

## **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O SISTEMA DE PODERES NO BRASIL. UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO A PARTIR DE UMA RELEITURA DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

*THE JUDICIAL REVIEW BY OMISSION OF POWERS AND THE SYSTEM IN BRAZIL. INTERPRETATION OF A PROPOSAL FROM A RECONSIDERATION OF THE INJUNCTIVE WRIT*

**Pablo Castro Miozzo<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O Mandado de Injunção na ótica da doutrina e na jurisprudência; 2. O MI 712-8-PA e a mudança de paradigma na jurisprudência do STF; 3. A competência para apreciação do Mandado de Injunção como critério de interpretação do controle de constitucionalidade por omissão: a repercussão no "Sistema de Poderes" brasileiro; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

### **RESUMO**

O presente trabalho se ocupa do estudo do controle de constitucionalidade de omissões, em especial através do Mandado de Injunção. Pretende-se, num primeiro momento, fazer um estudo acerca da interpretação que o instituto vem recebendo da doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Num segundo estágio, a intenção é analisar se e de que forma o regramento relativo à competência para análise das omissões influi na compreensão de todo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo no que tange à possibilidade ou não deste controle ser feito em sede de primeiro e segundo graus de jurisdição. Ao cabo, a hipótese de interpretação a ser apresentada é a de que a Constituição Federal prevê apenas o controle concentrado de constitucionalidade por omissão, seja na modalidade concreta, seja pela abstrata.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle difuso de constitucionalidade de omissões; regramento constitucional de competências e vedação.

---

<sup>1</sup> Procurador Federal em Canoas/RS, Brasil. Especialista em Direitos Humanos pela ESMPU/UFRGS, Mestrando em Direito Público pela UFRGS. Email: [pcmiozzo@yahoo.com.br](mailto:pcmiozzo@yahoo.com.br).

## ABSTRACT

This paper deals with the study of the control of constitutionality of omissions, in particular through the Writ of Injunction. It is intended, at first, do a study on the interpretation that the institute has received the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court. In a second stage, the intention is to analyze if and how the constitutional rules of jurisdiction influences the understanding of the omissions of the entire system of judicial review of Brazil, especially in relation to whether or not this control is done by the judges in first and second levels of jurisdiction. In the end, the hypothesis of interpretation to be presented is that the Federal Constitution provides only the concentrated control of constitutionality of omissions, whether in concrete form, is the abstract.

**KEY-WORDS:** Diffuse control of constituciolality; constitucional rules of jurisdiction and prohibition.

## INTRODUÇÃO

Tanto no âmbito político, quanto no acadêmico e na prática forense brasileira, está em voga uma importante discussão acerca do papel do Poder Judiciário e dos limites de sua atuação no que diz respeito às esferas de competências dos demais poderes do Estado. Este assunto ganha relevo, sobretudo, quando o Judiciário interfere em questões consideradas eminentemente políticas, bem como quando determina que o Executivo implemente políticas públicas ou que o Legislativo crie normas gerais e abstratas ou mesmo quando o próprio Supremo Tribunal Federal o faz em substituição ao legislador.

O presente exposto se ocupará justamente da temática que exsurge quando o problema envolve, de um lado, uma omissão de um Poder e, de outro, uma intervenção do Judiciário sob o argumento de se estar concretizando direitos fundamentais, em caso de eventual lesão por inércia.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Parte-se aqui da conceitualização feita por Cezar Saldanha, com arrimo em Miguel Reale do chamado "Sistema de Poderes". Trata-se de denominação utilizada para denotar "[...] o modo como se organiza a institucionalização dos poderes políticos como órgãos do Estado." SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Regimes Políticos**. (in) MARTINS, Ives Gandra, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 606. A questão nuclear está exatamente no questionamento acerca de qual Sistema de Poderes vige no Brasil e quais as implicações possuem as atuações do Judiciário nesta configuração, especialmente no que tange às omissões inconstitucionais.

Analisar-se-á a função que o Mandado de Injunção pode desempenhar nesta problemática, a partir de duas óticas. A primeira tratará do posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, inclusive a partir da leitura que se vem fazendo hodiernamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Já a segunda abordagem pretende levantar uma discussão a partir de uma interpretação diferente do *writ*. O ponto de partida para a releitura do Mandado de Injunção não será os direitos fundamentais – o que não implica que deles se prescindia - mas sim as previsões do texto da Constituição acerca da competência para apreciação e saneamento de inconstitucionalidade por omissão.

