Jurisdição e separação de poderes*

Paulo Roberto de Gouvêa Medina

Professor Emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora, de cuja Faculdade de Direito foi Diretor. Procurador Municipal aposentado e Presidente de Honra da Associação dos Procuradores Municipais de Juiz de Fora. Advogado. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Decano do Conselho Federal da OAB e ex-Presidente de sua Comissão Nacional de Ensino Jurídico.

Resumo: Qual o alcance do poder jurisdicional em relação aos demais poderes? É lícito ao Legislativo estabelecer normas suscetíveis de afetar o exercício do poder jurisdicional, relativamente a casos concretos? Tais são as principais questões examinadas no texto. Com referência à primeira hipótese, cuida-se de analisar, especialmente, o problema da implementação de políticas públicas mediante decisões judiciais.

Palavras-chave: Jurisdição. Separação de poderes. Interesse público. Princípio da não interferência. Controle jurisdicional.

Sumário: **1** A nova dimensão da função jurisdicional – **2** Jurisdição e interesse público – **3** Jurisdição e poder discricionário – **4** Jurisdição e poder normativo: eficácia vinculante de decisões e súmulas – **5** Jurisdição e separação de poderes: regra da não interferência – **6** Considerações finais – Referências

1 A nova dimensão da função jurisdicional

A função jurisdicional assumiu contornos mais amplos nos últimos tempos, ganhando nova dimensão nos quadrantes do direito. À medida que evoluem as chamadas *ondas de renovação* do Direito Processual, vai-se dilatando a função atribuída aos juízes para a composição dos conflitos de interesses. São três, basicamente, as fases desse movimento renovador, segundo a classificação que lhe deram Mauro Cappelletti e Bryant Garth: a primeira "onda" "foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e a terceira — e mais recente — é o que nos propomos chamar [dizem aqueles autores] simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo".[1] As duas últimas *ondas* foram as que maior impacto trouxeram à vida judiciária, no Brasil,

* Publicado, originariamente, na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 8, p. 433-453. Texto revisto para inserção na *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, n. 1, com aditamentos.

[1] *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

a partir do último quartel do século XX. E já agora a elas vem se acrescer uma quarta *onda de renovação*, que corresponde à tendência crescente de submeter-se ao Judiciário o controle dos atos administrativos sob ângulos especiais, ensejando o seu exame quanto aos aspectos da *moralidade*, do *interesse público* e da *eficiência*. Essa *onda* mais recente confunde-se com o *fenômeno da judicialização da política*.[2]

Em direção oposta, vislumbra-se, hoje, o surgir de uma outra *onda* renovadora, que seria a da busca de formas de tutela diferenciada e de meios alternativos para a solução dos conflitos, especialmente a mediação, a arbitragem, a justiça interna no âmbito de associações (à semelhança da Justiça Desportiva) e a atribuição do poder de julgar a leigos, como os juízes de paz.[3] Essa, que representaria uma *quinta onda* do movimento a que aludimos, diferentemente das anteriores, não seria, em geral, responsável pelo alargamento de atribuições do Judiciário, mas, ao revés, indicaria um certo esgotamento das possibilidades desse Poder ou dos seus órgãos tradicionais para dar conta de sua missão de compor com eficácia os conflitos de interesses.

O surgimento da última *onda* referida, em contraste com a sua antecedente imediata, parece confirmar a assertiva atribuída ao Ministro Sepúlveda Pertence de que, presentemente, em nosso país, *há justiça de mais para alguns e justiça de menos para outros* — isto é, enquanto políticos e administradores públicos reclamam contra a ingerência do Judiciário em assuntos relacionados ao exercício das funções públicas, interesses das camadas mais humildes da população carecem muitas vezes de tutela adequada ou permanecem à margem da atividade judiciária, caracterizando o fenômeno da *litigiosidade contida*.[4]

Efetivamente, a segunda, a terceira e a quarta *ondas*, pelo impacto que causaram sobre a esfera de atuação do Judiciário, tornaram-se responsáveis por significativo aumento de serviço dos magistrados, além de forjarem rica produção doutrinária nos domínios do direito, fazendo nascer, ademais, novas especialidades profissionais para os advogados que atuam nos setores

[2] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

[3] Sobre o tema, v. MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos*: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; GRECO, Leonardo. O acesso à justiça. *Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá, n. 1, p. 11-32, especialmente p. 26, 27, 28, 2001.

[4] V., a esse respeito, WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público: introdução. *In*: SALLES, Carlos Alberto. *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 15-21, especialmente esta última.

de trabalho assim abertos.[5] Tal foi o que aconteceu com o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor, o Direito singular de determinadas faixas etárias e a expansão experimentada pelo Direito Público.

Como importantes marcos legislativos desse processo de renovação, podem ser apontadas a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que institui a Ação Civil Pública; a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código do Consumidor; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1982, que trata dos atos de improbidade administrativa; a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que contém o Estatuto do Idoso, além da lei fundamental (no duplo sentido, como alicerce da nova ordem jurídica e como base do movimento de que ora nos ocupamos), a Constituição Federal de 1988.

É no âmbito das ações civis públicas, das ações coletivas sobre relações de consumo e das ações de improbidade administrativa, além da antiga ação popular, que residem os problemas que mais frequentemente conduzem ao aprofundamento do exame dos atos emanados de órgãos públicos perante o Judiciário. Surge, aí, a questão de saber até aonde poderá avançar o Poder Judiciário no controle dos atos administrativos ou das omissões imputadas à Administração pública.

Por outro lado, a atribuição de *efeito vinculante* às decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (Constituição, art. 102, §2º), assim como a instituição, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, da *súmula vinculante* (Constituição, art. 103-A), conferiram à nossa mais alta Corte de Justiça poder normativo de significativa importância que, por si só, permite visualizar a nova dimensão da função jurisdicional, em nosso país.

