primeira, portanto, combateria a omissão de forma abstrata, enquanto o segundo, a omissão em face do caso concreto.

Ademais, relativamente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevê o §2^a do artigo 103 da Magna Carta: *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente*

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004](#))

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004](#))

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4.º - ([Revogado pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004](#))

para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Percebe-se, portanto, que da referida ação poderá resultar decisão de natureza meramente declaratória. O *decisum* somente cientificará o Poder a quem cabia a prática do ato omissivo e indicará as providências cabíveis. Ressalte-se que, a despeito do estabelecimento de prazo de trinta dias no dispositivo supra transcrito, não há qualquer previsão de responsabilização, o que mitiga a efetividade do referido instrumento processual.

No que toca ao mandado de injunção, contudo, o constituinte fora mais lacônico, prevendo somente a hipótese de cabimento do remédio, mas se omitindo quanto às medidas aplicáveis no caso de concessão da injunção. Restou cabível, pois, à doutrina e à jurisprudência determinar as balizas do instituto, emergindo, assim, teorias divergentes quanto aos seus efeitos.

A doutrina buscou sanar o silêncio do constituinte no tocante aos efeitos do *mandamus*. Alguns defendiam que a finalidade deste restava em tão-somente instar o poder regulamentador a cumprir a previsão de complementação da norma constitucional. Outros, por sua vez, esposavam uma tese mais ousada, para conferir à decisão proferida no mandado de injunção a faculdade de regulamentar o caso concreto até a edição da lei faltante.

Entendemos que o mandado de injunção se propunha a tornar as normas constitucionais auto-aplicáveis, sendo instrumento hábil a viabilizar o exercício de direitos, fossem eles privados, coletivos, difusos etc.

No entanto, as expectativas que incidiam sobre o *writ* quedaram malogradas. A exegese adotada pelo Supremo Tribunal Federal durante muito tempo, qual seja a de somente exortar o poder competente, mitigou seus propósitos, a despeito de tal posicionamento sofrer inúmeras censuras dos mais renomados juristas.

1.4. Efeitos.

Os efeitos do *mandamus* injuncional consistem no aspecto que mais enseja polêmica no tocante ao tema. Não se trata de uma questão meramente doutrinária, de cunho investigativo e conceitual, mas de uma necessidade decorrente da utilização do referido

instrumento na prática. Quedaria inócuo um instituto que se presta a garantir exercício de direitos se sua aplicação se restringisse ao plano abstrato.

Cumpra visar à sua materialização, a qual se dá pela produção de seus efeitos em cada caso prático. Neste contexto, pois, emergem os questionamentos acerca da natureza da decisão judicial no mandado de injunção, se serviria apenas para exortar o poder competente ou se poderia implementar o exercício do direito, liberdade ou garantia até que sobreviesse a norma regulamentadora.

Ademais, há que se estabelecer os limites do instrumento de sorte que evite sua mitigação por uma aplicação tímida e recuada, bem como sua banalização com o elástico de suas impressões.

Atendendo a tal necessidade surgiram duas teorias que se destacaram, sobre as quais discorreremos: a tese não-concretista e a tese concretista. Esta divide-se, ainda, em geral e individual, a qual se subdivide em direta e intermediária.

1.4.1. Tese não-concretista.

Consoante os defensores da teoria não-concretista não cabe ao Judiciário se imiscuir em matéria legislativa, sob pena de ofender o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º, da Constituição Federal de 1988⁴. Ao Judiciário, então, restaria somente declarar a mora do poder competente e exortá-lo a editar a norma ausente.

Por mais que referida teoria vertesse o mandado de injunção em instrumento inócuo, uma vez que não se prestava à sua finalidade, qual seja a de assegurar o exercício de direitos, liberdades e garantias constitucionais, esta foi a posição dominante na jurisprudência durante muito tempo.

Destarte, entendeu predominante o Supremo Tribunal Federal que seria a decisão proferida no *writ* um mero reconhecimento formal da mora do poder competente.

Por meio desse entendimento, aproximam-se os institutos do mandado de injunção e da ADIN por omissão, a despeito do primeiro ser aplicável diante da

⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

inconstitucionalidade por omissão concentrada, e a segunda, da inconstitucionalidade por omissão difusa.

No entanto, não se concebe que o constituinte intentasse que dois institutos análogos assumissem a mesma função no ordenamento jurídico. Admitir tal despropósito seria entender que o constituinte apenas embaraçou o sistema processual constitucional, de sorte que, para o mesmo caso, o titular do direito de ação decorrente da lesão oriunda da omissão inconstitucional poderia utilizar mais de um instituto, o que caracterizaria uma absurda falta de moderação por parte do constituinte.

Ademais, resta equivocada e imprudente a interpretação do princípio da separação dos poderes como a restrição absoluta das funções de cada poder. Tanto é que resta cediço que a função de legislar, por exemplo, é exercida pelos demais poderes, Executivo e Judiciário, em seus respectivos âmbitos internos. Não há, portanto, uma muralha intransponível entre os poderes. Há, no entanto, harmonia entre eles, conforme o artigo 2º da Constituição de 1988, que preceitua que os Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – são independentes e harmônicos entre si.

Não são absolutas, portanto, a repartição de funções dos órgãos do poder e sua independência. Leciona José Afonso da Silva⁵ que:

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Ressalte-se que a harmonia não implica que um poder predomine sobre outro, tampouco a usurpação de atribuições. Trata-se da necessidade de cooperação entre eles, bem como de fiscalização recíproca, evitando, assim, arbitrariedades, desvios e excessos.

Cumprе salientar que, em última instância, o escopo do Estado, formado pela tríade dos Poderes, reside em atender ao interesse coletivo, cabendo-lhe o dever de assegurar os direitos individuais daqueles a ele vinculados. Assim, quando um Poder sana uma

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 110.

inconstitucionalidade decorrente de omissão de outro Poder, está o Estado tutelando os interesses da coletividade como um todo indivisível, caracterizando a unicidade.

Destarte, queda inócuo o argumento de que o posicionamento da tese não-concretista observa o princípio da separação dos poderes, uma vez que não se infere deste a imperiosidade da independência entre eles, mas a harmonia, a colaboração.

Logo, em face da inércia do poder competente em legislar acerca de prerrogativas constitucionais, a qual se reputa abusiva, não ofenderia o referido princípio uma ação efetiva pelo Judiciário, não somente a mera exortação do poder omissor.

Não se admite que a atividade de legislar sobre matérias de relevância inquestionável, como garantias, direitos e liberdades constitucionais, reste submetida ao mero alvedrio de um dos poderes, não havendo qualquer óbice à eventual negligência.

O Estado não deve permanecer inerte diante do descumprimento do dever do poder a quem cabia a edição de norma, principalmente por se tratar de prerrogativas constitucionais.