A hipótese a ser trabalhada é a de que o regramento constitucional - quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão - criou um sistema de competência concentrada *exclusiva* para apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal. Caso a hipótese se mostre correta, ter-se-á que - possivelmente - os juízes de primeiro grau e os tribunais superiores não têm competência para declarar inconstitucionalidade por omissão, seja parcial seja total, nem tampouco para interferir na esfera de competência dos demais poderes sob o fundamento de que eventual inércia implica lesão a direitos fundamentais.

Ademais, a partir da ótica que se pretende desenvolver, será possível afinar a classificação do controle misto de constitucionalidade brasileiro. Ao lado do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade por ação e do controle difuso e concreto por ação, existiria um controle por omissão que poderia ser classificado também em duas categorias: o controle concentrado e abstrato através da ADIN por omissão, cuja competência para julgamento é do STF e o controle concentrado concreto, também de competência exclusiva do STF. Ou seja, não se poderia falar em controle difuso e concreto por omissão.

## 1 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA ÓTICA DA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

A Constituição de 1988 foi a primeira na história das Constituições brasileiras a tratar do tema relacionado às omissões normativas, tendo como inspiração a mais recente Constituição portuguesa.<sup>3</sup> Existem dois instrumentos previstos expressamente no texto da Constituição do Brasil que se destinam a controlar omissões estatais que atentem contra seu conteúdo. São eles o Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Tratar-se-á mais detidamente daquele.

O Mandado de Injunção, também inédito no constitucionalismo brasileiro, e que inclusive não possui equivalente em outro ordenamento jurídico, é outra forma de controle das omissões estatais inconstitucionais. Caracteriza-se por ser uma ação constitucional e está previsto no art. 5º, LXXI, da CF, que versa: “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;” [grifou-se]

Seu deferimento está pré-condicionado, portanto, à ocorrência de uma relação de causa e efeito entre a inexistência de norma regulamentadora e a impossibilidade de exercício das faculdades supracitadas.<sup>4</sup> A expressão norma regulamentadora deve ser entendida de forma extensiva, tendo em vista que às garantias constitucionais há de ser dada a interpretação que empreste mais eficácia.<sup>5</sup> A legitimidade ativa é deferida a qualquer cidadão. Já a legitimidade passiva “[...] recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 1995. p. 87. Refere a autora que a Constituição Iugoslava de 1974 foi a primeira a contemplar a fiscalização abstrata das omissões inconstitucionais. *Idem*. p. 112.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões inconstitucionais**. p. 118.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões inconstitucionais**. p. 118.

elaborar a norma regulamentadora faltante.”<sup>6</sup> Sobre a competência se falará a seguir.

Oportuno salientar que o objetivo do Mandado é assegurar o exercício do direito, ou seja, obter uma regulamentação normativa a fim de poder exercê-lo diante de um caso concreto. Aí reside uma primeira diferença entre esta ação constitucional e a ADIN por omissão. Nesta o objeto é a declaração da inconstitucionalidade a fim de ver-se dada efetividade à norma em caráter geral, que não necessariamente trata de direitos fundamentais. Nada obsta, contudo, que seja uma norma definidora de direitos.

Flávia Piovesan destaca as três principais teses encontráveis na doutrina, inclinando-se pela adoção da terceira postura interpretativa. Segundo a autora,

Ao conceder o mandado de injunção cabe ao Poder Judiciário: a)elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para as providências necessárias à realização da norma constitucional e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.<sup>7</sup>

Já Alexandre de Moraes, após analisar a jurisprudência do STF divide as posições adotadas em duas grandes correntes: a *não concretista* e a *concretista*. Esta última divide-se em *geral* e *individual*. A individual, por seu turno ainda se subdivide em *direta* e *intermediária*.<sup>8</sup>

A corrente *não concretista*, como o próprio nome permite concluir, não admite que o Judiciário viabilize o exercício do direito negado pela falta de norma regulamentadora. A função do Mandado de Injunção seria tão somente a de dar ciência ao órgão omissor, à semelhança da interpretação que se conferiu a ADIN por omissão.

Em linhas gerais, a *corrente concretista* admite que o Judiciário adote decisões

---

<sup>6</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões inconstitucionais**. P. 127

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões inconstitucionais**.. p. 30.

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005p. 158 e ss.

de caráter constitutivo, que, após declarar a omissão administrativa ou legislativa, implemente o exercício do direito, até que sobrevenha medida cabível por parte dos demais órgãos do Estado. Esta linha de pensamento se subdivide em concretista *geral* e *individual*. Também de forma genérica, a primeira entende viável o efeito *erga omnes* para a decisão que implementou o exercício do direito, i. e., concebe a possibilidade de uma normatividade geral. Já para a *concretista individual* os efeitos da Injunção repercutem somente para seu autor.

