

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

JUDICIAL ACTIVISM AND FEDERAL SUPREME COURT ON STRIKE RIGHT OF PUBLIC SERVANTS

**Alessandra Mara de Freitas Silva
Adelson Barbosa Damasceno**

Resumo

O presente artigo pretende analisar, a partir de um novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção que visavam a implementação do direito de greve dos servidores públicos, a postura pró ativa da Corte Constitucional e seus reflexos na esfera política. A alteração do posicionamento do Tribunal aponta para uma mudança no paradigma do modelo democrático ancorado na teoria da separação dos poderes, por meio do qual os poderes constitucionalmente previstos não trazem contornos precisos e o ativismo judicial, tido por alguns como uma extrapolação da função jurisdicional, surge, sob o ponto de vista de outros, como meio necessário à implementação de direitos fundamentais. Nesse contexto, partindo de uma análise sistêmica, se reporta ao estudo da separação de poderes e funções, dimensionando até que ponto o ativismo judicial e a decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso do direito de greve dos servidores públicos, extrapola os limites da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Direito de greve, Ativismo judicial, Separação dos poderes

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to demonstrate the causes of the increased intervention of the Judiciary, in particular the decisions of the Supreme Court, which change daily overview of national policy, as well as all Brazilian reality. Will be analyzed, initially, the historical evolution of the democratic rule of law, highlighting its characteristics, to emphasize the paradigm shift in the interpretation process of constitutional norms. Then, drawing a parallel between the judicialization with judicial activism, highlighting concepts and differences will be demonstrated that social issues and moral relevance are more frequently subjected to the Judiciary (legalization), which has been taking proactive, action-oriented a broad interpretation of constitutional norms (judicial activism).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal court of justice, Right to strike, Judicial activism, Separation of powers

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa abordar a postura ativista do Supremo Tribunal Federal a partir da evolução de seu entendimento acerca da natureza do mandado de injunção, tendo como análise as decisões sobre o direito de greve dos servidores públicos.

No caso sob análise, o Supremo Tribunal Federal evoluiu seu posicionamento acerca do mandado injuncional, entendendo que este teria natureza seria substancial, sendo um remédio constitucional apto a implementar o direito arguido.

Nesse contexto, os questionamentos e o enfrentamento jurídico acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal, seus reflexos jurídicos e dogmáticos em um modelo Constitucional que prima pela separação dos Poderes, corroboram, por todos os ângulos, a existência do fenômeno do ativismo judicial e sua crescente participação no debate Constitucional brasileiro.

Assim, enquanto alguns se posicionam de forma contrária à expansão dessa atuação pró ativa do Poder Judiciário, ao argumento do intransponível princípio da separação de Poderes, outros, em sentido oposto, entendem que é legítima a implementação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, e que, em alguns casos, este deve chamar para si aquelas competências que antes eram de outros Poderes.

Destarte, para a consecução dos objetivos pretendidos adotou-se o método bibliográfico, partindo a análise do caso concreto e da bibliografia afeta ao tema.

2 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A teor do artigo 37, VII, da Constituição Federal, é assegurado aos servidores públicos o direito de greve, nos limites e termos definidos em Lei.

Não obstante a previsão constitucional, é cediço que até a presente data a Lei prevista não fora editada, impossibilitando, assim, seu pleno exercício por parte dos servidores públicos, destinatários da promessa constitucional.

Em virtude da omissão legislativa foram impetrados ao longo do tempo vários mandados de injunção, cujo objeto era a implementação do direito constitucionalmente assegurado.

Destarte, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a natureza do *writ* era meramente mandamental, conforme precedentes dos Mandados de Injunção nº 20, 485 e 585, senão vejamos:

MI 20 DF. REL. MIN. Celso de Mello; Julgamento: 18.05.1994; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001; Partes: CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PUBLICOS DO BRASIL x CONGRESSO NACIONAL.

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO.

DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

MI 485 MT. Rel. Min. Maurício Corrêa; Julgamento: 24.04.2002; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00071 EMENT VOL-02079-01 PP-00001; Partes: GERALDO CARLOS DE OLIVEIRA E OUTRO x CONGRESSO NACIONAL.

