



Bruna de Bem Esteves

**O QUE MUDOU NO ENTENDIMENTO DO STF A
RESPEITO DOS EFEITOS DO MANDADO DE
INJUNÇÃO?**

**Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos
servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO**

**Monografia apresentada à Escola de
Formação da Sociedade Brasileira de
Direito Público - SBDP, sob a
orientação da Professora Carla Osmo.**

**SÃO PAULO
2009**

1. INTRODUÇÃO	5
2. METODOLOGIA	9
3. BREVES CONSIDERAÇÕES COM RELAÇÃO AO USO DE PRECEDENTES	15
3.1. A importância dos precedentes na alteração de jurisprudência de um Tribunal	15
3.2. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	16
3.3. Particularidades do STF	18
4. A QUESTÃO DE ORDEM DO MI 107	19
4.1. <i>Rationes</i> do MI 107 QO	21
4.1.1. Defesa da separação de Poderes	22
4.1.2. Defesa da segurança jurídica	24
4.1.3. Defesa do princípio democrático	25
4.1.4. Impedimentos aos efeitos <i>erga omnes</i> e <i>inter partes</i> da sentença na qual o STF regulamentasse a norma constitucional para viabilizar o exercício do direito	26
5. MUDOU O ENTENDIMENTO DO STF EM RELAÇÃO AO QUE FOI DEFINIDO NO MI 107 QO?	28
5.1. Breve descrição das soluções dadas em casos posteriores	28
5.2. O caso da aposentadoria especial	32
5.3. O caso do direito de greve dos servidores públicos	34
5.3.1. A solução foi integração por analogia?	41
5.4. A alteração verificada	43
6. COMO OS MINISTROS FUNDAMENTARAM A ADOÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO FRENTE AOS IMPEDIMENTOS APRESENTADOS NO MI 107 QO?	45
6.1. Com relação à separação de Poderes	45
6.1.1. Função normativa	46

6.1.2. A Constituição institui o MI _____	48
6.1.3. "Solução constitucionalmente obrigatória" _____	48
6.1.4. "Vontade hipotética do legislador" _____	49
6.1.5. Disciplina provisória _____	50
6.1.6. Solução para o caso concreto (efeito <i>inter partes</i>) _____	51
6.2. Por que os demais fundamentos do MI 107 QO não foram afastados nessas decisões? _____	52
7. QUAIS OUTRAS JUSTIFICATIVAS OS MINISTROS UTILIZARAM PARA A ADOÇÃO DO NOVO ENTEDIMENTO? _____	55
7.1. Inércia abusiva do Legislativo _____	56
7.1.1. Sentença sem eficácia _____	58
7.1.2. Sentença desinteressante para o cidadão _____	59
7.2. Condições relacionadas com a greve dos servidores públicos _____	59
8. QUE MOTIVOS LEVARAM CADA MINISTRO A DEFINIR A REGRA QUE POSSIBILITARIA A FRUIÇÃO IMEDIATA DO DIREITO INVIABILIZADO? _____	61
8.1. O Ministro Carlos Britto _____	61
8.2. A Ministra Cármen Lúcia _____	62
8.3. O Ministro Celso de Mello _____	63
8.4. O Ministro Cezar Peluso _____	63
8.5. A Ministra Ellen Gracie _____	64
8.6. O Ministro Eros Grau _____	65
8.7. O Ministro Gilmar Mendes _____	65
8.8. O Ministro Joaquim Barbosa _____	67
8.9. O Ministro Marco Aurélio _____	67
8.10. O Ministro Menezes Direito _____	68
8.11. O Ministro Ricardo Lewandowski _____	68

8.12. O Ministro Sepúlveda Pertence	69
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73
SIGLAS UTILIZADAS	75

1. INTRODUÇÃO

Esta monografia pretende analisar se ocorreram mudanças no entendimento do STF¹ quanto aos efeitos do Mandado de Injunção em relação ao que foi estabelecido no MI² 107 QO³, tomando como base os mandados de injunção sobre aposentadoria especial e greve dos servidores públicos. Tem o objetivo de verificar, ademais, como essas alterações, caso existam, foram justificadas pelos Ministros do STF diante do que foi exposto nessa Questão de Ordem.

O Mandado de Injunção, novidade prevista na Constituição Federal de 1988, é uma ação que possibilita a impugnação, no Judiciário, de omissões legislativas inconstitucionais. Esse instrumento processual tem por base normativa o artigo 5º, LXXI da Carta Magna, que dispõe:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”

A partir da leitura desse dispositivo, sabe-se que o Mandado de Injunção deve ser utilizado quando o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais for inviabilizado pela falta de uma norma regulamentadora. Entretanto, não é possível identificar que medidas devem ser tomadas, pelo Judiciário, quando a omissão for identificada.

Diferentemente, a regulação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, §2º da CF⁴), – também destinada a permitir que se combatam as omissões legislativas no Judiciário – estabelece quais são os efeitos da sua procedência: “*declarada a inconstitucionalidade (...) 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*”.

¹ Supremo Tribunal Federal

² Mandado de Injunção

³ Questão de Ordem

⁴ Constituição Federal

Devido a essa falta de regulamentação, logo que a Constituição foi promulgada, passou-se a discutir se o Mandado de Injunção seria auto-aplicável ou precisaria de norma regulamentadora para ser utilizado. Tal controvérsia foi levada à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal em Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107, cujo julgamento foi realizado no dia 23 de novembro de 1989.

O MI 107 foi impetrado por Oficial do Exército com mais de nove anos de serviço, pedindo que se exigisse, do Presidente da República, a edição da norma regulamentadora do artigo 42, §9º da Constituição⁵, pois, sem ela, a legislação pré-constitucional seria aplicada e o requerente iria para a reserva quando completasse dez anos de atividade no Exército.

Segundo o pedido do Oficial, isso não poderia ocorrer, pois o sistema constitucional vigente havia passado a conferir estabilidade ao servidor público com mais de cinco anos de serviço e a Força Armada precisava de mão de obra especializada. Além disso, devido à iminência de sofrer danos irreparáveis, o impetrante requereu, desde logo, como medida liminar, a suspensão de seu licenciamento até a edição da norma que permitisse sua continuação no serviço ativo do Exército.

O julgamento desse Mandado de Injunção terminou no dia 21 de novembro de 1990 e a decisão, da maioria, foi pelo não conhecimento do pedido porque não havia legitimidade *ad causam* do impetrante. De acordo com o entendimento do STF, só seria parte legítima para impetrar MIs quem pertencesse a alguma categoria para a qual a Constituição tivesse outorgado um direito, cujo exercício fora inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Para os Ministros, isso não aconteceu nesse caso, pois a norma constitucional a que se referiu o militar não lhe garantia direito algum, já que sua regulamentação seria uma opção legislativa.

Apesar do não conhecimento do MI 107, a Questão de Ordem desse caso é considerada *leading case* quanto à definição de aspectos conceituais do MI, uma vez que, diante da controvérsia sobre a auto-aplicabilidade da norma constitucional que trata desse instrumento processual, o Tribunal

⁵ "A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade".

decidiu pela sua aplicabilidade imediata, afirmando, portanto, que existiam, na Constituição, elementos necessários para sua incidência direta⁶.

Isto gerou ao Tribunal a necessidade de demonstrar que o que não estava explícito no artigo 5º, LXXI da Constituição e, ao mesmo tempo, era necessário para que o instituto produzisse efeitos imediatos, poderia ser deduzido a partir de outros dispositivos constitucionais.

Todos os Ministros acompanharam o Relator, acordando que o MI seria uma ação destinada a comunicar a omissão inconstitucional ao órgão responsável pelo preenchimento da norma inviabilizada e a exigir que as medidas necessárias para eliminar essa inconstitucionalidade fossem tomadas.

Dessa forma, o que foi estabelecido no MI 107 QO quanto aos efeitos desse instituto processual ficou aquém do que grande parte da doutrina dizia caber ao Judiciário nos julgamentos de MIs: viabilizar ao impetrante o imediato exercício do direito constitucional.

Segundo essa orientação, como o MI serviria para resolver os casos em que a fruição do direito constitucional demandasse a edição de uma norma regulamentadora, a decisão judicial, para viabilizá-la, deveria elaborar a norma integradora, ainda que com eficácia apenas para as partes do processo⁷.

Como se verá, no MI 107 QO, foram apresentados obstáculos a adoção desse entendimento, especialmente em termos de interferência indevida na competência do Legislativo. E embora o STF tenha demonstrado, posteriormente, interesse em conferir maior eficácia a esse instrumento processual, constatou-se que não foi tarefa fácil afastar os argumentos apresentados no *leading case*. Tanto que nos casos em que o Tribunal adotou soluções alternativas – que permitiam ao impetrante a

⁶ Segundo José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.” (SILVA, 2007:101).

⁷ Entre os doutrinadores que defendem a viabilização imediata do exercício do direito constitucional estão José Afonso da Silva, Michel Temer, Arice Moacyr Amaral Santos, Carlos Ari Sundfeld, Carlos Agrícola Barbi e Sérgio Bermudes. De acordo com eles, o Judiciário deveria estabelecer, na sentença do MI, as condições que permitiram a fruição do direito, anteriormente inviabilizada. Outros doutrinadores, como José Ignácio Botelho de Mesquita e Luiz Flávio Gomes, falam explicitamente que, para tanto, seria necessária a criação de norma regulamentadora pelo Judiciário.

fruição do direito antes da edição da norma regulamentadora pelo Legislativo –, não elaborou a norma regulamentadora faltante.

No entanto, quase dezoito anos depois do julgamento do MI 107 QO e apesar de todos os obstáculos apresentados, nos Mandados de Injunção sobre aposentadoria especial e greve dos servidores públicos, o STF definiu uma regra viabilizadora do imediato exercício do direito constitucional. Tendo isso em vista, este trabalho pretende verificar se de fato houve mudança em relação ao que foi estabelecido no MI 107 QO e, em caso positivo, como essa alteração de posicionamento foi justificada diante dessa Questão de Ordem.

2. METODOLOGIA

O MI 107 QO, considerado *leading case* a respeito dos aspectos fundamentais do Mandado de Injunção, foi o primeiro caso estudado nesse trabalho. A partir de sua leitura, fez-se uma análise da fundamentação exposta nessa QO para identificar os motivos que levaram os Ministros a escolher um entendimento, com relação aos efeitos do MI, em detrimento de outros.

Penso que esse caso seja importante, pois foi o primeiro em que o Supremo se posicionou sobre a matéria. Além disso, como o Relator expôs em seu voto as possíveis orientações a respeito dos aspectos do Mandado de Injunção e a regulação constitucional do MI foi considerada auto-aplicável, o Tribunal teve o ônus de explicar o que o fez optar por uma das orientações possíveis.

Além do MI 107, considerei que o universo de casos a serem estudados deveria ser composto pelos MIs que satisfizessem os seguintes critérios:

(a) Ter sido julgado pelo Plenário, pois os casos apreciados por decisão monocrática tratam, em Mandados de Injunção, de questões já abordadas pelo Pleno;

(b) Ter sido julgado procedente ou procedente em parte, uma vez que, se improcedente, provavelmente não estariam presentes, nos votos, os efeitos dados pelos Ministros a esse instrumento processual; e

(c) Ter como decisão a definição, pelo próprio STF, da regra que possibilitaria a imediata fruição do direito, anteriormente inviabilizada pela ausência de norma regulamentadora.

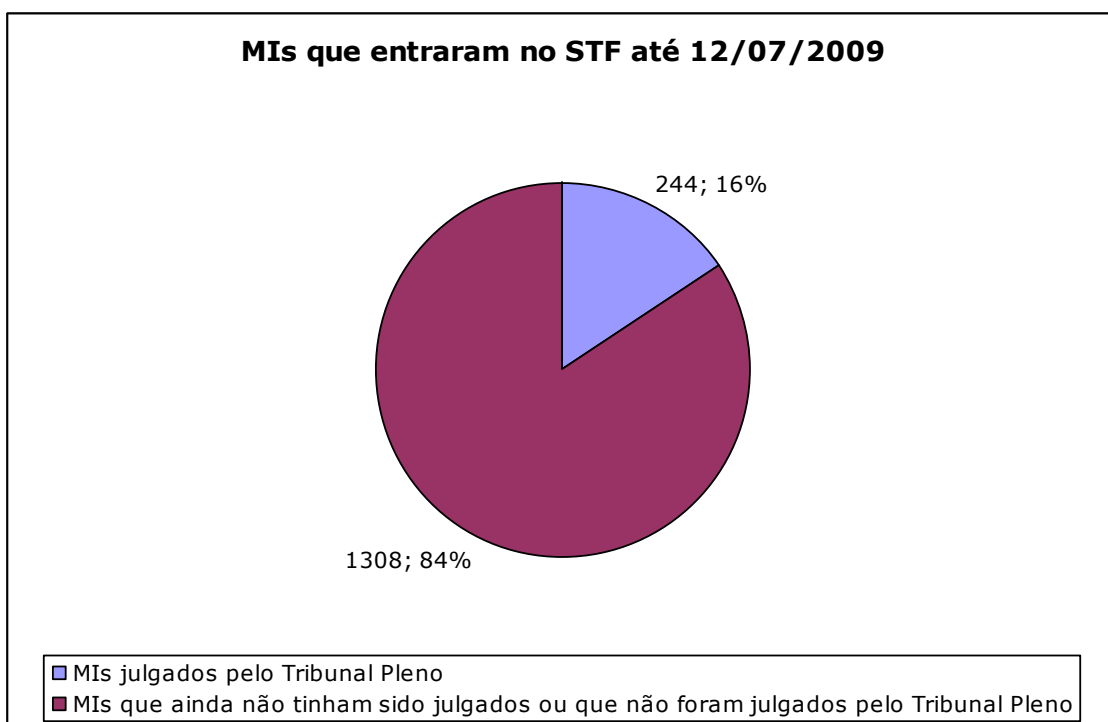
Para tanto, foi feita uma pesquisa no *site* do STF⁸ na seção "PROCESSOS" → "Acompanhamento Processual⁹", a fim de se verificar quantos Mandados de Injunção haviam sido julgados até o momento¹⁰. Constatou-se que 1552 ações desse tipo tinham entrado no Tribunal, mas

⁸ <http://www.stf.jus.br>

⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

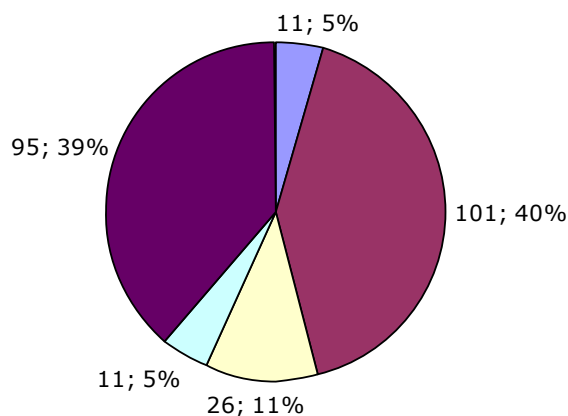
¹⁰ Dia 12/07/09

apenas 112 haviam sido julgadas procedentes ou procedentes em parte pelo Plenário, conforme demonstrado abaixo¹¹:



¹¹ O fato de o STF ter considerado um Mandado de Injunção procedente ou procedente em parte não se relaciona com a viabilização do direito constitucional reclamado. Essa classificação é uma representação de quanto do pedido feito pelo impetrante foi atendido pela Corte. Dessa forma, se o STF concedeu exatamente aquilo que foi requerido, o MI é considerado procedente; se, por outro lado, fez alguma concessão, que não foi, entretanto, a requerida, é considerado procedente em parte. Em alguns casos, inclusive, constatou-se que o impetrante pedia somente o reconhecimento da mora e sua comunicação ao Legislativo.

MIIs que haviam sido julgados pelo Tribunal Pleno até 12/07/2009 (o universo total corresponde à parte azul do gráfico acima)



■ Procedentes ■ Procedentes em parte □ Improcedentes □ Prejudicados ■ Não conhecidos

Apresento o número desses 112 MIIs no quadro abaixo, separados conforme o artigo, da CF ou da ADCT¹², considerado prejudicado pela falta de norma regulamentadora e o assunto ao qual esse artigo se refere. Tive acesso a todos esses acórdãos, na íntegra, na seção "JURISPRUDÊNCIA" → "Inteiro Teor de Acórdãos"¹³ do site do STF.

