

Ativismo judicial

Proposta para uma discussão conceitual

Marcelo Casseb Continentino

Sumário

1. Introdução. 2. Um ponto de partida teórico. 3. A experiência norte-americana. 4. Riscos e sugestões para a discussão do conceito de ativismo judicial. 5. Análise de caso: a jurisprudência do STF em relação ao mandado de injunção.

1. Introdução

O presente texto surge de uma grande inquietação. É que não sei responder uma pergunta que, aparentemente, aos olhos de hoje, parece de fácil resposta: em suma, o Supremo Tribunal Federal é ou não é uma corte ativista? Não sei.

É que tal questão me remete socraticamente a uma outra: o que é o ativismo judicial? E o ponto, segundo me parece, é digno de nota e consideração, pois a linguagem cotidiana, política e acadêmica está impregnada por esse novo conceito, que veio para ficar na comunidade brasileira; e, além disso, esprou-se a outras instituições e órgãos (*v.g.*: ativismo ministerial, ativismo do CNJ etc.). Ao mesmo tempo, não me parece possível divisar um sentido bem delimitado ou, melhor dizendo, um parâmetro ou critério que defina satisfatoriamente a dimensão semântica do conceito. “Ativismo, como a beleza, está normalmente nos olhos do possuidor” (LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1).

Significaria, pois, ativismo judicial a extrapolação das funções inerentes ao Poder

Marcelo Casseb Continentino é Mestre e Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB)/Università degli Studi di Firenze. Professor de Direito Constitucional do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região. Procurador do Estado de Pernambuco.

Judiciário? A usurpação de competência institucional alheia (Executivo ou Legislativo)? Erro da decisão? Decisão proferida por juiz inconsequente? A adoção de uma metodologia da interpretação escusa? O casuismo jurídico? Uma decisão progressista? Ou, ao invés, conservadora? Quem sabe, simplesmente, uma decisão da qual eu ou você discorda? Enfim, uma decisão que frustra uma expectativa prévia?

Pretendo tão somente problematizar o conceito de “ativismo judicial”, bem como apontar alguns riscos ligados ao uso indiscriminado e acrítico do termo, já que, inspirado no pressuposto teórico da historiografia da história conceitual, tenho que o conceito representa um importante elemento de compreensão da realidade social e, de igual modo, ele próprio molda e constitui essa mesma realidade.

2. Um ponto de partida teórico

Não é meu objetivo, aqui, enveredar por uma rigorosa aplicação da metodologia da história conceitual (*Geschichtliche Grundbegriffe*), de Reinhart Koselleck, Otto Brunner e Werner Conze, o que demandaria pesquisa de muito maior fôlego, mas não devo negar que a reflexão ora desenvolvida inspira-se em seus escritos e métodos.

Em primeiro lugar, penso ser importante anotar que um dos pilares sobre o qual se apoia a história conceitual é o estabelecimento de uma relação complementar entre a história social e a história dos conceitos, a fim de melhor compreender o processo de mudança social e política da sociedade¹. A transformação ou o surgimento de um conceito, dentro de uma comunidade linguística, está associado à própria modificação dessa comunidade, já que, como dito, as camadas semânticas de sentido, que se superpõem com o passar do tempo,

¹ Segundo Reinhart Koselleck (2009, p. 3), “o estudo dos conceitos e de sua história linguística é uma condição essencial ao conhecimento da história, tanto quanto ao reconhecimento do nexa que interliga esses conceitos e a sociedade humana”.

guardam uma relação complementar com a história social. Pensar em ativismo judicial, segundo vejo a questão, implica pensar um espectro mais amplo do que aquele propiciado por um olhar eminentemente jurídico.

Em segundo lugar, gostaria de destacar que o uso do conceito abrange, ao menos, duas dimensões distintas. Uma delas tem a ver com o âmbito semântico, isto é, a relação de correspondência entre o conceito e a realidade por ele retratada; o conceito descreve a realidade. A outra dimensão, pragmática ou performativa, tem a ver com a fixação de diretrizes e critérios para os sujeitos de uma comunidade discursiva; é dizer, podemos pensar no uso do conceito a partir de uma matriz teleológica, de uma finalidade normalmente dissimulada pelos agentes do discurso. Aqui, o conceito constitui a própria realidade.

Sob tal ângulo, é fácil compreender porque o conceito de ativismo judicial tem seu “nascimento” ligado a uma disputa política quanto ao papel da Suprema Corte Americana. É o resultado de uma narrativa que busca justificar como se daria o legítimo exercício da competência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa observação, obviamente, remete-me a uma abordagem panorâmica do uso do conceito, no contexto americano.

3. A experiência norte-americana

Atribui-se a Arthur Schlesinger (apud LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1-2) o mérito de haver cunhado o termo “ativismo judicial”. Em 1947, ele publicou, na popular Revista *Fortune*, o artigo “The Supreme Court: 1947”, em que analisou a atuação dos *justices*, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da restringibilidade judicial” (*champions of judicial restraint*), os quais podem ser denominados “passivistas” (*self-restrain*).

Aqueles se caracterizariam por inocularem, em suas decisões, as suas próprias concepções do bem comum. Os passivistas,

por sua vez, seriam os juízes que procuravam preservar a margem de conformação do legislador, prezando pela maior deferência judicial. O que se conclui, desde logo, é que o ativismo encerra um juízo negativo sobre o exercício da jurisdição constitucional, já que o campo semântico do conceito de ativismo judicial corresponderia a um verdadeiro “insulto” (SUNSTEIN, 2003)².

É bem verdade que existem outras formas de enxergar esse mesmo fenômeno. Cass Sunstein, por exemplo, reconhecendo existirem diversos critérios de acordo com os quais se pode classificar um juiz ou uma corte de ativista, propõe seja conferido ao termo ativismo judicial uma conotação “descritiva”, ou seja, relacionada à frequência com que se declara a inconstitucionalidade das leis; e não uma conotação “normativa”, no sentido de que devemos realizar um juízo de valor e concluir que o ativismo é bom ou ruim. Por outro lado, como demonstra Sunstein (2003), o ativismo judicial é uma pecha que tanto pode acometer as cortes denominadas conservadoras (v.g.: *Lochner* ou *Rehnquist*), como também aquelas classificadas progressistas (v.g.: *Warren*)³.

Não é difícil de imaginar, portanto, que não se trata de um conceito de simples aproximação. A indefinição semântica é uma constante, daí por que acho que o estudo de Keenan Kmiec (2004, p. 1441-1477) traz uma importante contribuição ao tema. Ele retrata a *multidimensionalidade* do termo,

² Em suas palavras: “Algumas pessoas denominam uma decisão ‘ativista’ quando pensam que a corte desviou-se da correta abordagem da Constituição. Nessa visão, a palavra ‘ativista’ não é meramente uma descrição; é também e sempre um insulto. Quando as pessoas criticam a Corte em face de uma injustificável contração ou expansão dos direitos constitucionais, e chamam essa contração ou expansão ‘ativista’, elas usualmente querem significar que a Corte desalinhou-se do correto entendimento da Constituição. Classificar uma decisão como ativista é dizer que ela é errada” (SUNSTEIN, 2003).

³ Sobre as características gerais de cada uma das cortes e a história da Suprema Corte, remeto à obra de Bernard Schwartz (1993, *passim*).

e analisa cinco diferentes sentidos no uso do conceito de ativismo judicial.

O primeiro deles verificar-se-ia quando ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável. Nessa hipótese, critica-se a atuação da Suprema Corte, pois se entende que, em tal situação, diante da presunção de constitucionalidade da lei, a corte deveria democraticamente prezar pela deferência ao legislador (*in dubio pro legislatore*) (COMELLA, 1997, p. 141). Como se sabe, numa sociedade multicultural na qual muitas e diversas são as visões sobre a justiça, a moral e a ética, é inevitável persistir o “desacordo razoável” (*reasonable disagreement*) sobre a interpretação das normas constitucionais (LIPKIN, 2008, p. 181-232)⁴.

Embora haja acordo quanto às cláusulas constitucionais gerais e abstratas (v.g.: devido processo legal, liberdade de expressão, vida, *equal protection* etc.), no momento da especificação constitucional, isto é, quando se vai aplicar a norma constitucional abstrata ao caso concreto, começam-se os confrontos em torno da melhor interpretação constitucional⁵. Portanto, não se poderia afirmar, *a priori*, que o Poder Judiciário teria alguma ascendência sobre o Legislativo, em matéria de interpretação constitucional.

A segunda dimensão do conceito de ativismo judicial estaria relacionada com a vedação à criação judicial do direito. Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo. Na minha opinião, o problema dessa perspectiva reside em sua premissa: a existência de normas jurídicas

⁴ O estudo de Robert Lipkin (2008, p. 13-54) cuida, em particular, da correlação entre o conceito de ativismo judicial e o *reasonable disagreements*. A relação entre o pluralismo na interpretação constitucional e a legitimidade do *judicial review* foi por mim explorada.

⁵ Sobre a relação pluralismo, teoria da constituição, legitimidade e democracia, é sempre recomendável o trabalho de Frank Michelman (2000, p. 63-76).

claras, com conteúdo bem definido e delimitado. Só que, em matéria constitucional, isso é praticamente uma exceção, porquanto uma das características mais marcantes das normas constitucionais é sua estrutura normativa aberta, que se presta a diversas interpretações⁶.

A mesma dificuldade entendo estar presente na terceira dimensão do conceito de ativismo judicial, aquela configurada quando a corte se desvia de uma metodologia de interpretação aceita. É como se tivéssemos atingido o estado da arte em matéria de interpretação constitucional, ou seja, houvésemos obtido o consenso em torno do método constitucionalmente adequado e correto de interpretar a Constituição, o que, naturalmente, não aconteceu.

Assim ocorreu, por exemplo, com a decisão de *Brown v. Board of Education* (U. S. Supreme Court, 1954), quando a Corte Warren reverteu a premissa (*holding*) adotada na decisão *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte havia acolhido a doutrina do “*separate but equal*”, para proibir definitivamente a segregação racial entre brancos e negros nas escolas. Essa decisão, na época, foi fortemente atacada, ao argumento de representar puro ativismo, um abuso do poder judicial (ROOSEVELT, 2006, p. 14). Porém, nos dias de hoje, é difícil encontrar alguma pessoa a rejeitar seu conteúdo.

Kmiec destaca, ainda, que cortes ou juízes ativistas poderiam ser os que julgam orientados pelo resultado. Só que esse tipo de abordagem, como nas situações anteriores, não traz consigo um parâmetro satisfatório para mapear as orientações individuais dos juízes e/ou da corte em contraste com a “correta” interpretação da norma constitucional, que estivesse acima de qualquer suspeita ou controvérsia.

A quinta dimensão de análise do ativismo judicial seria pautada pelo respeito aos precedentes judiciais e, na minha visão,

⁶ Sobre as especificidades das normas constitucionais, confira a obra de Luis Roberto Barroso (2009, p. 196 e ss).

oferece um pouco mais de objetividade; contudo, não elimina a imprecisão do conceito. A noção de ativismo, destarte, ligar-se-ia a uma decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência.

A Suprema Corte fixa a interpretação constitucional sobre uma matéria, e os juízes e os tribunais devem segui-la. Se as cortes inferiores ou juízes não se submeterem ao precedente, a resistência representaria o ativismo judicial. O ativismo judicial, portanto, decorreria da não aderência às interpretações anteriormente perfileadas, sem uma justificativa plausível ou razoável. Não aplicar o precedente equivaleria a não aplicar o direito preexistente; isto seria o mesmo que julgar conforme a própria conveniência e subjetividade, ao sabor das circunstâncias⁷. Logo, um órgão não

⁷ A questão sobre a vinculação dos precedentes é muito mais complexa do que se poderia imaginar à primeira vista, embora tal discussão fuja aos objetivos deste trabalho. Isso porque, para bem compreendê-la, faz-se necessário examinar três noções correlatas: o princípio do *stare decisis*, a presunção de correção (*presumption of correctness*) das decisões judiciais e, em particular, a ideia de integridade ou coerência do direito. É particularmente instigante a avaliação que Akhil Reed Amar e Vikram David Amar (2002) fazem sobre a decisão da Suprema Corte Americana, no caso *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey* (U. S. Supreme Court, 1992), em que a Corte, não obstante as recentes nomeações conservadoras de Bush, manteve a tese (*holding*) de *Roe v. Wade*. Akhil Reed Amar e Vikram David Amar reconhecem que uma importante discussão, enfrentada pela Suprema Corte, desenvolveu-se em torno da possibilidade de superar-se o precedente da própria Suprema Corte (no caso, *Roe*), tendo em vista que o princípio da *stare decisis* não seria um comando inexorável. Porém, a Suprema Corte não estaria livre, mas dependeria de alguma razão especial que justificasse a conclusão de *Roe* revelar algum erro. Nesse ponto, a Suprema corte enveredou por uma rica discussão em torno da respeitabilidade dos seus próprios precedentes, chegando ao entendimento de que *Roe* não precisava ser revisto, porque sua tese central não se tornou juridicamente inviável com o passar do tempo. Considerou, ainda, relevante indagar se a mudança de posicionamento não causaria iniquidade social, em relação às expectativas das pessoas, ou dano à estabilidade social, ao se criar uma vedação à conduta anteriormente admitida, bem como o aspecto referente ao suposto anacronis-

democrático que teria se substituído indevidamente às escolhas do legislador. Essa quinta dimensão, como veremos adiante, parece-me a que melhor pode haurir o desenvolvimento das reflexões em torno do conceito de ativismo judicial.

Por ora, contudo, quero apenas reter duas conclusões parciais. Em primeiro lugar, a formação do conceito de ativismo judicial surge com uma conotação marcadamente negativa, no contexto histórico-político americano. Em segundo lugar, o conceito não remete necessariamente a uma atuação indevida da Suprema Corte, a exemplo do que o caso *Brown* veio a evidenciar.

4. Riscos e Sugestões para a discussão do Conceito de Ativismo Judicial

Diante das observações acima, vejo um relevante risco no uso, ou melhor, na manipulação do conceito, pois, no cenário brasileiro, em geral, o conceito de ativismo judicial reveste-se de conotação negativa. Em geral, aqui, os autores⁸ tomam-no por sinônimo de extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário.

Precisamente nesse ponto é que reside o problema, já que o legítimo exercício das funções inerentes ao Poder Judiciário é tudo menos objeto de consenso. Normalmente, quando se acusa uma decisão judicial de ativista, esquece-se de justificar o porquê. O uso do conceito de ativismo traz consigo um ônus argumentativo, o qual – pela força semântica negativa que adquiriu – termina por ser deixado de lado, interrompendo-se o debate crítico. Em outras palavras, assistimos a uma crítica superficial e não fundamentada das decisões judiciais e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, o que, no fundo, revela uma mera ideologização da visão de nossa prática judicial e do seu discurso crítico.

mo da decisão, em contraste as condições sociais em relação às quais se decidiu *Roe*.

⁸ Por todos, vide o livro “Ativismo Judicial”, de Elival Ramos (2010, p. 129).

Portanto, o conceito de ativismo judicial, de maneira geral, tem sido vítima de um uso retórico e simplista, não se revelando minimamente eficaz para uma crítica sólida e consistente da jurisprudência brasileira.

Como já disse no início deste trabalho, não tenho a pretensão de equacionar a questão, porém acredito que alguns pontos devam ser levados em consideração antes de julgarmos se o Supremo Tribunal Federal é ou não uma corte ativista. São, naturalmente, simples sugestões, que, no entanto, podem ampliar o horizonte da análise.

Poderíamos, assim, começar por uma investigação do perfil dos ministros integrantes do STF, o que representaria um primeiro passo para alavancar os elementos da avaliação. Qual Presidente os nomeou? Quando? É que, embora não tenha levado a termo uma pesquisa específica, é possível identificar a existência de certos laços de natureza diversa (ideológica, axiológica, política etc.) entre o Presidente da República e os cidadãos indicados ao cargo de ministro do STF. É imprescindível perquirir sobre as decisões proferidas, a partir desse viés: será que os ministros nomeados pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso são mais conservadores em relação às leis emanadas pelo governo de Lula ou de Dilma? Será que os ministros nomeados pelo ex-presidente Lula são mais “tolerantes” com as leis editadas durante o governo do Partido dos Trabalhadores (PT)? Houve mudanças de posicionamento, por parte dos ministros, aparentemente injustificadas após a sucessão presidencial? Eis alguns tópicos que merecem uma indagação mais sistematizada.

Correlato com esse primeiro ponto, estou certo de que seja também importante fazer-se um exame das decisões, a partir de grupos temáticos. Por exemplo: qual a posição do STF em matéria de direitos fundamentais? Qual seu entendimento sobre a liberdade de expressão? E sobre o direito à vida ou à igualdade? Há diferenças quanto

aos direitos individuais e os sociais? Entre os direitos fundamentais sociais, a exemplo dos direitos à saúde, à greve ou à moradia, é uniforme o tratamento conferido pelo STF? Como se caracterizam suas decisões sobre a efetivação do mandado de injunção? É que não me afigura coerente alinhar sob um mesmo epíteto a jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão (*v.g.*: decisão sobre a marcha pela maconha) e imunidades parlamentares. Esse tipo de exercício, por sua vez, deve ser feito tanto individualmente, em relação a cada um dos ministros, quanto institucionalmente, isto é, considerando-se o STF como instância única e indivisível.

Com base nessa segunda sugestão, caminho, enfim, para aquele que me parece o mais importante de todos os critérios de observação. Tem a ver com a noção de integridade (DWORKIN, 1996, p. 1-38) ou coerência (FALLON JR, 1987, p. 1189-1286) do direito. Pensar o direito a partir dessa concepção nos faz compreender que juízes e intérpretes têm o papel de perpetuar o projeto constitucional como se fossem parceiros numa empresa comum. O direito, na metáfora de Dworkin, é imaginado como um “romance em cadeia”, cujos capítulos devem ser coerentemente escritos por cada uma das gerações e membros integrantes da comunidade político-jurídica sem que se deixe perder o fio, o elo da história.

Com isso, os precedentes judiciais assumem valor ímpar, pois apontam para a exigência, sobretudo dirigida aos juízes e tribunais, de construção de uma jurisprudência coerente. Por mais abstratos que sejam os princípios constitucionais, não é dado ao intérprete, ao julgar um caso concreto, desconsiderar toda a construção constitucional edificada sobre a interpretação de um princípio constitucional.

Em consequência, o “casuismo jurídico” é o inimigo número um da noção de coerência ou integridade no direito e, ao mesmo tempo, o elemento revelador do ativismo judicial. Decisões distintas proferidas por

um mesmo tribunal ou juiz em situações semelhantes deixam transparecer um forte potencial de ativismo, além de subjetivismo e de irracionalidade judicial.

Por fim, não tenho dúvidas de que a demarcação temporal contribuiria significativamente à reflexão do conceito de ativismo judicial. Ora, atravessamos um longo período sob o jugo ditatorial (1964-1985). Em tal quadra histórica, a atividade judicial foi, por tantas vezes, senão silenciada, drasticamente afetada (PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p. 57-78). Não podemos, então, deixar de reconhecer que o Poder Judiciário e, em particular, o STF não foram o incontestado baluarte das liberdades, mas fatalmente foram órgãos que sentiram o peso do autoritarismo, o que, em grande medida, manifestou-se por meio de uma aplicação tecnicista e legalista do direito.

Porém, 1988 inaugurou um novo tempo histórico, no constitucionalismo brasileiro. O tempo do Estado Constitucional (COSTA, 2006, *passim*). Tempo da “descoberta do judiciário” (CASTRO, 1997, p. 147-156), que se consolida como importante canal de articulação de conflitos políticos e sociais. Tempo da Constituição, norma fundamental da organização política e jurídica, que consubstancia os principais valores éticos e morais da sociedade.

O tempo histórico do Estado Constitucional é caracterizado por uma nova compreensão da Constituição, que rompe com o Estado Liberal e instaura o paradigma segundo o qual os direitos fundamentais se fundam diretamente na Constituição, não mais sendo necessariamente dependentes da intermediação legislativa (FIORAVANTI, 1995, p. 434-439). Por consequência, é-nos lançado um novo desafio consistente em buscar o “ponto de equilíbrio” entre o espaço dos direitos e o espaço da legislação, ambas partes operantes do desenvolvimento do sistema constitucional.

É, destarte, inevitável reconhecer que o redesenho do nosso arcabouço institucional está em curso, o que altera as expectativas

em torno das atuações dos Poderes constituídos, em especial do Judiciário, o que evidentemente se refletirá nas decisões judiciais.

Não estou aqui defendendo uma postura de maior centralidade ou supremacia do Judiciário, algo já naturalizado em discursos como o “neoconstitucionalista”, mas, apenas, chamo a atenção para o fato de que a mudança histórico-social, sem dúvida alguma, tem uma íntima relação na simbiose do conceito de ativismo judicial. Portanto, o referencial histórico, rico em significação das possibilidades do presente e da história institucional, a meu ver, deve ser considerado na análise do conceito de ativismo judicial.

Do contrário, estaremos sempre diante de um uso conceitual meramente retórico cujo resultado único será o fechamento do diálogo e da crítica constitucional.

5. *Análise de caso: a jurisprudência do STF em relação ao mandado de injunção*

No presente tópico, a partir do exame da jurisprudência do STF em matéria relacionada ao direito de greve dos servidores públicos e seu reconhecimento em sede de mandado de injunção⁹, quero mostrar como os elementos expostos acima podem contribuir para a configuração do conceito de ativismo judicial. Nesse caso, como discutido, estão em consideração a delimitação temporal e temática, a mudança da composição do STF e, sobretudo, a ideia de coerência e integridade.

Como sabemos, foi no MI nº 107-3 QO/DF, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, que o STF fixou a tese não concretista do mandado de injunção, isto é, que tal ação teria seu objeto limitado à constituição da mora legislativa, sem, contudo, efetivar o

⁹ Esse tema foi melhor desenvolvido por mim, sob outro enfoque, no texto “Efeitos da decisão no mandado de injunção: perspectivas” (CONTINENTINO, 2011, p. 78-99).

exercício do direito no caso concreto. Esse mesmo entendimento foi aplicado aos servidores públicos, quando o STF julgou o MI nº 20-4/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/05/1994) e, por conseguinte, negou-lhes o direito ao exercício da greve, enquanto não fosse editada a lei constitucionalmente reclamada.

Contudo, no MI nº 670-9/ES (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007), no MI nº 708-0/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007) e no MI nº 712-8/PA (Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007), o STF reverteu o entendimento manifestado no MI nº 20-4/DF e reconheceu a legitimidade do direito de greve não só para o impetrante (tese concretista individual), mas também para todas as categorias de servidores públicos, acolhendo, assim, a tese concretista genérica. Desnecessário lembrar, nesse caso, que houve, inclusive, o pedido de desistência do impetrante (Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará), mas foi recusado pelo STF.

O ponto que nos interessa, portanto, é que o STF saiu de uma tese não concretista (MI nº 20-4/DF), na qual restou prejudicada a efetividade do mandado de injunção em nome dos princípios democrático e da separação dos poderes, e, de repente, radicalizou a posição, galgando a tese concretista genérica (eficácia *erga omnes*). Em minha avaliação, o Supremo deu um passo muito largo, sem atender o necessário ônus de justificação, o que sensibiliza o frágil equilíbrio entre os espaços dos direitos e das leis.

Esse descompasso é melhor visualizado pela ideia de integridade e coerência, que não foi respeitada pelo STF. Com efeito, antes da decisão no caso da greve, o STF havia julgado o MI nº 695-4 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/03/2007), no qual reconheceu a mora legislativa do Congresso e notificou-o para regulamentar o direito ao aviso prévio proporcional. Observe-se que, nesse caso, o STF não foi além, pois, conforme reconheceram os próprios Ministros, o pedido do impetrante era limitado à decla-

ração de mora e notificação, o que sinaliza a adoção da tese concretista individual.

No MI nº 721-7/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/j. 30/08/2007), por sua vez, em que se pleiteava a contagem de tempo especial para aposentadoria de servidora pública, com a aplicação da legislação do regime geral de previdência, houve a mesma limitação dos efeitos da decisão ao caso concreto (tese concretista individual). Posteriormente, no MI nº 795-1/DF (Rel. Cármen Lúcia, j. 15/04/2009), o Min. Joaquim Barbosa suscitou questão de ordem, aprovada por maioria, para que o plenário autorizasse o julgamento monocrático dos demais casos de mesma natureza, de modo a racionalizar a atuação da Corte.

Por esse outro ângulo, entendo que a decisão conjunta do STF no caso da greve (com eficácia *erga omnes*, isto é, tese concretista genérica) não só não foi a mais adequada à história do mandado de injunção, como também não se revestiu de coerência, pois o próprio STF, nos casos de aposentadoria especial, limitou os efeitos da decisão ao caso concreto (eficácia *inter partes*, ou seja, tese concretista individual).

Quando comparo as duas situações, não consigo enxergar o porquê do tratamento diferenciado. No caso da greve, por exemplo, o pedido do MI nº 712-8/PA era limitado à categoria representada pelo impetrante. Também se discutia matéria referente a servidor público. Já havia precedentes, à época daquele julgamento, em que a Corte tinha adotado a tese concretista individual (MI nº 721-7/DF). Logo, não estava o STF entre adotar uma decisão “ineficaz”, a exemplo do MI nº 20-4/DF, ou adotar uma decisão com eficácia *erga omnes* (tese concretista genérica). Tal contradição permite-me dizer que, agora sim, em matéria de direito à greve em sede de mandado de injunção, o STF pode ser enquadrado como uma Corte ativista.

Por fim, quero dizer que o presente trabalho pretende, antes de tudo, ser uma contribuição a enfatizar o papel crítico que

a doutrina deve exercer sobre a prática do direito constitucional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. As críticas feitas ao conceito de ativismo judicial se justificam porquanto o termo não tem o condão de capturar, em sua inteireza, a pluralidade de situações apreciadas pelo Poder Judiciário e, como tal, fragiliza o papel dessa mesma crítica. A partir do caso examinado sobre o mandado de injunção e direito de greve dos servidores públicos, pretendi desenvolver esse argumento para defender um uso mais restrito e fundamentado do conceito de ativismo judicial.

6. Referências

AMAR, Akhil Reed; AMAR, Vikram David. *How should the supreme court weigh its own precedent? This Term, the Court Confronts Stare Decisis*. In: FINDLAW. Eagan, M.N.: Thomson Reuters, 2002. Disponível em: <<http://writ.news.findlaw.com/amar/20021213.html>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. O supremo tribunal federal e a judicialização da política. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 1997.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Efeitos da Decisão no Mandado de Injunção: Perspectivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, Brasília, n. 102, p. 78-99, set. 2011.

_____. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

COSTA, Pietro. *Democrazia politica e stato costituzionale*. Napoli: Scientifica, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833. Decided June 29, 1992. In: FINDLAW. Eagan, M.N.: Thomson Reuters, 2011a. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=505&invol=833>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

_____. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483. Decided May 17, 1954. In: FINDLAW. Eagan,

- M.N.: Thomson Reuters, 2011b. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- FALLON JR, Richard. A Constructivist coherence theory of constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Harvard, v. 100, n. 6, p. 1189-1286, Apr. 1987.
- FIORAVANTI, Maurizio. Le dottrine dello Stato e delle costituzione. In: ROMANELLI, Raffaele. *Storia dello Stato Italiano dall'Unità a oggi*. Roma: Donzelli, 1995. p. 407-457.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of "judicial activism". *California Law Review*, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004.
- KOSELLECK, Reinhart. Storia sociale e storia concettuale. In: KOSELLECK, Reinhart. *Il Vocabolario della Modernità: progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*. Tradução de Carlo Sandrelli. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 3-25.
- LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009.
- LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 77, n. 1, p. 181-232, 2008.
- MICHELMAN, Frank I. Human rights and the limits of Constitutional Theory. *Ratio Juris*, Malden, v. 13, n. 1, p. 63-76, Mar. 2000.
- PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 6, p. 57-78, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROOSEVELT, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the supreme court*. New York: Oxford University, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R. A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country? *Legal Affairs*, v. 26, Mar./Apr. 2003. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp>. Acesso em: 23 jul. 2010.

