



Kleber Sales

# AS “MEDIDAS PROVISÓRIAS” DO PODER JUDICIÁRIO

Roberto Luís Luchi Demo

35

## RESUMO

Tece considerações a respeito do mandado de injunção, considerando as dimensões delimitadas pela jurisprudência do STJ quanto a esta garantia constitucional, desde sua auto-aplicabilidade, pressupostos processuais, legitimidade ativa e passiva, competência para processo e julgamento e efeitos da decisão.

Registra os principais aspectos da sessão plenária do STF de 7 de junho de 2006, considerada marco histórico para o mandado de injunção, por ter esta sinalizado uma virada na jurisprudência tradicional do STF, em relação a este *writ*, ao superar definitivamente o dogma de que o Poder Judiciário atua exclusivamente como legislador negativo.

Assim, afirma que o STF pode atuar, em situações excepcionais, como legislador positivo, sem que isso implique função legislativa criativa *ex nihilo*, pois apenas extrai a vontade hipotética da Constituição.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; mandado de injunção; Supremo Tribunal Federal; Lei n. 7.783/89; medida provisória – Poder Judiciário; ação direta de inconstitucionalidade – ADIN.

Inicialmente, justifico o título. Em uma das propostas de Reforma do Judiciário, considerando a modéstia das dimensões demarcadas pelo STF para o mandado de injunção, conferindo-lhe efeitos idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apesar de serem institutos diversos, e a fim de resgatar sua concepção originária, havia então determinação expressa no sentido de que o STF, uma vez caracterizada a inércia legiferante, editasse uma norma que valesse até que o Congresso Nacional regulasse a matéria. Essa proposta não foi adiante por motivos que podem ser sintetizados, como bem lembrado pelo decano do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, na frase de certo Deputado Federal: *Já estamos sufocados pelas medidas provisórias do Poder Executivo, e agora teremos de suportar as medidas provisórias do Poder Judiciário?* Dessa frase partiu, assim, o título.

***O mandado de injunção (...) é um dos instrumentos de tutela constitucional das liberdades, posto à disposição dos cidadãos, ao lado do habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, ação popular, direito de certidão e direito de petição, com a nota de operar no âmbito do controle de constitucionalidade.***

Justificativa feita, lembro uma vez mais o decano do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, quando disse, num de seus discursos, que aprendera muito mais Direito assistindo às sessões plenárias do STF do que nos bancos da academia. Parafraseando então este monumental juiz, digo que se aprende muito mais Direito assistindo às sessões plenárias do STF do que na leitura pura e simples dos votos e das ementas dos acórdãos. E tanto isso é verdade que, para ficar num só exemplo protagonizado pelo Presidente do TSE, Ministro Marco Aurélio, ele reconsiderou seu voto na Consulta n. 1.225, feita pelo Partido Liberal – PL sobre a verticalização, após analisar as notas taquigráficas da sessão plenária do STF do dia 22 de março de 2006, quando fora julgada a ADI 3.685 versando a EC n. 52/06.

Nesse passo, o plenário do STF, julgando os MIs 670 e 712 na assentada de 7 de junho de 2006, que só não foram concluídos em face do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandovski, sinalizou para uma virada de jurisprudência. Trata-se, pois, de um momento histórico extremamente importante para o mandado de injunção, que passa a ter novas dimensões jurídicas. Outrossim, a circunstância de tal virada de jurisprudência ser absolutamente imprevisível pela comunidade jurídica, não diminui sua importância nem ofusca o brilho do STF, que soube e sabe em boa hora avançar seu entendimento.

Desse modo, registro minhas impressões sobre a discussão dos MIs 670 e 712 na assentada de 7 de junho de 2006, depois de mencionar as principais facetas do regime jurídico do mandado de injunção, as quais, embora sabidas e consabidas, merecem uma revisita neste momento histórico que, no pressuposto de a Constituição ser o que o STF diz, traduz uma vitória da cidadania e, em última análise, da própria “Constituição cidadã”, nas palavras do saudoso Ulysses Guimarães.