Artigo constitucional considerado prejudicado pela falta de norma regulamentadora	Mandados de Injunção
<p><i>Artigo 45, parágrafo 1º da CF:</i></p> <p>Determinação do número de deputados do Estado de São Paulo</p>	219
<p><i>Artigo 8º, parágrafo 3º do ADCT:</i></p> <p>Reparação econômica aos impedidos de exercer profissão</p>	283, 284, 287, 355, 384, 397, 429, 447, 543 e 562

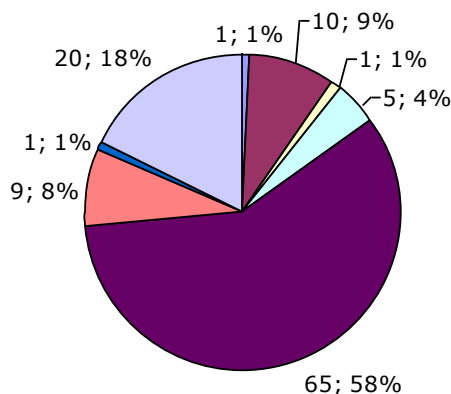
¹² Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

¹³ <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>

<i>Artigo 195, parágrafo 7º da CF:</i> Imunidade tributária de entidades beneficentes	232
<i>Artigo 7º, XXI da CF:</i> Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço	95, 124, 278, 369 e 695
<i>Artigo 192, parágrafo 3º da CF:</i> Delimitação dos juros reais	321, 323, 324, 325, 329, 330, 331, 332, 333, 335, 337, 340, 341, 342, 345, 349, 361, 362, 368, 372, 374, 376, 377, 379, 386, 387, 427, 430, 431, 432, 457, 469, 470, 472, 476, 478, 479, 482, 486, 488, 489, 490, 491, 496, 497, 500, 501, 502, 503, 515, 525, 529, 530, 535, 536, 542, 561, 584, 587, 588, 597, 611, 621, 622 e 636
<i>Artigo 37, VII da CF:</i> Greve dos servidores públicos	20, 438, 439, 485, 585, 631, 670, 708, 712
<i>Artigo 203, V da CF:</i> Salário mínimo para idosos e portadores de deficiência	448
<i>Artigo 40, parágrafo 4º da CF:</i> Aposentadoria especial por insalubridade	721, 758, 788, 795, 796, 797, 808, 809, 815, 825, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962 e 998

Para que se tenha noção da freqüência com que cada dispositivo, considerado inviabilizado em razão da falta de norma regulamentadora, foi levado ao Tribunal:

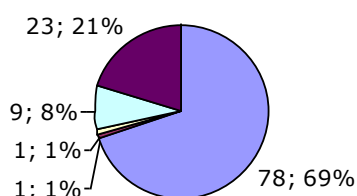
Dispositivos impugnados nos MIs procedentes e procedentes em parte julgados pelo Tribunal Pleno até 12/07/2009



■ Art. 45, § 1º da CF
 ■ Art. 8º, § 3º do ADCT
 ■ Art. 195, § 7º da CF
 ■ Art. 7º, XXI da CF
■ Art. 192, § 3º da CF
 ■ Art. 37, VII da CF
 ■ Art. 203, V da CF
 ■ Art. 40, § 4º da CF

Desses acórdãos, apenas nas decisões dos 23 MIs que estão em negrito na tabela, o próprio STF definiu uma regra que permitiria o imediato exercício do direito, anteriormente inviabilizado. Como se percebe por meio da observação do gráfico abaixo, essa orientação foi seguida somente em alguns casos – os mais recentes.

Efeitos estabelecidos aos MIs, considerando apenas os casos em que o Plenário julgou as demandas procedentes e procedentes em parte



■ Reconheceu a omissão do órgão competente e lhe deu ciência dessa situação, a fim de que as providências necessárias fossem tomadas
■ Conferiu prazo para a elaboração da norma faltante, sob pena de passar a ser reconhecida, ao impetrante, a faculdade de obter, no juízo comum, a resolução do caso concreto
■ Conferiu prazo para a elaboração da norma faltante, sob pena de o requerente passar a desfrutar do direito reclamado
■ Reconheceu que o impetrante poderia ter acesso imediato ao juízo comum para resolver o caso concreto, uma vez que o prazo, anteriormente concedido, não havia sido respeitado
■ Definiu a regra que poderia ser utilizada para possibilitar a fruição imediata do direito, anteriormente inviabilizado

Nos demais, houve a declaração de mora ao órgão competente para elaboração da norma faltante, ou a garantia de que os impetrados poderiam passar a exercer seus direitos, imediatamente ou após recorrerem ao juízo comum, caso o Congresso não editasse a norma faltante no prazo estabelecido. Sem, entretanto, que o próprio STF suprisse a omissão, elaborando a norma integradora.

A última solução mencionada acima foi dada nos MIs que tratavam da reparação econômica aos impedidos de exercer profissão e da imunidade tributária a entidades beneficentes. Apesar de o Tribunal ter adotado entendimentos diferentes em relação ao estabelecido no MI 107 QO, esses casos não serão objeto de análise dessa monografia porque o STF não definiu uma norma para suprir a omissão legislativa, assim como fez nos casos de greve dos servidores públicos e de aposentadoria especial¹⁴.

Pode-se considerar que o ônus argumentativo do Tribunal em explicar a concessão de nova solução ao instrumento processual foi maior nos casos em que o próprio STF estipulou a norma que permitiria a imediata fruição do direito constitucional, uma vez que o argumento de que existiria interferência indevida na competência do Legislativo poderia ser utilizado contra esse entendimento.

Sendo assim, essa monografia se concentrará nos MIs 670, 708, 712, 721, 758, 788, 795, 796, 797, 808, 809, 815, 825, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962, 998¹⁵ e no MI 107 QO, procurando observar se realmente houve uma mudança em relação ao que havia sido definido nessa QO¹⁶ e, em caso positivo, que justificativas foram utilizadas pelos Ministros para que a jurisprudência do Tribunal pudesse ser alterada.

¹⁴ Nos MIs 283 e 562, casos de reparação aos impedidos de exercer profissão, o Ministro Marco Aurélio sustentou que, ao permitir que o Juízo comum resolvesse os casos concretos, o STF estaria transferindo às instâncias ordinárias a parte mais importante da decisão, a determinação dos parâmetros que permitiriam a viabilização do exercício do direito, o que seria de sua competência.

¹⁵ Sendo que o único voto do MI 788 é igual ao do 796, do 808, do 815 e do 825; os votos do MI 795 são quase iguais (apresentam algumas diferenças, mas não que não são importantes para o objeto dessa monografia) aos do 797, do 809, do 828, do 841, do 850, do 857, do 879, do 905, do 927, do 938, do 962 e do 998. Além disso, poucas diferenças são encontradas nos votos dos MIs que tratam da greve (no caso de alguns Ministros, o voto chega a ser o mesmo).

¹⁶ Importante destacar que não serão analisados apenas os argumentos que fazem referência expressa ao MI 107 QO, mas todos os que dialoguem com esse caso, se referindo,

3. BREVES CONSIDERAÇÕES COM RELAÇÃO AO USO DE PRECEDENTES

3.1. A importância dos precedentes na alteração de jurisprudência de um Tribunal

Todas as normas, quando na iminência de aplicação por um juiz ou Tribunal, devem ser vistas, segundo Hans Kelsen¹⁷, como uma moldura, pois permitem mais de uma solução para o caso concreto. Assim, dentro da moldura, com a qual se defrontou o STF, no caso dos MIs, estariam as possibilidades de aplicação desse instituto, algumas delas apresentadas pelo Ministro Moreira Alves no MI 107 QO.

Como há uma série de possibilidades dentro da moldura e, portanto, não existe uma única solução para o caso concreto, uma Corte Constitucional pode alterar sua jurisprudência¹⁸, mas, para que sua decisão possa ser considerada legítima, é necessário que as razões de seu entendimento sejam expostas a fim de que se possa avaliar como ocorreu a escolha entre os diversos caminhos de aplicação de uma norma.

No Brasil, o dever de fundamentação da decisão judicial é, inclusive, uma exigência constitucional expressa (artigo 93, IX da CF¹⁹), que, se não observada, pode levar a nulidade das decisões; e, também, um requisito essencial da sentença, de acordo com o Código de Processo Civil²⁰.

Entretanto, não basta que os juízes ou Ministros fundamentem suas decisões levando em consideração, somente, o caso que estão julgando; eles devem dialogar com as decisões que já proferiram em casos que se

por exemplo, aos impedimentos que ali foram postos quanto à atribuição de efeitos a esse instituto que ultrapassasse a simples comunicação da mora ao órgão omissor.

¹⁷ KELSEN, 1984:466.

¹⁸ Não cabe no âmbito desta monografia discutir as situações em que a Corte Constitucional dá à norma uma interpretação fora da moldura, e essa interpretação ainda assim prevalece porque cabe a esse Tribunal decidir em última instância e em caráter definitivo sobre matéria constitucional.

¹⁹ "Art. 93. (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)"

²⁰ "Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: (...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito."

relacionam, de alguma forma, com o atual, procurando demonstrar em que medida as semelhanças e diferenças entre eles justificam um tratamento diverso ou não. Apenas desse modo será possível falar sobre a existência de alguma segurança com relação ao entendimento jurisprudencial a cerca de determinado assunto.

Portanto, se, por um lado, os precedentes não vinculam os juízes, já que pode existir alteração no entendimento de determinada matéria; por outro, existe essa vinculação, uma vez que suas decisões devem dialogar com as anteriores e, inclusive, com as do órgão que integra²¹. Com esse diálogo, o Tribunal dá coerência às suas decisões e aumenta a segurança jurídica²² mesmo diante de uma alteração na sua jurisprudência.

Sendo assim, a análise que será feita nessa monografia, acerca de uma possível mudança de jurisprudência na Corte Constitucional, se preocupará com esse dever de fundamentação e de diálogo com as decisões anteriores sobre o mesmo assunto.

3.2. *Ratio decidendi*²³ e *obiter dictum*

O diálogo entre decisões judiciais, preocupação desse trabalho, pressupõe a consideração de precedentes, ou seja, de decisões anteriormente proferidas pelo Judiciário sobre determinado assunto²⁴. A consideração dessas decisões em um sistema de *civil law*, em regra, não impede que um juiz ou um Tribunal estabeleça solução diversa a casos futuros, mas, por uma questão de coerência, impõe a necessidade de se explicar o motivo da manutenção ou não do entendimento definido até então.

²¹ “o respeito como diálogo com decisões anteriores decorre não de um dever normativo, uma autoridade que os precedentes impõem sobre a atividade dos juízes, mas de um dever moral de coerência e consistência com relação ao sistema jurídico como um todo. Dessa forma, precedentes não devem ser seguidos por uma questão de vinculação, mas devem ser tomados em consideração no momento da tomada de decisão e de sua fundamentação.” (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2008:10).

²² Robert Alexy fala em certeza jurídica e proteção da confiança na tomada de decisão judicial (ALEXY, 2001:260).

²³ Também pode ser utilizado o termo *holding*.

²⁴ A idéia de precedente é apresentada em MACCORMICK e SUMMERS (ed.), 1997:1-2.

Nessa explicação, os juízes e Ministros atentam para as *rationes decidendi* das decisões anteriores, a fim de demonstrar se elas se aplicam ou não ao caso que estão julgando. A definição de *ratio decidendi* é controversa²⁵, mas, com o intuito de deixar mais claro seu significado, os autores costumam contrapor esse termo com a expressão *obiter dictum*²⁶.

A *ratio decidendi* seria um fundamento essencial para escolha de uma decisão e poderia ser utilizada em casos futuros sobre o mesmo tema, já o *obiter dictum* diria respeito a um fundamento dispensável, referente a circunstâncias de um caso específico que não necessariamente estariam presentes em casos posteriores sobre o mesmo tema ou a uma opinião de um Ministro sem pertinência direta com a decisão tomada e, portanto, teria uma força menor em outros casos²⁷.

A *ratio decidendi* de um caso poderia ser identificada tanto na sua elaboração, pelos juízes ou Ministros que a criaram, quanto na sua utilização em casos futuros, pelos juízes ou Ministros que a aplicaram ou a refutaram.²⁸ Sendo assim, as *rationes* consideradas por aqueles que as criaram poderiam ser diferentes das verificadas por aqueles que as utilizaram posteriormente, uma vez que essa identificação é uma questão de interpretação.

²⁵ Algumas definições são apresentadas em MACCORMICK e SUMMERS (ed.), 1997:510-513.

²⁶ Com a intenção de verificar se algum Ministro do STF já havia utilizado esses termos em um julgamento do Tribunal, me dirigi ao site do Supremo, na seção "JURISPRUDÊNCIA" → "Pesquisa", utilizando as expressões "*ratio adj decidendi*" e "*obiter adj dictum*". Pude, então, constatar que os Ministros já utilizaram as expressões e que, na página 288 do RE 194662 ED, o Ministro Gilmar Mendes chega a fazer a contraposição dos termos: "*Aqui, afigura-se fundamental a distinção entre "ratio decidendi" e "obiter dictum", tendo em vista a necessidade ou a imprescindibilidade dos argumentos para formação da decisão obtida (Cf. sobre o assunto, Winfried Schlüter, Das Obiter Dictum, Munique, 1973, p.77 s). Embora possa haver controvérsia sobre a distinção entre "ratio decidendi" e "obiter dictum", é certo que um critério menos impreciso indica que integra a "ratio decidendi" premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão (Cf. Schlüter, op. Cit., p 85).*"

²⁷ VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2008:8. MENDES, estudo dirigido:2.

²⁸ "(...) pode-se dizer, em síntese, que há dois momentos em que é possível o reconhecimento da criação da *ratio decidendi* de um determinado caso. O primeiro momento é o da própria decisão, em que a *ratio decidendi* é formada pelos juízes, no caso de decisões colegiadas, ou pelo juiz singular para a solução do caso concreto. Quem decide nesse cenário o que é *ratio decidendi* é o juiz envolvido na decisão. O segundo momento trata da identificação e do uso da *ratio decidendi* de casos anteriores em novos casos (uso de precedentes). A *ratio decidendi* do caso anterior é interpretada e extraída pelo juiz do novo caso. Por ser fruto de um processo de interpretação, não necessariamente se está falando da mesma *ratio decidendi* que os juízes do caso anterior entenderam formar." (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2008:12). Os dois momentos também aparecem nas definições de *ratio decidendi* em MACCORMICK e SUMMERS (ed.), 1997:506-507.

3.3. Particularidades do STF

Devido à existência de algumas peculiaridades no STF²⁹, mencionadas abaixo, a identificação das *rationes* desse Tribunal, seja por seus próprios Ministros, seja pelos leitores de suas decisões, fica prejudicada.

Diferentemente da Suprema Corte dos Estados Unidos ou da Corte Constitucional Alemã, no STF, cada Ministro profere seu voto individualmente, ou seja, não há uma decisão do Tribunal, mas um conjunto de decisões proferidas pelos Ministros que o compõem. Com isso, fica difícil identificar uma *ratio* da Corte, pois essa *ratio*, na verdade, seria composta pelas *rationes* mais utilizadas nos votos dos Ministros.

Se existisse um diálogo efetivo entre os Ministros antes da elaboração de seus votos, o problema exposto anteriormente seria menor. Entretanto, os votos, geralmente, são redigidos antes do debate oral, impedindo que a decisão de cada Ministro seja influenciada pela discussão com os outros. Nesse contexto, a sentença do STF seria o resultado de um placar.

Ouro problema é que, muitas vezes, as *rationes* de um caso, ou grande parte delas, ficam concentradas no voto do relator, uma vez que ele é o primeiro a se pronunciar e os demais Ministros, não raramente, apenas, seguem ou refutam seus fundamentos.

