

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

Í SIS TEIXEIRA ALBUQUERQUE

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL
NO BRASIL**

Paracatu

2019

ÍSIS TEIXEIRA ALBUQUERQUE

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof.^a Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira.

ÍSIS TEIXEIRA ALBUQUERQUE

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof^a. Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira.

Banca Examinadora:

Paracatu-MG, ____ de _____ de 2019.

Prof^a. Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira.
Centro Universitário Atenas

Prof^a. Msc. Amanda Cristina de Souza Almeida
Centro Universitário Atenas

Prof. Glauber Dairiel Lima
Centro Universitário Atenas

RESUMO

Este trabalho tem como principal objetivo delinear o ativismo judicial exercido basilamente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil. A Suprema Corte tem extrapolado suas funções ao legislar, tendo em vista que em seus julgados são verificados efeitos de lei, ação esta que caberia exclusivamente ao Poder Legislativo. O malefício destes atos cometidos pelo STF, sem dúvida é o desrespeito a separação dos três poderes, bem como a democracia, uma vez que, os Ministros que o compõe não foram escolhidos através do voto pela população e sim indicados pelo Presidente da República.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Separação dos Três Poderes.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to delineate the judicial activism exercised fundamentally by the Supreme Court, the highest authority of the Judiciary in Brazil. The Supreme Court has extrapolated its functions in legislating, considering that in its judgments the effects of law are verified, an action that would be the exclusive responsibility of the Legislative Power. The harm of these acts committed by the Supreme Court, without doubt, is the disrespect for the separation of the three powers, as well as democracy, since the Ministers that compose it were not chosen through the vote by the population but appointed by the President of the Republic.

Keywords: *Judicial Activism. Supreme Court. Judiciary. Separation of the Three Powers.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
1.1 PROBLEMA	6
1.2 HIPÓTESES	7
1.3 OBJETIVOS	8
1.3.1 OBJETIVO GERAL	8
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	8
1.4 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO	8
1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO	9
1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO	9
2 A SEPARAÇÃO E AS FUNÇÕES DOS TRÊS PODERES DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	10
3 A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL	14
3.1 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS	15
3.1.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	17
3.1.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	18
3.1.3 MANDADO DE INJUNÇÃO	19
4 O ATIVISMO JUDICIAL	21
4.1 EXEMPLOS HISTÓRICOS DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL UTILIZANDO-SE DO ATIVISMO JUDICIAL	22
4.1.1 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	22
4.1.2 RECONHECIMENTO DO DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS	25
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como principal objetivo a verificação do ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem a sua atividade regida pela Carta Magna de 1988, sendo inerente a ele a proteção, análise e atuação do texto constitucional, ou seja, as atividades do Tribunal e conseqüentemente os seus julgados influenciam a sociedade, daí a sua importância.

Acontece que, o Poder Legislativo, que tem como função primordial, legislar, ou seja, criar leis, se mostra inerte em diversas situações, o que prejudica a população pela ausência de leis para suprir e solucionar alguns anseios para que os direitos e garantias fundamentais sejam concretizados.

Nesse contexto, quando o STF, através do sistema difuso ou sistema concentrado de constitucionalidade é provocado pela população ou pelos legitimados constitucionais por causa dessa omissão nas leis, vem conferindo decisões para que os direitos das pessoas sejam “solucionados”, inclusive, essas deliberações, acabam sofrendo efeitos normativos e é nesse ponto em que a Suprema Corte tem sofrido muitas críticas, pois o mesmo estaria extrapolando suas funções e interferindo no que até então seria o papel do Poder Legislativo, ferindo assim a tripartição dos poderes e a democracia.

Para que se possa explicar sobre o tema, necessário se fez apresentar a problemática em linhas gerais mediante a presença de textos bibliográficos de renomados autores do ramo de Direito Constitucional, a Constituição Federal do Brasil de 1988 e leis infraconstitucionais, utilizando-se assim na presente pesquisa, do método de pesquisa descritivo e dedutivo.

Deste modo, através da análise da teoria da separação dos três poderes, das ações de controle de constitucionalidade e de algumas jurisprudências, será demonstrado os benefícios e malefícios provavelmente motivados pelo ativismo judicial no Brasil.

1.1 PROBLEMA

O ativismo judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal está ferindo a autonomia dos três poderes no Brasil?

1.2 HIPÓTESES

A crescente omissão do Poder Legislativo tem feito com que o Poder Judiciário exerça um juízo de valor em suas decisões, percebendo, inclusive, efeitos de lei em seus julgados. Deste modo, o Poder Judiciário em vista dessa inércia do legislador estaria extrapolando suas funções típicas conferidas pela Constituição Federal de 1988 e interferindo nos encargos do Poder Legislativo.

Há de se verificar também que, a rigidez da Carta Magna tem sido um aliado para a ocorrência do ativismo judicial, tendo em vista que, para que se faça alguma alteração em seu texto tem que ocorrer um processo legislativo solene previsto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988, “*in verbis*”:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.
§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988)

Nesse referido artigo está elencado a criação das emendas à Magna Carta, entretanto esse processo é muito demorado e além disso pode nem mesmo ser aprovado pelas Casas do Congresso Nacional, isso faz com que na falta de um direito predeterminado, haja lacunas na lei e para que tal problema seja resolvido o STF em busca de resolução das demandas judiciais tem conferido em suas sentenças, decisões com poder de lei.

No mesmo sentido, o STF atuando como última instância do Poder Judiciário tem colaborado muito com esse cenário, pois não há outro órgão acima deste que revise suas decisões e analise o teor dessas, e diga se a Suprema Corte

ultrapassou os limites das funções do Poder Judiciário, fazendo com que se aumente o abuso de poder em suas resoluções.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GERAL

Verificar se o Supremo Tribunal Federal em suas decisões está legislando, ferindo assim a autonomia dos três poderes no Brasil.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) apresentar a separação e as funções dos poderes de acordo com a Constituição Federal de 1988;
- b) explicar a aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil, bem como as Ações Constitucionais e os Instrumentos de Controle de Constitucionalidade;
- c) analisar o ativismo judicial trazendo exemplos históricos de julgados do Supremo Tribunal Federal utilizando-se de tal mecanismo.

1.4 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO

A relevância do presente trabalho é o atual cenário das diversas causas de origem e crescimento do ativismo judicial no Brasil, pela inércia do Poder Legislativo e os anseios da sociedade em elucidar seus problemas, onde as leis não os abarcam.

Apesar de imprescindível para suprir a apatia do Poder Legislativo na concretização e proteção dos direitos fundamentais, o ativismo judicial feito pelo Supremo Tribunal Federal recebe diversas críticas, a maioria delas negativas, tendo em vista que é apontado em desrespeitar a autonomia e harmonia dos três poderes.

Sendo assim, a finalidade principal da presente pesquisa é explanar fundamentalmente os pontos negativos e positivos do ativismo judicial para a sociedade brasileira, de modo que sirvam de instrumentos para embasar o debate sobre o tema que a cada dia tem se tornado mais presente no dia a dia de todos.

1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO

A pesquisa realizada no presente trabalho classifica-se como explicativa, tendo em vista que, tem como preocupação principal identificar os fatores que deliberam ou que colaboram para a ocorrência de algum fenômeno. Conforme assevera Gil (2002, p. 42) “[...] Esse é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas”.

Ademais, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, com análises de livros, artigos e outros meios impressos e eletrônicos relacionados ao assunto.

Segundo Gil (2002), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. As pesquisas sobre ideologias, bem como aquelas que se propõem a análise das diversas posições acerca de um problema, também costumam ser desenvolvidas quase exclusivamente mediante fontes bibliográficas.

1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO

Para oferecer um melhor entendimento da temática aqui abordada, optou-se pela sua separação em cinco capítulos, na seguinte maneira:

No primeiro capítulo trata-se da introdução de forma deliberada do estudo; preceitua o problema da pesquisa; as hipóteses do estudo; objetivos gerais e específicos; a justificativa; a relevância da proposta de estudo; a metodologia do estudo e também a decisão estrutural da monografia.

No segundo capítulo, apresenta a separação e as funções dos três poderes de acordo com a Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo, aborda a aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil, bem como os Instrumentos de Controle de Constitucionalidade e suas Ações Constitucionais

No quarto capítulo, demonstra o ativismo judicial trazendo exemplos históricos de julgados do Supremo Tribunal Federal utilizando-se de tal mecanismo.

Por último o quinto capítulo, trata das considerações finais desta monografia.

2 A SEPARAÇÃO E AS FUNÇÕES DOS TRÊS PODERES DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com o artigo 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988, os poderes da União são separados em Legislativo, Executivo e Judiciário, onde cada um exerce suas funções de forma independente e harmônicas entre si: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Entretanto, o primeiro parecer teórico acerca da teoria da Tripartição dos Poderes surge com filósofo Aristóteles, em sua obra “Política”, onde o mesmo distingue três faces da utilização do poder estatal (LENZA, 2019).

Ao analisar o poder realizado pelo governante do Estado e suas individualidades, pôde identificar três aspectos indispensáveis para o exercício do poder, quais foram: a criação de normas, a execução das normas e o julgamento dos conflitos de acordo com tais regras gerais (LENZA, 2019).

Contudo, mesmo o pensador tendo evidenciado tais questões, não desenvolveu a concepção da tripartição do poder governamental, no sentido de claramente identificar as interações, funções e distinções entre os poderes (LENZA, 2019).

Mas, Montesquieu, vivendo em um Estado liberal burguês, aperfeiçoou a teoria de Aristóteles em sua obra intitulada “O Espírito das Leis” afirmando que, as três espécies identificadas pela teoria aristotélica são relativas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si e pertencem ao Estado (LENZA, 2019).

A doutrina adotada nos Estados modernos se mostra tranquila com relação à autonomia dos órgãos. Para Montesquieu esses órgãos seriam indiscutivelmente autônomos, se tem na atualidade a utilização de um sistema menos rígido, levando em consideração o relacionamento harmônico entre os três poderes, tal como dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º (SILVA, 2004).

De acordo com Moraes, há uma divisão de funções do poder uno do Estado:

Além disto, exercem todas as funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania (MORAES, 2014, p.

427).

Os poderes atuais possuem mais versatilidade referente às suas funções típicas e atípicas, podendo as exercer sem prejuízo a separação dos poderes. Nesse sentido, assevera Pedro Lenza que:

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer função típica, inerente à sua natureza, exerce também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional. (LENZA, 2019, p. 535).

Portanto, em determinadas situações cada um dos poderes tem a possibilidade de exercer outras funções além de possuir atividades específicas predominantes.

De acordo com Ferreira Filho (1999, p.130) a separação dos três poderes consiste em “repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes (...), de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais”.

Nas palavras de Silva (2004, p. 110), quanto à harmonia, as ações exercidas em união pelos três poderes têm o objetivo de “estabelecer um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e desmando de um [poder] em detrimento do outro”, mesmo que incida em intervenção entre esses Poderes.

A função do Poder Legislativo no âmbito federal é praticada pelo Congresso Nacional, sendo este composto por duas câmaras (bicameral), sendo a Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Nos Estados, tal função é exercida pela Assembleia Legislativa e nos Municípios através da Câmara dos Vereadores (MORAES, 2014).

A principal função do Congresso Nacional, em regra, é a produção de leis em matérias inerentes à União, devendo cumprir as regras do processo legislativo. Dispõe o artigo 48 da Constituição Federal de 1988 as matérias de competência legislativa da União, “*in verbis*”:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
 III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
 IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
 V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
 VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;
 VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;
 VIII - concessão de anistia;
 IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;
 X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI,b;
 XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;
 XII - telecomunicações e radiodifusão;
 XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;
 XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.
 XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I (BRASIL, 1988).

Quanto ao Poder Executivo o Presidente da República exerce uma função executiva em âmbito federal. Nos estados, é desempenhada pelo Governador e nos Municípios, através dos Prefeitos.

A principal competência do Poder Executivo é a execução das leis existentes no ordenamento jurídico, de condição administrativa, praticando, entre outros, atos de administração (LENZA, 2019).

Silva (2004) conceitua o Poder Executivo como um órgão que tem como função praticar atos de chefia de estado, de administração e de governo.

Por último, o Poder Judiciário, de acordo com Silva (2004, p. 551), tem por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. [...] que se realiza por meio de um processo judicial, dito por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

De acordo com o artigo 92 da Constituição Federal de 1988, encontra-se a divisão de todos os órgãos pertencentes ao Poder Judiciário, “in verbis”:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
 I - o Supremo Tribunal Federal;
 I-A o Conselho Nacional de Justiça;
 II - o Superior Tribunal de Justiça;
 II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;
 III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que, tanto a independência quanto a harmonia não são absolutas, existem exceções ao princípio da separação dos três poderes (SILVA, 2004). Tem-se como exemplo, a hipótese de adoção de medida provisória com força de lei pelo Presidente da República, elencado no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, "*in verbis*": Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Outro caso é a autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente que se encontra no artigo 68 também da Constituição Federal de 1988, "*in verbis*": As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

Sendo assim, pode-se ver que, os três poderes não se limitam às suas funções típicas e não são absolutamente autônomos, necessitam um do outro, a própria Constituição Federal de 1988 lhes dão autoridade para exercer funções atípicas, sem que haja desrespeito a tripartição dos poderes.

3 A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Importante se faz destacar que as normas constitucionais, que são as regras e princípios que podem ser encontradas no texto da Constituição Federal de 1988 são classificadas segundo a sua eficácia, ou seja, de acordo com a sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, dentre essas normas constitucionais há as que produzem seus efeitos de forma plena, contida ou limitada, conforme serão discriminadas a seguir.

Podem as normas constitucionais ter aplicabilidade plena, ou seja, são autoaplicáveis, aplicabilidade contida, onde há a possibilidade de uma norma infraconstitucional restringir a sua interpretação ou aplicabilidade limitada onde ocorre a necessidade de norma infraconstitucional regulamentar o tema tratado (CHIMENTI *et al*, 2004).

Normas de aplicabilidade plena são as que, “desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais (...) que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (MORAES, 2014, p.11).

As normas de aplicabilidade contida são as reguladas de maneira eficaz pelo legislador originário, porém, deixa limite para o poder público reprimir sua eficácia, como é o caso do artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988, “*in verbis*” que trata sobre o livre exercício da profissão, desde que preenchidas as respectivas qualificações profissionais (MORAES, 2014).

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

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (BRASIL, 1988)

Finalizando, a respeito às normas de aplicabilidade limitada, assim elucidada Lenza (2019, p. 225):

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor (...) não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional (...). São, portanto, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Assim, normas de aplicabilidade limitada dependem, para ter eficácia, de normatividade posterior, como exemplo há o artigo 37, inciso VII da CF/88, onde prevê o direito de greve, mas somente será exercido nos termos de uma lei específica que o rege, “*in verbis*”:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (BRASIL, 1988)

Sendo assim, as normas constitucionais de eficácia limitada, dependem de uma complementação infraconstitucional, ou seja, uma lei que está abaixo da Constituição Federal de 1988 que ao complementar uma norma constitucional dá a ela a potencialidade de eficácia e, dessa forma passa a ter aplicabilidade nos fatos ocorridos na sociedade, entretanto em muitos desses fatos o Poder Legislativo ao se manter inerte na complementação de tais normas constitucionais, faz com que se crie a brecha do ativismo judicial no momento em que o Poder Judiciário ao tentar elucidar a falta de uma lei infraconstitucional nos casos concretos dá resoluções com força de lei em seus julgados.

3.1 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Ferreira Filho defende que o controle de constitucionalidade é resultado de uma Constituição rígida, ou seja, uma Constituição que possui um sistema complexo e burocrático para a reforma de seu texto. Confira-se:

Em todo o Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. (FERREIRA FILHO, 1999, p.34).

Deste modo, o controle de constitucionalidade segundo Alexandre de Moraes “significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2014, p.723).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve várias inovações

acerca do controle de constitucionalidade, permanecendo controle difuso e controle concentrado e a ampliação de seu alcance. (SARLET et al, 2013).

Segundo Ferreira Filho, conceitua-se o sistema difuso da seguinte forma:

O juiz é dado a apreciar a alegação de constitucionalidade [...] resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual lei aplicável em caso concreto. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 36-37).

Já Moraes alega da seguinte forma o controle de constitucionalidade difuso:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois o objeto principal da ação. (MORAES, 2014, p. 735).

Sendo assim, do sistema difuso retira-se do conceito sua primeira característica: é exercido pelo magistrado no âmbito do caso concreto.

Sua segunda característica, trata-se do efeito *inter partes*. Ou seja, consiste na limitação da decisão prolatada pelo juiz apenas às partes inseridas no processo, seja pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma aplicável àquela lide. (PINHO, 2010, “on line”).

Dessa forma, a constitucionalidade da lei pelo sistema difuso não tem o condão de fazer alterações no texto ou interpretações da lei, sendo aceito apenas às partes interessadas no processo (BONAVIDES, 2009).

Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade é caracterizado por ser exercido apenas por um órgão (LENZA, 2019).

Tal preceito de controle ocorre através da propositura de ação inerente ao caso de inconstitucionalidade, como por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde se debate a validade do texto legal aos parâmetros da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, ao ser declarada a norma como inconstitucional, esta será excluída do ordenamento jurídico ao qual não se adéqua, diferentemente do controle difuso (BONAVIDES, 2009).

Isso significa dizer que, no controle de constitucionalidade concentrado, a decisão de inconstitucionalidade terá validade a todos do país, ou seja, a decisão terá um efeito *erga omnes*. São efeitos também da decisão, em regra, *ex tunc* (retroagirá,

tornando nulos todos os efeitos da norma) (MORAES, 2014).

Quanto às ações constitucionais, serão brevemente tratadas aqui: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois se mostram de imensa importância para a compreensão do controle concentrado de constitucionalidade e também estão totalmente relacionadas ao tema principal deste estudo, o ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Também será tratado nesse capítulo sobre o Mandado de Injunção, por se tratar de uma ação constitucional utilizada com o intuito de o Poder Judiciário dar conhecimento ao Poder Legislativo sobre a ausência de norma regulamentadora em um caso concreto, tendo em vista que, na falta de tal norma torna inviável o exercício dos direitos e garantias fundamentais da população.

3.1.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição Federal de 1988 determina certos direitos fundamentais que, em regra, devem ser regulamentados por intermédio de uma lei complementar do Poder Legislativo. Contudo, muitas vezes tal regulamento não é obedecida, acarretando prejuízo no exercício do direito e também na própria força normativa da Carta Magna. Para se retirar a inércia do Poder Legislativo e assegurar a tutela normativa dos direitos fundamentais foi que se criou a ação de inconstitucionalidade por omissão (SARLET *et al*, 2013).

O objetivo fundamental da referida ação se dá na pregação “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, descrita por doutrinadores no sentido de que, nas palavras de Moraes “Só há cabimento da presente ação quando a constituição obriga o Poder Público a emitir um comando normativo e este queda-se inerte” (MORAES, 2014, p. 795).

No mesmo sentido, assim diz Ferreira Filho:

Dessa forma, entendemos que a inconstitucionalidade por omissão somente poderá ser verificada na hipótese de a Constituição mandar fazer alguma coisa num certo prazo e isso não se dar, como, por exemplo, a obrigação de apresentação ao Congresso Nacional de projetos relativos a segurança social, no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição, devendo o Congresso apreciá-los, também, em seis meses (FERREIRA FILHO, 1999, p. 325).

Além disso, Chimenti também entende que:

A inconstitucionalidade por omissão é constatada quando o responsável pela iniciativa da norma de complementação não toma as medidas necessárias para sua edição, ou as toma de forma meramente parcial. Em síntese, a ação visa afastar, com eficácia *erga omnes*, omissão quanto à medida normativa necessária para tornar efetiva norma constitucional que não é de eficácia plena (CHIMENTI *et al*, 2004, p. 379).

Sendo assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão baseia-se em uma ausência legislativa que vai de encontro à obrigação constitucional de estipular uma lei. A ideia de omissão, neste caso, ampara-se na inobservância do legislador de um dever constitucional de legislar, isto é, quando ele deixa de executar um dever explícito na Constituição Federal de 1988, ou apontado pela interpretação desta, de elaboração normativa. Deste modo, através desta ação, se busca verificar e reparar a falta do legislador em seu dever constitucional de legislar.

3.1.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) tem como principal objetivo, conforme a Lei 9.882/99 em seu artigo 1º, “*in verbis*”: Evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Cumpre mencionar também que, a referida Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, “*in verbis*”:

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

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Existe uma intensa discussão e controvérsias acerca do conceito de preceito fundamental, principalmente quanto à expressão ‘preceito’, a qual estaria relacionada com os princípios fundamentais, ou não. Parte dos doutrinadores (Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo) consideram que a expressão acoberta tanto os princípios fundamentais quanto os sensíveis dispostos na Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2013 *apud* CAMILLO, 2010).

Se verifica, portanto, que a ADPF se mostra mais restrita com relação à ADI genérica e por omissão, considerando que estas admitem discussão acerca de preceitos constitucionais que não são classificados como fundamentais (CHIMENTI *et al*, 2004).

Também inserida no sistema do controle concentrado de constitucionalidade, a ADPF deverá ser analisada, como instância única, pelo Supremo Tribunal Federal. Os legitimados para propô-la são os mesmos da ADI genérica e da ADI por omissão, elencados no artigo 103 “*in verbis*”, da Constituição Federal de 1988 (LENZA, 2019).

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

A lei de número 9.882/99 determina a propositura da ADPF em três ocasiões: evitar lesão a preceito fundamental por decorrência de ato do Poder Público, reparar lesão causada por ato do Poder Público, e quando for relevante a controvérsia entre lei/ato normativo e o texto constitucional (MORAES, 2014).

A petição inicial deverá conter, além dos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, a indicação do preceito fundamental lesado e sua respectiva prova, o ato do Poder Público causador do dano, o pedido e, se necessário, a comprovação da controvérsia judicial acerca da aplicação do preceito fundamental em tela (LENZA, 2019).

3.1.3 MANDADO DE INJUNÇÃO

A prática constitucional tem demonstrado, ao longo do tempo, que alguns dos direitos e liberdades conferidos pela Constituição Federal de 1988 deixam de efetivar-se em razão da falta de norma regulamentadora, por isso, o legislador criou,

além daquelas já vistas, outra medida que objetive o exercício pleno desses direitos (FERREIRA FILHO, 1999).

O instrumento em questão visa a tutelar a pessoa diante das omissões inconstitucionais do Estado (SARLET *et al*, 2013).

O mandado de injunção, está disposto no artigo 5º, LXXI da CF/88, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

[...]

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (BRASIL, 1988).

Não se pode, contudo, confundir o mandado de injunção com o mandado de segurança, uma vez que aquele protege direitos especificados no texto constitucional, enquanto este tutela qualquer lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo. No mais, toda a matéria reservada ao mandado de segurança não poderá ser solucionada através do mandado de injunção, e vice-versa (MEIRELLES *et al*, 2014).

São requisitos do mandado de injunção: existência de direito constitucional relacionado à cidadania, soberania ou nacionalidade e falta de norma regulamentadora que impossibilite o exercício do direito. Nota-se que não cabe a ação constitucional para discutir algum tipo de inconstitucionalidade de lei, obter regulamentação de efeitos ou para requerer que o Poder Legislativo emita determinada lei (MEIRELLES *et al*, 2014).

4 O ATIVISMO JUDICIAL

A partir do fortalecimento do Poder Judiciário e de sua jurisdição constitucional no Brasil pelo advento da Constituição Federal de 1988, principalmente quanto aos aparatos de controle de constitucionalidade e pela atividade dos efeitos de suas decisões, em especial aos que dotam de efeito *erga omnes* e vinculantes, somados pela apatia do Poder Legislativo em positivar totalmente as normas constitucionais, vem aprovando que novos procedimentos interpretativos abram a atuação jurisdicional em assuntos que seriam de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, nascendo-se assim o ativismo judicial. (MORAES, 2014)

Dando continuidade, Moraes, também diz que:

O ativismo judicial seria uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores (cf. a respeito, *Black's Law Dictionary*), sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária *colmatação das lacunas constitucionais* geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional. (MORAES, 2014, p. 784).

Nesse mesmo parâmetro, Barroso (2010) assevera que, a ideia de ativismo judicial está ligada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Tendo em vista que o ativismo judicial interfere no espaço de atuação dos outros dois Poderes, tal mecanismo está indo totalmente contra o que preceitua o artigo 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988, não havendo entre os poderes harmonia, tampouco uma ação independente.

Ramos, aponta que:

O Congresso se encontra pressionado, de um lado pelo Poder Executivo, mercê da edição desenfreada de medidas provisórias com força de lei, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, e, de outro por decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessa última década, que teriam transposto os limites da lúdima atividade jurisdicional que lhe compete exercer. (RAMOS, 2015, p.23).

Sendo assim, é visto o desrespeito a autonomia dos três poderes,

principalmente em relação ao ativismo judicial feito pelo STF nos últimos anos. Muito embora a inércia do Poder Legislativo justifique a carência de se recorrer ao Poder Judiciário para a resolução dos conflitos, é certo que, tal prática atrai sérios riscos como fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia, tendo em vista que quem está agindo em nome do povo é o Poder Judiciário e não o Poder Legislativo.

Há também quem seja a favor da prática do ativismo judicial, o Ministro Celso de Mello, no ano de 2008, admitiu publicamente a disposição ativista praticado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo adepto a ideia de haver a necessidade institucional do ativismo diante da omissão e inércia do poder público, não sendo possível a aceitação constante de violações ao texto constitucional. (CAMPOS, 2014).

No ano de 2018, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, durante um seminário na Universidade de Londres defendeu a reorganização do Poder Judiciário. Em alguns trechos disse que, o ativismo judicial é um ativismo institucionalizado, tendo em vista que, a própria Constituição Federal de 1988 cobra que o Poder Judiciário faça essa intervenção e dê alguma resposta em caso de uma omissão inconstitucional. (CONJUR, 2018, “*on line*”).

4.1 EXEMPLOS HISTÓRICOS DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL UTILIZANDO-SE DO ATIVISMO JUDICIAL

4.1.1 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Em 02 de Julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 178 que terminou sendo recebida pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 4277. O objetivo principal das mencionadas ações constitucionais era o de que a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas (CHAVES, 2011, “*on line*”).

Segue abaixo a Ementa do julgado das referidas ações:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO

ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (STF – ADI: 4277 E ADPF:132, Relator: Ministro Ayres Britto, Publicado no Dje-198 em 14 de out. de 2011).

Os julgamentos da ADI nº 4277 e ADPF nº 132 possibilitaram o reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil. O assunto foi decidido por 10 votos favoráveis dos Ministros, entre os quais estão: Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Carmen Lúcia, uma das Ministras, ao iniciar o seu voto, disse que o Direito Constitucional deve ser utilizado como repúdio a qualquer tipo de preconceito, onde estão inseridos “momentos infelizes da sociedade” (RECONDO, 2011, “*on line*”).

O Poder Legislativo, desde os anos 90, recebeu vários projetos de lei em que discutiam a questão da união entre homossexuais, entretanto todos estes foram “engavetados” ou nem mesmo chegaram a serem colocados em pauta para que fossem votados (CHAVES, 2011, “*on line*”).

Para o Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Lenio Streck, a decisão da Suprema Corte é contrária a tripartição dos Poderes, onde defende a tese de que essa matéria somente é cabível ao Congresso Nacional decidir. De mais a mais, diz também que a Constituição Federal de 1988 estabelece união entre homem e mulher, havendo limitação semântica no texto Constitucional (RECONDO, 2011, “*on line*”).

Celso de Mello, Ministro do STF, afirmou que o ativismo judicial da Corte deve ser exercido em situações excepcionais, principalmente quando há atraso no Poder Legislativo que ofende os princípios constitucionais, sendo assim não admitida uma posição passiva do Poder Judiciário (CHAVES, 2011, “*on line*”).

4.1.2 RECONHECIMENTO DO DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS

Em 25 de outubro de 2007, foram a julgamento os Mandados de Injunção (MI) nº 670, 708 e 712, casos clássicos analisados pelo STF relativos à falta de norma regulamentadora. As referidas ações se referem ao direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII da Constituição Federal de 1988, “*in verbis*” mas que ainda não foi regulamentado por lei específica. (STF, 2007, “*on line*”).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (BRASIL, 1988)

Segue abaixo as Ementas do julgamento dos Mandados de Injunção de nº 670, 708 e 712:

EMENTA (MI 670 E 708): 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 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS N^{OS} 7.701/1988 E 7.783/1989.

1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI n^o 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

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. 5^o, XXXV). Precedentes: MI n^o 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI n^o 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.1992; MI n^o 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* 26.6.1992; MI n^o 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24.5.2002; MI n^o 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; e MI n^o 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.

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI n^o 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.11.1996; MI n^o 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002; e MI n^o 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 23.8.2002.

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI n^o 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei n^o 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR

DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO.

3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”.

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº

7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Isso ocorre porque 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”.

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM “EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO” (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI nº 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das “ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC nº 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei nº 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. 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.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, “a”, da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

6.6. 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; MI:708 e MI:712, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Publicado no Dje-206 em 31 de dez. De 2008).

EMENTA (MI 712): MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEÍCULADA 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. 2º 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.

1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há, pelo menos, um ano.

2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis.

3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição.

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.

6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.

7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve.

8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve,

coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público.

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. (STF - MI: 712 PA, Relator: Eros Grau, Publicado no DJe-206 em 31 de out. de 2008)

Os Mandados de Injunção ora mencionados foram impetrados respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) (STF, 2007, "on line").

O Supremo Tribunal Federal, no referido julgamento decidiu pela declaração de omissão do Poder Legislativo quanto ao direito de greve aos servidores públicos, houve então a aplicação temporária da Lei nº 7.783/90, que ampara o direito de greve para outros trabalhadores (STF, 2007, "on line").

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, mesmo reconhecendo

indícios de natureza legislativa em seu parecer, entendeu como sendo correta a aplicação da Lei nº 7.783/90 no caso dos servidores públicos, com o objetivo de verificar “efetividade real e concreta” ao referido mandado de injunção (MI 712-8, DF, 2007).

Celso de Mello, um dos Ministros do STF, afirmou que a apatia do Congresso Nacional em regularizar a greve dos servidores públicos traz uma descrença na Constituição Federal de 1988, sendo dever da Suprema Corte assegurar e garantir os direitos constitucionais (STF, 2007, “*on line*”).

O STF com o parecer dos Mandados de Injunção sobre a greve dos servidores públicos, firmou posicionamento específico do ativismo judicial da corte, com uma postura mais ativa para realizar o Estado Social estabelecido pela Carta Magna de 1988 (MENEZES, 2013, “*on line*”)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal função do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição Federal de 1988 e a busca total da efetividade de seus princípios e de seu texto. Por esta razão este trabalho teve como principal objetivo a arguição dos pontos negativos e positivos do ativismo judicial exercido pela Suprema Corte no Brasil.

Com a crescente inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário passou a reconhecer direitos com força normativa em seus julgados, passando a exercer a função de legislador positivo, havendo assim a ruptura do princípio da separação dos três poderes ferindo a autonomia da tripartição dos poderes.

Mas não é somente a inércia do legislador que tem colaborado com o progresso do ativismo judicial no Brasil, outro fator importante que tem auxiliado nesse quadro é a rigidez da Carta Magna, tendo em vista que, para que haja qualquer tipo de alteração em seu texto tem que advir um processo legislativo solene e demorado, então por vias tão difíceis de se seguir na maioria das vezes mudanças que são necessárias no corpo da Constituição Federal de 1988 acabam não ocorrendo, deixando brechas em nosso ordenamento jurídico e processos sem uma lei para resolvê-los.

Nesta mesma linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal atua como última instância do Poder Judiciário, ou seja, não há outro órgão acima dele para revisar suas decisões e dizer se este ultrapassou os limites das funções do Poder Judiciário, isso faz com que aumente mais o abuso de poder em seus julgados.

É claro que, muitas decisões do Supremo Tribunal Federal tentando preencher as lacunas da falta de uma norma regulamentadora tem trazido benefícios à sociedade, como ocorreu nos casos do reconhecimento da união homoafetiva e o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos tragos nesta pesquisa, mas não é papel do Poder Judiciário “dar direitos” para as pessoas, tal situação é um afronte a democracia, uma vez que, quem indica e nomeia os Ministros do Supremo Tribunal Federal não é o povo e sim o Presidente da República, por esta razão quando há a falta de uma lei para determinar algum direito cabe a todos da população lutar e cobrar dos representantes do Poder Legislativo que assim o façam, pois estes é quem representam o povo e foram colocados no posto que ocupam através do voto, cerne da democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Senado, 1988.

_____. STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI - 4277 E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF - 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe: 14 de out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. STF. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MI - 670 E MANDADO DE INJUNÇÃO: MI - 708**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 31 de out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> e <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. STF. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MI - 712**. Relator Ministro Eros Grau. DJe: 31 de out. 2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. STF. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MI - 708**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 19 de set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. STF. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MI - 712**. Relator: Ministro Eros Grau. DJe: 31 de out. 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos**. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado, 1999.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil.** 2011. Disponível em <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>> Acesso em 07 de set. 2019.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CONJUR.COM.BR. Revista Consultor Jurídico. **Em Londres, Gilmar Mendes defende reorganização do Judiciário.** 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-15/gilmar-mendes-defende-reorganizacao-judiciario>> Acesso em 03 de out. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais.** 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: O Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos.** 2013. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13716/ativismo_judicial_menezes.pdf?sequence=2> Acesso em 08 de set. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHO, Luís Gustavo Gonçalves. **Os efeitos de uma decisão com base no controle difuso.** 2010. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-03/efeitos-decisao-proferida-base-controle-difuso?pagina=3>> Acesso em 03 de out. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RECONDO, Felipe. **Para Procurador do RS, Constituição só reconhece união entre “homem e mulher”.** 2011. Disponível em <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,para-procurador-do-rs-constituicao-so-reconhece-uniao-entre-homem-e-mulher,715310>> Acesso em 07 de set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.