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL.

1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes.

2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa.

MI 585-TO. Rel. Min. Ilmar Galvão; Julgamento 14.05.2002; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 02-08-2002 PP-00059 EMENT VOL-02076-01 PP-00030; Partes: SINDICATO DOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO DO ESTADO DO TOCANTINS – SINDIFISCAL, CORIOLANO SANTOS MARINHO E OUTRO, SENADO FEDERAL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão.

Neste contexto, a natureza não concretista¹ firmada no STF externava seu entendimento de que a natureza do mandado injuncional, permitia-lhe tão somente declarar a inércia do Poder responsável pela edição da norma, assim, a efetividade desse direito ficava condicionada à elaboração da norma regulamentadora por parte do poder competente, uma esfera até então intocada pelo Judiciário.

Todavia, tal posicionamento não era unânime no âmbito do Supremo, havendo divergências, a exemplo da decisão proferido no MI 232 de Relatoria do Ministro Moreira Alves, veja-se:

MI 232 RJ. Rel. Min. Moreira Alves; Julgamento: 01. 08.1991; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par.7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

¹ Alexandre de Moraes ao tratar sobre a interpretação não concretista do mandado de injunção assim a classificou: “temos a posição não concretista, adotada pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, “em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política. Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente previstas, mas, tão somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante”. (MORAES, Alexandre, 2007, p.167).

No mesmo julgado, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célso Borja, os quais entenderam que o mandado de injunção teria natureza substantiva e deveriam fazer as vezes da norma infraconstitucional ausente de modo a integrar o direito ineficaz.

Posteriormente, o Supremo, alterando seu posicionamento, passou a adotar o entendimento de que o Mandado de Injunção não era apenas mandamental, mas deveria ser dotado de regra concreta apto a autorizar o direito inviabilizado pelos seus destinatários.

Destarte, no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal externou seu novo posicionamento, veja-se:

MI 712 / PA - PARÁ . MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 25/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Parte(s) IMPTE.(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ – SINJEP ADV.(A/S): EDUARDO SUZUKI SIZO E OUTRO(A/S) IMPDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. [] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser

regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. 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. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...] 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27. 3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. [...] Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (STF - MI: 670 ES , Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001)

Assim, ao se analisar os julgados acima, percebe-se de forma cristalina que o Supremo Tribunal Federal evoluiu seu entendimento para conceder ao Mandado de Injunção efeitos concretos, ou, nas palavras de Alexandre de Moraes (2007: 167), adotou uma posição concretista².

Destarte, ante a inércia reiteradamente operada por parte do Poder editor da Norma, o Supremo Tribunal Federal entendeu por determinar a aplicação de norma que regulamenta a greve no setor privado até que fosse editada norma específica regulamentadora, atribuindo uma natureza substancial ao Mandado de Injunção.

É evidente que essa evolução de postura pelo Supremo gerou, e ainda gera, debates acirrados acerca dos limites da atuação normativa do Poder Judiciário implicando, para boa parcela da doutrina, em desequilíbrio na harmonia e independência dos Poderes pregada em nossa Constituição.

3 O NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À NATUREZA DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

É incontestado que Constituição de 1988 viabilizou e garantiu as demandas judiciais seja ao incorporar direitos e garantias fundamentais, seja ao estruturar um Estado Democrático de Direito estabelecendo princípios e fundamentos de observância obrigatória.

Questões políticas que eram deliberadas e decididas exclusivamente no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo passaram a ser amplamente influenciadas por decisões judiciais.

Nesse íterem ainda impera, no âmbito do estudo do Direito Constitucional brasileiro, a premissa de que uma das características principais do Estado de Direito é a estrita obediência à rigidez do princípio da separação de poderes, a qual, a cada dia, vem sendo rediscutida.

² Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. (MORAES, 2007, p. 164)

Nesse sentido, ao longo da história do Constitucionalismo e seguindo as teorias da separação dos poderes, buscou-se um modelo político por meio do qual não houvesse a concentração de todas as funções nas mãos de um único poder, criando-se mecanismos que sobrepesassem o âmbito de atuação de cada um dos Poderes para que um não subjugasse o outro.

Assim, a separação dos Poderes teve como objetivo principal impedir um Poder interferir, de forma arbitrária e incontrolável, na vida e nos direitos dos indivíduos, possibilitando o exercício de direitos sobre a garantia permanente de vigilância, concretizada por mecanismos de controle entre os Poderes.

Destarte, ao discorrer sobre separação de Poderes, Ramos (2014) ressalta que a mesma consiste na atribuição a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), de modo a resultar um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.

Continua o autor sustentando que a separação dos Poderes parte de algumas premissas, pontuando-as como sendo a identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins, que estas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, devendo, para tanto, seus titulares serem dotados de determinadas garantias funcionais e, por fim, que cada órgão deva, predominantemente, exercer um dos Poderes, sendo estruturado com vista ao exercício adequado de sua atividade, podendo, em algumas situações, haver certo compartilhamento de funções. (RAMOS, 2014)

Todavia, é evidente que resta enraizado em nosso pensamento jurídico uma doutrina de separação rígida³ de poderes, o que em alguma medida retarda o amadurecimento de uma teoria de separação de poderes que seja apta a enfrentar a problemática em torno de situações de inoperância do Estado.

Nesse contexto, o positivismo jurídico ainda domina com certa margem de vantagem o pensamento pátrio acerca desta rigidez do princípio da separação dos Poderes, a exemplo de

³ Nesse sentido Hermes Zaneti Júnior em sua obra assim sustenta: “A doutrina da separação rígida tornou-se assim um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. O poder estatal, residente na soberania popular e na Constituição, é uno e indivisível, por essência e natureza. Daí sobressai um dos aspectos mais profundos da teoria da unicidade narrativa da Constituição.[...] Resta assim expungida a doutrina da separação rígida que muito tempo medrou como “arma dos conservadores, [e] teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social”. (JÚNIOR, p. 120)

Elival da Silva Ramos (2014), que em sua obra *Ativismo Judicial*, parâmetros dogmáticos, assim conclui:

O positivismo jurídico continua sendo o modelo teórico mais adequado à compreensão conformadora de ordenamentos de perfil democrático, edificados sobre os princípios do Estado de Direito, com ou sem a presença de Constituições dotadas de supremacia formal. Longe de estar superada, a Dogmática positivista apenas se renovou e fortaleceu a partir da intensa, extensa e contínua reflexão crítica que em torno dela se desenvolveu nas últimas duas centúrias. Sob o prisma metodológico, pode-se afirmar que não há Ciência do Direito sem que se faça uso do legado positivista. (RAMOS, 2014, p. 305)

Ainda, ao concluir sobre a separação dos Poderes, o autor assim se posiciona:

O princípio da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. A esse propósito, importa ter presente que, em contraposição à função legislativa, a atividade jurisdicional opera em escalão inferior da ordem jurídica e se volta, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos. A discricionariedade judicial se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao Juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém, com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. (RAMOS, 2014, p. 307-308)

Habermas (2012), por sua vez, aponta que a divisão clássica da separação de Poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado, sendo que nessa perspectiva, a lógica da divisão funcional somente faz sentido se aferir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo, a fim de que os destinatários sejam considerados autores do direito ao qual encontram-se submetidos.

Nesse sentido, o princípio da separação dos Poderes, passa, inegavelmente, pela identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, com vias à consecução de seus fins. (RAMOS, 2014)

Ainda, seguindo a classificação proposta por Ramos (2014), a separação dos Poderes passa, ainda, pela necessidade de que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas e independentes entre si, as quais devem ser dotadas de algumas prerrogativas e de certa especialização para a consecução de sua função predominante, sendo aceito certo nível de compartilhamento de funções de forma genérica ou individualizado.