O mandado de injunção, como garantia constitucional, é um dos instrumentos de tutela constitucional das liberdades, posto à disposição dos cidadãos, ao lado do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, ação popular, direito de certidão e direito

de petição, com a nota de operar no âmbito do controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, o *writ* injuncional tem por função processual específica viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgados pela própria Constituição, de modo a impedir que a inércia do legislador comum frustre a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional<sup>1</sup>.

Sua previsão normativa está no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal: *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 ausência de lei regulamentando esse dispositivo constitucional não prejudica o manejo do *writ* injuncional, pois que o STF já decidiu pela sua auto-aplicabilidade, inclusive quanto ao procedimento, utilizando-se analogicamente as normas concernentes ao mandado de segurança, no que couber<sup>2</sup>. Calha referir, pois, que, diversamente do mandado de segurança, não cabe liminar, por ser incompatível com o instituto de mandado de injunção (e igualmente incompatível com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º, da CF).

Somente o desrespeito a normas constitucionais de eficácia limitada, que demandam a necessária *interpositio legislatoris*, rende ensejo ao mandado de injunção, que pressupõe, por sua vez, a absoluta inércia legiferante ou mora legislativa, considerado um prazo razoável para a edição da norma regulamentadora. Vale dizer, superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Constituição, evidencia-se a mora legislativa e a inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar, ainda que haja pendência de projetos de lei em curso<sup>3</sup>. Um exemplo: no MI 715, impetrado logo no início de 2005, o STF entendeu que não estava caracterizada a inércia do Congresso Nacional na regulação normativa do direito à celeridade no julgamento dos processos, incluído no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, pela EC 45, de 30/12/2004, não conhecendo, à míngua deste pressuposto processual específico, do sobredito *writ* injuncional<sup>4</sup>. No caso de inércia relativa do legislador, isto é, quando a norma editada para implementar a Constituição padece de eventual inconstitucionalidade por restringir indevidamente a hipotética *mens constitutionis*, não cabe mandado de injunção<sup>5</sup>. Daí porque, uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda superveniente de objeto do mandado de injunção, já que este *writ* não é o meio próprio para o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma<sup>6</sup>.

Impende enfatizar, ademais, quanto à legitimidade ativa, que o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa cujo exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja inviabilizado por conta da inércia legiferante, admitindo-se inclusive o mandado de injunção coletivo, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da CF, a exemplo da impetração por sindicato em favor de seus membros ou associados<sup>7</sup>.

Por outro lado, só possuem legitimidade passiva os órgãos das pessoas estatais que podem editar atos normativos, por exemplo, presidente da República, Congresso Nacional, Tribunal de Contas, tribunais superiores etc., não se admitindo litisconsórcio passivo, de modo que, se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do presidente da República, quando então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face deste

órgão<sup>8</sup>. Cabe enfatizar, neste passo, ser igualmente inadmissível o litisconsórcio passivo entre o órgão público que deverá, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora<sup>9</sup>.

O mandado de injunção não pode ser impetrado perante qualquer juiz ou tribunal, aleatoriamente, porque a competência para seu julgamento é definida pelo órgão a que caiba a edição da norma regulamentadora. Outrossim, em termos de definição de competência, observa-se, à semelhança do que ocorre com o mandado de segurança, o balizamento subjetivo da própria inicial do *writ* injuncional, não cabendo ao tribunal, no qual tenha sido ajuizado, emendá-la ou corrigi-la de ofício quanto ao órgão apontado como omissor<sup>10</sup>.

É de competência do STF processar e julgar o mandado de injunção impetrado contra o presidente da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesas de uma dessas casas legislativas, o Tribunal de Contas da União, Tribunais Superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, **q**, da CF).

