Nº 35 – julho/agosto/setembro de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO E NEGATIVO

Maurício Zockun
Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre em Direito Tributário e Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 2º da Constituição da República proclama que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são harmônicos e independentes entre si.

Esse dispositivo constitucional alçou à condição de cláusula pétrea um modelo de organização e funcionamento estatal que preserva e perpetua um arquétipo político concebido para consecução do interesse público.

Mas, diante do encargo de satisfazer o interesse público, é imperioso que o exegeta se recorde que a função estatal não se confunde com o órgão credenciado a desempenhá-la. Com efeito, nada impede que um órgão estatal exerça uma função estatal que não lhe é ordinariamente cominada[1].

Essa observação juridicamente elementar revela sua importância pois a imutabilidade constitucional que atinge a forma de satisfação desse encargo jurídico-positivo tem seus confins delimitados no conteúdo normativo contido nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição da República.

Assim, por meio dessas singelas enunciações, justificamos o propósito que nos anima neste texto. Pretendemos (i) examinar o sentido e alcance do conteúdo prescritivo veiculado no artigo 2º da Constituição da República; (ii) apurar os confins das atividades precipuamente desempenhadas pelo Poder Judiciário; e (iii) aquilatar se as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que inovam o ordenamento jurídico

[1] Essa idéia não escapou despercebida a THOMAS COOLEY, que há tempos já destacava que "Há, pois poderes que são estritamente legislativos, outros que são estritamente executivos e outros que são estritamente judiciários; ao mesmo tempo que outros poderes podem ser exercitados por um ou por outro ramo, segundo as precisas disposições da lei" (*Princípios constitucionais dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982, página 44).

e o fazem atuar como "legislador positivo" são juridicamente válidas à luz da mencionada cláusula pétrea.

Não se trata, no entanto, de tema que se edifica, limita e exaure na metalinguagem do Direito. Pelo contrário! A atualidade dessa questão decorre de sua inegável implicação de ordem prática.

Basta verificarmos que, justamente sob essa óptica, inúmeras disposições normativas foram mantidas ou extirpadas do ordenamento jurídico pela Suprema Corte[2]. Eis a razão desse nosso entusiasmo.

2. CONFINS DA CLÁUSULA "SEPARAÇÃO DOS PODERES"

2.1. *A plurissignificação da expressão*

Consoante o artigo 2º da Constituição da República "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Trata-se de dispositivo de invulgar importância porque, ao mesmo tempo em que condiciona a validade das relações intersubjetivas reguladas pelo direito positivo, se encontra em posição de supremacia em relação aos demais preceitos constitucionais (qualificando-se, pois, como *sobreprincípios*).

Por isso mesmo é que as Cartas fundamentais das ordens jurídicas parciais (e não apenas à União) devem servil obediência a essas prescrições (nos termos dos arts. 25, "caput"; 29, "caput" da Constituição e 11 do ADCT) ou, como prefere o Supremo Tribunal Federal, ao "modelo federal" positivado pela Constituição da República[3].

Além disso, basta que o exegeta verifique a localização topológica em que o constituinte fez inserir o artigo 2º para que se revele a cardeal importância do conteúdo jurídico veiculado nesse dispositivo. Explicita-se: esse comando está inserido no Título I: "Dos Princípios Fundamentais".

Dessa forma, sendo a independência e harmonia entre os Poderes um *princípio fundamental* da República, ele garante a isonomia entre os referidos Poderes. E se mediatamente esse *princípio fundamental* preserva-se a igualdade entre as pessoas políticas, segue-se que não há necessidade de produção normativa ulterior para irradiação dos seus efeitos como, aliás, didaticamente prevê o artigo 5, §1º, da Constituição da República[4].

Essas considerações não resolvem (embora delimitem) o problema de elucidação da premissa de nossa análise. E isso porque o artigo 60, §4º, III, da Constituição da

[2] Supremo Tribunal Federal – Pleno – ADI nº 3.459 – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – DJ 7/4/2006; Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – RE nº 322.348 – Rel. Min. CELSO DE MELLO – DJ 6/12/2002; Supremo Tribunal Federal – Pleno – ADI nº 1.755 – Rel. Min. NELSON JOBIM – DJ 18.5.2001; Supremo Tribunal Federal – 1ª Turma – RE nº 344.331 – Rel. Min. ELLEN GRACIE – DJ 14.3.2003.

[3] Ações diretas de inconstitucionalidade nºs 3.361, 2.596, 1.677, 1.304 e 910, dentre outras.

[4] Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal – Mandado de Injunção nº 107.

República, preserva a *separação dos Poderes*. Explica-se o problema:

O artigo 2º prevê que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são *Poderes* da União. Resulta disso que a expressão Poderes está jungida aos órgãos credenciados a desempenhar as funções estatais (e não propriamente às funções desempenhadas).

Partindo-se dessa premissa, poder-se-ia concluir que o bem jurídico acautelado pela cláusula da imutabilidade constitucional (artigo 60, §4º, III) seria a separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário (e não entre as funções por eles exercidas).