Nesse sentido é perceptível que o autor propõe um modelo de Estado que traz contornos muito precisos, apontando, de forma facilmente identificável em sua obra, o limite de atuação de cada poder constitucionalmente previsto.

Todavia, em uma sociedade multifacetada, que conjuga, ao mesmo tempo, uma vasta gama de promessas constitucionais atrelada a uma vasta legião de destinatários dessas promessas, e, por outro lado, dificuldades de implementação desses direitos pelos vários Poderes, principalmente por parte do Executivo e do Legislativo, uma teoria de separação de Poderes rígida poderia, em alguma medida, inviabilizar o exercício de direitos constitucionalmente estatuídos.

Nesse sentido, a teoria, talvez mais adequada, seria a da unidade do Estado, conforme sustenta Júnior (2012:120) “o Poder Estatal, residente na soberania popular e na Constituição é uno e indivisível, por essência e natureza. Daí sobressai um dos aspectos mais profundos da teoria da unidade narrativa da Constituição”.

Dessa feita, ao se sustentar a rigidez da separação dos Poderes, sustenta, por consequência, que nenhum Poder poderá atuar quando outro não cumprir suas funções, dando azo à inoperância do Estado.

No tocante aos Mandados de Injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos, e o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Elival da Silva Ramos assim pontuou:

Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI n. 721-7, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais – art. 5º, § 1º da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista - subjetivista. Não se há de negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF. (RAMOS, 2014, p. 303)

Nesse sentido, resta patente em sua obra a rejeição à postura ativista do Poder Judiciário sob o fundamento do princípio da separação dos Poderes.

Todavia, ao se analisar a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal acerca do direito de greve dos servidores, resta patente que a evolução decorre de manifesta inércia por parte do Congresso Nacional, a qual fora comprovada por diversas ocasiões, cuja

comprovação decorre também do fato de que, mesmo após mais de 25 (vinte e cinco) anos do advento da Constituição a norma regulamentadora do direito ainda não fora editada.

Cabe lembrar que a teoria da separação dos Poderes tinha como objetivo garantir a máxima proteção ao cidadão contra decisões arbitrárias de um soberano, e não um pretexto para se esquivar da obrigatoriedade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos ao argumento de que sua implementação implicaria na interferência de funções de outro Poder.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Na definição de Barroso (2009), o ativismo judicial importa em uma atuação proativa por parte do Poder Judiciário, por meio do qual este, diante de situações concretas, mormente ante a inércia por parte de outros Poderes, em especial o Legislativo, atua a fim de garantir, de maneira efetiva, o atendimento de demandas sociais, sendo que em sua obra assim pontua:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 5)

O ativismo judicial, ainda segundo autor teve sua origem na jurisprudência norte americana, veja-se:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954),

acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973). (BARROSO, 2009, p. 6)

Dworkin (1999), por sua vez, sustenta que a ideia de ativismo judicial encontra-se associada a uma intensa participação do judiciário na concretização dos valores constitucionais, como por exemplo a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário e com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição.

RAMOS (2014), por sua vez, ao discorrer sobre o ativismo judicial assim pontua:

[...] em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano – germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo – saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas. (RAMOS, 2014, p. 107-108)

No Brasil, o ativismo judicial tem como bases principais a existência de uma vasta gama de condições e mecanismos inseridos na Norma Constitucional, destinados a prover a chamada justiça social, consequência de sua forte carga axiológica⁴.

Ou seja, o ativismo judicial implica, na realidade, em uma interpretação da Constituição segundo princípios informadores, garantindo, por conseguinte, a expansão da jurisdição constitucional, sobretudo no controle do Judiciário sobre esferas de competência de outros Poderes.

