

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 159

julho/setembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro

Geraldo Magela e Silva Meneses

Sumário

Apresentação. 1. Introdução. 2. Repartição dos poderes estatais. 2.1. A tripartição do poder como postulado da democracia. 2.2. A divisão e interdependência dos poderes no constitucionalismo brasileiro. 3. A função jurisdicional. 3.1. Controle judicial dos atos administrativos. 3.2. Controle judicial de atos legislativos. 4. Limites ao poder jurisdicional. 5. Jurisprudência sobre a limitação do poder judicial. 6. Conclusão.

Apresentação

Propõe-se o presente trabalho a discorrer sobre tema da maior relevância no Direito Público: a limitação do poder estatal. Especificamente, aprecia-se o desempenho do Poder Judiciário.

Abordando a dimensão do poder exercido pelos aplicadores do direito, analisa-se o sistema normativo que rege a tarefa judicante.

Situa-se a abordagem no direito positivo brasileiro, norteado pelos princípios insertos na vigorante Constituição da República.

Subsidiada pela doutrina – notadamente a nacional – e pela jurisprudência, a pesquisa desenvolve o estudo na perspectiva do constitucionalismo vigente no País.

1. Introdução

A bem da convivência social, organizou-se o Estado, concebido como um ente que

Geraldo Magela e Silva Meneses é juiz federal substituto da Seção Judiciária de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pós-graduado, em nível de especialização, na área de Direito Empresarial, pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Pós-graduado, em nível de especialização, na área de Direito Público, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

desempenharia o controle de condutas por meio da aplicação de regras jurídicas.

Segundo PLATÃO (2000), “um Estado nasce, porque cada um de nós não se basta a si próprio. O homem tem tantas necessidades, tantas, que muitos homens são obrigados a viver em conjunto para se ajudarem mutuamente. A essa convivência daremos o nome de Estado”. Deveras, “o Estado é a coisa do povo; e o povo não é um aglomerado qualquer de seres humanos reunidos de uma forma qualquer, mas a reunião de pessoas associadas por acordo”. (CÍCERO, 2000, I, 25, §39).

Em qualquer que seja a concepção de Estado, haverá um segmento incumbido de administrar a justiça. Afinal, “a justiça é a base do Estado; a constituição de uma sociedade política é o mesmo que a decisão do que é justo”. (ARISTÓTELES, 2000, 1253a).

Como bem resumiu Charles Louis de Secondat, o Barão de MONTESQUIEU, “sem um governo, nenhuma sociedade poderia subsistir” (1985, 1ª parte, livro I, cap. III).

Historicamente, organizou-se o Estado sob várias formas, conforme a origem do poder. Consagra-se a democracia como a forma mais adequada (ou menos imperfeita) de organização política. No regime democrático, o poder emana do povo, que diretamente ou por meio de representantes o exercita.

O Estado democrático de direito conduz consigo o desiderato de assegurar direitos individuais e de limitar o poder estatal. Para alcançar esse fim colimado, o Estado se reparte em grupos de órgãos autônomos, que se encarregam de atividades concernentes à administração, à elaboração de leis e à solução de litígios. Tais agrupamentos se corporificam nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Inexiste preponderância de quaisquer dos poderes estatais. O que há, fundamentalmente, é a delimitação de áreas em que atuam. Assim, para que se admita a normalidade democrática, nenhum dos poderes usurpará funções que não lhe sejam destinadas pelo ordenamento jurídico.

2. Repartição dos poderes estatais

O princípio da repartição de poderes do Estado já se encontra sugerido em ARISTÓTELES (2000, IV, 11, 1298a). John LOCKE (2000, XII, §§ 143, 148) e ROUSSEAU (199-?, III, 1) também conceberam uma doutrina de repartição de poderes, que veio a ser plasmada, definida e divulgada por MONTESQUIEU (1985, XI, 5).

Consignou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo XV, que não teria constituição a sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a repartição dos poderes. Assim expressava: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação de poderes determinada, não tem Constituição”).

Na Constituição Francesa de 1848, inscreveu-se o cânone “La séparation des pouvoirs est la première condition d’un gouvernement libre” (“A separação de poderes é a primeira condição de um governo livre”).

Preconizou MONTESQUIEU (1985, p. 149) que não haveria liberdade política onde se acumulassem e se confundissem as funções próprias de cada órgão da soberania estatal. Discorre em sua celeberrima obra:

”A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.

”Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

”Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

”Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos.”