Ainda dentro da individual, Moraes afirma existirem a corrente *concretista individual direta* e a *intermediária*. Para esta, o resultado da concessão da Injunção seria num primeiro momento a ciência do órgão omissor para resolver o problema em um prazo determinado. Só em caso de manutenção da inércia é que o judiciário deveria intervir positivamente permitindo o exercício do direito ou liberdade. A *direta*, por seu turno advoga a possibilidade de intervenção concretizadora imediata, sem oportunização de prazo para que o órgão omissor aja.<sup>9</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, ao comentar o instituto na atualização do livro Mandado de Segurança de Hely Lopes, afirma que as decisões do STF vêm variando desde o julgamento do primeiro Mandado de Injunção (MI 107-DF). No início, os julgados se pautaram pelo segundo entendimento exposto por Piovesan, ou pela corrente não concretista descrita por Alexandre de Moraes, ou seja, equiparando o Mandado de Injunção à ADIn por omissão, também sob a alegação de que eventual atividade normogênica da Corte estaria interferindo na divisão dos poderes.<sup>10</sup>

Num momento posterior (MI 232-1-RJ), o Supremo evoluiu no sentido de fixar prazo para o Congresso criar a regulamentação devida. Foram parcialmente vencidos os Min. Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borba, que entenderam ser viável a concretização do próprio direito através do Tribunal, independentemente de intervenção legislativa.<sup>11</sup> Em outro importante julgamento (MI 283-5), o

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. P. 159-161.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. Atualizado por Gilmar Mendes e Arnaldo Wald. 2004. p. 260

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. p. 260. Pode-se identificar as posições adotadas neste

Supremo, além de fixar um prazo para resolução da inconstitucionalidade, estabeleceu parâmetros para responsabilização civil do Estado em caso de inércia.<sup>12</sup> Neste sentido, entre avanços e retrocessos a jurisprudência vem tentando delinear a função desta garantia constitucional.

## **2 O MI 712-8-PA E A MUDANÇA DE PARADIGMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Recentemente, ao julgar os MI 670-ES, Relator Min. Maurício Corrêa, MI 712-8-PA, Relator Min. Eros Grau e 708-DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o STF parece ter dado uma guinada importante em sua jurisprudência, de modo a ir ao encontro de uma tendência mais concretista. Mais especificamente, dentro da classificação proposta por Alexandre de Moraes, um viés *concretista geral*.

Na conclusão dos julgamentos dos Mandados, que tratavam do direito de greve dos servidores públicos, o Tribunal por maioria seguiu os votos preconizados por Eros Grau e Gilmar Mendes, decidindo que a mora injustificada do Congresso ao deixar de regulamentar o disposto no art. 37, VII, da CF, autoriza a Jurisdição a elaborar o arcabouço normativo faltante, de forma a permitir o exercício do direito, no caso, o direito de greve. Decidiu-se que a Lei n. 7.783/89, que trata da greve dos trabalhadores da iniciativa privada, deve ser aplicada, no que couber, até que legislação específica trate da matéria.

Paradigmático, neste diapasão foi o voto do Ministro Eros Grau no MI 712-8, pois trouxe a lume questões de central importância para o direito constitucional e notadamente para presente investigação. Duas delas merecem atenção especial. Primeiramente a mudança de orientação do Supremo a respeito da função do Mandado de Injunção, que possui um conteúdo formal, ou seja, de direito processual. Por outro lado, a fixação do conteúdo do direito de greve, que restou discutido e aparentemente garantido, esta de caráter material.

---

julgado, respectivamente como concretistas individual intermediária e concretista individual direta, na classificação de Moraes.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. p. 260.

Quanto ao primeiro ponto, é possível dividir-se didaticamente o voto em duas partes: inicialmente a que trata da fundamentação acerca da importância do *writ* e o papel a ser por ele desempenhado no ordenamento pátrio, com o que se concorda. Já a segunda parte diz quanto aos efeitos possivelmente advindos da procedência da Injunção. Em relação a este aspecto, ousa-se divergir do entendimento do Ministro. Para ilustrar esta discussão traz-se à colação um trecho do voto que bem representa a posição do Ministro Relator, que se baseou na lição de José Ignacio Botelho de Mesquita:

O mandado de injunção '[d]estina-se, apenas, à remoção da obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante. É este o resultado prático que se pode esperar do julgamento do mandado de injunção. A intervenção supletiva do Poder Judiciário deve subordinar-se, porém, ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes (CB, art. 2º). A autorização constitucional para a formação de normas supletivas não importa permissão ao Poder Judiciário para imiscuir-se indiscriminadamente no que é da competência dos demais Poderes. Trata-se apenas de dar remédio para omissão do poder competente. Para que tal omissão se configure, é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucional ou legalmente estabelecido, quando houver, ou na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável. Antes de decorrido tal prazo não há que falar em omissão do poder competente, eis que a demora se incluirá dentro da previsão constitucional e assim também a provisória impossibilidade do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas garantidos pelo preceito ainda não regulamentado. O que é danoso para os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais não é a demora, em si mesma considerada, mas a demora incompatível com o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição. [...] O cabimento do mandado de injunção pressupõe, por isto, um ato de resistência ao cumprimento do dispositivo constitucional, que não tenha outro fundamento senão a falta de norma regulamentadora. [...] O conteúdo e os efeitos da decisão que julga o mandado de injunção, e bem assim os efeitos do seu trânsito em julgado, devem ser estabelecidos a partir de uma clara determinação do escopo do mandado de injunção exatamente o que falta no texto constitucional. Pelo que do dispositivo constitucional consta, sabe-se quando cabe o mandado de injunção, mas não se sabe para o que serve; sabe-se qual o problema prático que visa a resolver, mas não se sabe como deverá ser resolvido. [...] O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois constringer alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta de norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma



regulamentadora. O ilícito constitucional (o ato anticonstitucional) é algo que só poderá existir depois de julgado precedente o mandado de injunção e, por isto, não constitui matéria que possa ser objeto de decisão no julgamento do próprio mandado. **Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos'. [grifou-se]**

Segue o Ministro referindo que

[...] Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é *o preceito, abstrato, genérico e inovador --- tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados --- que se integra no ordenamento jurídico* e não se dá norma para um só. No mandado de injunção o **Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos**. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte.<sup>13</sup> [grifou-se]

É de se perceber que a argumentação do Ministro concebe o Mandado de Injunção como ação típica do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade quanto aos efeitos da decisão. Posicionou-se na esteira da corrente concretista geral, conferindo efeito *erga omnes* para o julgado, no que

---

<sup>13</sup> Voto do ministro Eros Grau no MI 712-8-PA de sua relatoria.

foi acompanhado pela maioria dos Ministros.<sup>14</sup>

Ora, o *writ*, como ação constitucional que é, à semelhança do *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, etc., procedimento típico do controle concreto e concentrado quando a questão for constitucional<sup>15</sup>, deve ter seus irradiados apenas em relação às partes envolvidas no litígio.<sup>16</sup> Quando muito, não sem ressalvas como retro referido, o efeito pretendido pelo Ministro deveria ser conferido em sede de ADI por Omissão.

É desnecessário descer-se a questões mais profundas em termos de teoria para se perceber o equívoco desta decisão, ao menos a ausência de uma fundamentação mais convincente. Sabe-se que a competência para julgamento do Mandado de Injunção varia conforme a responsabilidade pela elaboração da norma regulamentadora. Assim, a Constituição prevê a possibilidade de ajuizá-lo perante o STJ e, além disso, não veda sua interposição perante tribunais de segunda instância. Como ficaria o efeito *erga omnes* nestes casos, quando, é sabido que apenas o Supremo possui esta prerrogativa.

A resposta é óbvia, no entanto a provocação está justamente no fato de que há um fenômeno claro de concentração do controle de constitucionalidade no Brasil sem que se adotem critérios bem definidos, passando inclusive por cima da doutrina e da tradição brasileira em termos de Jurisdição Constitucional. Confere-se efeito *erga omnes* para julgados realizados no controle difuso.

O caso do julgamento da inconstitucionalidade de um dispositivo da lei de crimes hediondos é mais um exemplo desta tendência concentradora. Pretendeu-se dar efeito *erga omnes* para um julgamento proferido em sede de *habeas corpus*, ao

---

<sup>14</sup> É necessário referir que os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Lewandowski divergiram neste ponto específico, defendendo o efeito apenas para o caso concreto. O MI 712 foi julgado em 25/10/07. Dois meses antes, no entanto, o Supremo havia julgado o MI 721/DF, cuja matéria versou sobre o direito à aposentadoria especial dos servidores público previsto na Constituição e ainda não regulamentado. Neste precedente o STF determinou a aplicação do regramento da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios), que trata do regime Geral de Previdência Social dos trabalhadores da esfera privada, enquanto não houvesse regulamentação específica. Ademais, os efeitos da decisão foram *inter partes*. Este posicionamento foi repedido no MI 758/DF, julgado em 01/07/08, bem como recentemente no MI 795, julgado em 14/04/09, o que sinaliza uma possível orientação da Corte no sentido da eficácia *inter partes* do mandado de Injunção.