Dessa forma, o ativismo judicial, destacado pelo professor MARSHALL (2002), aponta que este possui dimensões que podem ser resumidas em ativismo contra - majoritário, o que ocorre quando o Poder Judiciário atua como legislador negativo face os Poderes eleitos

⁴ Segundo Flávia Piovesan, a “dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos conferindo suporte que é axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores são forças dotadas de uma especial força expansiva projetando-se para todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional” (Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 34/35).

democraticamente; ativismo jurisdicional, quando o Judiciário prolata decisões aditivas para alterar, corrigir ou adaptar o sentido das leis; o ativismo criativo, este decorrente do neoconstitucionalismo por meio do qual o Judiciário utiliza-se da hermenêutica para a criação de novos direitos ou afirmação de direitos jusnaturalistas e, por fim, o ativismo remédio, por meio do qual o Judiciário impõe aos demais Poderes obrigações positivas partindo de preceitos pragmáticos da Constituição.

Em síntese, podemos dizer que o ativismo judicial amplifica os poderes dos Juízes e Tribunais no controle sobre os demais Poderes através da hermenêutica constitucional, fundado, em nosso caso, no princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV.

No caso especial do direito de greve dos servidores públicos, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, partindo de uma interpretação sistemática da Constituição fundada no princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, se viu na obrigação de adentrar em uma esfera, até então, do Poder Legislativo, cujo ingresso se dera, evidentemente, em virtude da omissão por parte do Poder imbuído da competência legislativa.

Nesse mesmo sentido compete trazer os apontamentos de Gilmar Ferreira Mendes, senão vejamos:

Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e dos sistemas de direitos subjetivos, a exemplo a ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do habeas data e do mandado de segurança coletivo. A ação civil pública ganhou dimensão constitucional. A ação popular teve o seu âmbito de proteção alargado. (MENDES, 2007, p. 883)

Por oportuno compete trazer as lições de Habermas que por sua vez sustenta que o ativismo judicial decorre de uma crise no Estado de Direito em decorrência da inoperância do poder Legislativo, veja-se:

O pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado de tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos Poderes corre perigo. (HABERMAS, 2011, p. 173)

E continua:

Em casos simples, a transferência incontrolada de competências legislativas para tribunais e administração é fomentada pelo oportunismo de um legislador que não

esgota suas competências e renuncia a regular matérias que requerem tratamento legal. (HABERMAS, 2011, p. 183)

Nesse sentido, os conceitos e causas do ativismo judicial são variados, e todos sustentáveis em alguma medida, o que nos impõe que trata-se de um fenômeno presente em nosso sistema jurídico, cujos reflexos, sejam eles positivos ou não, são sentidos direta ou indiretamente pela sociedade.

5 ANÁLISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL SOB UMA NOVA PERSPECTIVA ATIVISTA

O Judiciário se posicionava de forma neutra perante a sociedade, mantendo-se, quando possível, distante dos anseios sociais, no entanto, nos últimos anos tem se apresentado como uma importante instituição para o progresso das democracias atuais, tendo em vista a conotação política que muitas de suas decisões têm assumido, bem como nas decisões de ampla repercussão para sociedade.

Desse modo, verifica-se, uma expansão do ativismo judicial não só da política, mas também da sociedade brasileira, pois questões políticas que costumeiramente eram deliberadas e decididas exclusivamente no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo passaram a ser amplamente influenciadas por decisões judiciais.

Nesse sentido, observa-se, que o Judiciário está hoje muito mais exposto à sociedade do que esteve ao longo dos séculos XIX e XX, pois os juízes têm sido constantemente questionados acerca das suas decisões pelos mais variados meios de comunicação, principalmente aqueles que integram o Supremo Tribunal Federal.

Um exemplo é a transmissão em tempo real de sessões do Supremo Tribunal Federal por intermédio da TV Justiça, que revela um grande avanço do Judiciário brasileiro na direção da democratização da Justiça. A ampla visibilidade que tem sido dada a esse tribunal torna seus julgamentos transparentes e acaba por aproximar o Judiciário da população brasileira, e efetivando os preceitos e garantias constitucionais.

Além disso, é difícil encontrar atualmente na sociedade brasileira uma questão política que não possa ser submetida à apreciação do Judiciário, fazendo com que o Judiciário brasileiro assuma o papel de consenso social, expandindo-se frente aos demais poderes⁵.