Apesar dessas dificuldades, neste trabalho haverá um esforço de análise da utilização dessas *rationes*, com o intuito de verificar como dialogam o MI 107 QO e os demais casos analisados – nos quais o STF definiu uma regra que permitiria a imediata fruição do direito. Para tanto, como exposto no capítulo metodológico, serão analisadas as justificativas utilizadas pelos Ministros para a concessão de nova solução ao Mandado de Injunção, levando em consideração os fundamentos expostos no *leading case* da matéria.

²⁹ Algumas particularidades do STF que podem influenciar na elaboração e na identificação das *rationes decidendi* de suas decisões são apresentadas em VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2008:13-17.

4. A QUESTÃO DE ORDEM DO MI 107

Ao apreciar a Questão de Ordem do MI 107, o Ministro Moreira Alves, relator, iniciou seu voto refutando o argumento de que o Mandado de Injunção seria auto-aplicável pela exclusiva razão de estar no artigo 5º da Constituição e, portanto, sujeitar-se ao seu §1º, que dispõe: "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*". Para ele, a norma transcrita não tinha caráter absoluto, uma vez que alguns incisos³⁰ do próprio artigo 5º exigiam explicitamente regulamentação por lei.

Ainda que a norma não se referisse à necessidade de regulamentação de modo explícito, para o Ministro, isso poderia ser constatado quando a norma não pudesse ser aplicada por não constituir "*um todo completo*"³¹. Assim, como no dispositivo que trata do Mandado de Injunção não havia nenhuma referência expressa a normas reguladoras, dever-se-ia verificar a sua completude.

Com esse intuito, o Ministro transcreveu os artigos constitucionais que tratam do instrumento processual³² e, com base neles, deduziu que só

³⁰ Os incisos citados pelo Ministro Moreira Alves no MI 107 QO são: VII, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXII, XXXVIII, XLI, XLII, XLVI, LXXVI e LXXVII.

³¹ Acredito que a expressão "*um todo completo*", utilizada por Moreira Alves, possa ser interpretada pelas palavras que o próprio Ministro usa na página 29 do MI 107 QO: "(...) constituir ela [a norma constitucional], ou não, por si só, um todo capaz de ser aplicado de imediato, sem necessidade de suplementação de lei ordinária."

³² "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. (...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão."

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os

seria possível identificar a legitimidade ativa³³ e os órgãos competentes para o julgamento dessa ação³⁴; faltando, portanto, preceitos expressos, com relação à legitimidade passiva, à natureza e aos efeitos da providência jurisdicional dela decorrente e ao seu procedimento³⁵. Isto acabou levando, segundo o Relator, à construção de duas orientações diferentes quanto ao caráter que a Constituição Federal quis imprimir a esse instituto.

A primeira delas defende que o Mandado de Injunção deveria ser proposto contra o Poder, o órgão, a entidade ou a autoridade responsável pela elaboração da norma que viabilizaria os direitos, garantias e prerrogativas, aos quais se refere o artigo 5º, LXXI. Já a segunda sustenta que deveria ser proposto contra a pessoa jurídica, de direito público ou privado, responsável pelo cumprimento do dever, correspondente aos direitos, garantias e prerrogativas do artigo citado.

Além disso, enquanto a primeira afirma que a sentença do MI deveria declarar a omissão, exigindo que os responsáveis tomassem as providências necessárias, podendo, inclusive, impor prazos para isso; a segunda defende que a sentença do MI deveria viabilizar o exercício do direito, garantia ou prerrogativa ofendidos por meio de regulamentação da norma constitucional pelo próprio Tribunal.

De fato, o entendimento de que apenas o órgão responsável pela edição da norma é legitimado passivo mostra-se incompatível com uma sentença que indique como o direito constitucional deva ser viabilizado, uma vez que o órgão responsável pelo cumprimento do dever não integraria o processo, nem teria a garantia de contraditório e de ampla defesa.

casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.”

“Art. 121. [não transcrito] (...)

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: (...)

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.”

³³ “(...) ação a ser proposta por aquele a que, no caso concreto, é outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, direito, liberdade ou prerrogativas esses que não podem ser exercitadas por falta de norma regulamentadora (...)” (p. 31 do MI 107 QO)

³⁴ “(...) ação ajuizável perante órgão do Poder Judiciário competente em razão do Poder, do Órgão, da Entidade ou da Autoridade cuja omissão torna inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa já referidos (...)” (p. 31 do MI 107 QO)

³⁵ Exceto, segundo o Ministro, o recurso ordinário, para o STF, de decisão denegatória de MI, julgada em única instância, pelos Tribunais Superiores; e a possibilidade de recurso de decisão denegatória de MI, julgada pelo Tribunal Regional Eleitoral.

4.1. *Rationes* do MI 107 QO

A partir das possíveis orientações, com relação ao Mandado de Injunção, expostas pelo Ministro Moreira Alves no MI 107 QO, o Tribunal acordou que esse instrumento processual se destinava a comunicar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma faltante e dele exigir que as providências necessárias fossem tomadas para que cessasse a inconstitucionalidade.

As *rationes decidendi* da argumentação desenvolvida para adoção desse entendimento serão extraídas, principalmente, do voto do Ministro relator, pois, como visto, nesse julgamento, todos os Ministros acompanharam o seu entendimento e, inclusive, grande parte deles apresentou, como justificativa de seus votos, apenas o fato de concordar com os fundamentos colocados pelo Ministro Moreira Alves.

Para identificá-las, pareceu relevante a declaração do próprio relator, presente nas páginas 40 e 41 do MI 107 QO, uma vez que nela o Ministro apresentou os motivos pelos quais considerou que a CF não permitiu a elaboração da norma reguladora faltante pelo STF na ADI por omissão³⁶. Para ele, essas explicações também se aplicariam ao MI:

“Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à **separação de Poderes** (arts. 2º e 60, §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que **ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei** (art. 5º, II), e que, também, atento ao **princípio democrático**, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.” (grifei)

³⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Sendo assim, a partir dessa declaração e da análise do acórdão, os argumentos apresentados para justificar a posição adotada pelo STF no *leading case* da matéria podem ser incluídos em três grupos de *rationes*³⁷: (i) defesa da separação de Poderes, (ii) defesa da segurança jurídica, e (iii) defesa do princípio democrático. Além desses três grupos, as considerações feitas sobre a impossibilidade da elaboração, pelo STF, da norma regulamentadora, seja com efeitos tanto *inter partes* seja com efeitos *erga omnes*, também podem ser consideradas *rationes* desse caso.

4.1.1. Defesa da separação de Poderes

O princípio da separação de Poderes, cláusula pétrea da Constituição, está disciplinado nos artigos 2º e 60, §4º, III da CF³⁸:

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

“Art. 60. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

III - a separação dos Poderes.”

No MI 107 QO, o Ministro Moreira Alves observou que, ao longo dos trabalhos da Constituinte³⁹, foi estabelecido que o Poder Judiciário não teria

³⁷ A identificação das *rationes* de uma decisão depende da interpretação do leitor. As *rationes* aqui apresentadas foram obtidas a partir de um esforço interpretativo da autora deste trabalho após a análise do MI 107 QO.

³⁸ Não cabe no âmbito deste estudo uma exposição a respeito das discussões doutrinárias sobre o princípio da separação dos poderes.

³⁹ Cf. Min. Moreira Alves, nas pp. 39 e 40 do MI 107 QO: “De fato, como se vê na obra Projetos de Constituição (Quadro Comparativo) editada pelo Senado Federal, a pág. 199, o §2º do artigo 103 da Constituição Federal resultou da fusão de dois parágrafos que vieram dos Projetos aprovados nas Comissões Temáticas, e que tinham o teor seguinte:

“§2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo Supremo Tribunal Federal.

§3º - Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente”.

Esses dois parágrafos foram mantidos, *ipsis litteris*, no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização. Todavia, no Segundo Substitutivo dessa mesma Comissão, foram eles fundidos num único parágrafo, em que se retirou a possibilidade de suprimimento da

competência para legislar ao julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, devido, em sua opinião, entre outros motivos, ao princípio da separação dos Poderes.

Para ele, pela mesma razão, nenhum juiz ou Ministro poderia estender a casos análogos a sentença de um Mandado de Injunção⁴⁰ em que o próprio Tribunal fosse o responsável pela elaboração da norma regulamentadora. Dessa forma, o princípio da separação dos Poderes seria um óbice às sentenças de MIs nas quais o Poder Judiciário definisse uma norma que tornasse possível o imediato exercício do direito constitucional.

Segundo o Ministro, o Judiciário só teria iniciativa legislativa nas situações expressamente definidas pela Constituição ou que fossem necessárias para o seu próprio funcionamento⁴¹. O MI não corresponderia a nenhum desses casos, pois, tanto com uma regulamentação do texto constitucional com eficácia *inter partes*, como com uma regulamentação *erga omnes*, o Judiciário exerceria função que não foi atribuída sequer no âmbito da ADI por omissão devido ao princípio de Separação dos Poderes⁴².

Reforçando essa idéia, o Ministro Celso de Mello sustentou que o Judiciário deveria respeitar o princípio da divisão funcional dos Poderes e que, portanto, não estaria autorizado a exercer funções normativas que lhe fossem estranhas nos julgamentos de MIs⁴³.

regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, deixando-lhe, apenas, a possibilidade de assinar prazo ao órgão do Poder competente omissis:

“§2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

E, no Projeto Final dessa Comissão de Sistematização, é que surgiu a redação que foi acolhida no texto constitucional vigente:

“§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”.

⁴⁰ O Ministro Moreira Alves, nessa explicação, vincula a *ratio* da defesa da separação dos Poderes apenas à sentença constitutiva com eficácia *erga omnes*. (p. 39 do MI 107 QO).

⁴¹ Páginas 39 a 41 do MI 107 QO.

⁴² Página 41 do MI 107 QO.

⁴³ Páginas 58 e 59 do MI 107 QO.

4.1.2. Defesa da segurança jurídica

A questão da segurança jurídica é invocada pelos Ministros, no MI 107 QO, por meio de referência ao artigo 5º, II e XXXVI da CF:

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Em seu voto, o relator sustentou que, caso a decisão do Tribunal no MI viabilizasse, por meio de regulamentação do Tribunal, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa prejudicados por uma omissão do Estado, em diversos momentos, os particulares seriam responsabilizados. Nessas situações, o Tribunal criaria deveres que os particulares não tinham anteriormente, uma vez que não havia a lei, mas tão-somente um direito constitucional sem a definição dos correspondentes deveres⁴⁴.

No entender do Ministro relator, a maneira como a ADI por omissão estava regulada pela CF – declaração da omissão ao Legislativo – era a que se compatibilizava com o direito fundamental de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁴⁵

Para o Ministro Moreira Alves, por sua vez, caso a decisão viabilizasse, por regulação do Tribunal, a fruição do direito ofendido e tivesse efeito *inter partes*⁴⁶, a sentença faria coisa julgada e não poderia ser modificada caso a norma legislativa fosse editada posteriormente ao julgamento.

Além disso, considerando esses mesmos efeitos, haveria, na opinião do Ministro, a possibilidade de serem conferidas soluções diversas a MIs

⁴⁴ Página 35 do MI 107 QO.

⁴⁵ Páginas 40 e 41 do MI 107 QO.

⁴⁶ O Ministro Moreira Alves, nessa explicação, vincula a *ratio* da defesa da segurança jurídica apenas à sentença constitutiva com eficácia *inter partes*. (p. 38 do MI 107 QO)

semelhantes⁴⁷. Isso demonstra uma preocupação com a preservação do princípio da isonomia, embora o Ministro não tenha se referido expressamente a ele.

4.1.3. Defesa do princípio democrático

O principal dispositivo constitucional a consagrar o princípio democrático é o artigo 1º da Constituição:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

No *leading case*, objeto desse estudo, o Ministro Moreira Alves se utilizou das palavras de Calmon de Passos para transmitir seu posicionamento de que o Tribunal não poderia proferir sentença na qual definisse uma norma para viabilizar o direito ofendido nos casos que envolvessem alocação de recursos ou organização de serviços, uma vez que, nessas situações, a decisão teria que ser estendida a todos que estivessem na mesma situação.

Dessa forma, para o Ministro, caso o STF decidisse que o Tribunal poderia, nas sentenças de MI, regulamentar a norma constitucional, a maioria das omissões não poderia ser objeto de análise do Tribunal, pois envolveria decisões políticas, que deveriam ser feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros são eleitos pela população⁴⁸.

⁴⁷ Páginas 37, 38 e 41 do MI 107 QO.

⁴⁸ Páginas 36 e 37 do MI 107 QO.

O Ministro Sepúlveda Pertence concordou com o relator, afirmando que, caso o suprimento da omissão dependesse de opções de prioridade e de organização administrativa, deveria ser feito pelos órgãos de representação popular e não pelo Judiciário⁴⁹.

Ainda declarou que seria um ilusionismo político imaginar que as sentenças em MI poderiam dar efetividade concreta a todos os direitos de uma Constituição transformadora, como a de 1988. Para ele, essa efetividade dependeria das pressões sociais sobre os órgãos responsáveis pelas decisões políticas, características de uma democracia⁵⁰.

4.1.4. Impedimentos aos efeitos erga omnes e inter partes da sentença na qual o STF regulamentasse a norma constitucional para viabilizar o exercício do direito

Segundo o Ministro Moreira Alves, existiria o entendimento, defendido por alguns, de que a decisão do MI na qual o STF regulamentasse a norma constitucional deveria produzir efeitos *erga omnes*⁵¹. Nesse caso, a sentença, que estabeleceria a norma necessária ao exercício do direito, garantia ou prerrogativa ofendidos, poderia ser estendida a todos os casos análogos.

Porém, para o relator do MI 107 QO, se à sentença do MI fossem conferidos esses efeitos ou, ainda que os efeitos fossem *inter partes*, mas alcançassem uma coletividade, o Mandado de Injunção esvaziaria a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

O motivo para essa afirmação é que qualquer pessoa – e não só a que fosse legitimada, como no caso da ADI por omissão – poderia impetrar um MI e obter efeitos que superariam os da ADI por omissão. E isto em defesa de interesses individuais, em virtude da inviabilização do exercício de

⁴⁹ Páginas 72 e 73 do MI 107 QO.

⁵⁰ Página 74 do MI 107 QO.

⁵¹ “Essa segunda orientação apresenta variantes: (...) alguns sustentam que a regulamentação obtida por meio de mandado de injunção teria eficácia extensível a todos os casos análogos (eficácia erga omnes) (...)” (p. 35 do MI 107 QO)

um direito, garantia ou prerrogativa, mas não em defesa da Constituição, devido a falta de norma regulamentadora⁵².

Ainda de acordo com o Ministro, também existiria o entendimento de que a decisão do MI na qual o STF regulamentasse a norma constitucional deveria produzir efeitos *inter partes*⁵³. Nesse caso, a sentença, que estabeleceria a norma necessária ao exercício do direito, garantia ou prerrogativa ofendidos, vincularia apenas as partes envolvidas no caso concreto.

Para ele, caso esse entendimento fosse adotado, se uma omissão inconstitucional afetasse o exercício das prerrogativas referentes à soberania popular, a sentença *inter partes* não conseguiria viabilizá-lo devido ao caráter coletivo que apresentam⁵⁴. O Ministro Sepúlveda Pertence complementou esse raciocínio, sustentando que os direitos trabalhistas⁵⁵ também não poderiam ser viabilizados desse modo⁵⁶.

⁵² Páginas 38 e 39 do MI 107 QO.

⁵³ “Essa segunda orientação apresenta variantes: (...) outros entendem que essa eficácia se adstringiria ao caso concreto (...)” (p. 35 do MI 107 QO)

⁵⁴ Página 36 do MI 107 QO.

⁵⁵ Em sua opinião, os direitos constitucionais que, talvez, mais dependessem de regulamentação.

⁵⁶ Página 68 do MI 107 QO.

5. MUDOU O ENTENDIMENTO DO STF EM RELAÇÃO AO QUE FOI DEFINIDO NO MI 107 QO?

5.1. Breve descrição das soluções dadas em casos posteriores

Nos julgamentos dos MIs que se seguiram a Questão de Ordem do MI 107, novos efeitos, que não haviam sido expressamente refutados no julgamento do *leading case* da matéria, foram concedidos a esse instrumento processual. A análise, feita a seguir, sobre as diferentes soluções que o STF já conferiu a esse instituto será importante para verificar se o Tribunal alterou sua jurisprudência com relação ao assunto.