A tese não-concretista, portanto, revela-se insuficiente para atender às finalidades a que se presta o mandado de injunção, motivo pelo qual verifica-se uma tendência a sua mitigação na jurisprudência hodierna.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Injunção nº 695 do Maranhão, adotou a referida tese, senão vejamos:

EMENTA: Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para **declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra.** (grifo nosso)⁶

Na ocasião, o STF optou pela mera cientificação do Legislativo de sua mora, ou seja, aplicou a tese não-concretista, não tornando possível o exercício do direito malferido pela omissão inconstitucional.

O douto relator, Min. Sepúlveda Pertence, todavia, em seu voto, faz a seguinte ressalva diante de se afigurar obstinado o Congresso Nacional a inércia legislativa “Seria

⁶ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 695. Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à natureza e à eficácia do mandado de injunção”⁷.

Malgrado a adoção da tese não-concretista no MI 695, percebe-se que acertadamente se vislumbrou a necessidade de reciclagem da interpretação dos efeitos do remédio constitucional injuncional.

1.4.2. Tese concretista.

Conforme a tese concretista, o Judiciário não fica adstrito a somente dar ciência ao poder competente de sua inércia, cabendo a implementação do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que o poder omissor sane a lacuna na regulamentação.

Assim, o *writ* teria um caráter constitutivo e instrumental, tendo em vista que efetivamente sanaria a omissão. O impetrante não se sujeitaria ao arbítrio do poder competente, podendo, preenchidos os requisitos para o mandado de injunção, exercer seu direito, sua liberdade ou sua prerrogativa constitucional por meio de efetiva regulamentação determinada por sentença judicial.

A tese concretista, portanto, confere ao mandado de injunção a força para produzir efeitos que resta implícita em sua norma constitucional instituidora.

A jurisprudência vem sinalizando a tendência em adotar esse posicionamento. Cumpre colacionar excerto do voto do relator, Min. Eros Grau, no MI 712-8/PARÁ, um dos casos paradigma do presente estudo:

“[...] o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples poder, mas de dever-poder (...)”

⁷ *Ibid.*

O douto ministro, ainda, enfatiza a aplicação da tese concretista:

“A este Tribunal incumbirá --- permito-me repetir --- se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.”⁸

Todavia, a celeuma relativa à matéria não se restringe à natureza jurídica da decisão judicial no mandado de injunção. Ainda que se adote o posicionamento da tese concretista, cumpre definir se os efeitos dessa decisão alcançam a todos ou somente aos impetrantes.

Destarte, esse posicionamento comporta ainda duas subespécies, quais sejam a concretista geral e a concretista individual.

1.4.2.1. Tese concretista geral.

Uma vez que o constituinte silenciou quanto aos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção, coube à doutrina e à jurisprudência conjecturar acerca do alcance do instituto.

É inquestionável o destaque conferido aos direitos, garantias e liberdades, que servem de objeto ao mandado de injunção, em nosso ordenamento jurídico, o que resta demonstrado por sua topografia – na Carta Magna, o instrumento normativo fundamental. Portanto, compete ao hermeneuta atribuir ao *writ* a conotação que lhe proporcione o máximo de efetividade possível.

Não se trata somente de decifrar o ânimo do constituinte, mas de conferir ao instrumento o efeito que melhor coadunasse com o sistema constitucional pátrio. Nesse contexto emerge o questionamento acerca do alcance da decisão proferida no *mandamus*.

Consoante a teoria concretista geral, a decisão proferida no mandado de injunção não só tem o condão de regulamentar o caso concreto em face da omissão do poder

⁸ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator: Min. Eros Grau.

competente, mas também de atingir a todos que se encontrem na mesma situação dos impetrantes, sendo, portanto, *erga omnes*.

Estaria o *decisum* apto a transcender os limites subjetivos da demanda, para alcançar também o direito daqueles que, a despeito de não ostentarem a condição de impetrantes, encontram-se em circunstância idêntica à daqueles que impetraram o remédio.

De acordo com tal posicionamento, ao Judiciário caberia imiscuir-se no direito daquele que optou por não exercer seu direito de ação, por permanecer inerte em face da omissão.

Ademais, referida teoria não possui muita guarida doutrinária, uma vez que, possuindo efeitos *erga omnes*, o mandado de injunção conferiria ao Judiciário um poder normativo geral. Estar-se-ia admitindo que o Supremo Tribunal Federal usurpasse função do Legislativo, malferindo o princípio da separação dos poderes.

Ressalte-se que a independência entre os poderes de que trata o referido princípio, a despeito de não ser absoluta, não faculta a um poder apoderar-se do exercício peculiar de outro, mas a fiscalizar e cooperar.

Destarte, entendemos que a idéia de cooperação na teoria concretista geral comporta nimiedade. Não se pretende que o mandado de injunção seja um meio pelo qual o impetrante legitima o Judiciário a exercer espécie de preeminência no sistema democrático pátrio, mas impedir que o exercício de garantias constitucionais se submeta à conveniência de algum dos Poderes.

Diante do que se expôs supra, entendemos que a tese concretista individual melhor se adéqua aos referidos preceitos.

1.4.2.2. Tese concretista individual

Consoante restou demonstrado, revela-se imperioso que o Judiciário atue com vigor ante a delonga do poder competente, viabilizando o exercício das prerrogativas asseguradas pela Magna Carta por meio de regulamentação judicial que subsista até a edição da norma. Essencial, contudo, estabelecer balizas para tal poder, prevenindo-se, assim, de eventuais excessos.

Neste diapasão, vislumbra-se a teoria concretista individual, segundo a qual, precedente o *writ*, o Judiciário declarará a mora do poder competente, bem como regulará o caso concreto. Referido *decisum*, contudo, tem seus efeitos restritos às partes da ação injuncional. Ressalte-se que, tão logo seja preenchida a lacuna legislativa, por meio da edição da norma faltante, quedam revogados os efeitos da referida decisão.

Assim, os efeitos da decisão só alcançam os impetrantes, não transcendendo os limites da lide, sendo, portanto, *inter partes*. Os demais indivíduos que se encontrem em situação idêntica à dos impetrantes não se beneficiarão da referida medida judicial. Somente lhes será facultada a regulamentação judicial de seu direito, sua prerrogativa ou sua liberdade, se impetrar o *writ* e este for julgado precedente.

Há, ainda, uma subdivisão da teoria concretista individual no tocante ao estabelecimento ou não de prazo para o poder regulamentador editar a norma faltante, conforme demonstraremos adiante.

1.4.2.2.1. Tese concretista individual direta

A tese concretista individual direta preceitua que a regulamentação judicial do caso concreto se dá imediatamente, quando da decisão de procedência do *mandamus*, cujos efeitos se exaurem com a retratação do silêncio do poder a quem competia a edição da norma.