É importante reconhecer que a divisão dos poderes estatais, modernamente, não tem o mesmo molde de épocas passadas, quando a repartição se mostrava bastante rígida e inflexível. Reporta-se ao magistério de José Afonso da SILVA (1999):

“Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes.” (p. 113).

“... cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”(p. 114).

Assimila-se bem a teoria da repartição dos poderes estatais a partir dos apontamentos de José Alfredo de Oliveira BARACHO (1984):

“A separação de poderes, expressão considerada como equívoca para muitos, tem gerado mal-entendidos na ciência constitucional moderna, principalmente quando se tem em mente defini-la. A doutrina é tida, igualmente, como uma revolta às formas tirânicas.

“A teoria rígida e inflexível não está no próprio Montesquieu, mas em muitos de seus intérpretes que lhe deram contornos rigorosos. Tendência mais aceita é aquela que ensaia preservar a teoria, graças a uma interpretação renovada da fórmula de Montesquieu, não como separação impossível, mas distinção funcional entre os órgãos do Estado.” (p. 27-28);

“A expressão ‘separação de poderes’ não foi empregada uma vez sequer por Montesquieu, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, acometido de uma parte de soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração.” (p. 29);

“O regime constitucional moderno, quando proclama a separação como indispensável à liberdade pública, vem assim entendendo-a de maneira limitada, sem acobertar uma interpretação exclusivista, que levaria essa distinção a não aceitar o menor vínculo de relacionamento entre esses órgãos.” (p. 39);

“A atividade jurisdicional é dirigida a propor a realização da norma, através de sua aplicação ao caso concreto. Como função imprescindível do Estado Contemporâneo, amplia seus

pontos de atuação. No Estado de Direito, nenhuma atividade pode estar isenta do controle, muito menos a estatal.” (p. 67).

2.1. A tripartição do poder como postulado da democracia

Num Estado Democrático, é preciso que se criem meios de limitar e controlar poderes, restando a concentração de sua titularidade em um único órgão ativo de soberania.

Nesse aspecto, assinala Paulo BONAVIDES (1993, p. 467):

“A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade, é tão-somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito.”

Seria mesmo inconcebível, no regime da democracia, a outorga de poderes ilimitados aos dirigentes públicos, o que, por certo, resvalaria para abusos. Anota Hugo de Brito MACHADO (2000):

“Não se pode admitir que o titular de poderes os exercite sem limites. Isto somente seria razoável se partíssemos do pressuposto de que o titular do poder é isento da falibilidade humana, o que indiscutivelmente não acontece. Muito pelo contrário, quando alguém é investido de poderes, tende a destes abusar, de sorte que a grande missão do Direito reside exatamente no equacionamento do exercício do Poder, de tal modo que o seu titular não possa cometer abusos.” (p. 23);

“Como instrumento de limitação do poder dos governantes, vale dizer, do poder do Estado, o Direito pode ser mais ou menos eficaz, na medida em que consagre o princípio da divisão de poderes.

“Realmente, a melhor técnica para limitar o poder consiste em dividi-lo.

E a melhor forma de divisão do poder estatal ainda é a divisão clássica deste, que o segmenta em três parcelas, correspondentes às três funções essenciais do Estado, vale dizer, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.” (p. 111-112).

Não basta, para a constituição de um Estado democrático, a divisão de poderes. É imperiosamente necessário que tais poderes se harmonizem no desempenho de suas funções. A independência harmônica entre os poderes apresenta-se como uma indeclinável condição para o reconhecimento da democracia vigente em um Estado de direito.

Efetivamente, “não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura. O legislador constituinte, no intuito de preservar este mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos” (MORAES, 1999, p. 353-354).

2.2. A divisão e interdependência dos poderes no constitucionalismo brasileiro

Em praticamente todos os textos constitucionais do Brasil, a repartição dos poderes foi erigida como preceito basilar. A propósito, leciona Paulo BONAVIDES (1993, p. 466):

“Nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em importância e solidez o princípio da separação de poderes. (...)

“Minudente balanço do comparecimento indeclinável do princípio nos

melhores textos de nossa tradição constitucional (...) faz-nos concluir que as raízes de tão notável axioma são realmente profundas e inabaláveis na consciência jurídica do País”.

Para melhor compreender a observação do antecitado juspublicista, comporta fazer uma breve reportagem histórica.

Proclamava a Constituição Imperial de 1824 :

“A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece.” (art. 9º).

“Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.” (art. 10).

Estatuía a Constituição de 1891 :

“São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.” (art. 15).