Contudo, o judiciário além de se manifestar no exercício da jurisdição ordinária, o caráter político das decisões judiciais se apresenta de modo ainda mais importante por ocasião do exercício da Jurisdição Constitucional. De outra forma não poderia ser, visto que, em sendo a Constituição da República uma Carta Política, é natural que os juízos de valor acerca da conformidade ou não de leis e atos governamentais com o com o seu conteúdo repercutam amplamente sobre questões de natureza política e social⁶.

Se por um lado temos uma expansão da atuação ativista do Poder Judiciário, resta-nos ainda resquícios de uma teoria rígida da separação de Poderes que, em alguma medida, ofusca a realidade que consiste no fato de que o processo democrático está sempre constante evolução e que talvez as tentativas de freá-lo nos levaria a um retrocesso social.

Em seu livro *O futuro da democracia*, Norberto Bobbio já advertia que o movimento democrático cada vez mais penetra em ambientes antes totalmente impermeáveis ao seu discurso, invadindo “espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico e burocrático”. Embora Bobbio (1997) pensasse ainda basicamente em termos representativos, a ideia de que a democracia tende a se expandir para os mais diversos espaços se coaduna com a ideia de um Judiciário mais atuante.

⁵ “A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas [...]” (CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. LUIZ WERNECK VIANNA, Organizador. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17).

⁶ “Desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes [...]” (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 julho de 2015).

Esta é a principal função contramajoritária das Cortes Constitucionais – Supremo Tribunal Federal - que visa justamente a restrição do poder do Estado e a proteção de um conjunto de direitos fundamentais.

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para se envolver em questão social e política, não consiste apenas da previsão constitucional, sendo resultado da aplicação da democracia dentro da instituição judiciária, bem como uma resposta ao movimento de uma cidadania que busca outras opções além da representação política tradicional para tornar seus direitos reconhecidos e tutelados.

O modelo constitucional atual tem por objetivo a busca pela conjugação entre o princípio democrático e concepção substancial de justiça, ou seja, entre o Direito e a moral.

Neste sentido, as decisões contra – majoritárias, mormente em sede de controle de constitucionalidade, afrontam, na maioria das vezes, a vontade externada pelas maiorias parlamentares, legítimos representantes do povo, ainda que estes representem os grupos mais fortes da sociedade.

Desta forma, ao relembrarmos as definições e origens dos institutos do ativismo judicial e sua crescente expansão nos países democráticos e, especialmente no Brasil, assim como suas raízes, que remontam ao modelo constitucional, a dúvida principal opera-se na forma como o Estado e a sociedade pode inibir os arbítrios nas decisões judiciais, uma vez que esta cabe a um juiz, ou seja, um homem passível de erros e paixões.

Ao desenvolver uma resposta ao tema, APPIO (2004) afirma que a Constituição confere às decisões judiciais racionalidade, além de assegurar sua legitimidade material e sua eficácia social.

Destarte, para o desenvolvimento deste estudo, compete trazer os apontamentos de Dworkin, que trabalha na construção de uma teoria do Direito e não de uma teoria de justiça.

Partindo dessa ideia, a forma como os juízes decidem os casos que são a eles submetidos influencia o destino de uma comunidade, optando o autor por tratar de uma teoria do Direito e da Democracia a partir das decisões judiciais.

Assim, este tenciona a dizer de que forma um controle amplo, por parte dos Juízes nos Estados Unidos, pode conviver com o modelo representativo democrático, sustentando que uma concepção substancial do princípio democrático a partir do direito de todo o cidadão de

ter um tratamento justo e isonômico⁷, distinguindo, a partir daí, as concepções majoritárias e as constitucionais democráticas.

Partindo-se das concepções majoritárias, os juízes não estariam autorizados a decidir contra a vontade dos representantes eleitos a partir de uma leitura moral da Constituição, por outro lado, ao se partir de uma concepção constitucional da democracia, os juízes estão autorizados a limitar a vontade das maiorias parlamentares através do controle de constitucionalidade sempre que o processo legislativo deixar de tratar com igual respeito e consideração todos os cidadãos⁸.

Em síntese, o autor sustenta que nas situações em que a vontade das maiorias importar em violação ao princípio da isonomia, cabe ao judiciário a palavra final, o que encontra-se em perfeita sintonia com a Norma Constitucional. (DWORKIN:1996).

6 CONCLUSÃO

Conforme referenciado, as causas do ativismo judicial são as mais variadas, podendo dar maior destaque a um modelo Constitucional que permite o amplo acesso do cidadão ao Poder Judiciário e a uma inoperância, especialmente por parte do Poder Legislativo.

É incontestável que decisões como as proferidas nos mandados de injunção que discutiam o direito de greve dos servidores públicos estremecem, em alguma medida, a harmonia entre os Poderes constituídos, apresentando-se, para alguns vários, como manifesta ingerência nas funções precípuas do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

⁷Dworkin empresta, a exemplo de boa parte dos constitucionalistas norte-americanos, uma grande importância à liberdade humana. Deste modo, a igualdade concebida por Dworkin não pode ser reconduzida ao conceito de igualdade material, que caracteriza os Estados sociais, mas sim uma igualdade instrumental de acesso a bens e serviços prestados pelo Estado, o que fortalece o debate em torno da discriminação positiva.

⁸Para o autor, as decisões majoritárias somente podem ser reputadas como formas legítimas de autogoverno, caso os membros desta comunidade possam ser considerados como “membros morais” da comunidade, ou seja, que possuam o direito de participação nas decisões que afetem a comunidade, bem como que a comunidade trate todos os seus membros com igual consideração e respeito (especialmente no tocante à distribuição de recursos públicos) e, finalmente, que o membro da comunidade se sinta como um membro efetivo da comunidade, ou seja, que se reconheça como sua parte integrante. Estas seriam condições estruturais para o reconhecimento de uma comunidade moral genuína.(DWORKIN, 1996:14).

Em contrapartida, o constante e crescente aumento das demandas sociais fundadas nas promessas constitucionais, em especial no caso do direito de greve dos servidores, inevitavelmente descambam nos Tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, sendo em alguns casos a última esperança diante da inoperância de outros Poderes.

É importante salientar que não é fácil, em uma sociedade multifacetada em que os anseios são os mais diversos, a identificação precisa da esfera de competência dos Poderes Constituídos, não havendo margem para se delinear, de forma precisa, os contornos de atuação de cada um dos Poderes, de modo que a ideia de rigidez da separação dos Poderes não se coaduna com nosso modelo de Estado.

Por fim, a separação dos Poderes, firmada a independência e harmonia, tem como viés garantir os direitos fundamentais dos cidadãos frente a eventuais abusos, não podendo ser rígida e imutável a ponto de inviabilizar a implementação das promessas Constitucionais, sob pena de incidir na ineficiência do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo Fernando. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Florianópolis, 2004. Disponível em:

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 de julho de 2015.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acessado em 07 de julho de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 20 – DF. Rel.: Min. Francisco Rezek, **Diário de Justiça**, Brasília, 10 de novembro de 1994.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 232 – RJ. Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 de março de 1992.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 485 – MT. Rel. Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 23 de agosto de 2002.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 585 – TO. Rel. Min. Ilmar Galvão. **Diário de Justiça**, Brasília, 02 de agosto de 2002.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670 – ES. Rel. Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 de outubro de 2008.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712 – PA. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 de outubro de 2008.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política. Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. In: A Democracia e os Três Poderes no Brasil. LUIZ WERNECK VIANNA, Organizador. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Freeendoms law**. The moral Reading of the American Constitution. Massachussets, Havard University Press. 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Fontes. 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1ª edição. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Púlo. 1999.

HABERMAS, Jürgem. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 1. V. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. 2012.

HABERMAS, Jürgem. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. V. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. 2011.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2007.

MARSHALL, Willhan. **Conservative and the seven sins of judicial activism**. University of Colorado law review. V. 73. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**. 16ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva/IDP – Instituto de Direito Público. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. 21ª edição. Editora Atlas.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo. 1ª edição, 4ª tiragem. Editora Saraiva. 2014.