O impetrante, portanto, lograria seu intento de exercer sua titularidade de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional desde a prolação da decisão que repute preenchidos os requisitos da ação injuncional.

Este posicionamento, contudo, comporta uma distorção da idéia de harmonia contida no princípio da separação dos poderes, uma vez que se reputaria a mora do Poder Legislativo, inclusive, em face da inexistência de prazo constitucional para a edição da norma.

A mora do poder competente se configura quando este se demonstrar resistente a editar a norma, seja pelo desrespeito a prazo estabelecido pelo constituinte, seja por prazo estabelecido pelo Judiciário.

Não se deve dilatar a relativização do princípio da separação dos poderes para entender que, quando um Poder postergar a execução de um dos atos que lhe cabia, a outro

seria facultado atuar em seu lugar, ensejando precedentes para arbitrariedades e usurpações de função entre eles.

Ressalte-se, por oportuno, que a separação dos poderes não existe senão em face de previsão constitucional. Não há que se falar em inconstitucionalidade no âmago da própria Constituição. Logo, não se admite que o mandado de injunção, cuja previsão repousa nesta, seja um instrumento constitucional auto-imune, ou seja, que vá de encontro a preceitos da própria *Lex Mater*. Tampouco se consente que se repute redundante a Carta Magna em face da ADIN por omissão, uma vez que não constaria do sistema constitucional pátrio instrumento infrutuoso.

Ademais, ao se referir às funções legislativa, executiva e jurisdicional, está-se adotando a classificação denominada orgânica ou institucional. É, portanto, aquela que considera as funções de acordo com o Poder que a exerce, utilizando um critério subjetivo. No entanto, adotando um critério material, têm-se as funções normativa, administrativa e a jurisdicional, sendo de produção, execução e aplicação das normas jurídicas respectivamente.

Entende-se por norma o preceito que inova o ordenamento jurídico, sendo produzida por meio de interpretação dos textos normativos. No mandado de injunção, pois, o Judiciário produz norma que se aplica ao caso concreto em que se verifica a omissão inconstitucional. Assemelha-se à súmula vinculante que, a despeito de não ser texto normativo, atua como este e é alvo de interpretação. Destarte, não estaria o Poder Judiciário se imiscuindo na função do Poder Legislativo.

Em virtude da hipérbole hermenêutica que comporta, entendemos que a tese concretista individual direta não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

1.4.2.2.2. Tese concretista individual intermediária

Consoante os defensores da teoria concretista individual intermediária, julgado procedente o *writ of injuction*, o Judiciário deve firmar determinado prazo para o poder competente editar a norma.

Caso permaneça a omissão após transcorrido o interregno fixado na decisão, e só então, o Judiciário estabelece as circunstâncias em que se dará o exercício do direito, prerrogativa ou liberdade, tendo, pois, o mandado de injunção seus efeitos concretizados.

Muitos doutrinadores esposam essa tese, sob o fundamento de que tal interpretação confere eficácia à norma constitucional, bem como observa o princípio da separação dos poderes.

Afigura-se, àqueles que refutam esse posicionamento, que, para o impetrante do remédio constitucional, a inviabilização de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania constitui grave dano.

Ocorre que o dano não reside tão-somente na delonga, mas naquela demora que não se compatibilizar com o que estiver previsto e programado pela Carta Maior.

Cumprе rememorar que o mandado de injunção, conforme se explanou anteriormente, não é instrumento que faculta ao Judiciário adentrar a função de outro Poder, mas de sanar a lacuna que inviabiliza o exercício de direitos, prerrogativas e liberdades constitucionais.

Malfere a razoabilidade entender que ao Judiciário cabe atuar no lugar do poder regulamentador diante da mera inércia deste, sem haver resistência de sua parte. Há, portanto, que se verificar que o poder ao qual cabe a regulamentação da norma constitucional deixou de observar prazo definido na Carta Magna. No caso de inexistir prazo constitucional para a edição da lei, o tribunal deve estabelecer um prazo razoável para que se sane a lacuna. Somente diante da inobservância deste prazo judicial é que o Judiciário não só pode como deve regulamentar o caso concreto até que sobrevenha a edição da lei.

Ademais, o doutro constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho⁹ sobre aplicabilidade direta de normas de direitos, liberdades e garantias:

"Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da «ideia criacionista» conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos «direitos fundamentais dentro da reserva de lei» para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*."

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra, Portugal : Almedina, 2003, p. 1178.

Depreende-se da lição supra colacionada que o mandado de injunção é instrumento que corrobora a aplicabilidade direta de direitos, liberdades e garantias, uma vez que transcende os óbices cravados em seu exercício em face do silêncio do poder competente diante do comando constitucional.

A teoria concretista individual intermediária, pois, apresenta-se como o posicionamento que confere real eficácia ao mandado de injunção, sem desprestigiar o princípio da separação dos poderes, sendo, portanto, o que melhor se conforma com a lógica e a razoabilidade do sistema constitucional pátrio hodierno.

1.5. Casos paradigma.

O presente estudo não se dirige somente à análise doutrinária e abstrata do mandado de injunção, mas à sua configuração como meio eficaz de viabilização do exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania.

Neste contexto, tomamos como paradigma o emprego do *writ of injuction* para tornar realizável o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal.

Consta na Carta Magna, em seu artigo 9º, a garantia do direito de greve indistintamente para todos os trabalhadores. Há, todavia, uma ressalva no art. 37, VII, CF/88, o qual prevê que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Ressalte-se que não está o último dispositivo a obstar o exercício do direito de greve aos servidores públicos, uma vez que não constaria no corpo da própria Constituição malferimento de um de seus preceitos (o do art. 9º, que assegura o direito de greve a todos os trabalhadores). Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, de norma constitucional que depende de regulamentação infraconstitucional que viabilize sua aplicabilidade.

No entanto, a norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, por ora, não foi editada, motivo pelo qual sindicatos vêm impetrando mandados de injunção, na expectativa de ser-lhes viabilizado referido direito. Tais casos serviram a este estudo como paradigma, precipuamente os MIs 712, 670 e 708, uma vez que demonstram uma tendência atual a conferir eficácia ao *writ*.

Destarte, as decisões proferidas nos *writs* mencionados conferiram ao instrumento injuncional real eficácia, bem como garantiram o exercício do direito de greve aos servidores públicos que os impetraram.

A conjuntura em apreço, contudo, comporta uma série de nuances em face das peculiaridades inerentes ao serviço público.

Em face das referidas especificidades, que caracterizam a prestação de serviços pelo Estado, o constituinte previu edição de lei especial para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos.

Depreende-se, pois, que o regime de greve dos servidores públicos deve ser mais severo conforme suas particularidades, tendo em conta a essencialidade da sua prestação, bem como o interesse público, que não deve ser preterido em face do interesse de uma categoria.