Nove meses depois do julgamento da Questão de Ordem do MI 107, o STF apreciou o MI 219, em que titulares de mandatos de Deputado Federal, pelo estado de São Paulo, sustentavam que a falta da norma regulamentadora a que se refere o artigo 45, §1º da CF⁵⁷ obstava o exercício das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania.

Os impetrantes pleiteavam que o Tribunal resolvesse o caso concreto, fixando o número de deputados representantes do estado de São Paulo em setenta – limite máximo estabelecido pelo artigo constitucional –, pois, considerando que esse estado reunia mais de um quinto da população nacional e mais do dobro da mantida pelo segundo estado mais populoso, 70 seria o número que constaria na lei, caso existisse.

O Mandado de Injunção foi deferido em parte pela maioria do Plenário, que, mantendo a orientação adotada no MI 107 QO, reconheceu a omissão do órgão competente quanto à elaboração da lei complementar e lhe deu ciência dessa situação a fim de que as providências necessárias fossem tomadas.

⁵⁷ “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.”

Sete meses depois, o STF julgou o MI 283, no qual os impetrantes relatavam que haviam sido impedidos, pelas Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nºs S-50-GM5 e S-285-GM5, de exercer profissão para a qual estavam habilitados e que, por consequência dessa proibição, tinham direito constitucional a uma reparação econômica, cujo exercício estava obstado pela falta da norma regulamentadora a que se refere o artigo 8º, §3º da ADCT⁵⁸. Em decorrência dessa omissão, os requerentes pediam que a indenização fosse baseada na remuneração de um piloto de Boeing 737 e correspondente ao tempo a que cada impetrante deixou de exercer a atividade em razão das Portarias.

O STF continuou comunicando a mora ao órgão legislativo, mas, nesse caso, também conferiu prazo para a elaboração da norma faltante de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial. Caso não houvesse respeito à determinação, passaria a ser reconhecida, ao impetrante, a faculdade de obter, no juízo comum, a indenização de que trata a lei não concluída.

Dessa forma, conforme visto anteriormente, nesse caso, o STF não definiu as regras que possibilitariam o exercício do direito constitucional. Daí a crítica feita pelo Ministro Marco Aurélio, também no julgamento do MI 283, de que a Corte estaria transferindo a definição desses parâmetros, atividade que seria de sua competência, para o Juízo comum.

Após cinco meses, o STF apreciou o MI 232, em que entidade civil de fins filantrópicos, dedicada à prestação de assistência social, alegava que a falta de norma regulamentadora a que se refere o artigo 195, §7º⁵⁹ da

⁵⁸ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (...)

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição."

⁵⁹ "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

Constituição impedia o exercício do seu direito de isenção de contribuição previdenciária. A entidade também alegou que essa norma deveria ter sido editada, no máximo, depois de um ano da promulgação da CF, conforme estabelece o artigo 59 do ADCT.

Requeru o impetrante que o Tribunal estabelecesse os requisitos a serem preenchidos pela entidade para que ela pudesse exercer o seu direito de imunidade de contribuição para a seguridade social. E o STF mais uma vez conferiu prazo ao Congresso, dessa vez com duração de seis meses e sob pena de o requerente passar a desfrutar do direito reclamado, sem ter que observar critério algum⁶⁰.

Aqui, mais uma vez, diferentemente dos casos da greve do servidor público e da aposentadoria especial, como será visto adiante, o Tribunal não estabeleceu os critérios que permitiriam a imediata fruição do direito constitucional.

Passados quatro meses, voltou à apreciação do Supremo um MI sobre reparação econômica aos impedidos de exercer profissão (artigo 8º, §3º da ADCT), cuja norma regulamentadora ficou sujeita a elaboração, pelo Congresso, dentro de um prazo de 45 dias. Os Ministros constataram, então, que a lei ainda não havia sido formulada e decidiram que, nessa situação, o impetrante passaria a ter a faculdade de acesso imediato ao juízo comum, para apuração da indenização devida. Entendimento que se manteve no julgamento dos demais casos sobre o assunto.

Nos MIs que não tratavam do artigo 8º, §3º da ADCT, entretanto, o STF apenas reconheceu a omissão do órgão competente quanto à elaboração da lei complementar e lhe deu ciência dessa situação a fim de que as providências necessárias fossem tomadas, sem estipulação de prazo algum, tal qual decidido no MI 219.

A partir do julgamento dos MIs 721 e 712, respectivamente, nos dias 30 de agosto e 25 de outubro⁶¹ de 2007, o próprio STF passou a definir qual

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei."

⁶⁰ Os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, vencidos nesse caso, sustentavam a aplicação, por empréstimo, dos dispositivos do CTN sobre imunidade relativa aos tributos.

⁶¹ Nesse dia também foram julgados os MIs 670 e 708.

regra seria utilizada para a viabilizar a fruição do direito constitucional, prejudicada pela falta de norma regulamentadora.

No MI 721, uma auxiliar de enfermagem alegava que a falta da norma regulamentadora a que se refere o artigo 4º, §4º da Constituição⁶² impedia o recebimento de aposentadoria especial, a que tinha direito por exercer, durante mais de 25 anos, atividade considerada insalubre. A impetrante pedia que a lacuna normativa fosse suprida para que pudesse obter sua aposentadoria. O Tribunal, então, determinou que o artigo 57 da Lei 8213, que regula o regime geral de previdência social, regulamentaria a norma constitucional.

Por sua vez, o MI 712, foi impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará com o objetivo de que fosse concedida efetividade ao artigo 37, VII da CF⁶³. Para isso, exigia que a Lei Federal 7783/89, que disciplina o direito de greve na iniciativa privada, pudesse ser utilizada até a edição da norma regulamentadora a que se refere o artigo citado. O STF acolheu o pedido e estabeleceu que a Lei poderia ser utilizada no que coubesse, levando-se em consideração a diferença entre os regimes público e privado.

⁶² "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

"§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

⁶³ "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:" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

"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)

5.2. O caso da aposentadoria especial

O Relator do MI 721, primeiro caso no qual o Tribunal definiu a norma que permitiria a fruição do direito constitucional, foi o Ministro Marco Aurélio, que já defendia o entendimento de que a Corte deveria estabelecer as balizas necessárias para viabilizar o exercício do direito constitucional no caso concreto.

No seu voto, o Ministro convocou o STF a rever o posicionamento que vinha sendo adotado por aquele Tribunal quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, uma vez que, em sua opinião, a inércia legislativa estava provocando conseqüências que seriam indesejáveis⁶⁴.

Todos os Ministros que votaram em seguida parecem ter levado em conta as considerações feitas pelo Relator, concordando com a aplicação do artigo 57 da Lei 8213, que regula o regime geral de previdência social, para os casos de aposentadoria especial por insalubridade dos servidores públicos.

O Ministro Eros Grau sustentou que a decisão do STF deveria ter eficácia e não apenas determinar inutilmente que o Legislativo cumprisse o seu dever⁶⁵. De acordo com o Ministro, a Corte deveria exercer a função normativa que a Constituição Federal lhe concedeu na resolução de MIs e determinar a regulamentação necessária para a viabilização do exercício do direito constitucional⁶⁶.

Os outros Ministros com votos escritos no MI 721, Ricardo Lewandowski⁶⁷ e Carlos Britto⁶⁸, sustentaram que o STF deveria conceder maior efetividade e eficácia ao Mandado de Injunção, concordando com a aplicação da norma geral.

Nos casos seguintes sobre o assunto, o Tribunal manteve o novo entendimento, utilizando os motivos expostos no MI 721. A Ministra Carmen Lúcia apenas complementou a argumentação, destacando o voto do Ministro

⁶⁴ Páginas 9 e 10 do MI 721.

⁶⁵ Página 18 do MI 721.

⁶⁶ Páginas 24 a 28 do MI 721.

⁶⁷ Página 32 do MI 721.

⁶⁸ Página 33 do MI 721.

Celso de Mello no MI 715, no qual ele afirma que a omissão legislativa contribuiria para o desprestígio da Constituição, já que, como o direito assegurado pela Carta não podia ser exercido sem regulação, a omissão equivaleria à própria inexistência de uma previsão constitucional do direito⁶⁹.

Às decisões desse conjunto de MIs foi atribuída eficácia *inter partes*, sendo que os Ministros nem chegaram a discutir a possibilidade de efeitos *erga omnes* serem determinados. No entanto, o Ministro Joaquim Barbosa sugeriu, em QO do MI 795, que o julgamento desses MIs fosse monocrático, tendo em vista o entendimento que o STF tinha consolidado sobre a maneira de viabilizar o direito da aposentadoria especial dos servidores públicos.

Apesar do obstáculo, apresentado pelo Ministro Marco Aurélio, de que não haveria autorização regimental para esses julgamentos monocráticos, a sugestão foi acatada pela Corte. Segue o trecho em que essa questão é discutida:

“QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Senhor Presidente, talvez fosse o caso de o Plenário autorizar o julgamento monocrático em todos, já que todos nós temos dezenas de processos da mesma natureza.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, devo manter coerência com o que tenho sustentado neste Plenário. De duas, uma: ou há autorização regimental para se proceder no campo monocrático – e então se procede segundo o critério do relator – ou não há essa autorização. Não é possível simplesmente, no calor de um julgamento, assentar-se autorização linear aos Ministros para decidirem, não trazendo o processo ao Colegiado.

Por isso, pronuncio-me de forma contrária à solução da questão de ordem veiculada pelo Ministro Joaquim Barbosa.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, a questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa não obriga que se julgue

⁶⁹ Página 94 do MI 795.

monocraticamente. Faculta ao Relator o julgamento monocrático ou trazer o feito ao Plenário da Cada.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ela é bem circunscrita, ou seja, só para aqueles casos absolutamente idênticos ao precedente.”⁷⁰

Por fim, cabe ressaltar que os requerentes deveriam sempre se submeter às instâncias administrativas competentes para comprovar a insalubridade que garantiria o direito à aposentadoria especial.

5.3. O caso do direito de greve dos servidores públicos

Nos Mandados de Injunção em que os servidores públicos requeriam a viabilização do exercício do direito de greve, previsto no artigo 37, VII da CF, discutiu-se se a lei que regula o regime privado também poderia ser aplicada a esses servidores, uma vez que o Poder Legislativo encontrava-se omissa quanto à elaboração da lei que regulamentaria a greve no âmbito público.

O Ministro Eros Grau ponderou que os regimes seriam diferentes, pois, na relação privada, os interesses privados dos empregadores se contrapõem aos dos empregados, enquanto na relação estatutária, os interesses dos cidadãos, que necessitam da prestação do serviço, é que se contrapõem aos dos trabalhadores.

De acordo com suas palavras:

“(...) na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular do capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter,

⁷⁰ Cf. pp. 100 a 102 do MI 795.

efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício.

O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito do qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. Vale dizer: a greve no serviço público não compromete diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. (...)”⁷¹

Além disso, o Ministro sustentou que, como os trabalhadores públicos são os responsáveis pela prestação dos serviços públicos, deveriam assegurar sua continuidade, em benefício do todo social. E, tendo em vista essas peculiaridades de cada regime, concluiu que a lei do campo privado não poderia ser aplicada aos servidores públicos sem algumas alterações:

“Por isso tenho que a Lei n. 7.783, de 20.06.89, atinente à greve dos trabalhadores em geral, não se presta, sem determinados acréscimos, bem assim algumas reduções do seu texto, a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Este reclama, em certos pontos regulação peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. Trata-se aí de atividades próprias do setor privado, de um lado --- ainda que essenciais voltadas ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade - - e de atividades próprias do Estado, de outro.”⁷²

Segundo o Ministro, as alterações que permitiriam a viabilização do exercício do direito de greve pelos servidores públicos deveriam ser estabelecidas pelo STF, de maneira que a coesão e a interdependência social, decorrentes da prestação continuada dos serviços públicos, fossem preservadas⁷³.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o STF não deveria estipular as mudanças da lei privada, mas determinar que essa lei fosse aplicada, no que coubesse, ao âmbito público, considerando o imperativo de continuidade que rege esse sistema, e facultando ao juízo competente – o

⁷¹ Cf. pp. 395 e 396 do MI 712.

⁷² Cf. p. 397 do MI 712.

⁷³ Página 402 do MI 712.

Ministro se referiu nos MIs 670 e 708 à competência dos tribunais inferiores – a imposição de regime mais severo, de acordo com o caso concreto⁷⁴.

Conforme o Ministro, esta solução seria compatível com o princípio da separação dos Poderes, já que o Judiciário estaria utilizando uma produção legislativa, sem precisar, portanto, elaborar os termos de uma norma. Com isso, a Corte evitaria que sua regulamentação pudesse ser considerada lacunosa, o que demandaria recorrentes manifestações do Tribunal acerca de seus limites⁷⁵.

Posteriormente, o Ministro Eros Grau alterou seu entendimento e concordou com o que havia sido estabelecido pelo Ministro Gilmar Mendes. A conclusão do Ministro Eros foi que:

“(…) sem nenhum reducionismo, apenas para tentar chegar a um ponto de consenso, o meu anteprojeto foi reduzido a doze linhas. Agora vou reduzi-lo a uma linha, mas que dirá tudo. É a conclusão do ministro Gilmar Mendes. Diz assim: “enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada, observado o princípio da continuidade do serviço público”. Perfeito.”⁷⁶

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, insistiu na crítica de que, ao determinar que instâncias inferiores pudessem impor regime mais severo aos casos de greve, o Tribunal estaria transferindo a essas instâncias a parte mais importante do julgamento de Mandados de Injunção, ou seja, a fixação dos parâmetros para o exercício do direito constitucional, para a qual o Juízo comum não seria competente⁷⁷. Sendo assim, o Ministro determinou que a lei privada fosse aplicada, impondo condições específicas para cada caso concreto⁷⁸.

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a lei que regula o regime privado não poderia ser aplicada ao regime público. Para sustentar seu ponto de vista, o Ministro argumentou que a própria lei proíbe essa

⁷⁴ Página 438 do MI 712.

⁷⁵ Páginas 303 e 304 do MI 708.

⁷⁶ Cf. p. 463 do MI 712.

⁷⁷ Páginas 448 a 451 do MI 712.

⁷⁸ Páginas 619 e 620 do MI 712.

hipótese⁷⁹ e que não haveria semelhança relevante entre as duas situações para permitir o uso da analogia.

Além disso, de acordo com o Ministro, a própria Constituição considerou as particularidades de cada regime e conferiu tratamento diverso a eles. Para ele, seria fácil perceber que as paralisações de cada sistema provocam conseqüências diferentes⁸⁰.

O Ministro também destacou a observação feita por Sepúlveda Pertence no MI 438 de que, caso a solução de um Mandado de Injunção fosse a utilização de uma lei já existente, a ação não deveria sequer chegar a ser conhecida, uma vez que essa norma poderia ser aplicada por analogia, sem a necessidade de proposição de um MI⁸¹.

Por fim, nos MIs 712 e 670, o Ministro reconheceu o direito, desde que respeitado o princípio da continuidade, e determinou que cada caso concreto fosse analisado pelas autoridades competentes⁸². No MI 708, entretanto, o Ministro alterou seu entendimento, a fim de conferir efetividade real e concreta ao instituto, e criou dezesseis condições para a realização de greve no âmbito público⁸³.

Tais condições foram inspiradas na lei 7783/89, que regula a greve no serviço privado. Isso só foi possível porque o Ministro percebeu que ele apenas não admitia a aplicação integral da lei, devido à existência de alguns dispositivos que não se enquadrariam no regime estatutário⁸⁴.

Em suas palavras:

“Entretanto, refletindo melhor sobre o tema, e comungando com a preocupação já manifestada pelos meus eminentes pares, em julgamentos de casos análogos, no sentido de conferir-se efetividade real e concreta ao mandado de injunção, evoluo na minha concepção original, para conferir solução distinta ao presente caso, daquela que preconizei anteriormente.