<sup>15</sup> Esta questão será melhor explorada no próximo tópico.

<sup>16</sup> Neste caso específico, importa salientar que o *Writ* foi ajuizado de forma coletiva. Tal possibilidade vem sendo aceita pela jurisprudência da Corte, em analogia ao rito do mandado de segurança coletivo.

total arrepio do sistema misto de controle de constitucionalidade previsto no Brasil. Sem embargo, esta questão é demasiadamente complexa para que se possa explorá-la nestas breves linhas.

Já quanto ao resultado da interpretação dada especificamente ao direito de greve, aspecto material da decisão, um ponto específico se afigura importante, qual seja, o fato de que, na prática, a tentativa de dar efetividade ao direito de greve com a aplicação da lei dos trabalhadores privados acabou esvaziando o conteúdo do direito dos servidores públicos. Isto porque, a Lei supra mencionada prevê que a greve suspende o contrato de trabalho. Um dos efeitos daí advindos é que o trabalhador não recebe remuneração enquanto está no "movimento paredista". Aplicando-se este dispositivo à realidade do serviço público, fica, em princípio, autorizado o corte de ponto, que implica o não recebimento de salário por parte dos servidores.

Num primeiro momento parece bastante lógica a solução. No entanto, esta constatação desconsidera uma diferença vital entre as esferas pública e privada e a relação entre o trabalhador e o capital, de um lado e o servidor público e o Estado de outro. A possibilidade de suspensão do pagamento dos trabalhadores privados que estão em greve se justifica na medida em que a empresa deixa de funcionar ou não funciona com sua total capacidade. Logicamente, o empresário deixa de lucrar, o que, por uma questão de caixa, acaba inviabilizando o pagamento dos trabalhadores. Neste sentido a suspensão não é uma punição, mas uma decorrência lógica do prejuízo que a greve traz ao empregador. Mesmo assim, na prática, ao final dos movimentos grevistas, a questão da falta de pagamento entra nas negociações, não sendo uma consequência inarredável.

No serviço público esta relação se dá de uma forma distinta. Primeiramente, como ressaltado no voto, o prejuízo não é imediato, mas será sentido a longo prazo, possivelmente sequer pelo administrador que suportar a greve. Por outro lado, em geral a paralização de servidores públicos não faz com que o Estado deixe de funcionar, ou mesmo deixe de auferir receita, até mesmo porque esta advém, muitas vezes, de outras fontes que não as relacionadas com a atividade suspensa pela greve. Assim o pressuposto que fundamenta o não pagamento no

âmbito privado não é o mesmo existente na relação servidor-Estado. Não há a relação direta entre trabalho e lucro existente no setor privado.

Por outro lado, o voto citado não tece maiores considerações sobre este ponto específico, que é talvez o ponto nuclear da questão. O que se tem na prática, são interpretações simplistas por parte do Estado em relação ao conteúdo da decisão, na tentativa de frear os movimentos grevistas dos servidores, como no caso da greve dos membros da Advocacia Geral da União e dos Auditores da Receita Federal no início do ano de 2007.

Ao fim e ao cabo, a aplicação simplista e *erga omnes* da lei de greve no que toca especificamente à possibilidade de corte de ponto, sem considerar as especificidades de cada categoria de servidores, acabou por tornar totalmente inócuo o direito constitucionalmente assegurado. Isto porque o Estado, em geral, não sente prejuízos imediatos - a não ser políticos - em determinados casos. Quando se depara com uma greve, aliado à possibilidade de corte de ponto, está "autorizado" a inviabilizar totalmente a prerrogativa do servidor. Note-se que o poder de barganha existente na seara privada é totalmente inócuo em relação ao Estado.

Mais acertado foi o voto minoritário do Ministro Lewandowski, que além de dar efeito apenas *inter partes* para o MI, apregou solução mais condizente com o direito constitucionalmente assegurado. Ao menos preocupou-se com a repercussão prática de sua decisão e com o escopo central da Injunção, que é tornar efetivo um direito que não o era, ou ao menos enfrentava obstáculos importantes, em virtude da omissão estatal. Por oportuno, traz-se a lume para reflexão, o conteúdo do voto do Ministro extraída do informativo n. 480 da jurisprudência do STF:

O Min. Ricardo Lewandowski, em voto-vista, acompanhou a conclusão do voto do relator. Salientando, entretanto, que a incidência pura e simples da Lei 7.783/89 à hipótese, ainda que com algumas alterações tópicas, não se mostraria de todo devida, por serem alguns de seus dispositivos inadequados ou insuficientes para regular a greve no serviço público, concedeu o mandado de injunção, desde que atendidas determinadas exigências. Aplicou, ainda, apenas à categoria representada pelo Sindicato requerente, a solução que preconizou para assegurar-

Ihe o exercício do direito de greve. **No ponto, considerou o fato de tratar-se de mandado de injunção e não de ADI por omissão.** [grifei]

Após fixar os parâmetros em que entendia poder ser exercido o direito de greve, o Ministro tratou especificamente da questão do corte de ponto, afirmando que

[...] Quanto à remuneração dos dias parados, o Min. Ricardo Lewandowski inspirou-se na redação proposta ao art. 9º do Projeto de Lei 4.497/2001, para determinar que os dias de greve serão contados como de efetivo exercício para todos os efeitos, inclusive remuneratórios, desde que atendidas as exigências acima formuladas, e desde que, após o encerramento da greve, sejam repostas as horas não trabalhadas, de acordo com cronograma estabelecido pela Administração, com a participação da entidade representativa dos servidores. [...]

Independentemente de se concordar ou não com a greve ou com o pagamento dos servidores enquanto o estiverem exercitando, não se pode desconsiderar que esta solução é mais condizente com o *telos* do Mandado de Injunção, pois de fato torna viável o exercício do direito discutido. Neste sentido, dado o caráter de provisoriedade que a decisão do STF deveria assumir, haveria uma implusão para que o legislador, seja através de iniciativa do Parlamento seja do Executivo, agilizasse a regulamentação do direito.

### **3 A COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: A REPERCUSSÃO NO “SISTEMA DE PODERES” BRASILEIRO.**

Como dito acima, normalmente a interpretação do Mandado de Injunção toma como ponto de partida sua relação direta com os direitos fundamentais. Nada mais lógico, na medida em que sua função precípua é de garanti-los. Um outro viés é possível, mas ainda dentro da relação imediata com os direitos, qual seja, interpretar estes, os direitos, especialmente no que tange à força normativa, com base no Mandado de Injunção. Ou seja, a partir da dicção do texto constitucional que fala que sempre que omissão inconstitucional impedir o exercício de direitos e etc., caberá o Mandado, é viável referir que todo e

qualquer direito a ele ligado possui vinculatividade, sendo processualmente exercitável.

Sem embargo, estas duas formas de visualizar o instituto não esgotam as possibilidades de compreensão. Acredita-se que o regramento constitucional quanto à competência para julgamento, que está ligada ao tipo de matéria pendente de regulação, pode oferecer um caminho distinto e profícuo, até mesmo para se chegar a um melhor entendimento acerca do sistema de controle de constitucionalidade que vige entre nós e, ainda, para pensar a partir da própria Constituição a relação entre os Poderes do Estado.

Reza o artigo 102 da Constituição:

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; (grifou-se)

Trata o dispositivo supra, das espécies normativas contidas no artigo 60 da CF, acrescentando as competências normativas do TCU, dos Tribunais Superiores e do próprio STF. É possível dizer, por exemplo, que quando se estiver diante de ausência normativa atribuível ao Presidente da República ou ao Legislativo Federal, a competência para julgamento é originária e exclusiva do STF.

No caso de ausência de lei ordinária ou complementar, v. g., que gere eventual lesão nos termos do artigo 5. LXXI, independentemente da iniciativa para sua elaboração, a discussão deve ser feita direta e tão somente no Supremo, por via do MI. Veja-se que a matéria objeto de omissão aqui é de inconstitucionalidade, haja vista que a ausência é de norma primária, que deve justamente densificar o texto Constitucional.

Já o art. 105 da CF assim dispõe:

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

Veja-se que neste caso, quando a Constituição trata da competência do Superior Tribunal de Justiça, está a versar sobre matéria infralegal, ou de normas secundárias, pois os órgãos e entidades administrativas não têm competência legislativa para feitura de normas primárias. Este Mandado de injunção, por isso, se ocupa de “ilegalidade por omissão” e não de inconstitucionalidade. Isto porque a norma secundária carece para que seja criada, da existência da norma primária, que por sua vez já pormenorizou a Constituição.

As exceções previstas na Constituição para os casos de Decretos Autônomos do Presidente da República não contrariam este raciocínio, na medida em que este instrumento normativo tem função direta de regulamentação da Constituição, independentemente de lei, como o próprio nome denota. Ademais, pelo critério de competência para criação da espécie normativa, que é do Presidente, a competência pra apreciação do caso concreto seria do Supremo.