2 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

O direito de greve é direito fundamental insculpido na Carta Magna, cuja previsão abrange a todos os obreiros, sem distinção da seara em que atuam. No entanto, é inerente aos serviços públicos especificidades, dentre elas a impossibilidade de sua suspensão, uma vez que são essenciais.

Em razão da universalidade da garantia constitucional do direito de greve, bem como da necessidade de continuidade dos serviços públicos, há previsão na *Lex Mater* de regulamentação específica para o exercício daquele direito pelos servidores públicos.

Destarte, cumpre tecer algumas considerações imprescindíveis para a compreensão do exercício do direito de greve dos servidores públicos e de sua viabilização mediante mandado de injunção.

2.1. O direito geral de greve.

O ordenamento jurídico pátrio não admite a autotutela, sendo, inclusive reputada como crime no Código Penal¹⁰. Referida vedação, todavia, comporta exceções, dentre elas, a greve.

A greve não encerra somente cunho jurídico, mas, sobretudo, social, uma vez que, há muito, constitui meio de obtenção de melhores condições de trabalho e salários mais justos pelos obreiros.

Inicialmente, em face do liberalismo, o movimento paredista era reputado como delito. Empós, evoluiu-se para a tolerância da greve, a qual deixou de compor o rol de vedações da época. Até que o instituto logrou respaldo, passando a ser direito reconhecido em vários ordenamentos na Europa e nas Américas.

¹⁰ Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

No Brasil, à semelhança do que ocorreu na Europa, a greve fora primeiramente rechaçada pelo ordenamento jurídico, somente sendo admitida em momentos históricos mais recentes.

Houve, inclusive, determinado momento histórico no ordenamento pátrio, qual seja a Constituição de 1967, em que restava proibida a greve na seara pública, sendo admitida somente na iniciativa privada. A Constituição de 1988, por sua vez, garantiu o direito de greve aos servidores públicos, no entanto, sob condições particulares a serem definidas em lei especial.

A natureza do conceito de greve, pois, está diretamente relacionada com o momento histórico em que a definição se insere. Referido instituto, conforme se expôs, comportou as qualificações de delito, de liberdade e de direito.

Hodiernamente, a greve reveste-se do caráter de direito na ordem jurídica pátria, compondo, inclusive, a gama de direitos fundamentais. Contudo, a exacerbação do exercício desse direito pode eivá-lo de ilegalidade.

Insta compreender o referido instituto de sorte que se possa aferir a relevância que lhe foi conferida no ordenamento jurídico. Mostra-se imperioso, para tal fim, colacionar a lição de Rinaldo Guedes Rapassi¹¹ sobre o conceito de greve:

“[...] se as condições de trabalho, por algum motivo, passam a revelar-se insatisfatórias para empregados contratados ou mesmo para servidores públicos assim investidos – ainda que pelo não reconhecimento de *novos* interesses reivindicados –, pode configurar-se um injusto desequilíbrio nas relações, de tal forma que se permite aos prejudicados a suspensão coletiva da prestação de serviços ou a *prestação defeituosa* de serviços.”

Outrossim, salutar o escaimento de José Cairo Júnior¹², o qual assim define o instituto em tela:

“A greve é uma forma de autotutela admitida como exceção pelo ordenamento jurídico e é representada pela paralisação coletiva, pacífica e temporária da prestação de serviço por parte dos trabalhadores, decidida pela manifestação de

¹¹ RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Direito de greve de servidores públicos**. 1ª Ed. São Paulo : LTr, 2005, p.48-49.

¹² CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 923.

vontade total ou parcialmente, com objetivo de defender interrupção da atividade empresarial, total ou parcialmente, com objetivo de defender os interesses de determinado grupo de trabalhadores em seus mais diversos aspectos, mas, principalmente, para obter melhores condições de trabalho.”

Conforme se depreende dos excertos doutrinários colacionados, a greve é forma autônoma de composição de conflitos entre obreiros e empregadores, que consiste em uma situação excepcional de entorpecimento das atividades lucrativas pelos obreiros que visa à melhoria das condições de trabalho ou de salário.

Ressalte-se que a greve não se configura pela mera suspensão do trabalho. Faz-se necessária, além desta, a aderência de uma quantidade razoável de obreiros, bem como a temporariedade e, sobretudo, a pacificidade.

O direito de greve, cuja previsão repousa no art. 9º da Constituição Federal¹³, é um direito social que não comporta exceções. Logo, não há distinção, em relação ao exercício de tal direito, entre empregados públicos e privados, sendo-lhes facultado decidir quanto à oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que intentam defender por meio dele.

Trata-se de um direito relativo, uma vez que deve ser exercido em conformidade com as balizas legais. A transposição desses limites, configura a ilegalidade de seu exercício. Os trabalhadores do setor privado, portanto, devem obediência aos preceitos da Lei nº 7.783/89 – a Lei Geral de Greve.

Ainda que, por ser um direito, caiba aos trabalhadores seu livre exercício, não se admite que se excedam os limites legais ou do bom senso. O exercício de um direito deve amoldar-se à razoabilidade e proporcionalidade, princípios esses sedimentados em todo o ordenamento jurídico pátrio. Livre exercício não implica a permissividade de abusos, mas a expressa liberdade conferida aos obreiros para decidirem sobre a oportunidade de exercer tal direito, bem como sobre os interesses que devam por meio dele defender, consoante preceitua o art. 9º supra mencionado.

Constitui abuso do direito de greve, objetivamente, conforme leciona José Cairo Júnior¹⁴, o descumprimento do que preceitua a lei, a manutenção da greve após declarada ilegal judicialmente e a constância da greve após acordo ou convenção coletiva, exceto

¹³ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

¹⁴ CAIRO JR., JOSÉ, op. cit., p.927.

quando surgir fato novo que justifique a permanência do movimento ou esta se preste a assegurar o cumprimento do acordo pelo empregador.

No tocante aos servidores públicos, no entanto, o constituinte previu, no art. 37, VII¹⁵, a regulamentação do exercício desse direito por lei específica, comando este que jamais fora cumprido pelo legislador.

Uma das hipóteses de abuso, consoante se demonstrou, reside no desrespeito às balizas legais. No entanto, conforme se explicitou, o exercício do direito de greve dos obreiros do setor público carece da regulamentação prevista no referido dispositivo constitucional.

Destarte, estorva-se a caracterização do abuso do direito de greve do servidor público, o que desampara não só o servidor aderente do movimento paredista, como o ordenamento jurídico e, conseqüentemente a sociedade. O primeiro, uma vez que não pode o grevista se determinar diante das práticas abusivas, por se desconhecer quais são. Os demais, tendo em vista que alguns atos abusivos acabam sendo permitidos diante da ausência de previsão legislativa.