Mais adiante, a Constituição Federal estabelece a competência do STJ para processar e julgar o mandado de injunção impetrado contra *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* (art. 105, I, **h**). Uma leitura apressada dessa norma levaria à conclusão de que cabe ao STJ o processo e julgamento de mandado de injunção impetrado contra qualquer órgão ou entidade federal, incluídas aí, por exemplo, as autarquias federais.

Entretanto, não é isso que ocorre. Registre-se, neste viés, que o plenário do STF decidiu, no MI 571 (DJ 20/11/98), ser da Justiça Federal de 1ª instância a competência originária para conhecer de mandado de injunção quando a omissão normativa é atribuída a autarquia federal. A esse respeito, merece menção o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

*Malgrado prescreva, na sua parte inicial, a competir ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente “o mandado de injunção, quando*

*a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal”, a alínea h do art. 105, I, da Constituição, subtrai dessa área de competência não apenas “os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho”, mas também “da Justiça Federal”.*

Ora, a Justiça Federal, de sua vez, detém a competência geral para as causas em que sejam partes a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal, salvo quando haja circunstância especial que a inclua na competência de uma Justiça especial ou de um dos dois órgãos judiciários de superposição, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça.

*Desse modo, a aparente regra geral de competência do STJ, prevista no art. 105, I, h, CF, quando subtraída das áreas de competência do STF, de um lado, e da Justiça Federal, de outro, reduz-se a hipóteses excepcionais, entre as quais me ocorre, por exemplo, aquela em que, sendo-lhe imputada a omissão normativa, seja um ministro de Estado a parte formal no processo do mandado de injunção.*

***No caso de inércia relativa do legislador, isto é, quando a norma editada para implementar a Constituição padece de eventual inconstitucionalidade por restringir indevidamente a hipotética mens constitutionis, não cabe mandado de injunção.***

Assim, compete ao STJ, por exemplo, o processo e julgamento do mandado de injunção impetrado contra o ministro do Trabalho<sup>11</sup> e contra o ministro das Comunicações<sup>12</sup>. Entretanto, não compete ao STJ o processo e julgamento do mandado de injunção impetrado contra autarquias federais, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade<sup>13</sup> e da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel<sup>14</sup>. Pelo mesmo motivo, não compete ao STJ o processo e julgamento do mandado de injunção impetrado contra órgão autônomo da União, a exemplo do Conselho Nacional de Trânsito – Contran, vinculado ao Ministério das Cidades e presidido pelo titular do Departamento Nacional de Trânsito<sup>15</sup>. Nestes casos, a competência é da Justiça Federal de 1ª instância, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal.

Quanto aos efeitos da decisão no

mandado de injunção, há, no STF, três correntes. Uma que entende dever esse órgão, ao reconhecer a mora legislativa, comunicar a existência da omissão para que o Congresso Nacional elabore a lei. Outra, reconhecendo também a mora legislativa, decide, desde logo, o pedido do impetrante e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto, seja tão-só para o caso concreto, seja de maneira geral, até que sobrevenha a norma regulamentadora. A última reconhece a mora e comunica ao Congresso Nacional, para que elabore a lei em um determinado prazo que, se descumprido, aí sim o STF toma conhecimento do descumprimento em sede de reclamação e dispõe a respeito do direito.

Como bem se vê, no excelente voto-vista do Ministro Gilmar Mendes proferido na histórica assentada plenária de 7 de junho de 2006, particularmente no seu capítulo *O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro*, o STF adotou a primeira corrente a partir do julgamento do MI 107, Moreira Alves, DJ 21/9/1990. Excepcionalmente, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o STF afastou-se dessa orientação em duas situações.

Primeira, no MI 283, Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991, sobre anistia política, quando o STF, partindo da premissa segundo a qual houve o gravíssimo descumprimento de um prazo constitucionalmente estabelecido para a edição da norma (art. 8º, § 3º, do ADCT), estipulou prazo de 60 dias para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao impetrante a satisfação dos direitos negligenciados, garantindo-se, outrossim, os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe fosse mais favorável.