E o faço extraíndo da própria Lei 7.783/89 princípios e regras que se parecem aplicáveis à hipótese, com vistas

⁷⁹ “Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido.”

⁸⁰ Páginas 479 a 781 do MI 712.

⁸¹ Página 476 do MI 712.

⁸² Página 484 do MI 712.

⁸³ Páginas 286 a 290 do MI 708.

⁸⁴ Páginas 560 e 561 do MI 712.

a formular, desse modo, regulamentação para o caso concreto, tendo como fonte de inspiração o texto legal já existente.”⁸⁵

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, admitiu reconhecer os riscos decorrentes da aplicação da lei que regula a greve do sistema privado para o regime público, entretanto, considerou que, caso o Tribunal se conformasse com a omissão, estaria se demitindo do cargo de guarda da Constituição, que havia sido confiado a ele⁸⁶.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, a lei privada não poderia ser utilizada no âmbito público porque a Corte estaria incentivando o Legislativo a, se quisesse, editar lei que, apenas, determinasse a aplicação da norma do sistema privado ao regime estatutário. Em sua opinião, isso poderia ser considerado inconstitucional, uma vez que a própria Constituição diferencia as greves desses regimes⁸⁷.

Além disso, de acordo com o Ministro, o Tribunal seria freqüentemente chamado a corrigir eventuais distorções dessa aplicação por meio da via de reclamação⁸⁸. Dessa forma, o Mandado de Injunção deveria somente permitir que os grevistas pudessem demonstrar, perante as instâncias apropriadas, que estavam exercendo direito garantido e limitado pela Constituição⁸⁹.

A decisão da maioria, entretanto, foi pela aplicação da lei privada ao regime público, nos moldes estabelecidos pelo Ministro Gilmar Mendes. Considerando isso, uma questão interessante, levantada no julgamento do MI 712 pelo Ministro Ricardo Lewandowski, consistia em saber como os servidores públicos poderiam fazer greve se a prestação dos serviços essenciais deveria ser mantida e todos os serviços públicos são considerados essenciais⁹⁰.

A fim de solucionar esse problema, o Ministro Carlos Britto defendeu que somente as atividades consideradas inadiáveis, que, em sua opinião, iriam além das consideradas essenciais, deveriam seguir o princípio da

⁸⁵ Cf. pp. 286 e 287 do MI 708.

⁸⁶ Página 527 do MI 712.

⁸⁷ Páginas 595 e 596 do MI 712.

⁸⁸ Páginas 596 e 597 do MI 712.

⁸⁹ Página 599 do MI 712.

⁹⁰ Página 553 do MI 712.

continuidade⁹¹. Já para o Ministro Eros Grau, os serviços públicos deveriam ser mantidos no mínimo de sua essencialidade, durante a greve⁹². Dessa forma, o artigo 10 da lei privada não se aplicaria ao regime público, devido a sua referência aos serviços essenciais⁹³. As explicações, então, parecem ter convencido o Ministro Lewandowski que concluiu: “*No meu voto, impeço a paralisação dos serviços inadiáveis.*”⁹⁴

Por fim, é interessante atentar para a definição da extensão dos efeitos da sentença dada nesses MIs, se *inter partes* ou *erga omnes*, questão que não é resolvida pelos Ministros nesses julgamentos. Isso porque, apesar de o Tribunal ter determinado que a lei privada poderia ser aplicada ao regime público, permitindo, dessa forma, o exercício do direito constitucional de greve, os Ministros também estabeleceram que as instâncias inferiores poderiam avaliar cada caso concreto e estabelecer disciplina mais rígida conforme fosse necessário.

Sendo assim, os efeitos da decisão do Tribunal parecem ter ficado entre *erga omnes* e *inter partes*, uma vez que a regulamentação comum a todos os casos poderia ser adaptada de acordo com as peculiaridades de cada situação.

Levando isso em consideração, vale observar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes de que as decisões proferidas nos casos de reparação econômica seriam *erga omnes* e, portanto, o posicionamento da Corte com relação à extensão dos efeitos do MI não estava sendo alterado:

“Há uma discussão ao na doutrina sobre o efeito do mandado de injunção etc. Mas veja: embora não se tenha explicitado isso de forma evidente, em todos os acórdãos a que nos referimos, aqui, parte-se da premissa de que nos casos em que tivemos um provimento de caráter concreto, foi concreto ma nom tropo. Tratou-se, na verdade, de uma decisão com eficácia **erga omnes**. A questão da anistia [caso da reparação econômica aos impedidos de exercer profissão] foi regulada.”⁹⁵

⁹¹ Página 557 do MI 712.

⁹² Página 558 do MI 712.

⁹³ Páginas 565 e 566 do MI 712.

⁹⁴ Página 560 do MI 712.

⁹⁵ Cf. pp. 454 e 455 do MI 712.

Contribuiu para a confusão, o fato de os Ministros Carlos Britto, Carmen Lúcia e Cezar Peluso terem sustentado que as decisões dos MIs deveriam ser restringir ao caso concreto⁹⁶, afirmando, entretanto, que acompanhavam o estabelecido pelo Ministro Gilmar Mendes⁹⁷, sendo que ele, como visto, determinou que os efeitos da sentença deveriam ser *erga omnes*.

Nos extratos de ata, inclusive, os votos dos Ministros Carlos Britto, Carmen Lúcia e Cezar Peluso não são considerados vencidos, apesar de os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio serem assim considerados justamente porque criaram parâmetros que se limitavam ao caso concreto.

Talvez, como a decisão do Tribunal parece ter ficado entre os dois efeitos, o que foi considerado *erga omnes* para o Ministro Gilmar Mendes pode ter sido considerado *inter partes* para os Ministros Carlos Britto, Carmen Lúcia e Cezar Peluso, já que conforme o Ministro Carlos Britto:

“Ambas as propostas são muito inteligentes, mas vou pedir vênua ao Ministro Lewandowski para perfilhar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, até porque já me pronunciei assim, numa das últimas assentadas. Eu julgava procedente o mandado para determinar a aplicação da Lei 7.783/89, **mutatis mutandis**, ou seja, com as adaptações necessárias às peculiaridades do caso. O Ministro Gilmar Mendes oferece uma decisão gerencial – digamos assim –, porque remete às instâncias judiciais processantes de cada feito o gerenciamento das peculiaridades, tomando por referência, é verdade o corpo normativo da Lei 7.783, que é uma lei monotemática, é uma lei produzida pelo Legislativo para resolver as questões de greve, no âmbito da iniciativa privada. Essa proposta do Ministro Gilmar é conciliatória: O Judiciário julga, para o caso concreto, indo buscar os seus parâmetros maiores na própria atividade legislativa.”⁹⁸

O próprio Ministro Gilmar Mendes considerou que a dúvida sobre quais seriam os efeitos concedidos à sentença ainda não precisaria ser

⁹⁶ Respectivamente, páginas 531, 543 e 548 do MI 712.

⁹⁷ Respectivamente, páginas 533, 543 e 566 do MI 712.

⁹⁸ Cf. pp. 342 e 343 do MI 708.

resolvida: “Se aqui se profere uma decisão com eficácia **erga omnes**, ou não, mas isso, na verdade, não precisa ser definido agora.”⁹⁹

5.3.1. A solução foi integração por analogia?

Com relação a esses casos, é interessante indagar se o Tribunal elaborou uma norma regulamentadora para viabilizar o exercício do direito de greve dos servidores públicos ou simplesmente supriu a lacuna com o procedimento da analogia, adotando a regulamentação privada. Nesse aspecto, vale observar o trecho abaixo:

“O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – (...) Parece-me ser complicado, ainda, é muito difícil obter um consenso de que vamos suprir uma omissão legislativa exercendo uma atividade legiferante, não há uma função normativa quando decidimos nesse caso. Baixamos um provimento, tomando de empréstimo uma lei fruto da atividade legislativa do Congresso Nacional.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Mas não aplicável à mesma categoria.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não mascaremos a coisa. Estamos aplicando uma lei que diz, expressamente, que não se aplica a greve dos servidores públicos. Poderíamos adotar a lei do Paraguai. Seria uma forma de legislar igualzinha a essa. Estamos tomando uma lei que, explicitamente, não se aplica à greve do servidor público e dizendo que, provisoriamente, ela se aplicará, com tais ou quais temperamentos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Muito bem. E essa decisão implica legislar? Acho que não.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Repito: é tanto legislação como se, em vez de adotar a lei brasileira de greve, adotássemos a lei paraguaia ou a uruguaia. Vamos citar Kelsen: é uma forma abreviada de legislar.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Tomando de empréstimo.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – E é completamente diferente da forma da integração de lacuna em caso subjetivo, no caso concreto. A decisão não ultrapassa os limites do caso dado. Aqui, não, estamos invocando por

⁹⁹ Cf. p. 306 do MI 708.

analogia todo um conjunto de normas de caráter abstrato, não há dúvida nenhuma.”¹⁰⁰

Do diálogo, é possível extrair que os Ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Cezar Peluso consideraram a solução escolhida pelo Tribunal como atividade legiferante, enquanto o Ministro Carlos Britto entendeu que não, pois o Tribunal, apenas, tomava de empréstimo aquilo que havia sido estipulado pelo próprio Poder Legislativo. Pode-se perceber, também, que, para o Ministro Cezar Peluso, a aplicação da lei privada ao caso público seria feita por meio da analogia.

O Ministro Lewandowski, por outro lado, considerando a definição de analogia feita por Noberto Bobbio – “*procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante*” –, sustentou que ela seria inaplicável a esse caso, já que, segundo o Ministro, não existiria semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado¹⁰¹.

Além disso, o Ministro citou um trecho do MI 438¹⁰², no qual o Ministro Sepúlveda Pertence faz um questionamento sobre o uso da analogia para a resolução dos Mandados de Injunção:

“Parece-me, na minha perspectiva, impossível, para quem conhece do mandado de injunção, depois, adotar uma norma de lei vigente, porque essa norma se aplicaria, ainda que por analogia, e obstaria o conhecimento do pedido de injunção.”

Dessa forma, na opinião do Ministro Pertence, se o caso pudesse ser resolvido pelo uso de analogia, mecanismo de integração reconhecido pela LICC¹⁰³, não haveria interesse na impetração da ação e o Mandado de Injunção não deveria ser conhecido¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cf. pp. 460 e 461 do MI 712.

¹⁰¹ Páginas 479 a 781 do MI 712.

¹⁰² Cf. pp. 476 do MI 712.

¹⁰³ Lei de Introdução ao Código Civil

¹⁰⁴ Para o Ministro Lewandowski, entretanto, a analogia não deveria ser utilizada nesse caso, porque a greve na esfera pública não seria semelhante à greve no âmbito privado. (p. 480 do MI 712).

Nos MIs 670 e 712, o Ministro garantiu o direito de greve dos servidores públicos, estabelecendo que o governo não poderia adotar medidas que inviabilizassem ou limitassem esse direito. No MI 708, assegurou o exercício do direito de greve desde que determinadas exigências, elaboradas pelo Ministro a partir da Lei 7.783/89, fossem atendidas.

Discordando do posicionamento do Ministro Sepúlveda, o Ministro Menezes Direito defendeu que não haveria nada que impedisse que o preenchimento de lacunas, na omissão, fosse feito com base nos mecanismos já existentes no direito positivo¹⁰⁵.

Para o Ministro, inclusive, a utilização, para os servidores públicos, da lei que regula a greve no âmbito privado reforçaria a separação dos Poderes, porque seria utilizada norma elaborada pelo próprio Poder Legislativo¹⁰⁶

O Ministro Eros Grau, por sua vez, afirmou que a utilização da lei privada ao regime público não se tratava de analogia, mas consistia em atividade normativa por parte do Tribunal¹⁰⁷.

5.4. A alteração verificada

Algumas passagens dos julgamentos dos MIs que tratam da aposentadoria especial e da greve dos servidores públicos revelam que, nesses casos, os Ministros acreditavam estar alterando a jurisprudência do Tribunal a respeito dos efeitos do Mandado de Injunção:

“O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A solução é absolutamente revolucionária. O ministro Gilmar Mendes tentou filiá-la aos Mandados de Injunção 283 e 322¹⁰⁸, mas que, realmente, foram muito mais tímidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Porque, nessa situação, erra muito mais singular.”¹⁰⁹

“O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Como testemunha ocular da história do mandado de injunção neste Plenário, é preciso ter a absoluta consciência de que estamos realmente dando uma virada radical na jurisprudência até aqui estabelecida.

¹⁰⁵ Páginas 294 e 295 do MI 708.

¹⁰⁶ Página 295 do MI 708.

¹⁰⁷ Página 487 do MI 712.

¹⁰⁸ Acredito que houve um equívoco na digitação, pois os casos cujos efeitos se diferenciavam da declaração de mora ao órgão omissor eram, além dos de reparação econômica aos impedidos de exercer profissão – em que o MI 283 foi o primeiro –, o de imunidade tributária de entidades beneficentes, com relação ao qual o único MI foi o 232.

¹⁰⁹ Página 456 do MI 712.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Essa virada, estamos assumindo-a conscientemente. Ela é radical

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – E estabelecendo precedente.”¹¹⁰

De fato, o Tribunal concedeu soluções diferentes ao Mandado de Injunção nos casos analisados, pois definiu quais regras possibilitariam o imediato exercício do direito constitucional, que, anteriormente, estava obstado¹¹¹.

Dessa forma, o Tribunal adotou um posicionamento mais interventivo em relação aos anteriores, uma vez que determinou qual seria a regulamentação das regras constitucionais que eram objeto dos MIs, até que fosse suprida a omissão pelo Legislativo. Entretanto a utilização da regra privada na resolução dos MIs não ainda representou o alinhamento do STF ao entendimento de parte da doutrina, que defende a criação *ad hoc* dos termos de uma nova norma pelo próprio Tribunal.

Apesar disso, nesses casos, como visto, houve uma mudança quanto aos efeitos dos Mandados de Injunção e, diante dessa constatação, torna-se necessário verificar em que medida essa alteração de entendimento é compatível com os fundamentos utilizados no MI 107 QO e de que maneira foi justificada pelos Ministros diante dos obstáculos, colocados nessa Questão de Ordem, a posicionamentos mais efetivos.

¹¹⁰ Páginas 461 e 462 do MI 712.

¹¹¹ Por mais que nos casos de reparação econômica aos impedidos de exercer profissão e de imunidade tributária de intensidades existisse a possibilidade de viabilização desses direitos, nunca o próprio STF havia estabelecido a regra que regulamentaria essa fruição.

6. COMO OS MINISTROS FUNDAMENTARAM A ADOÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO FRENTE AOS IMPEDIMENTOS APRESENTADOS NO MI 107 QO?

Tendo em vista que nos MIs que tratam da greve dos servidores públicos e nos que cuidam da aposentadoria especial por insalubridade houve a definição da norma que permitiria a imediata fruição dos direitos prejudicados, analisaremos como os Ministros justificaram essa solução diante dos impedimentos colocados à sua adoção no MI 107 QO.

O objetivo não é criticar os argumentos utilizados pelos Ministros, mas analisar se houve preocupação, por parte deles, de dialogar com os fundamentos apresentados no MI 107 QO, com o intuito de, ao fim do trabalho, verificar se é possível identificar as justificativas utilizadas para que a jurisprudência do Tribunal pudesse ser alterada.

Considerar-se-á que tenha existido um diálogo entre as decisões mais recentes e o *leading case* da matéria mesmo quando os Ministros não façam menção expressa ao MI 107 QO, desde que se refiram às *rationes* ali colocadas. Isto porque a contestação dos fundamentos que sustentaram esse MI é por si só relevante, uma vez que demonstra a preocupação dos Ministros em afastar uma *ratio* apresentada em outros casos, sobre o mesmo tema, decididos de forma diversa.

Talvez os Ministros não tenham feito referência expressa ao MI 107 QO porque os argumentos ali expostos continuaram a ser apresentados nos MIs que se seguiram, até que a jurisprudência do Tribunal fosse alterada. Assim, é possível que os Ministros considerassem os fundamentos das decisões anteriores à concessão do novo efeito ao MI em conjunto, sem sentir a necessidade de se referir expressamente a determinado caso.