De tudo isso resulta a necessidade de redefinirem-se ou reavivarem-se as linhas que separam a área de atuação do Judiciário em face das que dizem respeito aos demais Poderes. Sem esquecer que esses, por seu turno — especialmente o Poder Legislativo —, podem interferir sobre o exercício da função jurisdicional, esvaziando o conteúdo de decisões

[5] A criação do Juizado Especial Cível pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, importou na instituição de tutela diferenciada para determinadas lides de natureza civil, fazendo aflorar boa parte da chamada *litigiosidade contida* e suscitando novas ações que vieram abarrotar de processos as Varas especializadas, logo em seguida à respectiva instalação. Mais tarde, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, na esteira do disposto na Emenda Constitucional nº 22/99, criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Esses novos órgãos, porém, ocupam-se de questões que refogem às preocupações deste estudo.

concretas dela emanadas, a pretexto de atribuir nova regulamentação à matéria sobre que incidam — o que representa um problema paralelo, de graves consequências na prática.

2 Jurisdição e interesse público

Constitui entendimento cediço, para não dizer verdadeiro truísmo, na doutrina jurídica, o de que compete à Administração Pública definir e realizar o interesse público. Ultimamente, no entanto, crescem as investidas contra essa ideia tão arraigada, pretendendo-se, com base numa nova visão do princípio da separação de poderes, possa o Judiciário sub-rogar-se ao Executivo na implementação de políticas públicas. O fundamento jurídico dessa moderna doutrina estaria em que o princípio da separação de poderes não poderia opor barreiras à adoção, pelo Judiciário, de medidas tendentes a viabilizar o atendimento de *interesses difusos ou coletivos*, nem cercear o exame dos atos administrativos sob o ângulo da *eficiência*, uma vez que a este corresponde um dos princípios norteadores da atividade administrativa, consoante o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição.

Em obra coletiva que coordenou, Carlos Alberto de Salles, professor universitário e membro do Ministério Público de São Paulo, defendeu ponto de vista nesse sentido, preocupado em apresentar "algumas soluções de como poder-se-ia resolver, no campo do processo civil, o problema do cumprimento pelo Poder Público de decisões judiciais impositivas de obrigações de fazer".[6] Para o autor, o *princípio da separação de poderes* já não pode ser visto sob o prisma de sua "concepção liberal clássica", cumprindo entendê-lo, hoje, no sentido de assegurar, sim, "a coordenação entre poderes autônomos do Estado, não seu isolamento".[7] Nessa perspectiva, seria lícito admitir, até mesmo, a interferência do Poder Judiciário no "planejamento orçamentário, em relação ao qual, quando não se tratar de matéria submetida à discricionariedade administrativa, não parecer haver, a princípio, limitação à interferência judicial."[8] Clama o ilustre jurista pelo que qualifica de "coragem institucional" do Ministério Público[9] para a adoção de medidas que provoquem a expansão do controle jurisdicional sobre os atos dos Poderes Públicos, chegando ao ponto de admitir a

[6] Ação Civil Pública contra Omissões do Poder Público: limites e possibilidades. *In*: *Processo civil e interesse público*, cit., p. 211-222.
[7] *Op. cit.*, p. 214, item 17.3.
[8] *Op. cit.*, p. 216, item 17.4.
[9] *Op. cit*. p. 220, item 17.6.

"intervenção judicial"[10] como forma de superar dificuldades opostas ao cumprimento das sentenças. Reconhece, aliás, que o problema encontrado pelas medidas judiciais tendentes a suprir omissões do Poder Público se reduz aos percalços da execução, que procura considerar além dos limites procedimentais, como "toda atividade jurisdicional voltada à produção de efeitos de fato".[11]

Nessa mesma linha de pensamento, mas adotando um tom mais moderado em suas propostas, Eduardo Appio, Juiz Federal e professor universitário, pondera que, nos dias de hoje, "A definição do conteúdo da cláusula de "interesse público", antes identificada com uma atividade essencialmente política e outorgada a governos eleitos, passa a ser exercida pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.[12] Entende o ilustre magistrado, no entanto, que "Somente nos casos em que o constituinte já definiu o conteúdo de uma política pública, social ou econômica, é que a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela compatível com suas funções constitucionais".[13] E cita como exemplo a hipótese prevista no art. 208, IV, da Constituição Federal, segundo o qual "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ... atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade". Ao ver do autor, será lícito, em tal hipótese, ao Judiciário determinar a construção da creche ou da escola, onde uma e outra não existam. Cuidar-se-ia de "assegurar a um determinado segmento da população um serviço que lhe é devido pelo Estado"[14] e a que corresponderia pretensão suscetível de ser deduzida por via de ação civil pública. Reconhece o autor, porém, que "não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas, sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras eqüitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos."[15] E adverte, na conclusão de seu livro: "Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo."[16]

[10] *Op. cit.*, p. 221, item 17.7.
[11] *Op. cit.*, p. 213, item 17.1.
[12] *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 117.
[13] *Op. cit.*, p. 135.
[14] *Op. cit.*, p. 105.
[15] *Op. cit.*, p. 159.
[16] *Op. cit.*, p. 159.