Disponha a Constituição de 1934:

“Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são limitados, e, entre si, harmônicos e independentes.” (art. 11).

Embora enunciasse como princípio a “forma republicana e representativa de governo”, a Constituição de 1937 não reconhecia a repartição, harmônica e independente, dos poderes estatais. Ao revés, admitia a figura do Presidente da República como plenipotenciário. Estabelecia o seu texto:

“O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.” (art. 38, *caput*).

“O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.” (art. 73).

“É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política.” (art. 94).

Consagrava a Constituição de 1946 o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 7º, VII, b).

Prescrevia a Constituição de 1967 :

“Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

“Parágrafo único – Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.”

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que promoveu ampla reforma em toda a Carta de 1967, manteve-se a disposição do texto retromencionado.

Preceitua a atual Constituição da República:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (art. 2º).

3. A função jurisdicional

Acentuam os doutrinadores o caráter substitutivo do poder jurisdicional. A propósito, lecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1997, p. 130): “Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação”.

Transparece natural que o juiz exerça seu mister almejando aplicar a Justiça. Mas deverá fazê-lo dentro dos quadrantes do Di-

reito, ou seja, buscando nas fontes jurídicas fomento para suas decisões. Cabe ressaltar que a lei constitui a principal fonte do Direito em que devem ser pautados os pronunciamentos judiciais.

Chaïm PERELMAN (1996), um dos maiores filósofos do direito do Século XX, problematiza a questão da postura do juiz na tarefa de dar (reconhecer ou devolver) a cada um o que é seu. Apresenta o mencionado jurista seis posicionamentos:

“A cada um a mesma coisa.

“A cada um segundo seus méritos.

“A cada um segundo suas obras.

“A cada um segundo suas necessidades.

“A cada um segundo sua posição.

“A cada um segundo o que a lei lhe atribui.”

Entre as fórmulas apresentadas, seguindo um critério de exclusão, seguramente a que mais se aproxima da idéia de justo é a quarta (“Justiça é dar a cada um segundo as suas necessidades”). “Dar a mesma coisa” só traz idéia de igualdade matemática. “Dar ... segundo os seus méritos” pressupõe a existência de um quadro justo de méritos alcançados legitimamente. “Dar ... segundo suas obras” também não satisfaz, na medida em que parte de resultados atingidos por pessoas que se acham sob as mais variadas condições. “Dar a cada um segundo sua posição” indica uma hierarquia social preestabelecidamente aceita. “Dar ... segundo a lei” expressa concepção conservadora de império da vontade do legislador ainda que afronte o sentimento social de Justiça.

Dar a cada um segundo suas necessidades, portanto, revela melhor a idéia de Justiça. Trata-se de formulação realista, reconhecedora das desigualdades sociais existentes, as quais devem ser minimizadas. Tal foi, aliás, o discurso ideológico inscrito na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, ao proclamar em seu preâmbulo os “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Defluente desse propósito, averba-

se como um dos objetivos fundamentais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”(Constituição, artigo 3º, III).

Entretanto, referidas concepções devem ser adotadas pelo legislador ao criar as normas de conduta. Incumbe ao juiz, tão-somente, aplicar a Justiça plasmada nas leis (‘a cada um segundo o que a lei lhe atribui’). Cabe-lhe, então, avaliar se norma legal válida incide no caso concreto posto à sua dirimência.

Grande ressonância tem o magistério doutrinário de Edgar de Godói da Mata MACHADO (1995):

“A atividade do juiz é, essencialmente, a de aplicar a lei, ou melhor, a regra de direito. Na aplicação da norma, é muitas vezes obrigado a interpretá-la. Cabe, pois, indagar se o juiz, dando a sentença, cria direito ou se tem de limitar-se simplesmente a aplicar a lei.” (p. 268);

“É antiga a tensão entre jurisprudência e lei. As sociedades primitivas não conheceram discriminação entre o juiz, o legislador e o sacerdote. Por isso mesmo, à medida que uma sociedade passa a reger-se por normas oriundas de um só poder qualificado para criá-las, vai surgindo a questão de saber qual a fonte que deve preponderar: se a que gera o direito sob a forma da disposição legislativa, se a que o configura na sentença judicial com força de precedente.” (p. 268);

“Todos os autores são hoje unânimes em repelir a tese segundo a qual o juiz deve atuar como simples autômato, na aplicação da lei.” (p. 269);

“Hoje, todos concordam em que o juiz cria algo ao dar a sentença. Em que, porém, consiste essa criação? É a criação de regra de direito?