6.1. Com relação à separação de Poderes

Pela leitura dos acórdãos selecionados, percebe-se que a única *ratio* do MI 107 QO afastada pelos Ministros nos casos posteriores, aqui

analisados, é a da defesa ao princípio da separação dos Poderes¹¹². Possivelmente, essa tenha sido a única *ratio* do MI 107 QO identificada pelos Ministros que alteraram a jurisprudência do Tribunal. Pode ser também que os Ministros tenham identificado outras *rationes*, mas não tenham se preocupado em utilizá-las ou afastá-las; o que deveria ter sido feito nesse caso¹¹³.

A fim de afastar o argumento da separação dos Poderes, os Ministros utilizaram seis raciocínios diferentes, descritos abaixo. Apesar de somente as idéias dos itens 6.1.1, 6.1.2, e 6.1.6¹¹⁴ terem sido utilizadas nos dois lotes de casos, as demais, empregadas apenas nos MIs que tratam da greve dos servidores públicos, aparentemente também poderiam ter sido aproveitadas nos casos em que se discute a aposentadoria especial.

6.1.1. Função normativa

Para afastar o óbice do princípio da separação dos Poderes, o Ministro Eros Grau defendeu que, ao proferir uma sentença na qual o próprio STF definisse a norma que possibilitaria o exercício do direito inviabilizado, os Ministros não estariam desempenhando função legislativa, mas normativa¹¹⁵:

“O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60 §4º, III --- é insubsistente.

Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece

¹¹² Lembrando que, com relação a essa *ratio*, os Ministros que participaram do julgamento do MI 107 QO consideraram que, caso o STF elaborasse uma norma para resolver os Mandados de Injunção, haveria ofensa a separação dos Poderes, motivo pelo qual o Constituinte também não permitiu que o Tribunal pudesse estabelecer normas para resolver a ADO por omissão. Além disso, defenderam que a criação de normas para resolução de MIs seria atividade normativa estranha para a Corte.

¹¹³ Vale reiterar que a identificação de *rationes* depende de interpretação.

¹¹⁴ A idéia desse item só foi utilizada nos casos que tratam da aposentadoria especial pelo Ministro Marco Aurélio no MI 721.

¹¹⁵ Páginas 24 a 28 do MI 721.

o artigo 40, §4º, da Constituição, função normativa, porem não legislativa.”¹¹⁶

De acordo com o Ministro, a primeira dessas funções decorreria da classificação institucional, baseada em um critério subjetivo; a segunda, por sua vez, derivaria de outra classificação, baseada em um critério material. Enquanto a primeira classificação comportaria as funções legislativa, executiva e jurisdicional; a segunda conteria as funções normativa (de produção das normas jurídicas), administrativa (de execução das normas jurídicas), e jurisdicional (de aplicação das normas jurídicas).

A função legislativa seria, na sua concepção, maior e menor que a normativa: maior porque abrangeria a elaboração de atos administrativos sob forma de leis; e menor porque só abrangeria normas jurídicas contidas em lei, excluindo, assim, regimentos publicados pelo Judiciário e regulamentos expedidos pelo Executivo. Dessa forma, a função normativa compreenderia as funções legislativa, regimental e regulamentar.

A partir da diferenciação entre funções legislativa e normativa, o Ministro concluiu que a formulação supletiva da norma reclamada pelo Judiciário não constituiria interferência indevida na função legislativa, mas se trataria de uma atividade normativa conferida ao Judiciário pela Constituição¹¹⁷. Assim, a função regimental não seria a única atribuída ao Judiciário; também caberia a esse Poder, dentro da função normativa, formular a norma regulamentadora reclamada por meio de Mandado de Injunção.

Entretanto, como já visto, o dispositivo constitucional relativo ao Mandado de Injunção não revela expressamente que medidas devem ser tomadas pelo Judiciário quando o MI for considerado procedente. Foi exatamente essa falta de regulação expressa combinada com o entendimento de que o MI seria auto-aplicável que fez com duas

¹¹⁶ Cf. pp. 24 e 25 do MI 721.

¹¹⁷ “Daí que a função *normativa* compreende a função *legislativa* [enquanto a produção de textos normativos], a função *regimental* e a função *regulamentar*.

Quanto à *regimental*, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. (...)” (p. 27 do MI 721)

orientações, quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, pudessem ser expostas pelo Ministro Moreira Alves no MI 107 QO.

6.1.2. A Constituição institui o MI

Outro fundamento que o Ministro Eros Grau utilizou, para afastar o argumento da separação dos Poderes, foi o de que não poderia haver agressão a esse princípio, pois a própria Constituição instituiu o Mandado de Injunção.

Nas palavras do Ministro: *"(...) não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção (...)"*¹¹⁸

No entanto, novamente, embora a CF tenha instituído o MI, ela não prevê de maneira expressa as medidas que o Judiciário deve tomar quando um MI seja julgado procedente e, portanto, não decorre diretamente do dispositivo constitucional relativo ao Mandado de Injunção a não agressão ao princípio da separação dos Poderes.

6.1.3. "Solução constitucionalmente obrigatória"¹¹⁹

Com base nos ensinamentos de Rui Medeiros, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu a idéia de que o STF não estaria agindo como legislador ao definir a norma regulamentadora para a greve dos servidores públicos, porque a edição de norma, nesse caso, não seria uma possibilidade, colocada diante do Legislativo, mas um dever a ser cumprido por desse Poder¹²⁰. Nas suas palavras:

"Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o

¹¹⁸ Cf. p. 29 do MI 721.

¹¹⁹ Termo utilizado por Rui Medeiros.

¹²⁰ Páginas 434 a 436 do MI 712.

direito de greve, podendo, tão-somente dispor sobre a adequada configuração de sua disciplina.”¹²¹

Entretanto, a criação de uma regulamentação para a norma constitucional de eficácia limitada seria uma obrigação do Poder Legislativo em todos os MIs conhecidos pelo STF e, dessa obrigatoriedade, não seria possível extrair as medidas que o Judiciário deveria tomar quando o MI for considerado procedente.

6.1.4. “Vontade hipotética do legislador”¹²²

Ainda com apoio nos ensinamentos de Rui Medeiros, o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, manifestou o entendimento de que o Tribunal não estaria legislando ao adotar, para os servidores públicos, a lei que regula a greve no âmbito privado, pois estaria se utilizado texto editado pelo próprio Poder Legislativo e, assim, a regulamentação criada se basearia na vontade hipotética desse Poder¹²³.

Nas palavras do Ministro:

“É certo (...) que a solução alvitrada por essa posição não discorda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.”¹²⁴

Apesar de não se referir aos ensinamentos de Rui Medeiros, o Ministro Carlos Britto desenvolveu uma idéia muito próxima ao afirmar que os Ministros não estariam desempenhando atividade legislativa porque estavam tomando como parâmetro lei editada pelo próprio Poder Legislativo¹²⁵.

Essa questão, conforme visto no item 5.3.1., foi debatida nos casos que tratam da greve dos servidores públicos, e, embora os Ministros não

¹²¹ Cf. p. 436 do MI 712.

¹²² Termo utilizado por Rui Medeiros.

¹²³ Páginas 434 a 438 do MI 712.

¹²⁴ Cf. p. 438 do MI 712.

¹²⁵ Página 460 do MI 712.

tenham chegado a um consenso sobre se a utilização da lei já existente consistiria em aplicação de analogia, percebeu-se que a justificativa de que se estava utilizando norma elaborada pelo Legislativo tornava os obstáculos apresentados no MI 107 QO menos incômodos, uma vez que poderiam ser contestados com maior facilidade.

Cabe, então, questionar se o STF, em casos futuros, a fim de manter seu novo entendimento sobre a natureza do Mandado de Injunção, elaboraria os termos de uma lei caso não existisse nenhuma que pudesse ser aplicada por analogia. Levando-se, ainda, em consideração que, nesses casos, o óbice da separação dos Poderes não poderia ser afastado pelo raciocínio da “vontade hipotética do legislador”.

6.1.5. Disciplina provisória

A fim de afastar o argumento do princípio da separação dos Poderes, o Ministro Carlos Britto também defendeu que a elaboração de norma abstrata, atividade própria do Legislativo, poderia ainda ser exercida pelo Poder Judiciário, uma vez que a utilização, para os servidores públicos, da lei que regula a greve no setor privado seria provisória, ou seja, duraria até que o Legislativo elaborasse lei sobre o assunto¹²⁶.

Segundo o Ministro:

“(…) Entendo que não há usurpação da função legislativa, não há normatividade supletiva, porque o espaço de normatividade abstrata, o próprio do Congresso Nacional, remanesce à espera do Congresso Nacional, que pode modificar essa lei a que estamos fazendo remissão.”¹²⁷

Portanto, conforme o raciocínio exposto, não haveria ofensa a separação dos Poderes enquanto o Legislativo ainda pudesse editar lei sobre o assunto e, com ela, modificar a regulamentação estabelecida pelo Poder Judiciário.

¹²⁶ Página 341 do MI 708.

¹²⁷ Cf. p. 462 do MI 712.

6.1.6. Solução para o caso concreto (efeito *inter partes*)

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, se o Supremo proferisse sentença, viabilizadora do exercício do direito constitucional, com efeitos *inter partes* não interferiria na esfera de competência do Legislativo. Apenas atuaria como legislador se proferisse sentença *erga omnes*, com caráter geral e abstrato.

Nas palavras do Ministro:

“(...) ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.”¹²⁸

Para reforçar a idéia, o Ministro transcreveu um trecho da obra de Maria Helena Diniz, no qual a autora diferencia as atividades do legislador e do magistrado. Conforme esse trecho, enquanto o legislador cria uma norma jurídica baseando-se em aspectos gerais da realidade, o magistrado cria uma norma jurídica individual, baseando-se em determinado caso concreto¹²⁹.

O Ministro Marco Aurélio também diferenciou as atividades do Judiciário e do Legislativo, afirmando que o primeiro Poder não estabelece preceito abstrato, característico da atividade legislativa, mas viabiliza o exercício de um direito com relação a um caso concreto.

Segundo o Ministro:

“Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania.”¹³⁰

¹²⁸ Cf. p. 479 do MI 712.

¹²⁹ Páginas 483 e 484 do MI 712.

¹³⁰ Cf. p. 9 do MI 721.

O Ministro Carlos Britto, nos MIs que tratavam da greve dos servidores públicos, sustentou a mesma idéia¹³¹, de que o Judiciário não legislaria ao formular decisão para o caso concreto¹³².

6.2. Por que os demais fundamentos do MI 107 QO não foram afastados nessas decisões?

Como já dito, talvez o princípio da separação de poderes tenha sido a única *ratio* do MI 107 QO identificada pelos Ministros que julgaram os casos posteriores, aqui, analisados. No entanto, também é possível que os Ministros tenham identificado outras *rationes*, sem se preocupar em afastá-las. Sendo assim, neste tópico procurarei levantar hipóteses sobre possíveis razões pelas quais as outras *ratios* podem não ter sido afastadas.

Tanto com relação ao inciso II do artigo 5º quanto com relação ao inciso XXXVI desse mesmo artigo, a *ratio* relacionada à segurança jurídica¹³³, a meu ver, não precisaria ter sido contestada pelos Ministros nos casos posteriores ao MI 107 QO, aqui analisados.

Com relação ao primeiro inciso, tanto no caso da greve dos servidores públicos quanto no da aposentadoria especial, quem arcaria com as despesas criadas seria o Estado¹³⁴. Dessa forma, não existiria o problema, levantado no MI 107 QO, de um particular se obrigar a fazer algo a que nunca foi obrigado por lei.

¹³¹ Páginas 530 e 531 do MI 712.

¹³² Nos extratos de ata, entretanto, o Ministro fazia parte da maioria e não integrava, assim, o grupo dos vencidos – composto pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio – que limitava a decisão à categoria representada pelo sindicato.

Os posicionamentos aparentemente contraditórios podem se compatibilizar considerando-se que a decisão da maioria teria efeitos *inter partes*, pois, ao remeter cada processo às instâncias judiciais competentes para que fossem observadas as particularidades de cada situação, o Judiciário estaria proferindo decisões para cada caso concreto, apesar de utilizar como parâmetro uma Lei. (É o que, talvez, se possa extrair do voto do Ministro Carlos Britto na página 343 do MI 708)

¹³³ Lembrando que, com relação a essa *ratio*, os Ministros que participaram do julgamento do MI 107 QO consideraram que, caso o STF elaborasse uma norma para resolver os Mandados de Injunção, haveria ofensa à segurança jurídica porque o Tribunal criaria um dever que os particulares não tinham anteriormente, a sentença *inter partes* faria coisa julgada e haveria a possibilidade de serem proferidas sentenças diferentes a casos análogos.

¹³⁴ As despesas, com a greve dos servidores públicos, envolveriam a contratação de pessoal para a realização de atividades inadiáveis, caso os grevistas não se disponibilizassem para a prestação desses serviços.

Pode ser, entretanto, que Mandados de Injunção, que exijam a responsabilização de particulares, venham a ser julgados pelo Tribunal. Nesses casos, a *ratio* da segurança jurídica teria que ser debatida, podendo ser aplicada ou afastada pelos Ministros.

Quanto ao segundo inciso, desde o MI 283, o STF formou o entendimento – mantido pelas decisões posteriores – de que, nos Mandados de Injunção, a superveniência de lei não prejudicaria a coisa julgada, mas o impetrante poderia obter os benefícios da lei, naquilo que lhe fosse mais favorável.

A *ratio* que envolve o princípio democrático aparentemente deveria ter sido discutida¹³⁵, uma vez que a regulamentação da greve dos servidores públicos e da aposentadoria especial envolve organização de serviços e alocação de recursos.

Talvez os Ministros não tenham debatido essa *ratio* por considerarem que, afastando o óbice da separação dos Poderes, o obstáculo do princípio democrático também seria afastado, devido à relação que existe entre eles.

No entanto da possibilidade de o Judiciário estabelecer a regulamentação das normas constitucionais em MIs não decorre a autorização de esse Poder determinar o modo como os serviços e os recursos do Estado serão organizados.

Dessa forma, entendo que o STF deveria ter explicado como a sua decisão se compatibiliza com princípio democrático, principalmente diante dos argumentos apresentados no MI 107 QO, explicando quais circunstâncias autorizariam o Judiciário a organizar os serviços e os recursos do Estado.

A *ratio* dos impedimentos aos efeitos *erga omnes*¹³⁶ da sentença na qual o Supremo regula a norma constitucional a fim de viabilizar o direito

¹³⁵ Lembrando que, com relação a essa *ratio*, os Ministros que participaram do julgamento do MI 107 QO consideraram que, caso o STF elaborasse uma norma para resolver os Mandados de Injunção, haveria ofensa ao princípio democrático porque, se a solução concedida ao MI dependesse de alocação de recursos, organização de serviços, análise de prioridades ou de organização administrativa, deveria ser estabelecida por aqueles que foram escolhidos pela população, ou seja, os membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

¹³⁶ Lembrando que, com relação a essa *ratio*, os Ministros que participaram do julgamento do MI 107 QO consideraram que, caso o STF elaborasse uma norma para resolver os Mandados de Injunção e a estendesse aos casos análogos, a ADI por omissão seria esvaziada porque

prejudicado poderia ter sido identificada nos MIs em que o STF alterou seu entendimento com relação ao Mandado de Injunção.

Provavelmente, os Ministros tentariam fazer uma contraposição a esse obstáculo alegando que, caso a sentença do MI se limitasse em comunicar o órgão responsável pela edição da norma faltante sobre sua mora, o MI e a ADI por omissão teriam decisões com os mesmos efeitos¹³⁷ apesar de serem instrumentos processuais diferentes.

Além disso, poderiam sustentar que, se a sentença do MI simplesmente notificasse o órgão legislativo, a ADI por Omissão ficaria sem utilidade, uma vez que qualquer cidadão poderia obter com o MI a mesma sentença que só os legitimados poderiam obter com a ADI por Omissão.