Segunda, no MI 232, Moreira Alves, DJ 27/3/1992, sobre imunidade tributária, oportunidade em que o STF, reconhecendo a mora legislativa, estipulou prazo de 6 meses para que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, sob pena de, vencido o prazo, a impetrante

passasse a gozar da imunidade requerida.

A partir da assentada de 7 de junho de 2006, sucede, porém, uma virada de jurisprudência, capitaneada pelos votos dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. O Plenário do STF legislou positivamente, ao determinar a aplicação da Lei n. 7.783/89 à greve dos servidores públicos civis, enquanto o Congresso Nacional não editar a norma regulamentadora do art. 37, VII, da Constituição Federal. Não foi concluído o julgamento dos MIs 670 e 712, em face do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, mas se depreende da discussão que a posição do STF já está definida, com aceitação e reconhecimento ostensivo da linha mestra daqueles votos por todos os ministros.

O STF não assumiu o poder de legislar *in genere*, mas tão-só naquele caso concreto, porque não há risco de as “medidas provisórias” do Poder Judiciário alterarem a atual situação do Congresso Nacional, em que mais de 80% dos projetos de lei em tramitação, incluídas as medidas provisórias, são oriundos do Poder Executivo. Na discussão da matéria, ficou bem clara a necessidade de serem examinadas as circunstâncias de cada caso como pressuposto para o exercício da função legislativa pelo STF, mesmo porque, via de regra, é legítima a postura do Congresso Nacional de não legislar, já que isso faz parte do jogo político, especialmente da **técnica de compromissos dilatórios**, como sempre lembrado pelo Ministro Nelson Jobim. No caso de greve no serviço público, porém, mesmo sem nenhuma regulamentação, foi argumentado que se viam e viviam inúmeras greves, porque não seria legítima, destarte, a postura omissiva do Congresso, passados dezessete anos da promulgação da Constituição.

A esse respeito merece registro o seguinte excerto do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes:

*O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional n. 19/1998 retirou o caráter complementar da Lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam ao estado de omissão ou de inércia legislativa.*

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

*Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à greve dos servidores do judiciário do Estado de São Paulo e à greve dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.*

*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.*

Por outro lado, ficou superado, definitivamente, o dogma

de que o Poder Judiciário atua exclusivamente como legislador negativo, dogma este que vem de uma concepção kelseniana do ordenamento jurídico. Nessa ordem de considerações, o STF pode atuar em situações excepcionais como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa *ex nihil*, pois que apenas extrai a *vontade hipotética da Constituição* ou a *solução constitucionalmente vinculante*, isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria. A propósito, o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes analisa a questão de forma exauriente, abordando com brilho a função positiva das cortes constitucionais como uma tendência atual para superar a crise das instituições democráticas, bem assim e particularmente as sentenças manipulativas da corte constitucional italiana, com base na doutrina de Rui Medeiros.<sup>16</sup>

Demais disso, partindo da premissa segundo a qual o mandado de injunção está no âmbito do controle de constitucionalidade, a eficácia de sua decisão tem efeito *erga omnes*, vale dizer, a norma a ser aplicada em virtude de sua decisão tem efeito genérico, não se limitando ao impetrante. Desse modo, se outras categorias de servidores públicos que não as impetrantes dos mandados de injunção julgados em 7 de junho de 2006 (servidores policiais civis do Espírito Santo e servidores do Poder Judiciário da Paraíba) pretenderem fazer greve, ficam dispensadas de ajuizar previamente mandado de injunção, pois a elas se estende a norma então definida pelo STF nos referidos julgamentos. Isso não impede porém que se busque, mediante a tutela judicial no juízo competente, a regulamentação de situações específicas, com a imposição de condições mais gravosas para o exercício do direito de greve, pois não se pode equiparar a greve da polícia com a greve do INSS, ou de um hospital ou de uma siderúrgica que envolve a paralisação de caldeiras.