Preocupado, igualmente, em analisar o controle dos atos políticos pelo Judiciário, Oswaldo Luiz Palu, também professor universitário e membro do Ministério Público de São Paulo, coloca a questão em termos bastante justos.[17] Para esse autor, o escopo de garantir a observância e a realização prática dos direitos fundamentais exige que o controle jurisdicional dos atos administrativos se alargue além dos limites do controle de constitucionalidade, para abranger também o *controle de conformidade* ("ou legalidade em sentido amplo") dos "atos de governo e atos da administração, inclusive normativos, bem assim sua omissão". Preconiza, para tanto, a instituição de uma "ação direta", "cujo pedido principal seria o de desconformidade, apenas, com validade erga omnes", numa ampliação do que já ocorre por meio das ações civis públicas, a seu ver "um instrumento útil", no direito vigente, com vistas ao mesmo objetivo. Não descura o autor da necessidade de fixarem-se limites à atuação do Judiciário nesse tipo de controle. Para ele, contudo, a solução desse problema não estaria, exclusivamente, no princípio da separação de poderes, mas, sobretudo, no critério da "adequação orgânico-funcional da decisão", de modo a evitar "atribuir-se ao Poder Judiciário funções ou decisões ou tarefas para as quais não está, evidentemente, aparelhado ou preparado". Quanto à possibilidade de agir e à forma de atuação do Judiciário, no controle dos atos político-administrativos, mostra-se cauteloso o autor. Não rompe com o *princípio da legalidade*, não admite que o juiz extrapole certos limites, substituindo-se ao administrador. Ao revés, adverte: a) a jurisdição não poderá determinar prazos para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer; sendo que tudo dependerá, em certos casos, das possibilidades; b) o controle de conformidade pressupõe — normalmente — a existência de uma lei (= ato de governo por excelência), mas atinge também a omissão; c) em regra, não é lícito proceder à atuação direta da Constituição, para impor uma obrigação de fazer à administração, salvo se a própria Constituição já contém um comando nesse sentido, como, por exemplo, no que refere ao percentual de 25% do orçamento destinado às despesas com a educação, que, se descumprido, ensejará a propositura de ação civil pública; d) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a atuação do juiz no controle dos referidos atos estatais.[18]

[17] *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[18] *Op. cit.*, p. 317-347, *passim*.

Escrevendo em torno da Ação Civil Pública, José dos Santos Carvalho Filho, Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, adverte que "levada a extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela judicial em face do Poder Público, chegaria o juiz a extrapolar sua função jurisdicional, invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação de Poderes, insculpido no art. 2º da Carta em vigor." Por isso, sustenta ser necessário traçar, com prudência, uma linha demarcatória entre a função jurisdicional e a função administrativa, observando que "o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível *quando estiver preordenado a determinada situação concreta*, *comissiva ou omissiva*, *causada pelo Estado*, da qual se origine a violação dos interesses coletivos ou difusos." Não, porém, "se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, *de forma genérica*, *abstrata*, *inespecífica e indiscriminada*, de obrigação de fazer ou não fazer."[19] O autor critica, por isso, "decisões que estabelecem verdadeiro comando de natureza administrativa dirigido à Administração", em evidente "desvio de perspectiva" com relação ao "sistema de separação de Poderes", que "não pode render ensejo a esse tipo de ingerência". Invoca, a esse propósito, decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo segundo as quais a *fixação de prioridades no campo da Administração Pública compete ao Poder Executivo*.[20] Aludindo, em seguida, à doutrina que defende "a possibilidade de o Judiciário proferir decisões mandamentais no sentido de que a Administração seja obrigada a uma obrigação de fazer (*facere*)", pondera que, a despeito das ineficiências e mazelas às vezes identificadas no âmbito dessa, "nem o Ministério Público, nem o Poder Judiciário ... estarão munidos da "chave do segredo" *para* solucionar todos os problemas da Administração. Na verdade — acrescenta —, nem se sabe com certeza se as soluções propostas — normalmente por quem não tem especialidade em Administração Pública — serão realmente as melhores, ou se corresponderão apenas a uma visão pessoal do autor da pretensão."[21]

Tendo presente o pensamento dos autores que vimos de referir, cremos que a questão fundamental a considerar é que, numa democracia,

[19] *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 96.
[20] *Op. cit.*, p. 98-99.
[21] *Op. cit.*, p. 100-101.

a definição, a execução e o controle de políticas públicas competem aos órgãos de representação popular — isto é, o Executivo e o Legislativo —, somente se atribuindo ao Judiciário um aspecto da função de controle de tais políticas, aquele que diz respeito à legalidade.[22] Admitir que o Judiciário possa definir ou executar políticas públicas, em caráter genérico, implicaria reconhecer-lhe poder de governo ou de administração — atribuições para as quais carece de legitimidade e de meios.

A definição de políticas públicas visa a atender ao interesse público. A realização do interesse público está para a Administração como a atuação da lei para o Judiciário. Tanto numa atividade quanto noutra encontra-se a essência das funções peculiares aos Poderes que as exercem. Dessa forma, pode-se dizer que administrar é realizar o interesse público, assim como judicar é assegurar a legalidade, por meio da função jurisdicional. As diretrizes que ordenam a realização do interesse público por parte da Administração compõem as chamadas *políticas públicas*.[23] São estas estabelecidas em leis pelo Poder Legislativo, na conformidade das linhas gerais traçadas pela Constituição, e postas em prática pela Administração Pública, da qual, em geral, emanam os projetos de lei pertinentes. A edição e a execução das políticas públicas inserem-se, assim, na órbita de competência do Legislativo e do Executivo, tendo este, sem dúvida, papel preponderante nesse mister. Disso resulta uma nítida vinculação entre as políticas públicas e a atividade administrativa.

São, pois, plenamente atuais as ponderações do Ministro Costa Manso, em voto no Supremo Tribunal Federal:

> Os Poderes Políticos são harmônicos e autônomos. Cada um deles exerce privativamente a função que lhe é distribuída. Quem administra é o Poder

[22] Correspondem essas três funções do Estado à nova formulação que Loewenstein conferiu à teoria da separação de poderes, concebendo-as como *policy determination*, *policy execution* e *policy control* — as duas primeiras atinentes às funções de governo e administração e a última representando, como assinala Kildare Gonçalves Carvalho, "o ponto principal do regime constitucional" (*Direito Constitucional*: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 117). A ênfase atribuída à função de controle pelo eminente constitucionalista mineiro decorre, naturalmente, da circunstância de comportar ela duplo enfoque, tanto do ponto de vista político, quanto do ponto de vista jurídico.