Por sua vez, a *ratio* dos impedimentos aos efeitos *inter partes*¹³⁸ da sentença na qual o STF estipula a regulamentação da norma constitucional para viabilizar o direito ofendido não poderia ter sido identificada, já que, nos MIs em que houve a concessão de novo entendimento a esse instituto, os efeitos da sentença não precisavam necessariamente ser estendidos a todos os casos análogos e, portanto, os ministros poderiam estabelecer parâmetros específicos para cada caso concreto¹³⁹.

Entretanto, como visto acima, o STF não deixou claro se estava atribuindo efeitos *inter partes* ou *erga omnes* às sentenças dos MIs que tratavam da greve dos servidores públicos, pois, apesar de a Corte ter estabelecido que a lei privada poderia ser aplicada ao regime público naquilo que coubesse, determinou que as instâncias inferiores poderiam apreciar cada caso e estabelecer disciplina mais rígida, caso fosse necessário.

qualquer um poderia obter os mesmos resultados que ela proporciona, defendendo, entretanto, direitos individuais.

¹³⁷ Foi o que fez o Ministro Ricardo Lewandowski, utilizando-se das palavras de José Afonso da Silva, na página 285 do MI 708.

¹³⁸ Lembrando que, com relação a essa *ratio*, os Ministros que participaram do julgamento do MI 107 QO consideraram que, caso o STF elaborasse uma norma para resolver os Mandados de Injunção e a restringisse ao caso concreto, os casos que tivessem caráter coletivo não poderiam ser solucionados dessa maneira.

¹³⁹ Assim se manifestaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio nos MIs que tratavam da greve dos servidores públicos.

7. QUAIS OUTRAS JUSTIFICATIVAS OS MINISTROS UTILIZARAM PARA A ADOÇÃO DO NOVO ENTEDIMENTO?

O objetivo desse capítulo é verificar outros fundamentos apresentados pelos Ministros do STF para justificar os efeitos que foram atribuídos ao MI nos casos da greve dos servidores públicos e da aposentadoria especial, a partir dos quais se adotou uma solução diferente da que havia sido estabelecida no MI 107 QO.

Nesse tópico, serão consideradas as justificativas que não procuram afastar os obstáculos colocados no MI 107 QO com relação à estipulação de normas pelo STF para resolução dos MIs, mas que, de alguma forma, se relaciona com o *leading case*, na tentativas de comparar aquele julgamentos com o dois casos atuais.

Isso porque, conforme apresentado anteriormente, esse trabalho considera que os argumentos nos quais os juízes comparam os casos anteriores com aqueles em que se pretende mudar o antigo entendimento parecem conceder maior legitimidade às alterações jurisprudenciais.

Com a leitura dos acórdãos, considerando a delimitação feita acima, foram identificados dois fundamentos (7.1. e 7.2.) para a concessão de novo efeito a esse instrumento processual. Ambos foram apresentadas somente nos casos que tratam da greve, sendo que o primeiro também poderia ter sido empregado nos que cuidam da aposentadoria especial, uma vez que entendimentos que decorrem dessa explicação (7.1.1. e 7.1.2.), como será visto adiante, foram apresentados nesse caso.

Todos esses fundamentos pretendiam demonstrar que o entendimento anterior do Tribunal – comunicação da mora ao competente – não era capaz de dar efetividade a Constituição, uma vez que as providências que a Corte pedia ao Legislativo não eram atendidas por esse Poder.

E, em decorrência dessa situação, como será visto abaixo, os Ministros faziam constantes referências, nesses julgamentos, à necessidade de conferir eficácia à Constituição e às próprias decisões do STF, colocando esse objetivo acima de qualquer possibilidade de interferência na competência dos demais Poderes.

7.1. Inércia abusiva do Legislativo

O Ministro Gilmar Mendes admitiu compartilhar das preocupações com relação à configuração de um “protagonismo legislativo” por parte do Tribunal e, por isso, considerou que o Supremo não deveria, desde logo, intervir na esfera legislativa.

Nas palavras do Ministro:

“(...) não acho que, **a priori**, a partir da verificação de uma omissão, deva o Tribunal imiscuir-se na esfera legislativa, a desde logo produzir normas. Evidentemente, há todo um quadro de institucionalidade a ser respeitado.”¹⁴⁰

Entretanto, diante de uma omissão legislativa de mais de dezoito anos, na época do julgamento do MI 712, a manutenção do posicionamento do STF quanto aos MIs seria, em sua opinião, uma espécie de “omissão judicial”¹⁴¹.

O Ministro Eros Grau também defendeu que, ao elaborar a norma reclamada, o STF estaria fazendo prevalecer a Constituição, como verdadeiro guardião dessa Lei fundamental, uma vez que, com o passar do tempo, sem a regulamentação, as normas constitucionais de eficácia limitada se esvaziariam.

De acordo com o Ministro:

“(...) a omissão reiterada do Poder Legislativo acaba por usurpar função de Poder Constituinte. Porque basta que ele não regule para que o preceito constitucional não tenha valia nenhuma. É exatamente o que acontece no caso. Não estamos substituindo o Legislativo. Estamos simplesmente fazendo prevalecer a Constituição. Função de guardiões da Constituição.”¹⁴²

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello defendeu que, passados, na época do julgamento do MI 712, quase dezenove anos da promulgação da CF – e, portanto, da necessidade de elaboração de uma norma

¹⁴⁰ Cf. p. 492 do MI 712.

¹⁴¹ Página 431 do MI 712.

¹⁴² Cf. p. 466 do MI 712.

regulamentadora para a greve dos servidores públicos – e quase treze anos da data do primeiro julgamento que reconheceu a mora do Legislativo nessa matéria, configurou-se uma “omissão abusiva”¹⁴³ por parte do Legislativo.

Diante dessa omissão abusiva, o Ministro se manifestou no sentido de que o antigo entendimento do STF não poderia continuar a prevalecer, caso contrário a função político-jurídica do MI, de impedir o desprestígio da Constituição, seria esterilizada¹⁴⁴.

No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que não refutava os argumentos, colocados desde o MI 107 QO, contrários à regulamentação pelo STF da norma constitucional de forma a viabilizar o exercício do direito; mas que, diante da inércia abusiva do Legislativo, o Tribunal deveria dar efetividade ao preceito constitucional dependente de norma regulamentadora¹⁴⁵.

Nas palavras do Ministro:

“Não desconheço dos riscos de rejeição na aplicação com temperamentos da Lei nº 7.783 à greve dos servidores públicos. (...)

Mas, ou nos conformamos com essa inércia que, digo, é abusiva – o que seria demitirmo-nos da guarda da Constituição que nos foi confiada – ou, a meu ver, a solução propugnada por ambos relatores – Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes – me convencem que ela, no momento, é a mais razoável.”¹⁴⁶

Ao que parece, com a análise desse argumento, o Judiciário só poderia determinar a regulamentação da norma constitucional no caso de a inércia do Legislativo ter se estendido por tanto tempo que a própria Constituição Federal pareceria ter sido modificada, como se o direito constitucional, que havia instituído, tivesse sido retirado de seus titulares.

Dessa forma, após a identificação de uma inércia abusiva por parte do Legislativo, a sentença do Mandado de Injunção que somente declarasse a situação de mora ao órgão responsável pela elaboração da norma faltante

¹⁴³ Nas palavras do próprio Ministro, que também utiliza os termos “retardamento abusivo”, “prolongada inércia”, “arbitrária omissão”.

¹⁴⁴ Páginas 504 a 508 do MI 712.

¹⁴⁵ Páginas 525 a 527 do MI 712.

¹⁴⁶ Cf. p. 527 do MI 712.

poderia ser considerada ineficaz ou desinteressante para o cidadão, como sustentaram alguns Ministros do Tribunal.

7.1.1. Sentença sem eficácia

O Ministro Eros Grau afirmou que o Tribunal deveria alterar seu entendimento com relação aos efeitos do Mandado de Injunção, porque as decisões que determinavam ao Legislativo a edição da norma regulamentadora faltante se mostraram inúteis e sem eficácia.

Assim se expressou o Ministro:

“(...) Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, “a Suprema Corte do País decid[e] sem que seu julgado tenha eficácia”. Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão. (...)”¹⁴⁷

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto sustentou que os Ministros não poderiam responder, a uma norma de eficácia limitada, com uma sentença de eficácia limitada¹⁴⁸. Para ele, o Supremo deveria dar plena eficácia à sua decisão, uma vez que o defeito colocado ao antigo entendimento do Tribunal quanto aos MIs era a eficácia reduzida de suas sentenças¹⁴⁹.

Também se manifestou dessa forma o Ministro Menezes Direito ao afirmar que, com a mera comunicação, o Mandado de Injunção ficaria sem força, uma vez que a notificação, ao Legislativo, para elaboração da norma faltante seria um compromisso formal e não garantiria o exercício do direito invocado¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cf. p. 18 do MI 721.

¹⁴⁸ Páginas 458 e 533 do MI 712; e página 33 do MI 721.

¹⁴⁹ Páginas 462 e 463 do MI 712.

¹⁵⁰ Página 293 do MI 708.

É possível que o desenvolvimento desse raciocínio esteja vinculado com o fato de o órgão legislativo não ter atendido aos sucessivos pedidos do STF de que as providências necessárias para a regularização da situação de mora inconstitucional fossem tomadas pelo Legislativo.

7.1.2. Sentença desinteressante para o cidadão

Para o Ministro Marco Aurélio, a sentença que simplesmente comunicava o órgão legislativo sobre sua mora trazia resultados que não interessavam aos cidadãos, sedentos pela determinação da regulamentação faltante à norma constitucional.

Nas palavras do Ministro:

“(...) É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. (...)”¹⁵¹

Da mesma forma que o raciocínio anterior, esse também parece se relacionar com o fato de o órgão Legislativo não ter atendido às sucessivas comunicações do Tribunal.

7.2. Condições relacionadas com a greve dos servidores públicos

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que a falta de norma regulamentadora, com relação à greve dos servidores públicos, não impediu que os servidores exercessem seu direito, mas deixou essa situação sob regulação da “lei da selva”. Diante disso, a Corte deveria deixar de emitir decisões que seguissem a antiga orientação do Tribunal¹⁵².

¹⁵¹ Cf. pp. 9 e 10 do MI 721.

¹⁵² Páginas 430 e 431 do MI 712.

Segundo o Ministro:

“A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.”¹⁵³

Dessa argumentação, aparentemente, pode-se extrair que, se as greves não tivessem acontecido e, dessa forma, não tivesse sido criado esse “quadro de selvageria”, não haveria necessidade de o Judiciário determinar a regulamentação da norma constitucional, pois nenhuma outra norma da CF, como, por exemplo, a continuidade dos serviços públicos, correria o risco de ser afetada.

¹⁵³ Cf. p. 431 do MI 712.

8. QUE MOTIVOS LEVARAM CADA MINISTRO A DEFINIR A REGRA QUE POSSIBILITARIA A FRUIÇÃO IMEDIATA DO DIREITO INVIABILIZADO?

Levando em consideração que, no STF, cada Ministro pode redigir um voto para fundamentar suas decisões e que, geralmente, os votos já estão prontos antes do debate oral, fica difícil verificar os motivos que levaram o Tribunal, como um todo, a mudar o entendimento com relação aos efeitos do MI, passando a, devido ao entendimento da maioria dos Ministros, definir uma regra que, suprimindo a omissão do legislativo, regulamenta a norma constitucional possibilitando a fruição imediata do direito inviabilizado.

Dessa forma, verificarei as causas da concessão desse novo efeito ao Mandado de Injunção nos votos de cada Ministro, procurando identificar, através da análise dos votos de cada um, a maneira como se posicionaram em relação à orientação adotada no MI 107 QO e aos motivos que ali foram expostos para que tal entendimento fosse escolhido em detrimento de outros.

8.1. O Ministro Carlos Britto

O Ministro Carlos Britto, sucessor de Ilmar Galvão, foi nomeado pelo Presidente Lula e tomou posse no STF no dia 25 de junho de 2003. O primeiro Mandado de Injunção considerado procedente, ou procedente em parte, que julgou foi o MI 695.

O requerente desse MI pedia, apenas, a comunicação da mora ao órgão competente para regulamentação da norma constitucional, portanto não foi nesse Mandado de Injunção que o Ministro manifestou, pela primeira vez, o seu ponto de vista com relação aos efeitos da sentença desse instrumento processual.

Essa primeira manifestação só aconteceu – brevemente – no 721, em que o requerente pleiteava o suprimento da lacuna normativa quanto à

aposentadoria especial, e, de maneira mais detalhada, nos MIs 670, 708, 712, que tratavam da greve dos servidores públicos.

Para defender o novo entendimento quanto aos efeitos do MI, considerando a decisão do MI 107 QO, o Ministro procurou afastar o óbice da separação dos Poderes, desenvolvendo as idéias da “vontade hipotética do legislador” (6.1.4. supra), da legislação provisória (6.1.5. supra) e da solução para o caso concreto (6.1.6. supra), além de ter sustentado que a sentença que somente comunicasse a mora inconstitucional seria ineficaz (7.1.1. supra).

8.2. A Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia, sucessora de Nelson Jobim, recebeu, do Presidente Lula, a nomeação para o STF e foi empossada no dia 21 de junho de 2006. O MI 695 também foi o primeiro Mandado de Injunção, tido por procedente, ou procedente em parte, que a Ministra julgou.

No entanto, é apenas possível identificar o posicionamento da Ministra com relação aos efeitos Mandados de Injunção a partir dos MIs que deliberaram sobre a greve dos servidores públicos, uma vez que o impetrante do MI 695 requeria somente a comunicação da mora inconstitucional e a Ministra não divulgou voto por escrito no MI 721.

Nos MIs que tratam da greve dos servidores públicos, a Ministra chamou atenção para a circunstância de aquela ser a quinta legislatura após a promulgação da Constituição que garantia esse direito¹⁵⁴, sem, no entanto, tornar explícito se essa circunstância seria a responsável pela concessão de novo entendimento ao MI. Além disso, a Ministra considerou que a decisão deveria ser *inter partes*¹⁵⁵, ou seja, deveria limitar-se ao caso concreto, sem, no entanto, procurar afastar o óbice da separação dos Poderes¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Páginas 541 a 543.

¹⁵⁵ Página 543 do MI 712.

¹⁵⁶ Nos extratos de ata, entretanto, a Ministra fazia parte da maioria e não integrava, assim, o grupo dos vencidos – composto pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio – que limitava a decisão à categoria representada pelo sindicato.

Nos MIs que cuidam da aposentadoria especial, a Ministra, apenas, transcreveu argumentação utilizada pelo Ministro Marco Aurélio no MI 721¹⁵⁷. No trecho que foi copiado, o Ministro Marco Aurélio afastou o óbice da separação dos Poderes e sustentou que a sentença que apenas comunicasse a situação de mora ao Legislativo seria desinteressante para o cidadão.

8.3. O Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello foi nomeado pelo Presidente José Sarney e tomou posse no STF no dia 17 de agosto de 1989. Logo, o Ministro está na Corte desde antes do julgamento do MI 107 QO e, dessa forma, vivenciou, no Tribunal, toda a evolução de entendimento do STF quanto a esse instrumento processual.

Nos MIs em que houve concessão de novo efeito ao MI, o Ministro sustentou, levando em consideração a decisão do MI 107 QO, que, diante da configuração de uma “omissão abusiva” por parte do Legislativo, o Supremo não poderia continuar a proferir decisões que somente declarassem a mora inconstitucional ao órgão competente, caso contrário a função político jurídica do Mandado de Injunção de impedir o desprestígio da Constituição poderia ser esterilizada (7.1.1 supra).

8.4. O Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso, sucessor de Sydney Sanches, foi nomeado pelo Presidente Lula e tomou posse no STF no mesmo dia que o Ministro Carlos Britto. Sendo assim, o primeiro Mandado de Injunção considerado precedente, ou precedente em parte, que o Ministro Peluso julgou também foi o MI 695, com seu pedido de comunicação da mora inconstitucional ao órgão competente.

¹⁵⁷ Página 90 do MI 795.

O ponto de vista do Ministro sobre os efeitos da sentença do Mandado de Injunção só foi revelado nos MIs que tratavam da greve dos servidores públicos, pois o Ministro não divulgou voto escrito em nenhum dos casos que tratavam da aposentadoria especial.