Dentro dessa perspectiva, vale frisar o voto do Ministro Gilmar Mendes, no seguinte excerto:

*Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratarem de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei n. 7.783/1989.*

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

Por fim, ressalto que a atividade do STF, na função de determinar a norma aplicável no mandado de injunção, é tipicamente legislativa, como bem asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence durante a discussão, ainda que se tome de empréstimo uma lei já existente no ordenamento jurídico, no caso, a Lei n. 7.783/89, particularmente ao ponderar que tanto poderia o STF pegar de empréstimo uma lei paraguaia, ou uma lei brasileira que não se aplicasse à greve no serviço público, como é o caso da Lei n. 7.783/89, por força do seu art. 16, que o efeito seria o mesmo: típica função legislativa.

---

## REFERÊNCIAS

- 1 BRASIL. STF, MI-AgR 81, Pleno, rel. Celso de Mello, DJ 25/5/1990.
- 2 BRASIL. STF, MI-QO 107, Pleno, rel. Moreira Alves, DJ 21/9/1990.
- 3 BRASIL. STF, MI 361, Pleno, rel. Sepúlveda Pertence, DJ 17/6/1994.
- 4 Vide Informativo STF n. 378, de 28 de fevereiro a 4 de março de 2005.
- 5 BRASIL. STF, MI-QO 608, Pleno, rel. Sepúlveda Pertence, DJ 1/6/2000.
- 6 BRASIL. STF, MI-AgR 575, Pleno, rel. Marco Aurélio, DJ 26/2/1999.
- 7 BRASIL. STF, MI 102, Pleno, rel. Marco Aurélio, DJ 25/10/2002.
- 8 BRASIL. STF, MI-AgR 153, Pleno, rel. Paulo Brossard, DJ 30/3/1990.
- 9 BRASIL. STF, MI-AgR 323, Pleno, rel. Moreira Alves, DJ 14/2/1992.
- 10 BRASIL. STF, MI-QO 176, Pleno, rel. Marco Aurélio, DJ 14/8/1992.
- 11 BRASIL. STF, MI 157, Pleno, rel. Aldir Passarinho, DJ 20/4/1990.
- 12 BRASIL. STJ, MI 163, Corte Especial, rel. Felix Fischer, DJ 21/2/2000.
- 13 BRASIL. STJ, AgRg no MI 185, Corte Especial, rel. Franciulli Netto, DJ 21/3/2005.
- 14 BRASIL. STJ, MI 174, Corte Especial, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27/3/2003.
- 15 BRASIL. STJ, MI 193, Corte Especial, rel. Carlos Alberto Menezes, j. 22/5/2006.
- 16 MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

Artigo recebido em 2/7/2006.

---

## ABSTRACT

*The author draws comments about the writ of injunction, taking into consideration the achievements established by the Superior Court of Justice jurisprudence in relation to this constitutional guarantee, from its self-applicability, procedural presumptions, active and passive legitimacy, jurisdiction power for proceeding and judgment as well as effects of the decision.*

*He registers the main features of the Supreme Federal Court full meeting in bank, of June 7<sup>th</sup>, 2006, which is regarded as an historical mark to the writ of injunction, since this session caused a change within the traditional jurisprudence of the Supreme Federal Court relating to this writ, by definitely overcoming the dogma that the Judiciary Power acts exclusively as a negative legislator.*

*So, the author states that the Supreme Federal Court may act as a positive legislator in extraordinary situations, without implying ex nihil creative legislative function, because it just demonstrates the hypothetical will of the Brazilian Constitution.*

## KEYWORDS

*Constitutional Law; writ of injunction; Supreme Federal Court; Law n. 7,783/89; provisional measure – Judiciary Power; direct action of unconstitutionality – ADIN.*

---

**Roberto Luís Luchi Demo** é juiz federal substituto na Seção Judiciária de Brasília-DF.