“Sim, responde LEGAZ Y LACAMBRA:

“ ‘A sentença é fonte de direito (enquanto cria uma norma individual)

por sua própria essência; o juiz, assim como não pode deixar de julgar, porque atentaria contra a estrutura da ordem jurídica, não pode deixar de criar direito, ao julgar, porque toda aplicação normativa é uma criação. Se porém a Jurisprudência é fonte de direito, não o é por ser Jurisprudência, mas por delegação dum norma geral'. (Filosofia del derecho, p. 245)" (p. 270);

"Na realidade, são os tribunais e a jurisprudência que, nos países de *Common Law*, criam o direito." (p. 272);

"Em virtude da teoria do precedente obrigatório (*binding precedent*) os princípios enunciados numa sentença prolatada por uma corte de *record*, isto é, a qual incumbe registrar as decisões, devem ser obrigatoriamente observados por toda jurisdição de nível igual ou inferior. A decisão não vale só para a espécie, aplica-se invariavelmente aos casos semelhantes. É a cláusula do *stare decisis* (ater-se ao decidido): toda decisão tende a tornar-se uma decisão diretriz." (p. 272-273).

É pertinente o comentário de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO (1979, p. 32, v.1):

"No exercício da função jurisdicional não deve haver ingerência dos órgãos legislativo e executivo, sob pena de prejuízo ao bom desempenho dela, periclitando a justiça."

3.1. Controle judicial dos atos administrativos

Seria impensável a existência de um Poder Executivo desatrelado a limites de atuação. Deveras, em um Estado de direito, a Administração Pública age segundo normas que se compaginam com o ordenamento jurídico. Apartando-se dos cânones legais, estará o agente público praticando atos írritos, destituídos de qualquer carga de eficácia no plano da validade jurídica.

Compreende-se o controle da Administração Pública na fixação de parâmetros com

base nos quais deve ser norteada a atividade administrativa do Estado. Para que se torne efetivo o delineamento de condutas dos administradores públicos, oferece a ordem jurídica meios de impugnação.

Ao Poder Judiciário incumbe prestar providências de intervenção nos litígios instaurados. Proclama-se na *Lex Legum* que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação dos órgãos judiciários (art. 5º, XXXV, CF/88). Esse enunciado expressa o princípio da inafastabilidade da prestação de tutela jurisdicional.

No controle da Administração Pública, o Poder Judiciário exerce tarefa de Estado-Juiz a que se submete o Estado-Administrador.

Uma ordem legal que não contemplasse formas de controle da Administração Pública, por meio do Judiciário, não residiria nos quadrantes jurídicos. Seria, escancaradamente, contrária à idéia do Direito.

A função administrativa possui o caráter de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Seus fins colimados dirigem-se ao bem-comum da sociedade administrada. Todos os deveres, poderes e prerrogativas de que são dotados os administradores somente se justificam em mira da defesa do interesse público.

Dicotomia clássica que se aplica aos *atos administrativos* aponta aqueles ditos *vinculados* e outros ditos *discricionários*. Ambas as categorias se sujeitam ao controle, pela singular razão de serem suscetíveis de nulificabilidade caso se arredem das balizas jurídico-legais.

Seabra FAGUNDES (1967, p. 148-159) explana elucidativamente a teoria do controle judicial sobre os atos administrativos:

"Ao Poder Judiciário, é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

“O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

“Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo.

“Esses aspectos, muitos autores o resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário, não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo (...). Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional. A análise da legalidade (legitimidade, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico.

“Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.”

Certo é que não poderá o Judiciário substituir a vontade da Administração, quando manifestada em moldes adequados e compatíveis com a lei. Nesse sentido, convergem todos os doutrinadores pátrios. Citam-se, adiante, alguns deles:

“Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ile-

gítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalavam os confins da liberdade discricionária.

“A análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, neste caso, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta.” (MELLO, 1999, p. 647);

“... a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso, o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende.

“(…)”

“É, pois, precisamente em casos que comportam discricionária administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

“... este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei.

Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombadamente das vias mencionadas.