[23] Representam tais diretrizes "parâmetros de operacionalização da política", segundo Patrícia Helena Massa-Arzabe, a qual se efetiva mediante atividades administrativas coordenadas segundo um "conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado", no dizer de Fábio Konder Comparato. Maria Paula Dallari Bucci, citando este último autor, sintetiza o conceito de política pública nele acentuando o caráter de "programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados", que tem em vista "a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 65, 23, 39).

> Executivo. Não pode o Judiciário intervir como se fora instância administrativa superior, para, assim, influir ou colaborar na administração pública.[24]

Não nos parece de somenos, no estádio atual da evolução do Direito Público, o *princípio da separação de poderes*. Sem dúvida, nele sobreleva, hoje, a finalidade de assegurar *interdependência entre os Poderes*. Mas a harmonia que deve existir entre os três Poderes não pode ser alcançada se não se observarem determinadas balizas entre os territórios reservados à atuação predominante de cada um deles. O princípio da separação de poderes justifica-se, particularmente, em virtude da especialização de funções que lhes dizem respeito. Assume, por isso, significativa importância o critério da *adequação orgânico-funcional*, quando se cuida de traçar os limites a serem observados pelo Judiciário no controle dos atos político-administrativos emanados do Poder Executivo. O referido critério, por si só, impede que o Judiciário se veja tentado a sub-rogar-se à Administração Pública, para o fim de implementar políticas públicas ou determinar o cumprimento de obrigações de fazer que não resultem direta e imediatamente da lei ou não se imponham por força de uma situação de estado de necessidade. Deve o Judiciário abster-se de imiscuir-se no dia a dia da Administração Pública, somente determinando-lhe o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer em casos extremos, para salvaguardar relevante interesse público, diante da omissão da autoridade responsável ou de clara violação da lei — sempre com o escopo de atuar a norma constitucional ou legal com vistas à tutela de um direito público subjetivo e não, propriamente, para implementar política pública.

O mesmo se diga em relação às obrigações de dar. Essa modalidade de obrigação civil encontra exemplo mais frequente nas ações intentadas contra entidades estatais tendo por objeto o fornecimento de remédios essenciais a usuários do SUS, carentes de recursos, como no caso dos portadores do vírus HIV.[25] Mas, obrigações de fazer ou não fazer também podem justificar condenações judiciais, concessão de medidas liminares ou de antecipação de tutela, conforme a sua natureza e o estado de necessidade

[24] *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1964. v. 2, p. 61.

[25] A obrigação terá essa natureza se a farmácia do órgão público dispuser do remédio em estoque. Se for o caso de encomendá-lo ou adquiri-lo, a obrigação assumirá a natureza de obrigação de fazer, porque importará uma "promessa de contratar, cuja prestação não consiste apenas em apor a firma em um instrumento; seu objeto é a realização de um negócio jurídico, a conclusão de um contrato (Savigny)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2, p. 58, n. 135).

que as reclame. É o que ocorre, por exemplo, com determinadas medidas de proteção ambiental (como a remoção de depósito de lixo localizado em zona proibida ou inadequada) ou que visem a coibir atos manifestamente contrários às normas da boa administração, como a realização de loteamentos ou construções que configurem grave violação do plano diretor da cidade, pondo em risco a incolumidade pessoal (*verbi gratia*, construções em encostas de morros). É, igualmente, o caso de decisões que tenham em vista a adoção de medidas para conservação de estradas ou interdição de trechos delas, quando o seu estado precário traga risco iminente ao trânsito. É, ainda, o que se dá nos casos em que se justifique a determinação de matrícula, em escola pública, para assegurar o direito público subjetivo de acesso ao ensino fundamental, nos termos do art. 208, I e §1º, da Constituição. Em todas essas situações, a determinação judicial se justifica não propriamente para realizar o interesse público, senão para preservá-lo de ameaças iminentes ou para assegurar, em caráter de emergência, a fruição de direitos que lhe digam respeito. A razoabilidade de tais decisões será, pois, inquestionável.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já têm decidido pela procedência do pedido, em ações civis públicas, quando o objeto desta é *o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade*, garantia que cerca o dever do Estado com a educação, a teor do disposto no art. 208, IV, da Constituição. Considerou a 2ª Turma da nossa mais alta Corte de Justiça, no AgReg interposto no RE nº 410.715/SP, rel. o Ministro Celso de Mello, que, da citada norma, resulta, para o Estado, "a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental". Traçando os contornos jurídico-constitucionais dessa obrigação, salientou o Acórdão proferido no mencionado recurso:

> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a

> eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.[26]

No REsp nº 718.203/SP, rel. o Ministro Luiz Fux, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 06.12.2005, ressaltou importante distinção entre a mera implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e a tutela a direitos públicos subjetivos que envolva sua execução, no caso concreto:

> As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.
>
> Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.[27]

A posição dos Tribunais Superiores no exame da matéria revela-se, assim, afinada com a orientação doutrinária que sufragamos. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça somente admitem que o Judiciário atue no sentido de fazer aplicar políticas públicas quando, em caráter excepcional, isso se faça necessário à tutela de um direito público subjetivo. Está implícito nesse entendimento jurisprudencial que não compete ao Poder Judiciário implementar políticas públicas, genericamente, cabendo-lhe, tão só, efetivá-las no caso concreto, à vista da configuração, na espécie em julgamento, de omissão do Estado, de que resulte ofensa ao direito instituído na Constituição ou na Lei.