Assim, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos encontra-se embaraçado e obstado pela omissão do Poder Legislativo, enquadrando-se, portanto, em hipótese de cabimento do mandado de injunção.

2.2. O Direito Fundamental à Greve.

O capítulo da Magna Carta referente aos direitos sociais, no qual há a garantia do direito de greve a todos os trabalhadores está inserido no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. É, pois, indiscutível que o direito de greve compõe o rol de direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁵ 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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

(...)

Sua positivação na Constituição denota que são esses direitos, dentre os quais o de greve, reputados “naturais” e “inalienáveis”¹⁶, devendo, portanto, ser observados obrigatoriamente na ordem jurídica em que se inserem.

A proteção conferida aos direitos fundamentais ultrapassa a mera hierarquia formal. O fato de ser prevista no texto maior implica que seu conteúdo compõe os pilares do Estado e da sociedade.¹⁷

No entanto, não há utilidade no mero reconhecimento de um direito como fundamental. Insta que dessa previsão constitucional derivem conseqüências jurídicas, sob pena de ruir as bases em que o Estado deve edificar sua ordem constitucional em face do esvaziamento de seus valores essenciais.

A própria Constituição prevê aplicação imediata das normas referentes a direitos e garantias fundamentais¹⁸, no entanto alguns deles dependem da edição de normas regulamentadoras, sendo, portanto, de eficácia limitada, como é o caso do direito de greve dos servidores públicos.

Embora se afigure a existência de uma margem para a ineficácia do direito de greve para um determinado grupo, decorrente da eficácia limitada conferida ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, o constituinte não o confiou ao mero alvedrio do poder regulamentador. Ofereceu, pois, aos titulares do referido direito instrumentos que combatessem a mitigação de sua contigüidade, dentre eles, o mandado de injunção, que viabiliza a aplicação imediata de que trata o §1º art. 5º da Constituição Federal.

Isto se dá em face da inafastabilidade do direito de greve a qualquer classe de obreiros, tendo em vista que, desde os primórdios da utilização do instituto, mostra-se como o meio mais eficaz para lograrem condições mais dignas de trabalho, bem como salários mais justos.

Dessa arte, uma vez que ostenta o *status* de direito fundamental na ordem constitucional pátria, o direito de greve não pode ser negado aos trabalhadores do setor público, ainda que este guarde especificidades em razão da essencialidade inerente às suas prestações.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, op cit., p.377.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., p. 379.

¹⁸ Art. 5º (...)

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

Há, pois, que se conciliar o direito de greve dos servidores públicos com as particularidades deste, tais como a impossibilidade de paralisação dos serviços essenciais prestados pelo Estado.

2.3. A greve no serviço público.

A noção de serviço público pode ser mais abrangente ou mais restrita. Duguit, por exemplo, adotava o entendimento amplo, intentando, inclusive, confundir a idéia de serviço público com a idéia de soberania.¹⁹

Doutrinadores há, no entanto, que adotam uma interpretação mais restrita da noção de serviço público, como por exemplo o eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰, por sua vez, define os serviços públicos como “[...]toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

O douto Min. Eros Grau, em um de seus votos trata da noção de serviço público:

Serviço público, na noção que dele podemos enunciar, é --- observei alhures --- a atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (DUGUIT) --- ou, em

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª Ed. São Paulo : Atlas, 2007, p.98.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª Ed. São Paulo : Atlas, 2007, p. 102.

outros termos, atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como serviço existencial [permito-me enfatizar: existencial, não essencial, mais do que essencial] existencial, dizia, relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (CIRNE LIMA).²¹

Não é cabível ao presente trabalho adentrar o mérito da conceituação de serviço público. Importa, contudo, asseverar a existência de um elemento em uníssono nas definições deste, qual seja o interesse da coletividade como fim precípua.

Os serviços públicos representam tamanha indispensabilidade ao Estado, que este não pode encarregar a livre iniciativa de sua prestação. Tanto é que, uma vez suspensos tais serviços ou, ainda, quando apresentam algum entrave, percebe-se uma perturbação da ordem pública, ainda que afeta somente a determinado grupo social.

Destarte, tendo em vista a relevância da prestação dos serviços públicos, e a conseqüente necessidade de que sejam infalíveis, afigura-se uma aparente contradição do instituto com o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Para José dos Santos Carvalho Filho²², referido princípio:

[...] indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.

Logo, conforme referido princípio, os serviços públicos, uma vez que atendem ao interesse da coletividade, não devem ser sustados, devendo, portanto, ser ininterruptos. Isto porque as conseqüências da paralisação desses serviços essenciais, muitas vezes, são nefastas, culminando em prejuízos à coletividade individualmente considerada.

No entanto, a previsão contida na Constituição Federal de 1998, em seu artigo 9º, de regulamentação do exercício do direito de greve na seara pública por lei especial, não se deve somente à relevância e inafastabilidade da prestação dos referidos serviços, embora estas se mostrem salutares para a confecção do comando pelo constituinte.

²¹ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator: Min. Eros Grau.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 300.

Não se confundem as atividades essenciais de que trata o §1º do art. 9º²³ com os serviços públicos. Aquelas, ainda que guardem semelhança por serem também elementares, são prestadas por particulares e são definidas na Lei Geral de Greve²⁴. Os serviços públicos, por sua vez, são atividades cuja prestação é privativa do Estado.

Ademais, cumpre salientar que a relação estatutária comporta peculiaridades que a distinguem da relação empregatícia privada.

Isto porque o conflito entre empregados e empregadores que enseja a deflagração do movimento paredista advém da tensão existente entre trabalho e capital. Quer dizer, o empregador – detentor do lucro – auferir lucro em decorrência do esforço dos empregados. Estes, uma vez insatisfeitos com as condições em que labutam, reivindicam-nas por meio do exercício do poder de fato, a greve, que atinge diretamente os interesses econômicos do empregador, que suporta redução de seu lucro. Em face dessa oposição de interesses – do trabalhador e do empregador – muitas vezes os grevistas logram seu intento, qual seja, melhores condições salariais ou laborais.

Contudo, não se verifica a mesma tensão no serviço público, uma vez que não há oposição entre interesses dos obreiros e interesses individuais, mas, sim, interesse social. É que o serviço público, conforme resta demonstrado, presta-se a atender às necessidades da coletividade, ou seja, visa, sobretudo, ao interesse público. Logo, uma vez suspensos tais serviços, a sociedade é quem comporta os prejuízos dessa paralisação. Depara-se, pois, um aparente conflito entre o direito de greve dos servidores públicos e o direito dos usuários à continuidade dos serviços essenciais prestados pelo Estado.