“O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.” (MELLO, 1999, p. 652-653);

“Enquanto os atos administrativos em geral expõem-se à revisão comum da Justiça, outros existem que, por sua origem, fundamento, natureza ou objeto, ficam sujeitos a um controle especial do Poder Judiciário, e tais são os chamados *atos políticos*, os *atos legislativos* e os *‘interna corporis’*. Essa peculiaridade tem conduzido a maioria dos autores a considerá-los ‘insuscetíveis de apreciação judicial’ (...), o que não é exato, porque, na realidade, a Justiça os aprecia, apenas com maiores restrições quanto aos motivos ou à via processual adequada.” (MEIRELLES, 1999, p. 636);

“A só invocação da natureza política do ato não é o suficiente para retirá-lo da apreciação judiciária. Necessário é que, sendo um ato com fundamento político, não se tenha excedido dos limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que o praticou.” (MEIRELLES, 1999, p. 638);

“*Interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem

direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (casção de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações.

“Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento.

“(…)”

“Nesta ordem de idéias, conclui-se que é lícito ao Judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais nos seus alegados *interna corporis*, detendo-se, entretanto, no vestíbulo das formalidades, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é, ao mesmo tempo, destinatária e juiz supremo de sua prática.” (MEIRELLES, 1999, p. 639-640);

“Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conse-

guinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.” (GASPARINI, 2000, p. 743);

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da *moralidade* (arts. 5º, inciso LXXIII e 37).” (DI PIETRO, 1999, p. 593).

Evidentemente, os órgãos judicantes devem pautar sua ação no controle da legalidade, sem desbordar para ingerências no campo de restrita disponibilidade do administrador público.

Comenta Pontes de MIRANDA (1987, p. 234) que “às vezes a mentalidade reacionária dos juízes os leva ao terreno político, com ameaças à Constituição mesma e às suas reformas”.

Destarte, não se compadeceria com o fomento jurídico intervenção do Judiciário que podasse a discricionariedade do agente público, invadindo sua área política. Agindo desse modo, estaria o Judiciário resvalando em franca colisão com o altaneiro princípio da repartição de Poderes, de cuja interdependência não prescinde o Estado Democrático de Direito (art. 2º, Constituição da República).

3.2. Controle judicial de atos legislativos

Na elaboração de leis, está o legislador limitado pelas normas constitucionais e regimentais. Ultrapassando os limites normativos, o legislador poderá ter seus atos impugnados judicialmente. Com efeito, “o *processo legislativo*, tendo, atualmente, contor-

no constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras (arts. 59 a 69) e normas regimentais próprias de cada corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que o Judiciário não pode adentrar o *mérito* das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, nem deve perquirir as opções políticas que conduziram à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos, mas pode e deve – quando se argúi lesão de direito individual – verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental. Deparando infringência à Constituição, à lei ou ao regimento, compete ao Judiciário *anular* a deliberação ilegal do Legislativo, para que outra se produza em forma legal.” (MEIRELLES, 1999, p. 639).

Autoriza o princípio inscrito no art. 5º, XXXV, CF/88, que o Judiciário conheça demandas envolvendo o excesso do poder legislativo. Sempre que o legislador abusar de seus poderes, far-se-á necessário invalidar seus atos, como forma de resguardar a democracia.

Discussão que gravita em torno da ingerência judicial em matéria legislativa freqüenta os debates do controle da constitucionalidade das leis a cargo do Judiciário.

Doutrina Gomes CANOTILHO (1994, p. 265) a respeito:

“A fiscalização constitucional não se transforma em juízo de mérito (inadequação, inoportunidade ou deficiência da lei para atingir certos fins), pois isso pressuporia uma substituição inadmissível do legislador pelo juiz na *selecção das determinantes autônomas*. O que se pretende é captar juridicamente o eventual ‘excesso de poder legislativo’ nos casos em que se tem de apreciar se as ‘finalidades’ da constituição não foram ‘desprezadas’ ou ‘substituídas’ por determinantes autônomas contraditórias, incongru-

entes ou não pertinentes com os fins e directivas materiais das determinantes heterônomas.”

Prossegue o insigne constitucionalista luso:

“A questão é hoje um dos problemas centrais do direito constitucional de alguns países. O problema específico do *direito judicial*, tendo sobretudo em conta o problema da constituição dirigente, residirá nos casos de *direito judicial corrector da lei*, *direito judicial concorrente da lei* e *direito judicial substitutivo da lei*. Que este direito, nas formas acabadas de mencionar, podia ter um sentido relevante, demonstra-o o problema das *omissões legislativas parciais*, onde a violação do princípio constitucional da igualdade suscitava (e suscita), simultaneamente, três questões: (1) se a lei violadora do princípio da igualdade devia ser substituída por uma sentença que eliminasse a inconstitucionalidade parcial; (2) se o juiz se devia limitar a completar a lei, deixando intocado o seu conteúdo; (3) se o juiz devia *desaplicar* a lei, ferida de inconstitucionalidade por omissão parcial. Não discutindo agora outras questões conexas (...), logo se objectou que: (1) o *direito judicial correctivo de lei* viola o princípio da vinculação do juiz à lei e a ordenação jurídico-constitucional de funções; (2) que o *direito judicial substitutivo* da lei depara com as mesmas dificuldades jurídico-constitucionais.” (CANOTINHO, 1994, p. 272-273).