Efetivamente, por mais que se tenha ampliado o controle do Judiciário sobre as atividades administrativas, de modo a "impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância com seus princípios e preceitos constitucionais básicos", subsiste inalterável a regra segundo a qual "não cabe ao Poder Judiciário moldar a Administração Pública discricionariamente".[28] Fa-lo-á, apenas, na medida em que isso signifique

---

[26] *Diário da Justiça*, 03.02.2006. V. também EREsp nº 485.969/SP; Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 2005/0152163-1, rel. Min. José Delgado, STJ, Primeira Seção, Acórdão de 23.08.2006, in *site* do Superior Tribunal de Justiça, onde é citado o referido Acórdão do STF.

[27] Cf. *site* do Superior Tribunal de Justiça.

[28] MORAES, Alexandre de. Consagração da constitucionalização de regras rígidas de gestão da coisa pública. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal*: 15 anos: mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003. p. 117-131, p. 128.

adequar a ação administrativa aos preceitos constitucionais, de modo que os interesses públicos prioritários deles emergentes não encontrem entraves na omissão dos órgãos públicos incumbidos de implementá-los. Mas haverá de fazê-lo sem deixar de atender, quando for o caso, a chamada *reserva do possível*, ou seja, a ressalva oposta quanto à inexistência ou limitação de recursos financeiros para tanto. Até mesmo essa circunstância, porém, exige rigorosa comprovação, de modo a verificar-se se a alegação eventualmente feita nesse sentido pelo administrador público não encobre desvio de recursos para atividades de menor relevância, o que seria suscetível de caracterizar hipótese de violação do princípio da *eficiência administrativa* (Constituição, art. 37, *caput*),[29] que tangencia a *improbidade*.

3 Jurisdição e poder discricionário

Antes de tudo, impende assinalar que a conceituação e a identificação do interesse público envolve uma atividade discricionária. E esta se insere na órbita de atribuições da Administração Pública.

Karl Engisch, aludindo *ao conceito discricionário* de "interesse público", invoca a assertiva de Laun:

> Aquilo que a autoridade considera como interesse público é efetivamente, em sentido jurídico, o interesse público.[30]

O eminente jusfilósofo alemão traz, ainda, em abono de suas considerações sobre o tema o pensamento de dois outros juristas. É de Kraus-Festschrift a seguinte observação:

> A livre escolha na discrição livre é modelação criadora daquilo que, conforme o melhor saber e consciência, deve ser considerado como de "interesse público" para o caso concreto.

[29] "A eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-se não apenas com a legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe eficácia, qualidade, compromissos com resultados, abarcando os paradigmas da chamada Nova Gestão Pública, nos tempos da pós-modernidade" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 164, n. 3.4).

[30] *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Batista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 182.

De Bernatzik cita Karl Engisch este trecho:

> Se à administração, competente (entendida) na matéria, é confiada a decisão sobre a questão de saber se algo é de interesse público, isto equivale a um comando de agir de acordo com aquilo que ela entende ser de interesse público.[31]

Ora, há um consenso na doutrina no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário rever os atos administrativos nos seus aspectos de conveniência e oportunidade, que traduzem o exercício de um poder discricionário.[32] "O poder discricionário — assinala Victor Nunes Leal — move-se, portanto, por definição, em uma zona livre, privativa da administração, o que exclui, sob pena de contradição nos próprios termos, a possibilidade de revisão por parte do poder judiciário."[33] Essa chamada *zona livre* de atuação corresponde a um "campo de apreciação meramente subjetiva", que "permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz", como acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello, advertindo que, se assim não fora, "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."[34]

Karl Engisch, distinguindo a categoria dos *conceitos jurídicos indeterminados* da noção de *poder discricionário*, observa que "O domínio da livre discrição é pequeno e é principalmente limitado à atividade administrativa." Acrescenta, em seguida, o ilustre jurista:

> A chamada discricionaridade judicial em grande parte não é livre. Trata-se, antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual todavia não é uma valoração pessoal mas uma valoração objetivamente válida, com um só sentido. Mas aqueles conceitos que visam uma discrição genuinamente livre são inevitavelmente e ao mesmo tempo (dentro de certas molduras) conceitos indeterminados e normativos.[35]

Eis aí o outro lado da questão. Não só é vedado o reexame dos atos discricionários da Administração pelo Poder Judiciário, naquilo que diga respeito à essência da discricionaridade (ou seja, os aspectos concernentes à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos), como

[31] ENGISCH, *op. cit.*, p. 214, nota de rodapé nº 21.
[32] V., por todos, LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 278-281, n. 2 e 3.
[33] *Op. cit.*, p. 283-284, n. 4.
[34] *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 916.
[35] *Op. cit.*, p. 184.

inviável se mostra o exercício de poderes discricionários pelos juízes, fora de algumas poucas hipóteses que as leis processuais preveem. Não seria, assim, possível transferir da órbita da Administração Pública para o campo de atuação do Poder Judiciário a definição do interesse público ou o controle de políticas públicas com vistas à sua implementação, em termos gerais. Porque isso implicaria reconhecer a legitimidade do exercício de poderes discricionários pelo Judiciário, no sentido de suprir eventuais omissões do Executivo. Sem falar na dificuldade material que teria o Judiciário para desempenhar tão anômalas tarefas, sabido que esse Poder carece de elementos e de órgãos capazes de assessorá-lo na tomada de decisões que envolvam matéria administrativa.