Não se coaduna com o ideal de justiça no qual deve se edificar a Administração Pública o sepultamento de um direito constitucionalmente assegurado, qual seja o direito de greve, em relação a determinada classe. Tampouco se espera do Estado que restrinja este direito, resguardado na Constituição amplamente, sem distinções, aos empregados particulares, excluindo, assim, os prestadores públicos de sua titularidade, por meio do descumprimento de um comando constitucional pelo Poder Legislativo.

²³ Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

(...)

²⁴ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Afora o injusto impedimento do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, a mora do Legislativo imprime conseqüências infaustas à ordem social quando a tensão na seara pública se eleva a tal nível, que a ausência de regulamentação não impede os servidores públicos de exercerem o direito de greve que lhes cabe.

Ocorre que, muitas vezes, em face da carência de balizas legais para o exercício do referido direito, deflagra-se um movimento paredista exacerbado, que malfere a razoabilidade. Algumas circunstâncias há em que a ordem pública resta severamente comprometida, culminando em uma turbulência fatigante não só para a Administração, mas para a sociedade e para os servidores.

Consoante Rinaldo Guedes Rapassi²⁵, os prejuízos suportados pelos servidores públicos decorrem da insegurança jurídica, uma vez que, na ausência de regulamentação, podem ser-lhes aplicadas penalidades desarrazoadas. Já a Administração Pública, por sua vez, enfrenta embaraços na gerência dos recursos humanos. No tocante à sociedade, que é reputada pelo sensato autor como a mais lesada, tolera, com muita penosidade, a quebra da continuidade dos serviços públicos.

O autor refere-se, ainda, aos danos sofridos pela Democracia, em face de “[...] danos à imagem de suas Instituições, principalmente no que se refere ao papel dos Poderes Legislativo e Judiciário”²⁶.

Depreende-se, pois, que a ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos apresenta-se mais custosa do que uma paralisação conforme balizas ditadas no ordenamento jurídico.

Tal regulamentação não só evitará eventuais abusos por parte dos grevistas, como resguardará o máximo possível a sociedade de arcar com os danos dos conflitos oriundos das relações estatutárias.

Ressalte-se que não se pretende a sobreposição do direito de greve à continuidade dos serviços públicos, contanto que esta se relaciona diretamente ao interesse público, o qual deve ser preservado pelo Estado. Intenta-se, contudo, a conciliação de ambos, minimizando danos aos titulares de um direito assegurado constitucionalmente, bem como à sociedade.

²⁵ RAPASSI, Rinaldo Guedes, op. cit., p. 95.

²⁶ *Ibid.*, p.96.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a respeito do princípio da continuidade dos serviços públicos no tocante ao exercício da função pública, trata de sua aplicação no que se refere à greve:

a proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como também em outros países, como a França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de **greve** com as necessidades do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início.²⁷

A douta administrativista refere-se, exemplificativamente, à solução encontrada pelo direito francês para viabilizar a conciliação do direito de greve dos servidores públicos e a continuidade da prestação destes.

Reclama-se, pois, a exemplo do que ocorre na França, a efetividade do comando constitucional contido no art. 37, VII, da CF/88, sem, contudo, onerar a sociedade e o Estado com a total paralisação das prestações públicas, que restam fundamentais para o funcionamento do sistema administrativo estatal, adequando-se aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da supremacia constitucional se apresenta como um dos princípios que embasam o posicionamento ora esposado. O fato de não estar positivado na *Lex Mater*, não lhe retira a solidez.

Referido princípio inspira a superioridade da Constituição em face das demais leis e atos normativos, os quais devem, portanto, observar os preceitos constantes naquela, ou seja, subordinar-se à Lei Maior. A respeito da Constituição em face da supremacia constitucional, cumpre colacionar a lição do douto constitucionalista José Afonso da Silva²⁸:

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 sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 108.

²⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 45.

A razão da supremacia das constituições em um ordenamento jurídico, que decorre da rigidez daquelas, repousa no fato de que se prestam a nortear a administração dos poderes de um Estado, bem como os membros da sociedade sob sua égide.

Uadi Lammêgo Bulos²⁹ refere-se à idéia de simetria entre os atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, e o que preceitua a Magna Carta. Quaisquer que sejam os atos emanados pelo Estado devem observar ao que dita o texto maior.

Neste viés, percebe-se a absoluta dissonância da omissão do Legislativo com a previsão de edição de lei específica que regulamente o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

O eminente autor, ainda, trata da força normativa da Constituição, que define como “energia vital que lhe confere a efetividade ou eficácia social”³⁰. É, portanto, a materialização dos preceitos constitucionais. A lição de Konrad Hesse na oportunidade colacionada pelo constitucionalista traduz, com maestria, a relevância de o Judiciário não corroborar com o silêncio do Legislativo:

A intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da constituição. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é em tempos tranquilos e felizes que a constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.³¹

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p. 54.

³⁰ *Ibid.*, p.57.

³¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, 1991, p. 24-25, apud *ibid.*, p.57.

Resta evidente que regulamentar o direito de greve dos servidores públicos se apresenta como tarefa árdua, tendo em vista que se faz necessário conciliar interesses individuais destes em melhores condições de trabalho com o interesse da sociedade em dispor dos serviços essenciais prestados pelo Estado. No entanto, não se concebe que a Administração Pública se omita diante de uma adversidade, omissão esta que culmine na inefetividade da Lei Maior, cuja garantia – de exercício do direito de greve por todos os trabalhadores – não se perfaz no plano social, restringindo-se ao texto.

O Congresso Nacional não permanece alheio quanto a esses danos, tendo em vista que, em face do largo interregno transcorrido entre a promulgação da Constituição e os dias atuais, inúmeros mandados de injunção foram impetrados e, em muitos deles, fora exortado a editar a lei que regulamenta o direito ora em tela. Tal omissão configura-se como um ultraje não só ao sistema constitucional, mas ao ordenamento jurídico em sua totalidade.

Considerando-se que o art. 37, VII, da Constituição, contém regra de eficácia limitada, mostra-se imperiosa a edição da lei específica que prevê no dispositivo. Depreende-se, pois, que a referida lei é necessária para a concretização do comando, integrando-o. Na recusa em fazê-lo, o que contraria a moral, não devem os demais Poderes quedar inertes. Repita-se: os poderes de um Estado devem ser harmônicos entre si, o que implica a colaboração entre eles.

Não se questiona a extensão do direito de greve previsto no art. 9º da Constituição Federal de 1988 aos servidores públicos, o que é reforçado pelo art. 37, VII, da Carta, o qual garantiu o exercício do mencionado direito aos obreiros da seara pública sob condições especiais, cuja previsão constará em lei.

Cabe ao Judiciário, portanto, conferir efetividade à garantia constitucional do direito de greve a todos os trabalhadores – o que inclui os servidores públicos –, por meio da adoção da tese concretista individual intermediária, uma vez que o silêncio legislativo eiva de inocuidade o comando da Carta Magna, malferindo valores sociais, políticos e jurídicos.