Identifica-se como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.

De fato, “o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito

da discricionariedade legislativa.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 246).

Revelou a doutrina, com o abono da jurisprudência, o princípio da proporcionalidade (ou da adequação), segundo o qual a lei deve conter razoabilidade para subsistir.

Ensina Gomes CANOTILHO (1998, p. 462):

“Às autoridades legiferantes, deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido.”

Em várias oportunidades, a Suprema Corte brasileira reconheceu aludido princípio como uma inerência da tripartição, harmônica e independente, do poder estatal.

Do vasto repertório do STF, colhe-se um caso em que se declarou a aplicação do mencionado cânone:

“O princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.” (Ministro CELSO DE MELLO, SS 1.320/RJ, publ. no DJU de 14-4-1999).

Situa-se o tema do princípio da proporcionalidade na esfera do postulado básico de contenção dos excessos do Poder Públi-

co. Qualifica-se verdadeiro coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, de acordo com o magistério de Celso Antônio Bandeira de MELLO (1993, p. 56-57) e de Lúcia Valle FIGUEIREDO (1995, p. 46).

Outorga-se ao Judiciário o controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos. Sérgio NOJIRI (2000, p. 61) assevera que “nos Estados Democráticos de Direito, o Poder Judiciário cumpre um importante papel de controle, em defesa das minorias, que impede que o Estado se perverta em uma autêntica ditadura parlamentar da maioria.”

4. *Limites ao poder jurisdicional*

Articula-se o Direito de modo sistêmico. Revela-se a ordem jurídica um complexo de normas agregadas hierarquicamente. De acordo com a sedimentada e abonada concepção de Hans KELSEN, a Constituição representa a Norma Ápice, que confere validade a quaisquer outras regras jurídicas.

Eis a prestigiada exposição teórica de KELSEN (1976, p. 310):

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constituía unidade desta interconexão criadora.”

No sistema do direito escrito, verifica-se uma “preponderância genética da lei” (MACHADO, 1995, p. 271). Das leis, o juiz

deve extrair o comando normativo regente das condutas sociais. Não elabora o julgador a norma. Apenas interpreta e aplica. Pertinente os assertos de LÉVY-BRUHL: “Em teoria pura, não se deveria afirmar que o juiz pode fazer a lei. Seria contrário ao princípio salutar da separação de poderes (...) e também à sã doutrina democrática segundo a qual a lei emana do povo e não de uma corporação profissional.” (apud MATA MACHADO, 1995, p. 274).

Traga-se a contexto a lúcida e ressonante doutrina de Mauro CAPPELLETTI (1999, p. 24-25):

“... o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”

“(...)”

“... o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem o dever mínimo de apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração.”

No sistema jurídico brasileiro, há expressão autorização legal para que o juiz integre a lacuna, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Estatui o direito positivo pátrio:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º);

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (Código de Processo Civil, art. 126).

Com apoio nesses dispositivos legais, poderá o juiz dizer o direito nos casos concretos, mesmo que a legislação seja omissa sobre certas situações fáticas. “Não é o legal que importa, mas o jurídico”, pondera Eliézer ROSA (1973, p. 261-262), exortando os magistrados a “realizar o Direito, apesar da lei.”

Na verificação de lacunas da lei, recorrerá o julgador a outras fontes do direito. Porém, não lhe é permitido substituir o legislador (na área política) nem o administrador (no mérito dos atos administrativos).

Não se trata de adotar soluções extraleais para os conflitos de interesses. Admitte-se, todavia, que as leis muitas vezes são lacunosas, exigindo suplementos de outras fontes do Direito para que possam incidir. Tal procedimento de suplementação, por certo, não poderá equivaler a uma atitude do juiz substituto do legislador.

Rui PORTANOVA (1997) refere-se a idéias de José Maria Rosa TESCHEINER (1993), o qual aponta para certos exageros em que se pode converter o princípio da onipresença do Judiciário. Discorre PORTANOVA (p. 83):

“É que se tem visto juízes a substituir professores na aprovação ou reprovação de alunos; a imiscuir-se na vida de associações, para manter ou excluir associados; a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão ou suspender jogos. É de questionar-se até que ponto se justifica a intromissão do Judiciário, pois ‘em seus extremos limites, a omnicompetência do Poder Judiciário se torna, às vezes, deletéria; outras vezes, apenas ridícula’.”