4 Jurisdição e poder normativo: eficácia vinculante de decisões e súmulas

A preocupação de tornar efetivo o valor *segurança jurídica* e fazer prevalecer o *princípio da igualdade* no julgamento de litígios que guardem as mesmas características tem levado juristas e legisladores a buscar a adoção de fórmulas capazes de atribuir eficácia vinculativa a determinadas decisões.[36] No passado, cogitou-se de dar força de lei a certas decisões do Supremo Tribunal Federal, primeiramente quando da elaboração do Código Civil de 1916, depois em disposição do Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, apresentado ao Ministro da Justiça em 1970.[37] O anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria do Prof. Alfredo Buzaid, que se converteu em Lei no ano de 1973, pretendeu reviver o sistema de *assentos* do direito português, como forma de expressar e tornar cogentes decisões resultantes de uniformização da jurisprudência, mas, nesse ponto, não foi acolhido pelo Congresso Nacional.[38] A Emenda nº 03/1993 à Constituição de 1988, ao instituir a *ação declaratória de constitucionalidade*, atribuiu às decisões nelas proferidas *eficácia contra todos e efeito vinculante*, *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo* (Const., art. 102, §2º), o que foi, depois, estendido, pela Emenda nº 45/2004, à *ação direta de inconstitucionalidade*, dispondo-se, na última Emenda, que o *efeito vinculante* das decisões respectivas estender-se-ia *aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta*, *nas esferas federal*, *estadual e*

[36] Tratamos do tema, mais amplamente, no ensaio A uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 581-589.

[37] Cf. nosso *Direito processual constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 250, n. 5.

[38] Cf. obra, p. e nº cits. na nota anterior.

municipal (Const., art. 102, §2º, nova redação). A citada Emenda nº 45/2004 instituiu, ainda, a *súmula vinculante* em matéria constitucional, que poderá ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação de qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, desde que aprovada por 2/3 (dois terços) dos Ministros, estendendo-se o respectivo efeito aos mesmos órgãos suscetíveis de ser alcançados pelo efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (Const., art. 103-A). Prevê o dispositivo constitucional pertinente que a *súmula vinculante* venha a ser revista ou cancelada *por* iniciativa *daqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade* ou segundo o que estabelecer a lei que regulamentar o instituto (Const., art. 103-A, §2º). Para assegurar obediência ao que a *súmula vinculante* dispuser, a Constituição torna cabível *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal do ato administrativo ou da decisão judicial que a contrariar, preceituando que, *julgando-a procedente*, a Alta Corte *anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada*, *e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula*, *conforme o caso* (Const., art. 103-A, §3º).[39]

Com a adoção desses mecanismos, o nosso ordenamento jurídico foi além do modelo do *stare decisis*, anglo-americano, uma vez que, neste, a força do precedente tem efeito persuasivo e pedagógico, mas, não se impõe coativamente à observância dos órgãos do Judiciário ou da Administração Pública. Na linha do *stare decisis*, já contávamos, desde 1963, com as *súmulas* que, simplesmente, expressavam a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ou de outras Cortes judiciais, que, depois, passaram a editá-las. A partir das alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, tais súmulas, assim como a *jurisprudência dominante*, ainda que não sumulada, passaram a servir de parâmetro aos relatores nos tribunais, seja para negar seguimento a recurso, seja para julgar-lhe o mérito, dando-lhe provimento (CPC, art. 557, *caput* e §1º). Já a recente Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, deu maior força aos paradigmas judiciais traduzidos em súmulas, quando emanados do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que *o juiz não receberá a apelação* de sentença que estiver em conformidade com as referidas súmulas (CPC, art. 518, §1º). Com isso, a súmula aplicada ao julgamento da causa assume o caráter de *súmula*

[39] Sobre a *súmula vinculante*, v. *op. cit.* nas duas notas anteriores, p. 248-252, n. 5.

impeditiva de recurso, no caso concreto. Não se trata de uma nova categoria de súmula, mas, sim, de um efeito resultante de sua aplicação à espécie. A denominação que se lhe atribui — *súmula impeditiva de recurso* — explica-se, portanto, por um fenômeno de metonímia e não, propriamente, em função de nomenclatura rigorosamente adequada.

Pode-se dizer que o Judiciário brasileiro esteja dotado, hoje, de poder normativo, que representasse uma extensão da função jurisdicional? No que tange à *súmula vinculante*, não há dúvida de que tal ocorre. Não significa isso dizer que a instituição dessa categoria de súmula afronte o princípio da separação de poderes. As cautelas de que o texto constitucional procura cercá-la são de tal ordem, quer no que diz respeito à iniciativa de sua elaboração e ao *quorum* de aprovação, quer no que concerne à possibilidade de sua revisão, que preferimos vê-la como mais um instrumento da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal. Trata-se, aliás, de um instrumento processual que se apresenta como consectário dos efeitos atribuídos às decisões daquela Alta Corte, no controle concentrado da constitucionalidade, os quais, de certo modo, também traduzem o exercício de um poder normativo. De fato, o objeto da *súmula vinculante* é restrito à matéria constitucional e as decisões do Supremo nessa matéria, quando têm por objeto a lei em tese, estabelecem uma regra interpretativa de eficácia cogente.

A chamada *súmula impeditiva de recurso* é, inegavelmente, de duvidosa constitucionalidade, não em face do princípio da separação de poderes, mas porque cerceia o exercício pela parte do direito de recorrer. Ofende, assim, o *princípio do devido processo legal*. O recurso, ainda que interposto para provocar o reexame da decisão pelo próprio juízo que a proferiu, é um prolongamento do direito de ação. Tanto assim que Seabra Fagundes e Lopes da Costa diziam haver "um paralelismo perfeito entre a inicial da ação e a inicial do recurso".[40]

A fórmula adotada para permitir que o relator, sub-rogando-se à Turma ou Câmara, dê provimento ao recurso quando verificar que a decisão recorrida está *em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior* (CPC, art. 557, §1º), implica, a nosso ver, clara violação da norma constitucional (federal ou estadual) que fixa a competência do Tribunal respectivo, uma vez que,

[40] COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 339 citando Seabra Fagundes.

por meio desse expediente, o relator, na verdade, usurpa competência do órgão julgador, ainda que o seu ato fique sujeito a reexame pelo órgão colegiado, uma vez interposto recurso de agravo. Não há, porém, aí, do mesmo modo, ofensa ao princípio da separação de poderes; o que ocorre é, por assim dizer, grave arranhão no *princípio do juiz natural*.