Ademais, sua previsão na *Lex Mater* lhe confere *status* privilegiado. É uma das condições mínimas que devem ser atendidas no âmbito laboral para que, em última instância, observe-se a dignidade da pessoa humana.

A constitucionalização dos direitos sociais, dentre eles o direito geral de greve, que, conforme restou demonstrado, estende-se também aos servidores públicos, deveria conferir-lhes efetividade, no entanto, não é o que se verifica atualmente. A despeito do realce

da matéria conferido pela previsão na Magna Carta, alguns desses direitos quedam entorpecidos. No caso do direito de greve dos servidores públicos, pela inércia do poder Legislativo.

Destarte, urge que o mandado de injunção opere como meio hábil a conferir êxito ao direito de greve dos servidores públicos, constitucionalmente assegurado, tanto por meio de uma garantia universal (art. 9º), como de forma evidente (art. 37, VII).

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: A JURISPRUDÊNCIA DO STF.

Consoante se explicitou supra, a *Lex Mater*, em seu art. 5º, LXXI, estabelece como garantia fundamental a impetração do mandado de injunção na ausência de norma regulamentadora que obste o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. No entanto, não se evidenciou no texto maior os efeitos do *writ*, cabendo, pois, à jurisprudência se determinar a esse respeito.

Desdobraram-se teorias a respeito dos efeitos da ação injuncional, quais sejam a teoria não concretista; a teoria concretista geral e a individual – direta ou intermediária, conforme se demonstrou anteriormente.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal interpretou o remédio constitucional de forma tímida. A despeito de se reconhecer que o mandado de injunção se prestava a concretizar direitos assegurados na Magna Carta que careciam de regulamentação, entendia-se que o *writ* era dotado de natureza meramente declaratória, prestando-se tão-somente a cientificar o poder regulamentador de sua omissão constitucional, para que tome as providências cabíveis. O efeito mais contundente conferido ao instrumento consistia na suspensão de processos, tanto judiciais quanto administrativos, dos quais pudesse resultar prejuízos aos impetrantes em face da omissão inconstitucional.³²

Esse posicionamento adotado pela Suprema Corte encontra severas oposições doutrinárias, cujas críticas se fundam, essencialmente, no esvaziamento da garantia fundamental do mandado de injunção, bem como na ineficácia do Judiciário.

Temiam os membros do Colendo Tribunal transcender as fronteiras da separação e independência dos poderes, permanecendo, pois, apáticos ante as lacunas que ofendiam o sistema constitucional pátrio, somente declarando a mora do poder regulamentador, medida esta que se mostrou verdadeiramente ineficaz.

³² EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795. Relatora: Min. Carmen Lúcia)

Não obstante, o STF fora gradualmente modificando seu entendimento no tocante aos efeitos do *writ*, ainda que de forma acanhada. Verificou-se que o mandado de injunção não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo fim repousa na mera cientificação do Poder competente. Reconheceu-se que esta compõe o controle em abstrato da omissão, enquanto o mandado de injunção, por sua vez, compõe o controle da omissão no caso concreto, o que confere ao Judiciário poderes mais vastos para sanar os prejuízos advindos da mora do poder regulamentador.³³

O mandado de injunção desembaraçou-se da natureza meramente mandamental, para ser-lhe sedimentada uma natureza constitutiva. Por meio desta, o *writ* passa a ser um instrumento que, atendidos seus requisitos, proporciona uma tutela jurisdicional efetiva, no sentido de sanar a ausência de regulamentação até a superveniência de edição desta pelo poder competente.

Germana de Oliveira Moraes³⁴ assevera sabiamente a compatibilidade entre a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a separação dos poderes no tocante aos atos discricionários da Administração Pública. *Mutatis mutandis*, no que se refere ao mandado de injunção, os dois princípios também podem conviver coerentemente, sem excluir um ao outro, uma vez que cabe ao Judiciário suprir a desmoralizadora omissão do poder competente sem que se configure ofensa à separação dos poderes.

A ausência de regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos fora objeto de significativos mandados de injunção. Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal, em consonância com o entendimento então vigente, julgava procedente o *writ*, contudo somente para declarar a mora do Legislativo e instá-lo a editar a lei faltante.

O poder regulamentador *in casu*, não obstante exortado inúmeras vezes a tomar as providências necessárias para viabilizar o direito de greve dos servidores públicos, descumpriu as determinações do Pretório Excelso.

³³ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788. Relator: Min. Carlos Britto.)

³⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª Ed. São Paulo : Dialética, 2004.

Todavia, ainda que a ausência de regulamentação ensejasse a ilegalidade do movimento pelos servidores públicos, não cessaram as deflagrações de greve, o que culminou em perturbações na prestação de serviços essenciais cuja prestação cabe ao Estado.

Urge, pois, que se consolide a adoção da tese concretista para que o mandado de injunção atue como instrumento garantidor do exercício do direito de greve dos servidores públicos. É o que se verifica em alguns casos que servem de paradigma para o presente trabalho, como o Mandado de Injunção nº 670, o Mandado de Injunção nº 708 e o Mandado de Injunção nº 712.

No MI nº 670, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL, o voto do relator, Min. Maurício Corrêa, deferia o *writ* somente para declarar a mora do Legislativo e instá-lo a tomar as medidas cabíveis. Todavia, seu voto quedou vencido, prevalecendo, em seu lugar, o voto do Min. Gilmar Mendes, que não só declarou a mora, mas também aplicou a lei atinente ao setor privado até a superveniência da lei específica que prevê o art. 37, VII, da Constituição.

O voto vencedor da referida ação injuncional, ainda, menciona o risco de se consolidar omissão judicial quanto à matéria, tendo em vista que em inúmeras oportunidades o Pretório Excelso declarou a mora no referido caso.

A aplicação da Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos no *writ* sofreu algumas ressalvas. O rol contido na mencionada lei nos arts. 9º a 11³⁵, que define quais são as “atividades essenciais”, é reputado pelo ministro como exemplificativo.

³⁵ Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

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

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

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

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

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

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.

No tocante à competência para apreciar e julgar os conflitos atinentes à greve dos servidores públicos, aplicou-se a Lei nº 7.701/88, que dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos.

Ressalte-se que as referidas conformações das leis do setor privado com o serviço público no que diz respeito à greve somente perduram até o preenchimento da lacuna legislativa. Faz-se necessário, pois, a despeito da regulamentação pelo Judiciário nos casos concretos, que o poder regulamentador edite a lei cuja previsão repousa no art. 37, VII, da CF/88.

No referido *mandamus*, fixou-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional suprisse a lacuna legislativa. Adotou-se, pois, a tese ora esposada, qual seja a tese concretista individual intermediária.