Ainda segundo PORTANOVA (p. 246):

“É evidente que a liberdade judicial tem limites. Não se pode admitir discricionariedade e/ou arbitrariedade, como no exemplo do juiz de Rebeldias, que decidiu jogando dados.

“(…)”

“O sistema como um todo exerce certa limitação à liberdade do juiz. Veja-se: o juiz formará livremente seu

convencimento, mas há de formá-lo na apreciação da prova existente nos autos. (...)”

“A maior e mais importante limitação ao livre convencimento é a necessidade de motivação das decisões.”

Contrapondo-se a essa idéia, apresenta João Baptista HERKENHOFF (1999, p. 136-137) vigoroso manifesto, propugnando por um novo perfil (engajado a mudanças sociais) dos operadores técnicos do Direito:

“Juízes e juristas aceitando a convocação de uma nova leitura da lei, de uma desmitificação de seu pretérito papel de harmonia social numa sociedade desarmônica e visceralmente opressora;

“Juízes e juristas recusando a suposta neutralidade da lei e de seus agentes, neutralidade que cimenta e agrava as injustiças estabelecidas;

“Juízes e juristas comprometidos com o futuro, não com o passado, com a busca apaixonada da Justiça, não com as cômodas abdições, com a construção de um mundo novo, não com a defesa de estruturas que devem ser sepultadas;

“Juízes e juristas atentos aos gemidos dos pobres, insones ante o sofrimento das multidões marginalizadas;

“Juízes e juristas que morram de dores que não são suas, profetas da Esperança, bem-aventurados por terem fome e sede de Justiça;

“Juízes e juristas, que nunca lavem as mãos, em tributo à omissão, mas que desçam ao povo, que sejam povo;

“Juízes e juristas, operários do canto, crentes da utopia que a força do povo constrói;

“Juízes e juristas que se recusem a colocar amarras, impedir vôos, compactuar com maquinações opressivas;

“Juízes e juristas que abram as janelas do amanhã e construam, sem se

deterem ante martírios que lhes impuserem, o Direito da Libertação.”

HERKENHOFF invoca o anátema bíblico que enuncia: “Ai daqueles que fazem decretos iníquos e daqueles que escrevem apressadamente sentenças de opressão, para negar a justiça ao fraco e fraudar o direito dos pobres do meu povo.” (BÍBLIA, Isaías, 10: 1-2).

5. *Jurisprudência sobre a limitação do poder judicial*

Freqüentemente, questiona-se na justiça a reposição de perda do poder aquisitivo de estípidos de servidores públicos, que não têm seu pleito contemplado pelo Parlamento (competente para legislar sobre remuneração). Em derredor da matéria, o STF enunciou: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula 339).

Tema similar foi posto em discussão judicial. Alude-se à correção das tabelas progressivas do Imposto de Renda, possibilitando a majoração dos valores nominais das faixas de isenção, sem que houvesse lei autorizando expressamente a atualização monetária.

Segundo a sistemática jurídica vigorante no Brasil, não pode o Estado-Juiz agir como *legislador positivo*, ainda que a pretexto de adequar a lei de regência a princípios constitucionais (aleadamente violados como decurso do tempo, em que avultou a inflação). Tal ingerência do Judiciário implicaria indébita intromissão na política tributária.

Firmou-se a jurisprudência no sentido de que somente o legislador poderá determinar a atualização pretendida pelos contribuintes. Ao Judiciário incumbe, dentro da ordem jurídica positiva, aferir a validade da norma em face da Carta Magna, sem resvalar para o âmbito de atuação legiferante.

Deveras, não é o Poder Judiciário o *locus* apropriado para atualizar disposições de

lei que fixam o limite da dedução do imposto de renda ou para fazer incidir a correção monetária na tabela do referido tributo.

Com efeito, a situação fática delineada pelos contribuintes do imposto de renda – defasagem da tabela de alíquotas progressivas – deriva da política fiscal conduzida pelo governo, respaldada em normas vigentes, cuja validade (por suposta incongruência com a Carta Magna) não veio a ser contrastada.