As duas últimas hipóteses nem de longe caracterizam, portanto, o exercício de um poder normativo. Mas há inegável tendência de que isso venha a ocorrer, em outros casos, na medida em que se ampliem as hipóteses de *súmula vinculante*. Afinal, antes mesmo da instituição da *súmula vinculante* e das *súmulas impeditivas de recursos*, a vinculação do juiz a certos precedentes já se vinha insinuando, como notou o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, "pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada".[41] Não será surpresa, portanto, se outras categorias de súmulas surgirem, na esteira dessa série de medidas que a reforma do nosso Código de Processo Civil vem adotando, no empenho, sobretudo, de reduzir o volume de processos que assoberbam os tribunais... Para isso devemos estar prevenidos, conscientes de que uma tal extensão do poder jurisdicional para atribuir eficácia normativa às decisões não terá como ajustar-se ao princípio da separação de poderes.

5 Jurisdição e separação de poderes: regra da não interferência

Do mesmo modo que preocupa a hipertrofia da função jurisdicional, na medida em que rompe com as barreiras do princípio da separação de poderes, não podem deixar de despertar atenção eventuais ameaças à observância desse princípio que resultem de atos do Legislativo, quando este, mediante alteração da lei em vigor ao tempo da sentença ou da constituição do direito, afete, direta ou indiretamente, o exercício da jurisdição.

Deve-se reconhecer que a questão é delicada, não sendo fácil estabelecer os lindes da competência judiciária que o processo legislativo haverá de obedecer. O fato de o Judiciário haver atribuído à lei uma interpretação, no julgamento de determinado caso, não impede que o órgão do Legislativo altere a disciplina normativa da hipótese, regulando diversamente a matéria que fora objeto da decisão. Esta, fazendo coisa julgada *nos limites da lide e das questões decididas* (CPC, art. 468), prevalecerá no caso que foi objeto da decisão. A nova lei sobre a matéria, evidentemente, irá reger as demais situações jurídicas.

[41] *Apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 227.

Michel Lesage, em monografia dedicada ao tema,[42] recordando que as soluções dadas pelos tribunais aos casos que lhes são submetidos "vont engendrer des règles de droit: les règles jurisprudentielles", observa:

> Le législateur n'est pas désarmé devant ces règles: l'existence d'une règle jurisprudentielle dans un domaine ne peut faire obstacle à l'intervention du législateur. Il n'y a là nul empiètement du législateur sur les pouvoirs du juge, à condition que législateur se borne à édicter un règre, sans avoir l'intention de toucher aux affaires soumises aux tribunaux.[43]

O professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Lille faz, a esse propósito, importante distinção:

> Le respect par le législateur du principe de non-intervention dans les affaires soumises aux tribunaux exige la distinction de deux séries de cas: ceux dans lesquels le législateur substitue une règle législative à une règle jurisprudentielle; ceux dans lesquels le législateur intervient avec l'intention délibérée d'exercer une influence sur les affaires en cours, au moyen d'une loi "rétroactive" ou "interprétative".[44]

A crônica judiciária no Brasil registra alguns casos em que a autoridade do Judiciário foi posta em xeque por deliberações do Legislativo, embora aquele Poder nem sempre haja interpretado assim tal ou qual aparente interferência sobre a sua esfera de competência.

No regime do Estado Novo, em que as funções legislativas achavam-se concentradas na autoridade do Chefe da Nação, verificou-se o célebre caso Paul Deleuse. Alterando a ordem de sucessão hereditária já depois de aberta a sucessão de Paul Louis Joseph Deleuse, o Decreto-Lei nº 1.907 de 26 de dezembro de 1939 deu ensejo a que se considerasse como jacente a herança do referido cidadão, em prejuízo dos que, consoante a lei anterior, seriam seus herdeiros. Estes invocaram, em Juízo, a intangibilidade do direito à herança, mas a questão culminou em decisão do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, entendeu que a lei retroativa, no caso, seria legítima, porquanto a Constituição então em vigor — a Carta outorgada de 1937 — não consagrava o princípio da irretroatividade das leis. Votaram vencidos os Ministros Laudo de Camargo e Carvalho Mourão, sustentando

[42] *Les Interventions du Législateur dans le fonctionnement de la Justice*, Bibliothèque de Droit Public, sob a direção de Marcel Waline, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.
[43] *Op. cit.*, p. 92.
[44] *Op.* e p. cits.

que haveria, na hipótese, ofensa ao direito de propriedade e, só por isso, o Decreto-Lei referido seria inaplicável à sucessão já aberta.[45] Ainda que indiretamente, o poder jurisdicional foi afetado, porquanto a nova disposição legal mudou os rumos do inventário que já fora ou poderia ter sido instaurado, em face da abertura da sucessão. A hipótese se enquadra, assim, na situação verberada por Michel Lesage, por se tratar de um caso em que "le législateur intervient avec l'intention délibérée d'exercer une influence sur les affaires en cours, au moyen d'une loi 'rétroactive'".

Contemporaneamente, houve o caso da discutida anistia conferida pelo Senado da República a determinado Senador que tivera o mandato cassado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em virtude de abuso de autoridade, por ele cometido ao usar a gráfica daquela Casa para confeccionar material de propaganda eleitoral. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugnou o ato de anistia, no Supremo Tribunal Federal, por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Resolução respectiva, mas a Alta Corte, por maioria, considerou o ato legítimo, julgando improcedente o pedido.[46]

No plano da jurisdição constitucional, o problema se coloca em face da reiteração de textos legislativos cujo conteúdo haja sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Ação Direta acerca do diploma legal originário. Como o efeito vinculante atribuído às decisões do STF nessa matéria está adstrito aos órgãos do Judiciário e da Administração Pública (Const., art. 102, §2º) e em vista da circunstância de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva do acórdão correspondente, tem-se considerado que a reprodução do dispositivo impugnado, por meio de nova lei, não implica ofensa à autoridade da Corte Suprema, suscetível de ensejar o uso da Reclamação Constitucional.[47] Pensamos, todavia, que esse expediente, sobre configurar o que Roger Stiefelmann Leal chama de "recalcitrância legislativa", envolve indisfarçável *fraude* à decisão judicial. Na linha desse entendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal bem poderia caminhar no sentido de coibir semelhante prática, mediante a admissão de Reclamação Constitucional contra a reiteração da inconstitucionalidade. É de invocar-se,

[45] Cf. *Revista Forense*, n. 87, p. 670-677.
[46] Cf. CONSULEX, n. 219 (28.02.2006), p. 28-32.
[47] V., sobre o tema, LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 104-106, 159-161; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 540-541, n. 7.5.5.

a esse propósito, a velha máxima: *Se o fim é vedado, consideram-se proibidos todos os meios próprios para o atingir*.[48]

6 Considerações finais

O princípio da separação de poderes experimentou, nos últimos tempos, inegável transformação, tornando-se mais flexível, na medida em que as exigências da ação estatal no plano dos três Poderes clássicos fizeram com que a competência de cada um se alargasse, passando, assim, o Executivo a editar normas jurídicas dotadas do mesmo conteúdo das leis formais, o Legislativo a contribuir para a atuação administrativa ao participar mais amplamente da elaboração de políticas públicas e de diretrizes orçamentárias, e o Judiciário a exercer em maior extensão a função jurisdicional, seja na tutela de novos direitos surgidos em decorrência do primado do social nas relações jurídicas — os direitos difusos e coletivos —, seja no papel de verdadeiro protagonista do processo constitucional assumido pelo juiz na interpretação da Lei Magna, seja em virtude do alargamento dos princípios jurídicos por essa instituídos.

Mas o princípio da separação, na sua essência, subsiste inalterado, constituindo, como bem diz Paulo Bonavides, "uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional" ou "a pedra angular de uma Constituição do Estado de Direito", de tal modo, como acrescenta o eminente constitucionalista, que "onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre o Estado em que impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio, a que tanto se ligaram os nomes de Locke e Montesquieu".[49]

Disso decorre que a hipertrofia de qualquer dos Poderes ou das instituições constitucionais não se compadece com o princípio da separação nem se afina com as linhas mestras do Estado de Direito. É, ao revés, séria ameaça ao equilíbrio dos Poderes e à normalidade da vida democrática.

A pretensão de avocar-se para juízes e membros do Ministério Público papel de intérpretes do interesse público, de modo a autorizá-los a promover medidas ou adotar decisões que visem à sua realização prática, segundo o prudente critério de cada um, carece de legitimidade, antes de tudo porque não se acham eles investidos de mandato popular,

[48] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 326, n. 315.

[49] *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 509, 511.

como a regra fundamental da democracia representativa exige (Const., art. 1º, parágrafo único).

A implementação de políticas públicas pelo Judiciário é mais aparente do que real, uma vez que isso só pode acontecer, por via reflexa e em caráter excepcional, como decorrência da tutela jurisdicional de direitos individuais ou coletivos, que torne viável a exigibilidade de pretensões emanadas de normas constitucionais instituidoras das referidas políticas, ante a omissão da Administração Pública.

Quando tal se verifica, não age o Poder Judiciário discricionariamente nem tem em vista controlar a prática de atos discricionários por parte da Administração. O de que se cuida é fazer atuar, no caso concreto, a norma jurídica de natureza constitucional, cujo comando estabelecia para a Administração uma atuação vinculada a que esta não atendera.

Assim como não pode o Judiciário sub-rogar-se ao Executivo com o fim aludido, assim também não lhe é lícito, em princípio, exercer o poder normativo peculiar ao Legislativo, sem ofensa ao princípio da separação de poderes. Por isso, a edição de súmulas vinculantes pelo Judiciário não pode ir além das hipóteses em que a Constituição atribua eficácia dessa ordem às decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de normas.

Por outro lado, as decisões judiciais não podem ficar à mercê de deliberações do Legislativo capazes de anular ou frustrar os respectivos efeitos, a pretexto de conferir nova regulamentação à matéria objeto do julgamento ou de reproduzir, em outro diploma legal, a norma julgada inconstitucional pela Corte Suprema. Do princípio da separação de poderes resulta, como consequência lógica, *a regra da não interferência*.

Em suma, o princípio da separação de poderes traduz a linha de equilíbrio a ser observada no exercício da função jurisdicional em relação aos atos ou omissões do Executivo e do Legislativo, tanto quanto a estes dois Poderes impõe-se, em obediência ao citado princípio, rigoroso respeito ao campo reservado à atuação do Judiciário.

Jurisdiction and Separation of Powers

Abstract: What is the scope of judicial power in relation to other powers? It is permissible for the Legislature to establish rules which could affect the exercise of judicial power in relation to specific cases? These are the main issues discussed in the text. With reference to the first hypothesis, the objective is to examine in particular the problem of implementing public policy through judicial decisions.

Key words: Jurisdiction. Separation of powers. Public interest. Principle of noninterference. Jurisdictional control.

Referências

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição*: direito constitucional positivo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

COSTA, Edgar. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. 2. v.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Batista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. O acesso à justiça. *Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá, n. 1, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LESAGE, Michel. *Les Interventions du Législateur dans la Fonctionnement de la Justice*. Paris: Blibliothèque de Droit Public, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1960.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos*: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do Código de Processo Civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Alexandre de. Consagração da constitucionalização de regras rígidas de gestão da coisa pública. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal*: 15 anos: mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdãos diversos. Relatores referidos no texto.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdãos diversos. Relatores referidos no texto.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público: introdução. *In*: SALLES, Carlos Alberto. *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Jurisdição e separação de poderes. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 229-251, jan./dez. 2011.