

GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO E O ATIVISMO JUDICIAL: efetividade do direito de greve.

STRIKE IN THE PUBLIC SERVICE AND JUDICIAL ACTIVISM: effectiveness of the right to strike.

ARIETE PONTES DE OLIVEIRA¹

RESUMO

Em nosso ordenamento jurídico o direito de greve dos servidores públicos historicamente evolui da fase de proibição à garantia de direito fundamental. Apesar da garantia de natureza de direito fundamental, ainda não havia legislação regulamentando a matéria, o que levou o Judiciário a determinar a aplicação da Lei 7783/89. A determinação da aplicação da lei do setor privado ao setor público é expressão do que se denominou de ativismo judicial, no sentido de buscar a concretização dos valores de fins constitucionais, de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais assegurados via normativa constitucional, alcançado por consequência, os objetivos e propósitos consagrados pela Constituição da República de 1988 – CR/88.

Palavras-chave: Greve; Setor Público; Ativismo judicial.

ABSTRACT

In our legal right to strike of public servants historically evolves Phase ban to ensuring fundamental right. Despite the guarantee of a fundamental right, there was still no legislation regulating the matter, which led the judiciary to determine the application of Law 7783/89. The determination of the enforcement of the private sector to the public sector is an expression of what is called judicial activism, in seeking to achieve the values of constitutional purposes, to ensure the effectiveness of the fundamental rights guaranteed through constitutional rules, achieved by Consequently, the objectives and purposes enshrined in the Constitution of 1988 - CR/88.

KEYWORDS: Strike; Public Sector; Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O direito de greve assegurado aos servidores públicos, de natureza de direito fundamental, passou por dois momentos distintos: da sua não eficácia, e agora pelo tempo da eficácia. O primeiro momento, deveu-se ao fato do STF entender que a natureza jurídica da decisão do Mandado de Injunção era apenas mandamental. Com a

¹ Doutoranda em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Professora de Direito do Trabalho e Direito Civil. E-mail: arietepontes@ig.com.br

mudança de jurisprudência e, entendendo por buscar a eficácia do comando constitucional, passou-se a entender que a decisão no Mandado de Injunção tem natureza substancial, de garantir a eficácia do direito arguido. Neste sentido, entende-se que ao Poder Judiciário cabe assegurar a efetividade dos valores constitucionais, via o que se denominou ativismo judicial.

Para o enfrentamento da temática proposta a pesquisa pautou-se pela pesquisa teórico-dogmática, fazendo revisitação bibliográfica do tema proposto e também pela análise de decisões dos Tribunais acerca da matéria.

Estruturou-se o presente artigo na análise jurisprudencial da (in)eficácia do exercício do direito de greve dos servidores públicos, para então, concluir pela busca da eficácia dos direitos fundamentais como efetivação dos comandos constitucionais por meio do ativismo judicial.

2 BREVES ANOTAÇÕES ACERCA DA HISTORICIDADE DO DIREITO DE GREVE NO DIREITO BRASILEIRO

O estudo da historicidade do direito de greve no Brasil, passa pela identificação da fase de proibição, passando à tolerância, novamente de proibição, para enfim, chegar-se ao reconhecimento.

Em primeiro momento, cabe observar que a afirmação do Direito do Trabalho no Brasil deve ser considerada após a extinção da escravatura em 1888, pois defende-se que a relação de emprego pressupõe a liberdade do indivíduo de dispor da sua força de trabalho, o que ocorre após o fim da escravidão.

Assim, após a extinção da escravatura, a primeira legislação a tratar da temática greve foi o Código Penal de 1890 (11 de outubro), afirmando o movimento paredista como ilícito criminal.

Em segundo momento, por meio do Decreto 1162, de 12.12.1890, a conduta grevista deixa de ser ilícito penal, estabelecendo punição apenas nos casos de atos de ameaça, constrangimento ou violência em seu meio. (DELGADO, 2012, p. 1450),

Assim, até a Década de 30, do século XX, a greve é tratada como fato social tolerável, isso em razão da pequena repercussão dos movimentos de resistência.

Em seguida, retomando a proibição do movimento de resistência, tem-se a Constituição de 1937, declarando a greve como ato ilegal, considerada como recurso

anti-social. No sentido de confirmar a ilegalidade dos movimentos paredistas vieram o Decreto-Lei 431 de 1938, o Decreto 1237, de 1939, o Código Penal de 1940 e a CLT, em seu artigo 722. (DELGADO, 2012, p. 1450).

Por fim, passa o direito ao exercício de resistência a ser reconhecido. A fase de reconhecimento do direito de greve ocorre por meio do Decreto-Lei 9070, de 15 de março de 1946, sendo confirmado pela Constituição de 1946 e também pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, o direito paredista foi regulamentado pela Lei 4330 de 1964. Seguindo no tempo, tem-se a Constituição de 1967 que reconhece o direito de greve, entendendo de não ser aplicado nos serviços públicos e às atividades essenciais. (GOMES; GOTTSCHALK, 1990, p.693).

Quanto a Lei 4330 de 1964, há que se observar que tratou de simulacro ao direito de greve, pois o exercício legal era impossível e, assim, foi apelidada de Lei Antigreve. (DELGADO, 2012, p. 1451).

Viana (1996, p. 295), sintetiza com clareza a historicidade do movimento paredista antes da Constituição de 1988 - CR/88:

Entre as antigas normas que trataram da greve no Brasil, destacam-se a Constituição Federal de 1937, que a **proibiu**, o Decreto –Lei 9070, de 1946, que a **admitiu**; e a Lei n.4330, de 1964, que, por assim dizer, a **admitiu proibindo**, pois tantos eram os requisitos exigidos que, na prática, toda greve era ilegal. (grifos do autor)

Em 1988, a CR/88 assegura o direito de greve como direito fundamental aos empregados do setor privado - art. 9º. - e aos servidores públicos – art.37, VII, vedando, no entanto, o direito de resistência aos militares – art. 42.

No âmbito privado o direito de greve foi regulamento por meio da Lei 7783/89.

No entanto, o direito de greve dos servidores públicos, até a presente data, não conta com legislação específica de regulamentação.

3 DA NATUREZA JURÍDICA DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 37, VII

A CR/88 dispõe, em seu artigo 37, VII, acerca do exercício de greve dos servidores públicos nos seguintes termos: “... *o direito de greve será exercido nos*

termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)”

Cabe observar que quando da publicação da CR/88 o direito de greve dos servidores públicos estava condicionado à regulamentação por meio de lei complementar, alterando-se para lei específica em 1998. Ou seja, a ideia foi de facilitar a regulamentação, já que o *quorum* da lei ordinária é menor do que a complementar. No entanto, conforme já afirmado, a regulamentação específica até a presente data ainda não ocorreu, o que não impediu o Poder Judiciário de promover a efetividade dos valores constitucionais.

Para enfrentamento da temática deve-se buscar a natureza jurídica do direito assegurado via CR/88.

De antemão, entende-se que o direito ao exercício de greve assegurado aos servidores públicos tem natureza de direitos humanos, em uma perspectiva universal, tem ainda no plano interno, natureza de princípio fundamental e por consequência, afirma-se como direito fundamental.

Neste sentido, entende-se que os direitos de tutela à pessoa, em sua condição humana, são estabelecidos no plano universal, refletindo “... *um patamar civilizatório universal de direitos compartilhados pelos Estados enquanto parâmetro mínimo de proteção*”, nesse sentido denominam-se direitos humanos. (DELGADO, 2012, p. 423).

No plano interno, a tutela conferida à pessoa, tem natureza de direito fundamental, expressando e concretizando os direitos humanos, por meio dos dispositivos constitucionais. “*São, portanto, direitos reconhecidos e objetivamente regulamentados e vigentes a partir de uma ordem jurídica concreta e particularizada de cada Estado soberano.*” (DELGADO, 2012, p. 424).

3.1 O direito de greve dos servidores públicos como manifestação dos direitos humanos

Por direitos humanos entende-se a afirmação de direitos inerentes à própria condição humana na perspectiva universal, que refletem um “*mínimo ético irredutível*”. (PIOVESAN, 2010, p.9)

Segundo Piovesan (2010, p. 4)

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um **espaço simbólico de luta e ação social**. (...) compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços **de luta pela dignidade humana**. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. (grifos acrescidos)

No âmbito da Administração Pública o direito de greve do servidor público expressa o espaço de luta por sua garantia, a luta pela dignificação do trabalho, estando implicitamente assegurado em instrumento internacional que é a Convenção 151 (1978) da OIT, que assim dispõe:

Art. 8: A solução de conflitos surgidos em razão da fixação das condições de trabalho será buscada de maneira adequada às condições nacionais, por meio da **negociação entre as partes interessadas** ou por mecanismos que dêem garantias de independência e imparcialidade, tais como a mediação, a conciliação ou a arbitragem, instituídos de modo que inspirem confiança às partes interessadas.

Art. 9: Os trabalhadores da Administração Pública devem usufruir, como os outros trabalhadores, dos direitos civis e políticos **que são essenciais ao exercício normal da liberdade sindical**, com a única reserva das obrigações referentes ao seu estatuto e à natureza das funções que exercem. (grifos acrescidos)

A Convenção 151 da OIT e a Recomendação 159 da OIT, que também trata da matéria, foram ratificadas pelo Brasil por meio do Decreto 7944 de 06 de março de 2013.

Deste modo, entende-se que o direito à greve do servidor público tem natureza de direitos humanos, reconhecido universalmente como direito à pessoa do trabalhador, devendo assim, ser efetivado, o que garante, internamente, a possibilidade de luta por outros direitos fundamentais, também consagrados internacionalmente.

Piovesan (2010, p. 24-26) preleciona que a hermenêutica dos direitos humanos deve observar quatro princípios gerais, quais sejam: a) princípio da interpretação teleológica, “...que traduz a busca de realizar os objetivos e propósitos consagrados nos comandos constitucionais e internacionais afetos à proteção” dos direitos humanos; b) princípio da interpretação efetiva, conferindo aos direitos humanos a maior efetividade possível; c) princípio da interpretação dinâmica e evolutiva dos dispositivos de natureza de direitos sociais e d) princípio da proporcionalidade, necessariamente observado em se tratando de restrição de direitos, pressupondo três dimensões: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

3.2 O direito de greve dos servidores públicos como manifestação dos princípios fundamentais

No Título I da CR/88 estão assegurados como princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito a dignidade humana, valores sociais do trabalho, não discriminação, dentre outros.

Princípio como se sabe, traduz a ideia de causa primária, de proposição fundamental, ou ainda, de mandamento nuclear.

Neste sentido, aponta Silva (2008, p. 15) que *“ao especificar, no Capítulo I, “os princípios fundamentais”, o constituinte teve em mente salientar a causa ideológica que serviria de fundamento a todo o ideário constitucional que a seguir se estabelecia.”* (grifos acrescidos)

Ou seja, o direito de greve dos servidores públicos passa pela valorização da afirmação e efetivação da dignidade humana, pela elevação do valor social do trabalho e em especial, é matéria que deve ser tratada com igualdade em relação a qualquer trabalhador.

Portanto, a interpretação da matéria está vinculada ao cumprimento dos princípios fundamentais em decorrência do princípio da supremacia dos comandos constitucionais.

3.3 O direito de greve dos servidores públicos como manifestação direito fundamental

Segundo Renault e Fabiano (2011, p. 204) *“os direitos fundamentais são aqueles positivados pelo ordenamento jurídico de cada Estado-Nação para consagrar os valores reputados essenciais para a promoção da dignidade humana.”*(grifos acrescidos)

Ou seja, os direitos fundamentais são essenciais à pessoa humana, e segundo Silva (2008, p. 16) o constituinte escolheu aqueles considerados relevantes e básicos à ordem jurídica constitucional, vinculando o legislador de forma absoluta, ou seja, a sua efetivação não pode deixar de ser considerada.

Como direito fundamental à pessoa do trabalhador tem-se o direito de greve, que pode ser exercido no âmbito privado ou público.

Neste sentido, cabe ao legislador infraconstitucional pormenorizar este direito fundamental e, a falta de regulamentação acaba por ferir e desmoralizar a Constituição. Daí: “*Como pode o fundamental não atuar.*” (SILVA, 2008, p. 17).

O direito de greve deve ser regulamentado, pois por meio da luta coletiva os trabalhadores alcançam melhores condições de vida.

No plano do exercício de direito de greve dos trabalhadores privados a regulamentação veio por meio da Lei 7783/89. No âmbito do serviço público a regulamentação ainda não aconteceu.

Daí deve-se questionar a eficácia dos direitos fundamentais, ou melhor, neste caso, dos direitos sociais, em especial o direito de greve do servidor público.

Neste sentido apontam Renault e Fabiano (2011, p. 217) que

A fundamentabilidade dos direitos sociais **foi questionada** inicialmente sob a alegação de que a categoria não era concretizável de imediato. Pontuava-se que, **contidos em normas programáticas**², os direitos sociais seriam desprovidos de clareza terminológica e dependeriam de legislação ordinária ulterior para produzir efeito no mundo fático. (grifos acrescidos)

Ocorre que pela leitura do art.5º, §1º da CR/88 tem-se que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e, dentre eles, os direitos sociais.

Então, como garantir o exercício do direito de greve aos servidores públicos?

3.4 Do cabimento do Mandado de Injunção – MI

Para viabilizar a eficácia do direito fundamental de resistência dos servidores públicos recorreu-se ao Mandado de Injunção. Neste sentido, dispõe a CR/88 no art.5º (...), LXXI, que “*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;** (...)*” (grifos acrescidos)

² “Essa acepção de norma programática somente é citada para destacar a amplitude de nossa Constituição, já que hodiernamente essa concepção não vem tendo mais guarida entre os constitucionalistas, justamente pelo fato de que a força normativa da Constituição passa a ser um condição essencial para sua vivacidade, não podendo seus valores ficarem na dependência de uma faculdade do Poder Público em implementá-las.” (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 405, em nota de rodapé).

Assim, pode-se entender que o constituinte assegurou à pessoa o reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, via mandado de injunção – MI - que garante provisoriamente ao Judiciário a edição de norma saneadora, concretizadora do direito subjetivo constitucional.

Neste sentido, o Ministro Celso Mello, em seu voto no MI 712, defendeu:

Como se sabe, o “writ” injuncional tem **por função processual específica viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgados pela própria Constituição da República**, em ordem a impedir a inércia do legislador comum fruste a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional. (grifos acrescidos)

Algumas controvérsias cercam a decisão conferida no MI, assim: qual conteúdo, significado e amplitude?

Em primeira leitura realizada, o MI destinou-se, tão somente, a aferir a existência de omissão que impeça o exercício constitucionalmente assegurado, ou seja, sua natureza é apenas mandamental. Neste sentido Hely Lopes Meirelles e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1207)

Já em segunda leitura, defende-se que,

...sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1205)

Neste sentido posicionam José Afonso da Silva e J.J. Calmon de Passos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008)

4 ENFRENTAMENTO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS PELO STF: da mudança de jurisprudência

Diante da omissão do Poder Legislativo em vir regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, de garantir a eficácia deste direito fundamental, foram impetrados alguns Mandados de Injunção - MI, que em primeiro momento foram entendidos como de natureza mandamental e para então, em superação a esta corrente

jurisprudencial vir o reconhecimento da natureza concretista. Assim, pede-se licença ao leitor para apresentação das jurisprudências referidas.

4.1 O STF e o MI de natureza mandamental

Em um primeiro momento, por meio dos MIs 20, 485 e 585, o STF posicionou-se no sentido da primeira corrente, entendendo, que a decisão do MI era tão somente mandamental. Veja-se as ementas dos MIs mencionados:

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. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.

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. (grifos acrescidos)

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. (grifos acrescidos)

Não obstante as decisões, alguns Ministros, em outros MIs na mesma época, já se posicionavam no sentido de decidir pela eficácia do exercício dos direitos fundamentais arguidos em MI, ou seja, entendendo que o Remédio Constitucional teria natureza diversa de ordem mandamental. Nesse sentido MI 232:

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 Ementa

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.

Neste MI foram vencidos, quanto a natureza da decisão, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja.

O Ministro Marco Aurélio (p. 32, do inteiro teor do voto) arguiu:

Indaga-se: assentada esta premissa, segundo a qual o provimento no mandado de injunção há que ser um provimento delimitado subjetivamente, podemos caminhar no sentido de prolação de uma sentença meramente declaratória quanto à omissão do Congresso Nacional? **A meu ver, não!** (grifos acrescidos)

E ainda, *“a omissão é premissa do provimento judicial, mas esse procedimento, a meu ver, deve alcançar o desiderato previsto no tocante ao próprio instituto do mandado de injunção; deve viabilizar o exercício, sem si, do direito (...)”* (p. 32, do inteiro teor do voto)

De modo muito crítico afirmou:

Creio que mais cedo ou mais tarde, com a devida vênia, teremos que caminhar para o empréstimo do verdadeiro alcance que, a meu ver, tem o inciso LXXI do artigo 5º da Lei Básica; teremos que atentar para o objetivo, a *mens legis* da norma constitucional, que outro não é senão tornar eficaz um direito previsto na Carta.

Já o Ministro Carlos Velloso (p. 35, do inteiro teor do voto) afirmou que *“...o mandado de injunção tem caráter substantivo. Por isso, fará ele as vezes da norma infraconstitucional ausente e integrará o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica.”*

Por fim, o Ministro Célio Borja (p. 42, do inteiro teor do voto) entendeu que o art. 5º, LXXI, da CR/88, *“manda”* que se viabilize o exercício de direito fundamental.

Outro destaque se dá ao MI 283, com grifos acrescidos:

MI 283 DF. REL. MIN. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 19.03.1991; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882; Partes: ALFREDO RIBEIRO DAUDT, WILSON AFONSO K. SANTOS, UNIÃO FEDERAL E CONGRESSO NACIONAL Ementa

- Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par.3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório,

formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par.

3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par.3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

No MI 283-DF foram vencidos, quanto a natureza da decisão, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

Na oportunidade o Ministro Marco Aurélio dissentiu quanto à Comunicação ao Congresso Nacional de sua omissão. (p. 28, do inteiro teor do voto).

E o Ministro Carlos Velloso (p.34, do inteiro teor do voto), afirmou que:

Sei que este Eg. Corte tem entendido que com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém através da ação direta de inconstitucionalidade. Vale dizer, procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omisso. Divirjo, data vênua, desse entendimento, entendimento que esvazia, por completo, a nova garantia constitucional. (...)

Continua o Ministro (p. 35, do inteiro teor do voto), afirmando que entende que a Constituição estabelece que faça a viabilização do direito, em concreto.

E por fim, o MI 284 do STF:

MI 284 DF; REL. Min. Marco Aurélio; Julgamento: 21.11.1992; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 26-06-1992 PP-10103 EMENT VOL-01667-01 PP-00001 RTJ VOL-00139-03 PP-00712. Ementa

- MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8., PARÁGRAFO

3. (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA)- A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL- ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - "WRIT" DEFERIDO. - O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado "ad causam", na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, "ex vi" do parágrafo 3. do art.8. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional e somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. - Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbitrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvivente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo "perigoso fascínio do absoluto" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina", p. 225,

3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em "praxis" governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao misterio. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial a caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público". - O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes,"desde logo", a possibilidade de ajuizarem,"imediatamente", nos termos do direito comum

ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

No MI 284-DF foram vencidos, quanto a natureza do pedido, os Ministros Carlos Velloso e Ilmar Mendes.

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso, afirmou que se espera no MI a viabilização da concretização da norma constitucional, mediante a satisfação do direito por ela atribuído ao impetrante.

4.2 O STF e o MI com decisão normativa: mudança de jurisprudência

As decisões proferidas nos MIs 670, 708 e 712, todos com data de julgamento do dia 25.10.2007, garantindo aplicação da Lei 7883/89 aos servidores públicos civis, representou ruptura de posicionamento da jurisprudência do STF acerca da natureza da decisão conferida em MI.

Passou-se então, do entendimento que a decisão do MI era mandamental, para o entendimento que cabe ao Judiciário emanar decisão que contenha regra concreta que possibilite o exercício de direito subjetivo.

Afirmam Fraga e Vargas (2010, p. 280) que “(...) *destaca-se a clara preocupação da Corte Constitucional em dar efetividade à norma fundamental(...)*”

Em razão de recorte metodológico, para análise da matéria, junta-se a Ementa da decisão do MI 712-Pará:

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. EmentaEMENTA: 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. 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 auto-aplicabilidade 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.(grifos acrescidos)

Silva (2008, p. 120-124) reflete acerca da estrutura da decisão:

A primeira parte do acórdão trata da mudança da jurisprudência em julgamentos de mandados de injunção, passando-se da mera declaração de mora para efetivo regulamento.

Depois, entra no tema, fazendo algumas reflexões sobre o direito de greve, que precisam ser consideradas para se avaliarem a consequência e a extensão do que foi decidido.

A seguir, o acórdão faz corretas ponderações sobre a situação peculiar do serviço público e a inaplicabilidade da Lei 7783/89, sem adaptações.

Após análise da decisão conferida no MI 712-Pará, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, passa-se a considerar:

a) a princípio, pode-se afirmar, que houve entendimento que a omissão do legislativo em vir regulamentar o direito de greve dos servidores públicos retratou má-fé, neste sentido ponderou a Ministra Carmem Lúcia em seu voto (p. 160, do inteiro teor do voto);

b) o reconhecimento do poder de resistência da greve. Neste sentido já ressaltava Viana (1996, p. 285): *“Assumia a greve, então, a natureza de verdadeiro anticorpo à exploração do homem pelo homem...”*

c) que a greve é fato, acontece independente de regulamentação. Neste sentido, observa Viana (1996, p. 297):

Na verdade, a experiência tem mostrado que a greve existe **com** ou **sem** lei, e, muitas vezes, **contra** a lei, Aliás, como disse alguém, toda vez que o Direito tentou cercear a greve, a greve desprezou o Direito, transbordando de seus limites e se impondo como fato social irresistível.

De fato a greve acontecia no serviço público, era direito não regulamentado. Neste sentido observou o Ministro Gilmar Mendes (p. 47, do inteiro teor do voto) que a omissão na regulamentação do direito de greve do servidor civil

...têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

d) o STF se manifestou quanto a natureza jurídica do Direito de Greve, entendendo-o como direito fundamental de caráter instrumental;

e) a decisão manifestou, por entender, que há diferença no exercício do direito de greve no setor privado e no setor público. Veja-se:

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.

Tal distinção procede? *Já aqui a distinção não procede e é equivocada. Mais uma vez, salienta-se que o vínculo do trabalhador com o Estado ou com o particular tem a mesma natureza, mudando-se apenas a finalidade.* (SILVA, 2008, p. 122)

f) a decisão ressalta que o exercício de greve pelos servidores públicos deve ser peculiar. Nos votos registrou-se, a preocupação dos Ministros com a continuidade do serviço público, no que ponderou o Ministro Eros Grau:

(...) durante a greve serão necessariamente mantidas em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público; o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público é inadmissível, **consubstanciando abuso do direito de greve.** (p. 64) (grifos acrescidos)

Aqui, cabe uma arguição: pode o princípio da continuidade dos serviços públicos limitar o direito de greve dos servidores públicos?

Deve-se observar que restou entendido que caberá ao Judiciário, caso a caso, avaliar a especificidade da natureza dos serviços paralisados, para então, “(...) *impor a observância a regime mais severo (...)*” (Min. Gilmar Mendes, p. 55, do inteiro teor do voto)

Segundo Fraga e Vargas (2010, p.276) a OIT, por meio da Comissão de Peritos na aplicação de Convênios e Recomendações, defende que “*a proibição deveria limitar-se aos funcionários que atuam na qualidade de órgãos dos poderes públicos ou em serviços e cuja interrupção poderia pôr em perigo a vida, a segurança ou saúde das pessoas de toda ou parte da população.*” Segundo os autores, a OIT prevê uma salvaguarda, ou seja, extensão do conceito de serviços essenciais, nos casos em que a greve, pela sua extensão ou duração, possa provocar “*uma situação de crise nacional aguda, tal que as condições normais de existência da população possam estar em perigo*” ou em “*serviços públicos de importância transcendental*”.

Segundo Silva (2008, p. 123), “(...) *não há nenhum motivo para considerar todo e qualquer serviço público essencial para efeito do direito de greve. Há os que são e os que não são. Tudo dependerá do caso concreto*”.

Continua o autor: “*Cumpra conjugar a greve, que importa na paralisação da atividade prestada pelo servidor, com a continuidade da prestação, também indispensável à sobrevivência e à ordem de qualquer sociedade*”. (SILVA, 2008, p. 124)

g) por fim, cabe ressaltar, o registro que a manifestação do STF não fere o princípio da separação de poderes. O STF não legislou, e sim normatizou via MI, formulando supletivamente a norma regulamentadora de exercício de direito fundamental. Assim, não se legislou, mas interpretou-se a Constituição efetivando os direitos fundamentais.

4.2.1 Ativismo judicial

O ordenamento jurídico brasileiro tem passado por profundas mudanças, tendo como marco normativo a Constituição da República de 1988. Tal fato deve-se a

centralidade da Constituição, em especial pela força normativa de suas normas e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Segundo Sarmiento (2013, p. 73-74) estas mudanças envolvem distintos fenômenos, a saber:

- a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) Rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc;
- c) Constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) Reaproximação entre o Direito e a moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;
- e) Judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Na presente temática, interessa o estudo da judicialização da política e das relações sociais, o fenômeno jurídico denominado de ativismo judicial, entendendo-se como “(...) a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais”. (TEODORO, 2009, p. 204)

Neste sentido pode-se dizer que o Judiciário assume nova feição no Estado Democrático de Direito, de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, “*democracia só existe...quando os direitos dos cidadãos são cumpridos.*” (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 416).

Ou ainda, “*pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista judicial se sua decisão criar a norma adequada para o caso concreto.*” (TEODORO, 2009, p. 204)

Esta norma adequada ao caso concreto, entenda-se interpretação de texto normativo, como o foi no caso de greve dos servidores públicos, faz garantir as necessidades específicas de direito material arguida e em conformidade com os direitos fundamentais, garantindo portanto, efetiva democracia. (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 408).

Assim, defende-se que:

O Poder Judiciário é o órgão constitucionalmente previsto para fazer valer os direitos e garantias fundamentais, logo essa atuação judicial ampliada nada mais é do que um corolário da constitucionalização de todo direito, que necessariamente irradia os valores constitucionais por toda a atuação pública, em especial a jurisdicional, que assim deve proceder para que numa acepção substancial haja verdadeiramente democracia. (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 425).

Portanto, o Estado Democrático de Direito, exige a materialização da democracia, entendida não apenas como a possibilidade de escolhas de representação, mas, também, a eficácia dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, entendidos como valores essenciais à promoção da dignidade humana.

A interpretação que garantiu a mudança de jurisprudência em relação ao direito de greve dos servidores públicos expressa materialmente a atuação jurisdicional pautada por meio dos valores positivados na CR/88, garantindo a eficácia dos direitos fundamentais assegurados via normativa constitucional.

Esta interpretação, via ativismo judicial, demonstra um ideário humanista, pois busca a emancipação humana pela via jurídica. (SARMENTO, 2013, p. 84).

Neste sentido, pode-se mencionar a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, na Rcl 16535 MC / RJ (RIO DE JANEIRO- MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO- Julgamento: 15/10/2013), suspendendo os efeitos da decisão que entendia por “*cortar*” os dias parados dos professores no Rio de Janeiro. Entendeu o Ministro que

a decisão reclamada, autorizativa do governo fluminense a cortar o ponto e efetuar os descontos dos profissionais da educação estadual, desestimula e desencoraja, ainda que de forma oblíqua, a livre manifestação do direito de greve pelos servidores, verdadeiro garantia fundamental. Com efeito, não foi outro o objetivo do aresto reclamado que não o de inviabilizar o exercício dessa liberdade básica do cidadão, compelindo os integrantes do movimento a voltarem às suas tarefas diuturnas. (Rcl 16535 MC)

No mesmo sentido, tem-se a recente decisão do TST, no CauInom 1053-06.2014.5.00.0000, FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS CORREIOS TELEGRAFOS E SIMILARES x EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, tendo como Relator o Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, que entendeu ser descabido o desconto do pagamento em razão do exercício do direito fundamental ao movimento paredista. Assim, decidiu:

enquanto perdurar o estado de greve e até que não sobrevenha decisão em sentido contrário, a ECT se abstenha de proceder a quaisquer descontos nos salários de seus empregados em greve, bem como, caso tais descontos já tenham ocorrido, que proceda a imediata devolução em folha suplementar, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (CauInom 1053-06.2014.5.00.0000)

Com estas decisões, garantiu-se o direito de resistência dos trabalhadores, pois como é de conhecimento geral sem o salário não há como resistir e por consequência, não há como buscar a efetivação do direito fundamental de greve.

Portanto, é necessário reconhecer a atuação ativa do judiciário na proteção e promoção dos direitos fundamentais e na proteção do Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrer sobre o direito de greve dos servidores públicos é apontar a eficácia de direito fundamental de resistência do trabalhador no âmbito da Administração Pública.

O direito de resistência do trabalhador, entendido como direito fundamental, essencial à promoção da pessoa humana, como visto, transitou da fase de proibição, à tolerância, até o seu reconhecimento, alcançando então, a discussão de sua efetividade, no âmbito da Administração Pública.

Cabe observar que, o direito ao exercício de greve tem natureza, no plano universal, de direitos humanos e no plano interno de direitos fundamentais, cuja aplicabilidade foi garantida como imediata por força do comando constitucional positivado no art.5, §1º da CR/88.

Assim, não há que se falar em não eficácia do direito fundamental de greve dos servidores públicos por falta de regulamentação do dispositivo constitucional. E, foi nesse sentido que decidiu o STF, superando inclusive a jurisprudência que entendia que o Mandado de Injunção tinha apenas natureza mandamental. Ao garantir o exercício do direito de greve, fazendo aplicar a Lei 7783/89, o Poder Judiciário garantiu a aplicabilidade na norma constitucional, em especial, de direito fundamental social essencial à promoção da pessoa humana.

Neste sentido, espera-se que a busca da efetividade de outros direitos fundamentais também sejam garantidos via ativismo judicial, com o intuito de garantir a eficácia aos comandos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho, in www.tst.gov.br
_____, Superior Tribunal Federal, in www.stj.gov.br
_____, Supremo Tribunal Federal, in www.stf.gov.br
_____, Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região, in www.trt3.jus.br
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso De Direito Do Trabalho**. 11ªed. São Paulo: LTR, 2012.
- DELGADO, Gabriela Neves. Direitos Humanos dos trabalhadores: perspectivas de análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. *In Revista Dos Tribunais*. Ano 101, vol. 924, outubro/2012. São Paulo.
- DIEESE. Balanço das Greves em 2012. **Estudos & Pesquisas**. n.66. maio de 2013. in www.dieese.org.br
- FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto. Greve de servidores públicos: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. *in* THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org). **Direito Coletivo Do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso De Direito Do Trabalho**. 11ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. Greve como prática social: possibilidades de reconstrução a partir da Constituição de 1988. *in* SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords). **Dignidade Humana E Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTR, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. Direito ao Trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. *in* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos Humanos e Direito Do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO – ALGUMA VERDADE. *in Revista TST*, Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *in* FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *in* FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- SILVA, Antônio Álvares. **Greve no serviço público depois da decisão do STF**. São Paulo: LTR, 2008.
- SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições De Direito Do Trabalho**. V.II. 21ªed. São Paulo: LTR, 2003.
- TEODORO, Maria Cecília Máximo. Crise do Estado Social e o papel do juiz na efetivação de direitos trabalhistas. 2009. 232f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – **Faculdade De Direito Da USP**, 2009.

_____.Ativismo judicial: entre o mito da irresponsabilidade e o caminho da efetividade. *in* VIANA, Márcio Túlio et al. **O Que Há De Novo Em Direito Do Trabalho**.2ª.ed. São Paulo: LTR, 2012.

THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org). **Direito Coletivo Do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. Da Greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. *in* **Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 3ª. Região**, Belo Horizonte, v.49, n.79, p.101-121, jan/jun2009.

_____. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador.. São Paulo: LTR, 1996.