Nesses MIs, o Ministro considerou que a decisão deveria ser *inter partes*¹⁵⁸, ou seja, deveria limitar-se ao caso concreto, sem, entretanto, procurar afastar o óbice da separação dos Poderes¹⁵⁹. Além disso, o Ministro não apresentou mudanças nas condições fáticas para justificar a concessão de novo entendimento.

8.5. A Ministra Ellen Gracie

A Ministra Ellen Gracie, sucessora de Octavio Gallotti, recebeu, do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a nomeação para o STF e foi empossada no dia 14 de dezembro de 2000. O MI 695 não foi, portanto, o primeiro Mandado de Injunção considerado procedente, ou procedente em parte, que julgou.

Antes do MI 695, a Ministra já havia participado de julgamentos de MIs sobre reparação econômica aos impedidos de exercer profissão; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; delimitação dos juros reais; e greve dos servidores públicos, sendo sempre favorável a, apenas, comunicar o órgão legislativo acerca de sua mora inconstitucional.

Nos acórdãos em que o Tribunal determinou outra solução para o Mandado de Injunção, a Ministra acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes nos casos da greve dos servidores públicos e não proferiu voto escrito nos da aposentadoria especial.

¹⁵⁸ Páginas 548, 549, 562 e 564 do MI 712.

¹⁵⁹ Nos extratos de ata, entretanto, o Ministro fazia parte da maioria e não integrava, assim, o grupo dos vencidos – composto pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio – que limitava a decisão à categoria representada pelo sindicato.

8.6. O Ministro Eros Grau

O Ministro Eros Grau, sucessor de Maurício Corrêa, foi nomeado pelo Presidente Lula e tomou posse no STF no dia 30 de junho de 2004. Dessa forma, o MI 695 foi, igualmente, o primeiro Mandado de Injunção, tido por procedente, ou procedente em parte, que a Ministro julgou.

Entretanto, pelos motivos já revelados, o Ministro só manifestou seu entendimento sobre os efeitos do Mandado de Injunção no MI 721, o segundo considerado procedente, ou procedente em parte, que julgou.

Nas decisões em que o Tribunal mudou seu entendimento quanto aos efeitos do MI, o Ministro procurou afastar o óbice da separação dos Poderes, utilizando as idéias da função normativa (6.1.1. supra) e da instituição do MI pela CF (6.1.2. supra)

O Ministro também alegou que, diante da configuração de uma “omissão abusiva” por parte do Legislativo, o Supremo não poderia continuar a proferir decisões que apenas declarassem a situação de mora ao órgão competente, caso contrário as normas constitucionais de eficácia limitada se esvaziariam (7.1. supra). Ele também defendeu que a sentença meramente comunicativa seria ineficaz (7.1.1. supra).

8.7. O Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes, sucessor de Néri da Silveira, foi nomeado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e tomou posse no STF dia 20 de junho de 2002. O MI 695 não foi, portanto, o primeiro Mandado de Injunção considerado procedente, ou procedente em parte, que julgou.

Antes do MI 695, o atual Presidente dos STF participou do julgamento dos MIs 611, sobre a delimitação dos juros reais, e 562, sobre a reparação econômica aos impedidos de exercer profissão. No primeiro, o impetrante pedia que o STF fixasse um prazo para que o Legislativo editasse a norma

faltante, enquanto que, no segundo, o impetrante requeria a edição da norma faltante pelo Tribunal.

Nenhum dos pedidos foi atendido, no MI 611, a Corte somente comunicou a mora inconstitucional ao órgão legislativo, já no MI 562, o STF manteve sua jurisprudência no assunto, determinando que, desde logo, o impetrante poderia recorrer à justiça comum a fim de viabilizar o seu direito.

Dessa forma, o Ministro só pôde revelar seu entendimento, com relação aos Mandados de Injunção, a partir dos MIs que trataram da greve dos servidores públicos, uma vez que os impetrantes dos MIs 695 e 611 requeriam apenas a comunicação do Legislativo, com ou sem prazo; e o Ministro pode ter ficado satisfeito com a concessão de efeitos mais abrangentes ao MI, ainda que o STF não tivesse editado a norma regulamentadora faltante, nos casos que cuidavam da reparação econômica, como o MI 562.

Nos MIs sobre a greve dos servidores públicos, em que o STF concedeu novo efeito ao MI, o Ministro procurou afastar o óbice da separação dos Poderes, desenvolvendo as idéias da “solução constitucionalmente obrigatória” (6.1.3. supra) e da “vontade hipotética do legislador” (6.1.4. supra)¹⁶⁰.

O Ministro também sustentou que, diante da configuração de uma “omissão abusiva” por parte do Legislativo (7.1. supra) e do estado de selvageria causado pela falta de regulamentação na greve dos servidores públicos (7.2. supra), o Supremo não poderia continuar a proferir decisões que apenas comunicassem o órgão legislativo do seu estado de mora.

¹⁶⁰ Apesar de considerar que o STF não estava legislando ao determinar a regulamentação das normas constitucionais nos MIs, o Ministro declarou: “Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial.” (cf. p. 431 do MI 712)

8.8. O Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa, sucessor de Moreira Alves, recebeu, do Presidente Lula, a nomeação para o STF e foi empossado no mesmo dia que os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso. Portanto, assim como os Ministros Britto e Peluso, o primeiro MI considerado procedente, ou procedente em parte, que o Ministro julgou foi o MI 695, com seu pedido de comunicação da mora inconstitucional ao órgão competente.

Entretanto, da mesma forma que o Ministro Carlos Britto, o Ministro Joaquim Barbosa só declarou seu ponto de vista, com relação aos efeitos da sentença do Mandado de Injunção, nos MIs da greve dos servidores públicos, já que não divulgou voto, por escrito, no MI 721.

Nos MIs em que o STF estabeleceu outra solução para esse instituto, o Ministro considerou que a decisão deveria ser *inter partes*¹⁶¹, ou seja, deveria limitar-se ao caso concreto, sem, entretanto, procurar afastar o óbice da separação dos Poderes. Ademais, assim como o Ministro Peluso, o Ministro Joaquim Barbosa não apresentou mudanças no contexto fático para justificar a concessão de novo efeito ao MI.

8.9. O Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio foi nomeado pelo Presidente Fernando Collor e tomou posse no STF no dia 13 de junho de 1990. Portanto, o Ministro não julgou o MI 107 QO, mas participou de todos os julgamentos em que o MI foi considerado procedente, ou procedente em parte.

Diante disso, pode-se considerar que o Ministro também vivenciou, no Tribunal, toda a evolução de entendimento do STF quanto a esse instrumento processual, sem nunca ter concordado com o que havia sido decidido na Questão de Ordem do MI 107.

¹⁶¹ Páginas 597 e 603.

Considerando, entretanto, somente os MIs em que houve a concessão de nova solução a esse instrumento processual, o Ministro procurou afastar o óbice da separação dos Poderes, desenvolvendo a idéia da solução para o caso concreto (6.1.6. supra), além de ter sustentado que a sentença que somente comunicasse a mora inconstitucional seria desinteressante para o cidadão (7.1.2. supra).

8.10. O Ministro Menezes Direito

O Ministro Menezes Direito, sucessor de Sepúlveda Pertence, foi nomeado pelo Presidente Lula e tomou posse no STF no dia 5 de setembro de 2007. O Ministro faleceu no dia 1º de setembro de 2009 e o único voto por escrito que deixou com relação aos efeitos do MI foi o do MI 708.

Nesse acórdão, o Ministro procurou afastar o óbice da separação dos Poderes, utilizando a idéia da “vontade hipotética do legislador” (6.1.4. supra), além de ter alegado que a sentença que somente declarasse a situação de mora ao órgão competente seria ineficaz (7.1.1. supra).

8.11. O Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski, sucessor de Carlos Velloso, recebeu, do Presidente Lula, a nomeação para o STF e foi empossado no dia 16 de março de 2006. Também foi o MI 695 o primeiro Mandado de Injunção considerado procedente, ou procedente em parte, que julgou.

No entanto, pelos motivos já vistos, o Ministro só manifestou, pela primeira vez, seu ponto de vista, com relação aos Mandados de Injunção, brevemente, no 721, sobre a aposentadoria especial; e, de maneira mais detalhada, nos MIs 670, 708, 712, sobre a greve dos servidores públicos.

Nos MIs em que o Tribunal concedeu novo efeito ao Mandado de Injunção, o Ministro procurou afastar o óbice da separação dos Poderes, desenvolvendo a idéia da solução para o caso concreto (6.1.6. supra), além

de ter observado que a sentença que somente comunicasse a mora inconstitucional seria igual à sentença da ADI por omissão.

8.12. O Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence foi nomeado pelo Presidente José Sarney e tomou posse no STF no mesmo dia em que o Ministro Celso de Mello. Portanto, o Ministro está na Corte desde antes do julgamento do MI 107 QO e, dessa forma, também vivenciou, no Tribunal, toda a evolução de entendimento do STF quanto a esse instrumento processual.

Nos acórdãos em que houve o Tribunal estabeleceu novo efeito ao MI, o Ministro afirmou que não se afastava das objeções que havia colocado, desde o MI 107 QO, mas que, diante da inércia abusiva por parte do Legislativo, o Tribunal não poderia continuar a proferir sentenças que somente declarassem o estado de mora inconstitucional, caso contrário a Constituição corria o risco de ficar desprotegida (7.1. supra).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia parte da convicção de que os juízes, especialmente os integrantes do STF, têm o dever de dialogar com os precedentes, de forma a manter uma coerência na jurisprudência do Tribunal e contribuir para a segurança jurídica, principalmente quando se verifica a mudança de posicionamento do Tribunal.

Como visto, somente por meio da leitura das normas constitucionais que regulamentam o Mandado de Injunção, não era possível identificar alguns aspectos importantes para a sua aplicação, dentre eles os efeitos desse instituto.

No entanto, ao apreciar a questão da aplicabilidade desse instrumento processual no MI 107 QO, o STF determinou que a criação de norma regulamentadora para esse remédio constitucional não era necessária. Dessa forma, o Tribunal teve o ônus de demonstrar que as características que permitiriam a aplicabilidade imediata desse instituto poderiam ser extraídas da própria Constituição Federal.

De acordo com o Ministro Moreira Alves, relator desse MI, existiriam duas orientações básicas com relação ao caráter que a CF quis imprimir a esse remédio constitucional. Enquanto a primeira estabelecia que o MI deveria ser proposto contra a autoridade responsável pela elaboração da norma regulamentadora, com o objetivo de declarar a omissão e exigir que as providências necessárias fossem tomadas, a segunda defendia que a proposição deveria ser feita contra a pessoa responsável pela realização do dever correspondente ao direito constitucional exigido, com a finalidade de viabilizar o exercício desse direito, por meio de sua regulamentação.

Para ele e para todo o restante do Tribunal, que o acompanhou na época do julgamento dessa Questão de Ordem, apenas o primeiro entendimento seria compatível com o texto constitucional, levando-se em consideração, especialmente, a separação dos Poderes, o princípio democrático e a segurança jurídica.

Entretanto, nos julgamentos dos MIs que se seguiram ao *leading case*, foram dadas soluções diversas, em que, no entanto o STF não

elaborou ou definiu ele próprio a norma regulamentadora. Nos casos de reparação aos impedidos de exercer profissão e nos de imunidade tributária a entidades beneficentes, o Tribunal concedeu a possibilidade de os impetrantes passarem a desfrutar do exercício de seus direitos, imediatamente ou após recorrerem ao juízo comum, caso o poder competente não obedecesse ao prazo estabelecido para que tomasse quanto à inconstitucionalidade.

Foi nos casos de greve dos servidores públicos e de aposentadoria especial que o STF definiu pela primeira vez qual regra permitiria o imediato exercício do direito constitucional, que estava inviabilizado. Aqui, o STF passou a desafiar os obstáculos colocados no MI 107 QO – especialmente, separação dos Poderes e princípio democrático –, com relação a soluções que fizessem mais do que simplesmente declarar o estado de mora ao órgão competente.

Quanto ao argumento de ofensa à separação dos Poderes, algumas justificativas foram apresentadas pelos Ministros na tentativa de demonstrar que as novas soluções concedidas aos MIs não consistiriam em atividade legislativa. Dentre os motivos utilizados, estava aquele que se referia ao fato de o Tribunal estar utilizando uma norma elaborada pelo próprio Legislativo para resolver os Mandados de Injunção.

Apesar de a Corte não ter chegado a um consenso sobre se essa utilização consistiria em aplicação de analogia, percebeu-se que a justificativa diminuía a dificuldade de os Ministros contestarem os argumentos do MI 107 QO, ao contrário do que aconteceria se o próprio STF tivesse resolvido determinar os dispositivos de uma norma, para solucionar um MI.

Nesse sentido, foi exemplificativa a mudança de opinião do Ministro Eros Grau, que, de primeiro, sugeriu que o STF formulasse os parâmetros para viabilizar o exercício do direito constitucional e, posteriormente, se alinhou ao entendimento do Ministro Gilmar Mendes de aplicar a norma legislativa relacionada ao assunto naquilo em que fosse possível.

Constatou-se que alguns dos fundamentos apresentados no MI 107 QO, quais sejam, a defesa da segurança jurídica e do princípio democrático, não foram expressamente afastados pelos Ministros nos MIs analisados.

Com relação à segurança jurídica, tanto os casos da greve dos servidores públicos quanto os casos da aposentadoria especial não trouxeram problemas, pois seria o Estado, e não um particular, o responsável por arcar com as despesas criadas pela decisão. Por outro lado, os Ministros deveriam ter se manifestado sobre o princípio democrático, explicitando o que autorizaria o Judiciário a organizar os serviços e a alocar os recursos do Estado de forma indireta, ou seja, por meio da definição da norma que possibilitaria a imediata fruição do direito constitucional.

A análise também revelou que outros fundamentos, que levavam em consideração o MI 107 QO, foram utilizados para a adoção de nova orientação com relação aos Mandados de Injunção. Neles, os Ministros defendiam a necessidade de se conceder maior efetividade ao Mandado de Injunção e à própria CF, uma vez que a mera comunicação aos órgãos legislativos não atingiu esses objetivos.

Percebeu-se, então, que, apesar de tentarem demonstrar que o novo entendimento não afetaria a separação dos Poderes, os Ministros estavam muito mais preocupados em tornar viável o direito que estava garantido pela Constituição sem ter que depender da elaboração de uma norma pelo Poder Legislativo.

Por fim, notamos que a solução adotada nos casos analisados permaneceu aquém do que parte da doutrina considera ser competência do STF em Mandados de Injunção, a criação *ad hoc* dos termos de uma nova norma, pois neles se decidiu pela aplicação de uma lei já existente. Caso o STF futuramente venha a criar no MI os termos da norma regulamentadora, talvez os Ministros tenham maiores dificuldades para afastar os óbices apresentados no MI 107 QO.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 637, pp. 7-12, 1988.

BATOCHIO, Ligia Lamana. *A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção*. Monografia de conclusão da Escola de Formação. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/99_Ligia%20Lamana%20Batochio.pdf

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 642, pp. 21-25, 1989.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 647, pp. 39-44, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting Precedents: A comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. Estudo dirigido: *Lendo uma decisão: "obiter dictum" "ratio decidendi"*. *Racionalidade e retórica na decisão*.

Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf

MESQUITA, Ignácio Botelho de. Anteprojeto de lei sobre o mandado de injunção. *O Estado de S. Paulo*, pp. 34-35, 26 de agosto de 1989.

SANTOS, Arice Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 94, pp. 146-151, 1990.

TEMER, Michel. Algumas notas sobre o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 30, pp. 11-15, 1988.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista de Direito GV*, v. 9, pp. 21-44, 2009.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Precedentes e processo decisório em uma Corte Suprema: uma análise do caso brasileiro*. 32º Encontro Anual da ANPOCS¹⁶², 2008.

¹⁶² Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais

SIGLAS UTILIZADAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI por Omissão - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CF - Constituição Federal

ED - Embargos de Declaração

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

MI - Mandado de Injunção

QO - Questão de Ordem

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal