

Ativismo Judicial

LUIZ ROBERTO NUNES

Desembargador do Trabalho (TRT 15ª Região), Mestrando em Direito do Trabalho pela Univerm.

DOI: 10.11117/22361766.40.01.02

Submissão: 04.05.2011

Parecer 1: 06.05.2011

Parecer 2: 22.06.2011

Decisão Editorial: 24.06.2011

RESUMO: O presente estudo aborda alguns aspectos relevantes do chamado ativismo judicial. Inicialmente, faz uma rápida passagem sobre a teoria geral do direito, analisando o Estado Democrático de Direito e os conceitos de justiça, validade e eficácia das normas jurídicas. A seguir, adentra ao tema do ativismo judicial em sentido estrito, com análise dos conceitos positivistas e pós-positivistas de direito. Abordagem particularizada é destinada aos três critérios da nova hermenêutica constitucional, quais sejam: interpretação hermenêutica concretizadora; interpretação tópico-problemática e interpretação normativo-constitucional. Merece destaque, ainda, a análise sobre o controle judicial a que estão sujeitos os atos administrativos “vinculados”, o que pode desaguar em manifesto ativismo judicial no momento em que o juiz proceder à interpretação da finalidade do mencionado ato. Finalmente, são mencionadas algumas decisões judiciais sobre ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; invasão de competência; juiz legislador?

ABSTRACT: This paper addresses some relevant aspects of so called activism judiciary. It begins with a glance at the general theory of law, analyzing the democratic rule-of-law state and the concepts of fairness, effectiveness and efficiency of legal rules. Next, it analyzes judicial activism in the strict sense, and the positivist concepts and post-positivist law. An individualized approach is taken for the three criteria of the new constitutional hermeneutics, which are: accomplishing of hermeneutic interpretation, interpretation-topic and legal issues and constitutional interpretation. Moreover, we analyzed judicial control of “bound” administrative acts, which can manifest into activism court when the judge makes the interpretation of the purpose of mentioned act. Finally are studied some judicial decisions about judicial activism.

KEYWORDS: Judicial activism; invasion of competence; legislator judge?

SUMÁRIO: I – Introdução: o que é Direito?; 1 Justiça (se é justa ou injusta); 2 Validade (se é válida ou inválida); 3 Eficácia (se é eficaz ou não); II – Positivismo jurídico; III – Ativismo judicial; IV – Atos administrativos – Ativismo judicial – Controle; V – Algumas decisões de ativismo judicial; 1 Greve dos servidores públicos civis; 2 Mandatos parlamentares pertencem ao partido; 3 Fornecimento de remédios pelo Estado; 4 Justiça determina a prática de ato administrativo sobre meio ambiente; 5 Registro de menor de 16 anos; 6 Suspensão das demissões em massa; 7 Tratamento médico para funcionários e autônomos; Conclusão; Referências.

I – INTRODUÇÃO: O QUE É O DIREITO?

No campo da teoria geral do direito e no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito, pode-se analisar o Direito como um sistema independente, sob o seu ângulo interno, isto é, sem necessidade de se socorrer de ingredientes extrassistêmicos.

Ressalte-se que a vertente da teoria geral do direito, sob a lente da Filosofia do Direito, tem início no século XIX e é caracterizada pelo formalismo.

A tradição formal da Filosofia do Direito encontra em Kant o seu paradigma, o qual diz:

Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis, num certo lugar e num certo tempo, dizem ou disseram. Mas se o que essas leis prescreviam é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele, a menos que abandone esses princípios empíricos por enquanto e busque as fontes desses juízos exclusivamente na razão, visando a estabelecer a base para qualquer produção possível de leis positivas (ainda que leis positivas possam servir de excelentes diretrizes para isso).¹

Segundo os ensinamentos do Professor Celso Lafer:

A influência kantiana contribuiu, igualmente, para o entendimento da teoria geral do direito como uma disciplina isolada tanto das ciências da natureza – pois, em Kant, do ser não se podem extrair consequências normativas – quanto da política e da economia – posto que, para Kant, o Direito é um auxiliar da moral no sentido amplo e uma garantia das liberdades.²

O Direito passou a ser visto como um *ordenamento*, no sentido de um conjunto organizado que mantém suas características essenciais, mesmo ocorrendo a mudança de seus elementos.

Como o Direito posto está em constante mudança, em especial no mundo contemporâneo, não há como saber se algo é jurídico analisando-se, apenas e tão somente, o seu conteúdo. Há a necessidade da análise da sua forma.

E no campo da análise da forma, o século XX teve em Kelsen o seu mais rigoroso teórico, quando discorreu sobre o *caráter dinâmico* da validade de uma ordem jurídica:

1 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 53.

2 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 52.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo [...], mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. [...] Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.³

Para Kelsen, o Direito não é algo a ser *descoberto* ou *revelado*, mas sim algo *criado*. Como positivista formalista, Kelsen entende a ordem jurídica dentro do princípio dinâmico do direito como a de criação de normas, as quais têm por função disciplinar a própria criação de normas, ou seja, para ele, o Direito se autoproduz.

Kelsen afirma textualmente:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pena a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.⁴

No ordenamento jurídico, as normas secundárias são utilizadas para eliminar as dúvidas e incertezas quanto à possível, mas não desejável, violação das normas primárias. Segundo Celso Lafer, “é por isso que elas são normas de reconhecimento da *validade* do Direito (*quid sit juris*)”⁵.

As regras jurídicas que compõem o ordenamento jurídico, como regras de conduta em sentido estrito, podem ser submetidas a três valorações distintas e independentes umas das outras: 1. Se é justa ou injusta; 2. Se é válida ou inválida; 3. Se é eficaz ou ineficaz.

1 JUSTIÇA (SE É JUSTA OU INJUSTA)

Bobbio afirma que:

O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do Direito.⁶

3 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra/Portugal: Armênio Amado Editor, Sucessor Ceira, 1976. p. 273.

4 Idem, p. 325.

5 LAFER, Celso. Op. cit., p. 54.

6 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008. p. 46.

Como justiça, pode-se definir os valores que servem de suporte para a ordenamento jurídico. Em outras palavras, todo ordenamento jurídico persegue certos fins, que representam dados valores, os quais não podem ser desprezados pelos legisladores.

2 VALIDADE (SE É VÁLIDA OU INVÁLIDA)

O problema da validade se resolve apenas e tão somente com um juízo de fato, constatando-se se uma regra jurídica existe ou não no mundo jurídico.

Para se averiguar se uma dada norma jurídica é válida ou não, o intérprete precisará elaborar ao menos três operações:

- a) verificar se a autoridade que expediu aquela norma jurídica detinha ou não poderes para tal mister;
- b) verificar se aquela norma jurídica não foi revogada ou abrogada. A norma vale até que outra norma venha revogá-la total ou parcialmente;
- c) verificar se não há outra norma de nível hierárquico superior disciplinando a mesma matéria.

Com a verificação anterior (itens a, b e c), tem-se certeza de que aquela norma jurídica é válida naquele espaço territorial e para aquele momento temporal.

O estudo da validade da norma jurídica é campo de análise para a *ontologia do Direito*.

Alexy faz a distinção entre validade sob o conceito positivista e sob o conceito não positivista, afirmando: “Quando ele encerra apenas elementos da validade social, trata-se de um conceito positivista; se também engloba elementos da validade moral, trata-se de um conceito não positivista de validade jurídica”⁷.

Portanto, Alexy faz nítida distinção entre a *validade social* e a *validade jurídica*. Para ele, a validade social está calcada na validade moral e, por conseguinte, “uma norma é moralmente válida quando é moralmente justificada”, enquanto que a validade jurídica inclui, necessariamente, elementos da validade social. Conclui este autor:

Fala-se de um conceito desse tipo quando se diz que uma norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento.⁸

Portanto, validade equivale à existência.

7 ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103-104.

8 Idem, p. 104.

3 EFICÁCIA (SE É EFICAZ OU NÃO)

A eficácia pode ser resumida na verificação se dada norma jurídica é seguida (observada) pelos destinatários da mencionada norma; em caso de violação, devem ser impostas as competentes sanções.

Porém, entre o *dever ser*, isto é, a obediência pura e simples da norma jurídica, por todos aqueles a quem se dirige, e o *ser* (o que é de fato) do mundo real, muitas vezes há um grande hiato.

Há normas jurídicas que são seguidas sempre e, portanto, aí há o encontro ideal entre o *dever ser* e o *ser*. Há outras normas que não são seguidas, apesar da coação aplicada pelo Poder Público, havendo a ruptura entre o *dever ser* e o *ser*. No extremo deste encadeamento, há aquelas normas jurídicas que nunca são obedecidas e sequer são punidas com a coação pelo Poder Público, havendo, portanto, uma ruptura abrupta entre o *dever ser* (que passa a ser tão somente teórico) e o *ser* (o mundo real descumpre acintosamente a norma jurídica, como se ela inexistisse).

Segundo Bobbio, “[...] pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do Direito”⁹.

Para que a eficácia seja plena, o *dever ser*, dirigido ao destinatário, há que encontrar a devida correspondência no *ser*.

II – POSITIVISMO JURÍDICO

Nas últimas décadas, vem ganhando adeptos a corrente dos chamados “pós-positivistas”, como se o positivismo jurídico fosse algo ultrapassado pelos “novos tempos” e estivesse tal e qual um ancião “decrépito” a repetir conceitos tidos como “velharias” e inservíveis aos dias atuais.

Com a devida vênia do respeitável e imenso rol dos doutos que esgrimam na “corrente pós-positivista”, parece-me que estes, na verdade, não trazem conceitos robustos a sustentar tal argumentação, mas, antes, se ancoram em “depreciar” o positivismo, fazendo-o até mesmo de forma caricata.

Os chamados pós-positivistas tecem críticas aos três pilares de sustentação do positivismo jurídico, ou seja: a) a *aplicação mecânica da lei pelos positivistas*; b) a *legitimação incondicional do Direito (positivismo ideológico)*; e c) o *positivismo incoerente (por abrangerem teses jusnaturalistas)*.

No item a (a *aplicação mecânica da lei pelos positivistas*), os críticos do positivismo afirmam que, para um positivista, a atividade do juiz

9 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 48.

se limita ao mero conhecimento da lei, já que este, ao interpretar o Direito a ser aplicado àquele caso concreto, limita-se tão somente a elaborar um silogismo, tomando como premissa maior a norma jurídica a qual se deve subsumir o caso concreto (também chamada de premissa menor) e daí tira a conclusão. Portanto, ao juiz não é dada qualquer possibilidade de atuação de forma *inovadora, construtiva* ou *criadora*.

Dimoulis afirma que:

Os positivistas nunca tiveram o irrefreado otimismo de considerar que as leis resolvem todos os problemas de forma mecânica, tornando o juiz uma espécie de máquina de subsunção, que atuaria de forma previsível, guiado pela certeza normativa, tal como ocorre com um máquina programada a dar respostas fixas e preestabelecidas.¹⁰

O próprio Kelsen não adota tese tão radical, mas, ao contrário, afirma categoricamente que, além da interpretação ser autêntica, o aplicador tem liberdade para enquadrar o caso concreto dentro da moldura da norma jurídica: “A interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”¹¹.

A única aplicação mecânica da lei foi defendida pelos doutrinadores do século XIX da *École de l'exégèse*, que afirmavam, nos prefácios de suas obras, que tinham por escopo realizar uma simples exegese, limitando-se estritamente à interpretação gramatical e lógica do texto jurídico. Ressalte-se que o mundo jurídico estava sob a influência das grandes codificações (por exemplo, do Código Civil francês de 1804) e, segundo Bobbio, “a fidelidade ao Código [...] a reclamação por elementos normativos estranhos ao código sufocaria a voz do legislador”¹².

Nos cursos jurídicos da época (século XIX), impera a célebre frase: “Deveria ser ensinado o Código Civil e não o Direito civil”.

Hart, outro grande positivista, também trilha o mesmo caminho percorrido por Kelsen, ao afirmar que, para os casos complexos (*hard cases*), em que impera a incerteza (penumbra), a solução deve ser estabelecida pelo aplicador de forma discricionária, em autêntica criação judicial do Direito.

Afirma textualmente:

10 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, v. 2, 2006. p. 53.

11 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 470.

12 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 79.

Em todos os sistemas jurídicos, um espaço amplo e importante é deixado aberto à discricionariedade dos Tribunais e de outras autoridades para concretizar cláusulas inicialmente vagas, para responder a incertezas em relação às normas ou para desenvolver e especificar normas que se encontram, de forma abstrata, em precedentes vinculantes.¹³

Outro grande positivista, Joseph Raz, afirma “que os juízes criam o Direito quando não há explícita previsão legislativa [...]”, consoante ensinamentos transcritos por Dimoulis¹⁴.

No item b (*a legitimação incondicional do Direito – positivismo ideológico*), para o positivismo jurídico, basta tão somente que a norma jurídica seja *válida*, para que a mesma seja automaticamente considerada *justa*, ou seja, no conceito de validade, já estaria abrangido o conceito de justiça.

Essa afirmação não encontra respaldo nos doutrinadores, quer nacionais ou internacionais, exceção feita ao brasileiro Pedro Lessa, que afirmou: “Todas as leis são justas, legítimas porque são promulgadas para resguardar o interesse objetivo ou subjetivo da sociedade”¹⁵.

No item c (*positivismo incoerente – por abrangerem teses jusnaturalistas*), em que os críticos afirmam que diversos positivistas, a um só tempo, adotaram também teses jusnaturalistas.

Tal crítica não procede, visto que Kelsen e Alf Ross rejeitam, de forma incondicional, o jusnaturalismo. É contundente a frase de Ross, que comprou o direito natural com a *prostituta*, a qual se entrega a todos¹⁶.

Ressalte-se que outra crítica bastante recorrente dos “pós-positivistas” é no sentido de que os juspositivistas não tratam dos princípios de Direito (não adotam a chamada principiologia). Ora, não é porque os positivistas deixam de fazer a opção pela aplicação dos princípios de Direito que se pode afirmar que os princípios estão fora do ordenamento jurídico para os positivistas.

Ora, os adeptos da “princiologia”, ao adotarem este “modismo”, parecem querer se autointitular intérpretes não limitados, já que estão voltados para uma hermenêutica “criativa” e não meramente “reprodutiva”, como fazem os positivistas. Deixar o texto legal de lado e partir para a “criatividade” levará o intérprete certamente a decidir aquilo que reputa o mais oportuno e adequado, com base nas suas preferências como “homem”, e, por conseguinte, em tal contexto, tem-se a coroação da crença subjetiva que levará fatalmente a um estado geral de incerteza.

13 Herbert Lionel Adolphus Hart apud DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 55.

14 DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 55-56.

15 LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 237.

16 DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 58.

Não se está, com isto, rejeitando de plano a interpretação baseada em princípios, em especial os princípios constitucionais, mas a generalização deste modo de proceder (adoção irrestrita dos princípios) poderá provocar soluções inadequadas, discricionárias e até mesmo em manifesta contradição com o texto normativo. A segurança jurídica será relegada a plano secundário.

Segundo Dimoulis,

a tentativa de principiologizar a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento do legislador... Estamos aqui diante de uma tentativa de troca de papéis que equivale a um retorno ao “antigo regime” político e jurídico que permita a juízes e doutrinadores criar o direito no caso concreto.¹⁷

Nas palavras de Miguel Reale, “cada época fixa as normas e os limites da sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes”¹⁸.

A hermenêutica jurídica dos dias atuais é o retrato, ainda que não totalmente fiel, das novas configurações que vão adquirindo os sucessivos processos de transformação por que passa a sociedade.

III – ATIVISMO JUDICIAL

Para Rousseau, a justificação do poder atribuído aos governantes não emanaria simplesmente da vontade divina ou da singela positividade das leis, mas sim vai buscar a sua força na vontade confluyente dos indivíduos que compõem a sociedade, ou seja, é a ideia de soberania popular, na mais lídima democracia no seu conceito etimológico de governo do povo.

Montesquieu, em sua célebre obra *O espírito das leis*, deixa patente que “todo aquele que tem poder tende a abusar dele”, e daí, portanto, a necessidade da tripartição dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), que antes eram enfeixados em uma só pessoa (rei, imperador, ditador, etc.). Portanto, para Montesquieu, aquele Poder que elaborar as leis não pode julgar e tampouco executar, aquele Poder que executar não pode julgar ou legislar, e, finalmente, aquele Poder que julgar não pode executar ou legislar.

A aplicação das proposições de Rousseau e Montesquieu dará sustentação ao que conhecemos atualmente por Estado de Direito.

De uma forma simplista, poderia se afirmar que o ativismo judicial estará presente sempre que o Poder Judiciário, extrapolando o seu conjunto de atribuições, emana uma decisão judicial que, teoricamente, invade a

17 Idem, p. 62.

18 REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 72.

esfera restrita de um dos outros dois Poderes (Legislativo ou Executivo), em especial invade a competência do Poder Legislativo. Nesse caso, portanto, o Poder Judiciário, ao invadir a esfera de competência privativa do Poder Legislativo, estará praticando ativismo judicial.

Porém, a abordagem do ativismo judicial não é tão simples assim e merece um estudo mais aprofundado.

De início, há que se ressaltar que a própria Constituição Federal, embora elenque as competências privativas de cada um dos Poderes, em diversas ocasiões, deixa margem à atuação concorrente ou comum ou complementar dos outros dois Poderes, bem como, quer pela vagueza, ambiguidade, indeterminação e polissemia dos termos empregados, propicia margem a incontáveis dúvidas e incertezas. Por exemplo, competência privativa da União para legislar (art. 22 da CF), mesmo aqui, legislam tanto o Congresso Nacional como o Poder Executivo Federal por meio de medidas provisórias (art. 62 da CF). Ressalte-se que há diversos anos o Poder Executivo Federal vem legislando de forma abundante por meio de medidas provisórias, em flagrante invasão da competência reservada ao Poder Legislativo (em especial o art. 48 da CF) e, o que é pior, o próprio Legislativo é conivente com essa situação, visto que grande parte desses atos emanados do Executivo não atendem aos requisitos de relevância e urgência estabelecidos pela Constituição Federal.

Ao se arvorar em legislador, o Poder Executivo invade a esfera de competência privativa do Poder Legislativo e está, na verdade, praticando ativismo executivo.

Não se pode esquecer de que a tripartição de Poderes adotada pela CF não é rígida e não está compartimentada de forma estanque, ou seja, o Poder Executivo, além de executar, também legisla de forma concorrente por meio de medidas provisórias (art. 62 da CF) e, ainda, também no âmbito administrativo, julga as faltas cometidas pelos seus servidores, bem como julga as propostas que levarão ao vencedor do processo licitatório. O Poder Legislativo, igualmente de forma administrativa, julga as faltas cometidas pelos seus servidores, impondo-lhes as penalidades que entende cabíveis, e, ainda, executa todos os atos administrativos atinentes aos seus trabalhos, enquanto o Poder Judicial pratica incontáveis atos administrativos, que são de mera execução, mas, a rigor técnico, não pode legislar. Por conseguinte, todos os três Poderes praticam atos executivos, bem como julgam, de forma administrativa, seus servidores, sendo que apenas ao Judiciário não é permitida a faculdade de legislar.

Quando se diz que, “a rigor técnico, o Poder Judiciário não pode legislar” está se tomando esta frase na acepção técnica restrita do que se

entende por legislar (inovar no ordenamento jurídico, criando-se normas jurídicas). Não se pode deixar de mencionar que o Poder Judiciário tem competência privativa para, por exemplo, elaborar o seu regimento interno, bem como para editar portarias e instruções normativas. Embora esses atos *interna corporis* tenham efeito *erga omnes*, os mesmos não podem ser classificados como legislação do Poder Judiciário.

Essa divisão de Poderes entre os três órgãos de sustentação do Estado de Direito visam, em última análise, a assegurar o “governo das leis” e não simplesmente o “governo dos homens” e, portanto, há que haver quem esteja legalmente habilitado a “controlar os controladores”.

No Estado de Direito atual, não se pode imaginar que os juízes sejam “tão só a boca que repete a lei”, já que não pode ter uma atuação meramente objetiva (ou mecânica), porque não são seres inanimados, mas, ante os desafios sociais que se apresentam, não raro com significativas alterações no tocante à lei posta, devem interpretar e declarar livremente o direito para aquele caso concreto. Aqui reside exatamente a grande margem deixada ao Magistrado, que, se aplicada de forma subjetiva e desgarrada de certos padrões técnicos, certamente desembocará no ativismo judicial. Ou, como define ativismo judicial de modo amplo, o Professor Elival da Silva Ramos: “O exercício da jurisdição como desbordante de seus limites institucionais”¹⁹. Ora, toda vez que os limites impostos pelo legislador forem ultrapassados, restará patente o desvio de função e, portanto, haverá ativismo judicial.

Também é uníssono que, se o juiz não pode criar o direito, igualmente não pode se recusar a decidir o caso concreto.

O ativismo judicial manifesta-se em duas vertentes: ou se trata de *ativismo inovador*, isto é, quando o juiz, partindo do zero, cria uma norma a ser aplicável àquele caso concreto, ou se trata de *ativismo revelador*, quando o juiz, se socorrendo dos princípios constitucionais, tomados como um imenso “guarda-chuvas” sob o qual se abrigam todos os casos, interpreta e decide.

Paulo Bonavides, ao proceder à análise do positivismo e da teoria formal da constituição, afirma que “quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete”²⁰.

Dentro dessa perspectiva, ao legislador compete a prática da política legislativa, com ampla liberdade de escolha entre as incontáveis variáveis que se apresentam, enquanto que, aos Magistrados, a movimentação de escolha permitida é

19 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

20 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 172.

aquela previamente traçada pelo legislador. Os legisladores têm a opção primária de escolha, enquanto que os Magistrados têm a opção secundária de escolha.

Mesmo o juiz tendo a opção secundária da escolha, resta a ele um imenso campo de atuação, porque não só vai poder selecionar os textos legais que entende aplicáveis ao caso concreto, bem como vai rejeitar aqueles que entende inaplicáveis, como ainda poderá se valer de princípios gerais e, ao final, poderá valorar cada um desses institutos, em verdadeira ponderação de normas e valores, para, ao final, de forma fundamentada, decidir em um ou em outro sentido.

O juiz parte da lei, trabalha com a lei e, caso entenda necessário, poderá até mesmo afastar a aplicação de determinada lei, decidindo, de forma subjetiva, para além da lei. Ora, nesse caso, é manifesto o ativismo judicial, posto que o juiz passa a ser o criador do direito que foi aplicado àquele caso específico.

Sobre a criação do direito, Karl Larenz, em passagem lapidar, nos deixa os seguintes ensinamentos:

Muitas vezes, o Direito tem de ser descoberto pelo juiz, num processo de conhecimento criador, isto é, tem de ser produzido por ele através de operações metodicamente conduzidas. Nesta tarefa, deverá deixar-se guiar pelos princípios de valor expressos na ordem jurídica, pelos princípios a ele imanentes, em última instância, pela própria ideia do Direito – não por simples considerações de oportunidade, que cabem exclusivamente ao legislador, nem por atitudes e estimativas pessoais, que podem ser apenas as de uma parte da comunidade jurídica, as de um grupo particular ou de uma mundividência determinada.²¹

Para Larenz, a função criadora do juiz em nada se confunde com a atividade inovadora do ordenamento jurídico proporcionada tão somente pelo legislador.

Mesmo o juiz, tendo a ampla possibilidade de interpretar as normas que serão aplicáveis àquele caso concreto, e, portanto, gozando de ampla esfera de liberdade discricionária, não está autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, conforme nos lembra Streck.²²

Na interpretação da lei, sempre há uma certa dose de discricionariedade por parte do juiz, sendo esta margem maior quando se deparar com textos vagos, ambíguos e imprecisos. Nesse mesmo sentido, as palavras de Cappelletti²³:

21 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* – Fundação Colouste Gulbenkian. 2. ed. Trad. José de Souza e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa, 1969. p. 491.

22 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 311.

23 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 42.

Em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. [...] de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Essa discricionariedade do juiz não pode ser incondicionada tal e qual uma criação livre de quaisquer freios, mas, antes, deve se ater aos textos legais, consoante Diniz, ao se referir às atribuições do juiz: “Sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição”²⁴. Para esta corrente de pensamento, há que se observar, de forma estrita, o princípio da legalidade, isto é, ao juiz não é dado inovar no ordenamento jurídico, posto que, se assim o fizer, estará invadindo a esfera privativa do legislador.

Nessa mesma esteira de pensamento, Bonavides também não admite a discricionariedade sem limites, ressaltando que, na verdade, estaria ocorrendo tão somente a substituição de um subjetivismo por outro subjetivismo, com a possibilidade da destruição do Estado de Direito²⁵.

A moderna hermenêutica constitucional dos valores não trepida em escusar-se com o argumento de que, na sua técnica, ao subjetivismo aparente do intérprete sucede o objetivismo ideológico do sistema, de que é órgão o intérprete. Na verdade, porém, o que houve foi a substituição de um subjetivismo – o do intérprete – por outro subjetivismo – o do sistema e sua ideologia. Uma substituição evidentemente opressiva e desvantajosa pela possibilidade de destruir o Estado de Direito.

Como o juiz está vinculado à lei, mesmo gozando de certa discricionariedade no momento de proceder à interpretação que julgue a mais adequada ao caso concreto, tem limites que não pode ultrapassar. Veja-se, a propósito, Larenz²⁶:

O juiz, vinculado como está à lei, só pode atender à evolução da consciência jurídica, em princípio, dentro dos limites da interpretação; e quando a lei for lacunar em relação à sua própria teleologia, dentro dos limites da integração das lacunas. Deste modo, o juiz estabelece uma mediação da lei com a consciência jurídica do tempo, desenvolvendo-a continuamente.

No processo de interpretação do Direito, o juiz pode adotar os critérios tradicionais, como o gramatical, o sistemático, o histórico, o sociológico ou o teleológico.

24 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 2.009, p. 302.

25 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 486.

26 LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 491.

Quando o juiz adota apenas e tão somente os critérios tradicionais de interpretação, não se cogita de ativismo judicial.

Contudo, quando adota um dos três critérios da nova hermenêutica constitucional – a) interpretação tópico problemática; b) interpretação hermenêutico-concretizadora e c) interpretação baseada no critério normativo-constitucional –, na busca da solução que entende a mais adequada ao caso concreto, poderá estar praticando ativismo judicial.

- a) Na interpretação tópico-problemática, em suma, o juiz, ao tomar o caso concreto (problema), por primeiro dá a solução e, depois, parte em busca das justificativas. Aqui há uma flagrante inversão de comportamento, visto que o que se espera do juiz é que tenha isenção, distanciamento do caso concreto e, portanto, que busque, no ordenamento, a solução que reputa a mais condizente para aquele caso e não o inverso, que primeiro dê a solução, sem qualquer critério lógico-formal, com ampla possibilidade de predomínio do mais puro e deslavado subjetivismo e, só então, procure a “justificativa legal”. Pode haver inovação ou mera revelação, no tocante ao ativismo judicial praticado pelo juiz.
- b) Na interpretação hermenêutico-concretizadora, o juiz, ante a manifesta lacuna legal, já que não há qualquer norma jurídica disciplinando aquele caso concreto, simplesmente “cria” uma nova norma e, com base nela, toma a sua decisão. Há ativismo judicial inovador.
- c) na interpretação baseada no critério normativo-constitucional, o juiz se socorre dos princípios constitucionais para decidir o caso concreto. Para o juiz, a constituição basta por si mesma, não havendo necessidade de se socorrer de outras normas jurídicas. É o caminho trilhado pelos pensadores chamados de neoconstitucionalistas.

Haverá ativismo judicial revelador toda vez que o juiz preterir as regras jurídicas existentes em detrimento da aplicação dos princípios de direito. As regras de direito servem para dar segurança ao sistema jurídico, enquanto que os princípios de direito são normas genéricas que estabelecem as diretrizes básicas do arcabouço jurídico.

Ressalte-se que pelo só fato do juiz se socorrer dos princípios gerais de direito, não se pode afirmar categoricamente que praticou ativismo judicial, posto que até mesmo os positivistas mais conservadores sempre admitiram a aplicação dos princípios de direito ao menos para os casos lacunosos.

Os três novos métodos de interpretação anteriormente descritos são abordados de forma clara e didática em artigos dos Professores Kalabaide²⁷ e Souza Junior²⁸.

Para a caracterização do ativismo judicial, o Professor Elival Ramos afirma que resta descaracterizada a “função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”²⁹.

Em suma, toda vez que o juiz ultrapassar o núcleo essencial de suas atribuições constitucionais, estará praticando ativismo judicial.

IV – ATOS ADMINISTRATIVOS – ATIVISMO JUDICIAL – CONTROLE

Até mesmo o mérito dos atos administrativos está sujeito ao controle judicial. Não se trata de o Judiciário substituir a autoridade da qual emanou o ato, mas tão somente da aplicação do princípio da legalidade a que estão submetidos todos os órgãos públicos.

Antigamente, ao praticar um ato administrativo dito discricionário, o agente público estava fora do alcance do Poder Judiciário, já que predominava o entendimento de que o juiz não poderia dizer o que era oportuno e tampouco o que era conveniente para a prática daquele ato.

Tal entendimento está ultrapassado e, nos dias atuais, até mesmo o mérito do ato administrativo está sujeito ao crivo do Judiciário, por estrita aplicação dos princípios constitucionais insculpidos nos arts. 1º e 2º da CF.

Ressalte-se que os arts. 1º e 2º da CF, ao estabelecerem o Estado Democrático de Direito, resumem os ideais propostos por Rousseau (o poder para o povo) e Montesquieu (tripartição dos Poderes e alguém para controlar os eventuais abusos dos outros), sendo que todos estão submissos à lei.

Ao administrador público a lei determina que pratique ou não determinado ato, mas desde que em perfeita consonância com uma relação de subsunção, isto é, o ato somente poderá ser emanado se houver permissão legal. Diferentemente do particular, que poderá praticar qualquer ato que não seja proibido pelo ordenamento jurídico.

O ato administrativo discricionário poderá decorrer da hipótese da norma jurídica que é imprecisa, ou do comando da própria norma que já estabe-

27 KALABAIDE, Miguel (PR). Métodos e princípios de interpretação constitucional. Disponível em: <<http://www.cursoaprovação.com.br/cms/artigo.php?cod=659>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

28 SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. Hermenêutica e interpretação constitucional: métodos e princípios. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/hermenêutica-e-interpretacao-constitucional-métodos-e-princípios>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

29 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 117.

lece esta opção, ou, ainda, da finalidade da norma que estabelece valores plurissignificativos. O administrador público tem a discricionariedade de buscar o conceito possível para aquele caso concreto, mas não poderá deixar de praticá-lo. Portanto, apenas parte do seu convencimento para a prática do ato administrativo é que pode ser rotulada de discricionária e não o ato em si mesmo.

Para o Professor Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.³⁰

O Professor Ramos afirma que cabe ao Poder Judiciário o controle em relação aos atos administrativos emanados dos três Poderes, conforme jurisprudência do STF, e acrescenta que a mesma deve ser sistematizada, “[...] criando-se, desse modo, valioso instrumento para se aferir o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial”³¹.

A finalidade do ato administrativo dito discricionário pode e deve ser questionada pelo Poder Judiciário, com base no princípio da legalidade a que todos os agentes públicos estão submetidos. Todos estão submetidos à lei, sem qualquer exceção.

Para a decisão sobre a finalidade de determinado ato administrativo, a margem de interpretação conferida ao juiz não tem limites precisos traçados pelo ordenamento jurídico e, por conseguinte, enquanto a lei ou a jurisprudência do STF não venha a delimitá-los, é grande a possibilidade da ocorrência de ativismo judicial.

V – ALGUMAS DECISÕES DE ATIVISMO JUDICIAL

1 GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS

O STF no MI (Mandado de Injunção) 708/DF, em julgamento de 25.10.2007, sendo Relator o Ministro Gilmar Mendes, à falta de legislação específica disciplinando o direito de greve para o setor público, determinou que fossem aplicadas as leis do direito de greve da iniciativa privada (Leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989).

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

31 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 153.

2 MANDATOS PARLAMENTARES PERTENCEM AO PARTIDO

O STF, ao apreciar as ADIns 3.999 e 4.086, de relatorias dos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, decidiu, por 9 votos a 2, que a Resolução nº 22.610/2007 do TSE era constitucional e que, portanto, o TSE não havia invadido a competência privativa do Poder Legislativo ao editar resolução que estabelecia que os mandatos pertencem aos partidos ou às coligações e não aos candidatos eleitos.

3 FORNECIMENTO DE REMÉDIOS PELO ESTADO

O STF, em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 175/CE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em julgado de 17.03.2010, determinou o fornecimento de remédios pelo Estado.

Em igual sentido, decisão do STJ no Recurso de Mandado de Segurança nº 24.197/PR (2007/0112500-5), de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 04.05.2010, obrigando o Estado a fornecer remédios ante os termos do art. 196 da CF e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4 JUSTIÇA DETERMINA A PRÁTICA DE ATO ADMINISTRATIVO SOBRE MEIO AMBIENTE

O STJ, no Recurso Especial nº 429.570/GO (2002/0046110-8), de relatoria da Ministra Eliana Calmon, analisou a motivação do ato administrativo e determinou que o Município tinha o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente degradado por erosões que estavam pondo em risco a população circunvizinha.

5 REGISTRO DE MENOR DE 16 ANOS

O eg. TRT da 15ª Região, com sede em Campinas/SP, no Processo nº 01269-2005-101-15-00-9, de relatoria do Juiz do Trabalho Dr. Jorge Luiz Costa, determinou o registro em CTPS do contrato de trabalho da menor de 16 anos que havia efetivamente trabalhado em estabelecimento comercial, mesmo ante a proibição expressa do art. 7º, XXXIII, da CF.

6 SUSPENSÃO DAS DEMISSÕES EM MASSA

Ante a ausência de norma específica disciplinando as demissões em massa, o Exmo. Presidente do eg. TRT da 15ª Região, Dr. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, no Processo nº 00309-2009-000-15-00-4, em 26.02.2009, concedeu a liminar suspendendo as demissões dos empregados da Embraer, fundamentando sua decisão, entre outros, no princípio da

proteção do trabalhador, no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito de negociação coletiva (Convenção nº 98 da OIT) e no art. 6º do Protocolo de San Salvador. Logo a seguir, mencionada liminar foi suspensa por decisão do col. TST.

7 TRATAMENTO MÉDICO PARA FUNCIONÁRIOS E AUTÔNOMOS

A 1ª Vara do Trabalho de Paulínia/SP, no Processo nº 0022200-28.2007.5.15.0126, em sentença da lavra da Juíza do Trabalho Dra. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, datada de 19.08.2010, ante a manifesta contaminação ambiental verificada no parque fabril e no seu entorno, durante décadas, atingindo a saúde dos empregados, terceirizados, autônomos e seus familiares, determinou que as empresas arcassem com amplo e completo tratamento de saúde destas pessoas, sem a observância da prescrição. Mencionada decisão ainda se encontra *sub judice*.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, embora seja o Poder da República responsável pela fiscalização das leis e dos atos emanados por todos os Poderes, inclusive aqueles expedidos por ele próprio, também está vinculado à observância estrita do princípio da legalidade.

Quando o juiz, ao interpretar e aplicar o vasto instrumental que lhe fornece o ordenamento jurídico, por alguma razão deixa de seguir rigorosamente as regras jurídicas, desviando-se do núcleo essencial atribuído ao Poder Judiciário e partindo em busca de uma solução que lhe pareça a mais justa, a mais adequada para aquele momento histórico em que se encontra a sociedade, pode estar praticando o chamado ativismo judicial.

Não se pretende que o juiz seja a mera “boca da lei”, conforme afirmava Montesquieu, e tampouco se torne um atômato (máquina de subsunção), mas tampouco que se autointitule o criador das leis que entende que deveriam disciplinar aquele caso concreto. O juiz deve aplicar o ordenamento jurídico elaborado pelo Poder Legislativo e interpretado pela reiterada jurisprudência firmada pelos Tribunais e não tem a missão de elaborar leis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discrecionalidade e controle judicial*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudati. Bauru: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, v. 2, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KALABAIDE, Miguel. Métodos e princípios de interpretação constitucional. Disponível em: <<http://www.cursoaprovação.com.br/cms/artigo.php?cod=659>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra/Portugal: Armênio Amado Editor, Sucessor Ceira, 1976.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* – Fundação Colouste Gulbenkian. 2. ed. Trad. José de Souza e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa, 1969.

LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. Hermenêutica e interpretação constitucional: métodos e princípios. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/hermeneutica-e-interpretacao-constitucional-metodos-e-principios>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.