Assim, verifica-se que o Mandado de Injunção nº 670 apresentou solução eficaz à omissão do Poder Legislativo quanto ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, amparando os impetrantes por meio da aplicação e adequação da Lei Geral de Greve até que sobrevenha a edição da lei específica.

Outrossim, o Mandado de Injunção nº 712, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, mostra-se como parâmetro da evolução da exegese desse remédio constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Min. Eros Grau, relator do *mandamus*, reconhece a ineficácia das sentenças meramente declaratórias nos *writs*, as quais restam desprovidas de utilidade. Em vista disso, adota também a tese concretista. Ressalta que o Judiciário não exerce a função legislativa ao regulamentar o caso, mas, sim, normativa, com o que corroboramos, conforme resta demonstrado.

Realça, acertadamente, o eminente ministro que a Lei Geral de Greve não se presta a regular o exercício da greve no setor público sem que se perfaçam algumas adequações.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Destarte, aplicou-se a Lei nº 7.783/89 aos impetrantes até que sobrevenha edição de lei que regulamente o exercício do direito de greve destes. Cumpre colacionar excerto do voto do douto relator:

“Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 1421. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89:

"Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação.

“Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação parcial da prestação de serviços”;

“Art. 7º [...]

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14”;

“Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público.

Parágrafo único. É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo”;

“Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho”.³⁶

Ao contrário do que ocorreu no MI nº 670, o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu prazo para que o Congresso Nacional editasse a norma regulamentadora do direito, aplicando diretamente a Lei Geral de Greve com as devidas modificações.

A teoria concretista foi igualmente adotada no MI nº 708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, cujo relator fora o Min. Gilmar Mendes, senão vejamos a ementa:

Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de

³⁶ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator: Min. Eros Grau.

competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis n^{os} 7.701/1988 e 7.783/1989.³⁷

À semelhança da decisão proferida em sede do MI n^o 670, adotou-se a tese concretista individual intermediária, fixando prazo para que o poder regulamentador edite a lei específica.

Percebe-se, pois, que o Pretório Excelso, a despeito de ter suportado por um vasto período a tese não concretista vem apresentando evolução na exegese referente ao mandado de injunção, para conferir-lhe real eficácia.

Não se trata ainda de posicionamento uníssono no Colendo Tribunal, no entanto se espera que a tese concretista seja sedimentada, de sorte que se adéqüe o *writ of injuction* à “vontade da constituição”³⁸, bem como se assegure a efetividade da garantia do exercício direito de greve, constitucionalmente amparado, aos servidores públicos.

³⁷ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n^o 708. Relator: Min. Gilmar Mendes.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p. 57.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mandado de injunção é o instrumento de que dispõe o indivíduo para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas acerca de nacionalidade, soberania e cidadania na inexistência de regulamentação, constando do art. 5º, inciso LXXI. Esse remédio constitucional se presta, então, a restringir a discricionariedade dos órgãos normativos omissos.

Quanto aos efeitos por ele produzidos, destacam-se duas correntes doutrinárias: a concretista e a não-concretista.

Consoante a primeira, o instituto teria um caráter constitutivo e instrumental, de modo a sanar as lacunas. O Judiciário poderia substituir o Legislativo ou o Executivo, regulando o caso concreto até que sobrevenha regulamentação do órgão competente. A tese concretista subdivide-se ainda em geral, segundo a qual os efeitos dessa decisão seriam erga omnes, e individual, que limita os efeitos ao impetrante. Esta – individual – subdivide-se, ainda, em intermediária e direta, conforme o estabelecimento de um prazo para o poder regulamentador sanar a lacuna ou a imediata regulamentação pelo Judiciário, respectivamente.

Conforme a teoria não-concretista, confere-se ao mandado de injunção a finalidade de exortar o órgão ao qual compete a regulamentação. Logo, o Judiciário, não podendo compelir o Legislativo a legislar, deveria apenas indicar o suprimento da omissão, de modo a não ferir o princípio da separação de Poderes.

A exegese do *writ* que melhor se adéqua à ordem jurídica pátria é a formulada na teoria concretista individual intermediária, uma vez que se assegura aos impetrantes uma tutela jurisdicional efetiva, sem se olvidar a necessária observância da separação, independência e, sobretudo, harmonia entre os poderes.

O STF vinha adotando a tese não-concretista, apenas instando o Poder Legislativo, até que, nos MIs 670/ES, 712/PA e 708/DF, aplicou a tese concretista. Os impetrantes dos referidos mandados de injunção rogavam proteção ao direito de greve dos servidores públicos, ao qual falta regulamentação.

O direito de greve é resguardado pela Constituição, em seu artigo 9º. Há, no entanto, certa peculiaridade quanto ao movimento paredista dos servidores públicos, por

atender o serviço público prioritariamente ao interesse da sociedade, devendo ser contínuo, em face do princípio da continuidade dos serviços públicos, tendo, por isso, o constituinte determinado a edição de lei específica para esses casos no art. 37, VII.

A ausência de regulamentação culmina na irregularidade do movimento paresta no serviço público, já que não há balizas no ordenamento que atendam às suas peculiaridades. Deve haver, portanto, uma regulamentação nos casos concretos enquanto o poder regulamentador não editar a lei, garantindo a ordem e a regularidade do movimento. Além disso, a omissão do Legislativo não deve impedir o exercício de um direito fundamental de cunho social protegido constitucionalmente.

Destarte, o Pretório Excelso julgou acertadamente os mandados de injunção mencionados, que serviram de paradigma para o presente estudo, demonstrando significativa evolução na exegese do *mandamus*, honrando princípios basilares constitucionais, bem como consagrando a garantia aos direitos, liberdades e prerrogativas, dentre eles o direito de greve, que tentou socorrer o constituinte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Celso Bastos Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª Ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 3 out. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BRASIL. Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988. Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7701.htm>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670. Relator: Min. Maurício Corrêa. Redator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Advogados: Homero Junger Mafra e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília, 31 de outubro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator: Min. Eros Grau. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Advogados: Eduardo Suzuki Sizo e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Advogados: Antônio Marcos Mousinho Sousa e outros.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007,

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2007.

CAIRO JR., José. **Curso de direito do trabalho**. 5ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra, Portugal : Almedina, 2003.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34ª Ed. atualiz. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19ª Ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª Ed. São Paulo : Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo : Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

LIMA, Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo**. 9ª Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª Ed. São Paulo : Atlas, 2007.

_____. **Direito constitucional**. 22ª Ed. São Paulo : Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª Ed. São Paulo : Dialética, 2004.

QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do direito administrativo**. 1ª Ed. Coimbra : Almedina, 2001.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Direito de greve de servidores públicos**. 1ª Ed. São Paulo : LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2007.