Outra questão encontrada no meio judicial concerne à aplicabilidade de determinados índices para fins de atualização monetária, ainda que outros indicadores econômicos oficiais tenham sido utilizados pela lei. A esse respeito, pronunciou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“No sistema jurídico-constitucional brasileiro, o juiz é essencial e substancialmente julgador, função jurisdicional estritamente vinculada à lei, encastando-se do poder do *jus dicere*, descabendo-lhe recusar cumprimento à legislação em vigor (salvante se lhe couber declarar-lhe a inconstitucionalidade), sob pena de exaurar princípios fundamentais do direito público nacional.

“A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, *pari passu*, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária.” (STJ, 1ª S., REsp 124.864/PR, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. em 24-6-98, publ. no DJU de 28-9-98).

Referida manifestação jurisprudencial, segue coerentemente o entendimento sufragado pelo Excelso Pretório. Destaquem-se

alguns decisórios da Suprema Corte brasileira:

“O Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.”

(ADIn 1822, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. em 26-6-98, publ. no DJU de 10-12-99, p. 03);

“Os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem fiscal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo.” (RE 181138/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 06-9-94, publ. no DJU de 12-5-95, p. 13019);

“A correção monetária, em matéria fiscal, sempre depende de lei que a preveja, não sendo dado ao Poder Judiciário, que não é legislador positivo, ordenar a correção monetária onde a lei não a prevê, ou fixar índices distintos daqueles estabelecidos em lei.” (PET 2231/SC, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 10-4-2001, publ. no DJU de 20-04-2001, p. 146);

“O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que

o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.” (ADIn 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno);

“... E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política.” (Min. NÉRI DA SILVEIRA, RE 326.928/SP, j. em 13-12-2001, publ. no DJU de 27-02-2002, p. 98);

“Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo.” (RE 283.820/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, j. 23-10-2000, publ. no DJU de 22-11-2000, p. 72);

“Servidor Público. Decreto-Lei 2.225/85. – Falta de prequestionamento da questão relativa ao artigo 37, *caput*, da Carta Magna. – No tocante à alegada violação ao artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança. Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Po-

der Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo. Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 196590/AL, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 16-4-96, publ. no DJU de DJU de 14-11-96, p. 44492);

“Se a lei — para o caso específico — instituiu o índice de atualização, deve o legislador ter sido despertado para que este fosse o mais consentâneo com a realidade nacional e com o interesse público. Transmudar-lhe, é defeso ao Judiciário, ao qual é vedado investir-se na condição de legislador positivo.” (RE 243.618/SC, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. em 09-4-1999, publ. no DJU de 13-5-99, p. 58).

6. Conclusão

De toda a explanação que resultou este trabalho, emergem algumas ponderações conclusivas.

A divisão de poderes constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito, conforme J. J. Gomes CANOTILHO (1998, p. 373 et seq.) e José Afonso da SILVA (1999, p. 126). A repartição de poderes equipara-se a todas as idéias básicas do constitucionalismo moderno, as que vinculam o poder do Estado aos postulados fundamentais do Direito. A autolimitação dos juízes no controle da política representa um princípio derivante do postulado contido no art. 2º, CF/88.

O mecanismo dos *freios e contrapesos* é caracterizador da harmonia entre os poderes. A desarmonia ocorre sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.

Deve o Estado-juiz intervir nas relações individuais e sociais dentro das balizas delineadas pela ordem jurídica.

Todo o poder jurisdicional reside na lei. Para solucionar conflitos de interesses, cum-

pre ao juiz a tarefa de extrair da norma positiva a solução.

Principiologicamente, atua o Judiciário como *legislador negativo*, não podendo o juiz criar direitos não contemplados em lei, mesmo que a pretexto de corrigir desigualdades.

O controle da legiferação se faz por meio do exame da compatibilidade dos atos legislativos com o texto constitucional (fundamento de validade).

Afigura-se, de modo manifesto, incompatível com o regime democrático, a atuação jurisdicional que desborde a sua reservada área de poder. Vulnora o princípio constitucional da repartição dos poderes estatais o ato de órgão judiciário que substitua o Executivo ou o Legislativo, ingressando na órbita de questões atinentes ao mérito de práticas administrativas ou de político legiferante.

Consentânea com a teoria explanada, apresentam-se os pronunciamentos da jurisprudência nas Cortes brasileiras, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os pensadores).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

- CÍCERO. *Da República*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FAGUNDES, Miguel S. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o governo civil*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Oswaldo Aranha B. de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermeneutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti P. de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 3. ed. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO. *República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. São Paulo: José Bushtsky, 1973.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. [S. l.: s.n.], [199-?].
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.