Diante disso, seria possível dizer que o STJ não tem competência para apreciação de matéria constitucional em virtude de omissão de criação de norma primária, mas tão somente de secundária. E não só o STJ, mas todo e qualquer membro do Poder Judiciário, carece de competência para apreciação de inconstitucionalidade por omissão, pois a Constituição Federal criou um regramento que implica a competência exclusiva do STF.

Poder-se-ia objetar que, como no Brasil vigora o sistema misto de controle de constitucionalidade, por analogia seria viável discutir omissões inconstitucionais e saná-las também no primeiro grau de jurisdição. A tal afirmação poderia se replicar que não se pode aplicar o mesmo regramento do controle difuso de

inconstitucionalidade por ação, vez que, nesse caso, o próprio texto constitucional regula sua forma de realização pelos Tribunais e a competência recursal do STF, no caso do Recurso Extraordinário. Esta regulação inexistente quanto à inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, a Constituição não fala em competência originária do Supremo para apreciar inconstitucionalidade por ação. Já quanto à omissão, existe dispositivo expresso. E mais, não se pode criá-la a partir de analogia, sob pena de afronta direta ao texto constitucional, que fala em competência originária do Supremo, como antes aduzido.

Diante disso, caso correto o raciocínio até aqui desenvolvido, tem-se que as únicas duas formas que atacar inconstitucionalidade por omissão são através do Mandado de Injunção e da ADIN por omissão, ambos julgados exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O Brasil teria assim não um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas o que se poderia chamar de “complexo”. Explica-se: no controle de constitucionalidade por ação, tem-se o controle concentrado, de competência do STF, de caráter abstrato, cuja decisão opera efeitos *erga omnes*. Os instrumentos disponíveis são a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta Interventiva e a Arguição de descumprimento de preceito federal.

Há de outra sorte o controle difuso, no qual a competência para apreciação da inconstitucionalidade é dada a todos os membros do Judiciário, de qualquer instância. Tem-se nesse caso o chamado controle concreto, pois versa sobre a interpretação/aplicação de texto normativo supostamente inconstitucional a uma situação litigiosa concreta. Os efeitos da decisão irradiam-se apenas sobre as partes envolvidas.

Já no controle de omissões, segundo a idéia que se está a defender nesse trabalho, inexistente o controle difuso. Há sim, duas hipóteses de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, de apreciação abstrata e genérica, cujos



efeitos são *erga omnes* e o Mandado de Injunção, de apreciação concreta, com efeitos *inter partes*. Destarte, está-se aqui a defender que somente o Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento de inconstitucionalidade por omissão no Brasil.

Isto tem implicações extremamente graves no que diz respeito à atuação dos juízes de primeiro grau e dos tribunais inferiores tanto no que tange ao controle de políticas públicas quanto na realização de direitos fundamentais quando não há regulamentação infraconstitucional.

Hipoteticamente falando, seria possível dizer que caso um Juiz de primeiro grau determine uma conduta positiva para Administração, partindo do pressuposto da existência de uma omissão inconstitucional e da possibilidade de saná-la, estaria usurpando competência do STF. O mesmo se daria no âmbito dos Tribunais. Nesse caso, seria tal ato atacável através de Reclamação Constitucional.

Ainda seria possível objetar que esta proposta não resolve o problema da aplicação direta da Constituição pelos juízes de primeiro grau, é dizer, que ainda restaria possível contornar interpretativamente a barreira competencial e realizar imediatamente o direito sem falar em omissão inconstitucional. A tal objeção se responderia que a questão da competência pode ser interpretada como proibitiva do Juiz de primeiro grau realizar direitos diretamente a partir da Constituição, ou ao menos como critério para aferição da existência de densidade normativa do texto constitucional e da possibilidade de aplicação direta.

De qualquer forma haveria sempre a possibilidade de acesso direto ao Supremo para discussão do ponto. A Reclamação serviria justamente para manter sempre viável ao STF o exercício do seu dever de guardião da Constituição, não só na realização dos direitos fundamentais, mas também no que toca à estrutura e organização do Estado. Caberia ao STF dizer em quais hipóteses a Constituição teria densidade normativa para ser aplicada diretamente sem interposição legislativa ou, no caso de cabimento de Mandado de Injunção, de resolver o caso concreto realizando o direito fundamental lesado por omissão.

Como o Mandado de Injunção paradoxalmente não possui regulamentação infraconstitucional, sendo essencialmente criação pretoriana a partir dos poucos dispositivos constitucionais existentes, poder-se-ia utilizar como paradigma interpretativo de direito comparado o Recurso Constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*) para melhor delinear sua configuração. Ou seja, no aspecto da legitimidade para sua propositura, a previsão é semelhante, pois qualquer pessoa tem acesso direto ao Tribunal Constitucional alemão, assim como no MI.

Por outro lado, a previsão da competência originária do *Bundesverfassungsgericht* para Recurso Constitucional exclui naquele ordenamento a competência das instâncias inferiores. A interpretação que se oferece aqui do Mandado de Injunção e da competência para julgamento guarda semelhança direta com o sistema tedesco.

Naquele sistema, em caso de discussão constitucional que exsurja em primeiro grau, o processo é suspenso e enviado ao *Bundesverfassungsgericht*. Aqui no Brasil, assim, poder-se-ia, em caso de regulamentação do Mandado de Injunção, prever um regramento semelhante. De qualquer forma, independentemente de densificação infraconstitucional, já há um instrumento na Constituição capaz de garantir a competência originária do Supremo que é a Reclamação. Neste caso a suspensão do processo não seria feita pelo órgão julgador do caso, mas pelo próprio Supremo via Reclamação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O problema central em torno do qual gravitou a presente investigação é a relação entre os Poderes do Estado especificamente tendo em conta as fronteiras competenciais de cada um, é dizer, o que cada poder deve fazer e em que medida o Judiciário pode intervir nesta questão em caso de lesões a direitos fundamentais.

Esta relação se afigura um tanto problemática no Brasil, especialmente no que pertine ao papel do Judiciário no controle da atuação (por ação ou por omissão) do Legislativo e do Executivo, fenômeno este por alguns caracterizado como “judicialização da política”. Trata-se de tema - em vários aspectos - ainda pendente de uma investigação doutrinária mais aprofundada.

Entretanto, percebe-se que no mais das vezes, a leitura desta problemática é feita tão somente a partir da ótica dos direitos fundamentais, no sentido de que, em caso de eventual lesão, qualquer atitude do Judiciário para restaurar a “normalidade” seria legítima. Desconsidera-se muitas vezes que a Constituição Federal, além de prever o conhecido e extenso rol de direitos fundamentais e das garantias específicas, também se ocupa de um sistema complexo de organização de competências para o funcionamento do Estado Democrático de Direito. Desde o advento do constitucionalismo são duas temáticas que se relacionam e se harmonizam reciprocamente. Isto é, sob o argumento de se estar realizando direitos, um dos pilares do sistema constitucional, descarta-se de outro pilar não menos importante, qual seja o que se ocupa da organização dos poderes.

Pois o que se pretendeu aqui foi justamente lançar luzes na discussão através da ótica desta organização, a saber, oferecer uma releitura do Mandado de Injunção a partir da competência para apreciação da lesão discutida e analisar qual a repercussão daí decorrente no “Sistema de Poderes”. Chegou-se à conclusão que o texto constitucional prevê uma competência exclusiva do STF para apreciação de inconstitucionalidade por omissão, que exclui a hipótese de apreciação dessa matéria nos níveis inferiores da estrutura judiciária brasileira.

Isso tem implicações diretas e severas no “Sistema de Poderes” pátrio, à medida que determina que a discussão sobre a relação entre os poderes no que tange ao mútuo condicionamento entre direitos fundamentais e organização político-constitucional, em especial aqui no caso de omissões, só pode ser feita no âmbito do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Os tribunais inferiores e os juízes de primeiro grau não têm competência para fazê-lo.

Como se disse acima, esta questão ainda carece de maiores discussões, sendo que a proposta aqui desenvolvida não foge à regra. Sem embargo, pensa-se que as idéias aqui desenvolvidas, a partir de um estudo mais pormenorizado do ordenamento alemão, por exemplo, sem descurar do nosso texto constitucional, pode lançar novas bases para a compreensão do “Sistema de Poderes” brasileiro.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro, Atlântida editora, s.d.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle de Constitucionalidade das Leis**. atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição? (in) Juridicção Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAURER, Hartmut. **A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal**. Tradução de Luis Afonso Heck. (in) *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. Humberto Ávila (org). São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. Atualizado por Gilmar Mendes e Arnaldo Wald. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão dos fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 3, novembro, 2001. Disponível em: <http://www.direito publico.com.br>. Acesso em 10 junho de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIOZZO, Pablo Castro. O controle de constitucionalidade por omissão e o sistema de poderes no Brasil. uma proposta de interpretação a partir de uma releitura do mandado de injunção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal constitucional como Poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Regimes Políticos*. (in) MARTINS, Ives Gandra, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.