Esse raciocínio seria encerrado com a seguinte consideração: acaso se pretendesse preservar a harmonia e independência entre as *funções estatais*, era necessário que outra fosse a redação do artigo 2º da Constituição da República[5], até mesmo porque onde o constituinte não diferenciou não cabe ao intérprete fazê-lo.

Ocorre que não comungamos desse pensamento visto que diversas são as premissas que escoram nossa exegese.

Em nosso entendimento, há outra forma de se edificar o sentido desse dispositivo constitucional. E essa opção de interpretação decorre de lição – ao nosso sentir cardeal – segundo a qual o texto legislado (especialmente o constitucional) deve ser interpretado em seu sentido vulgar, salvo quando outro não for o sentido corrente[6]. Vamos a ele.

O artigo 2º utiliza as expressões *independentes* e *harmônicos* para se referir aos Poderes. Ou seja: os *Poderes* devem ser *independentes* e *harmônicos*.

Ocorre que o vocábulo *independente* se refere a um elemento estático (um *estado de coisas*) e o termo *harmônico* (do verbo *harmonizar*) está jungido a algo dinâmico (uma *ação*). Ora, se a expressão *Poder* pretendesse representar apenas um objeto mentado (separação dos órgãos que desempenham as funções estatais) como, então, ele poderia ser, ao mesmo tempo, um *estado de coisas* e *uma ação*? Ou melhor dizendo: como poderia um elemento estático ser também harmônico?

Não negamos que um objeto mentado possa, em um momento, ser analisado ou edificado sob o viés dinâmico para, em momento subseqüente, ser encarado sob o ângulo estático. No entanto, essa percepção é imprimida pelo intérprete ao examinar o objeto mentado sob o ângulo de realidades logicamente distintas entre si.

Um exemplo cotidiano é suficiente para elucidar o que com isso desejamos destacar.

Ao observarmos um carro em movimento estamos defronte de dois fatos distintos (ainda que em uma apressada cognição possamos imaginar que se trata de

[5] A plurissignificação dessa expressão e de suas conseqüências não passou despercebida pelo crivo de JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, 12ª ed., páginas 109 e 110).

[6] Como, aliás, se pode verificar em nosso "A natureza jurídica das 'taxas' destinadas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) in *Tributação nas Telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, página 283.

um fato único e incindível): o objeto (carro) e seu movimento (sua dinâmica). Esses fatos são inconfundíveis entre si. Ainda que a dinâmica dependa do objeto, ele (o objeto) existirá independentemente da dinâmica.

Isso revela – para além de qualquer espécie de dúvida – que (i) a coisa e (ii) a dinâmica imprimida sobre a coisa são objetos logicamente distintos. Por essas razões, uma expressão (no caso *Poder*) não pode pretender significar objetos logicamente dessemelhantes.

Não fosse isso tema suficiente para ensejar toda sorte de dúvidas há, ainda, gravame interpretativo adicional.

E isso porque até o presente momento apontamos equívocos de natureza substancial (*estado de coisas* e *ação*). No entanto, a ele se acresce a imprecisão semântica (vício de natureza *formal*), posto que distintas realidades sejam enunciadas por meio de um mesmo vocábulo.

Notem a amplitude do equívoco: uma expressão sendo utilizada para representar duas realidades antagônicas. Esse é o problema por nós temido e tão bem conhecido representado pelo ordinário binômio manga-fruta e manga-roupa.

Essa segregação lógica entre duas realidades e a mazela semântica de identificá-las por meio de um vocábulo nos permite, justamente por sua elucidação, compreender os confins do conteúdo veiculado no artigo 2º da Constituição da República. Assim, pensamos que a compreensão do erro ao menos nos permitirá almejar o acerto![7]

2.2. Solvendo-se o aparente problema da plurissignificação

O artigo 2º da Constituição da República prescreve que o Poder é independente e harmônico.

Pois bem, o *Poder é independente* quando os órgãos credenciados a exercitar certo plexo de competências mantêm estruturas dissociadas dos demais, o que lhes garante autonomia na satisfação do interesse público.

E para que a consecução dos seus misteres constitucionais seja plenamente assegurada, a eles a Constituição atribuiu pessoal[8] e recursos próprios[9].

Assim, por meio do sobredito *estado de coisas*, a Constituição da República assegura aos órgãos estatais *meios* para satisfação do interesse público cujo encargo de sua realização lhes (aos órgãos) foi conferido.

Por isso mesmo, nos parece *incompleto* o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA para quem "independência" significa que (i) a investidura e a permanência dos agentes em cada um desses órgãos não dependa da vontade alheia; (ii) não há

[7] Lição, aliás, implicitamente contida nas observações de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (*Ciência Feliz*. São Paulo: Max Limonad, 2000).
[8] Artigos 61, §1º, II, 'a' e 84, VI, 'b', em relação do Poder Executivo; artigos 51, IV e 52, XIII, em relação ao Poder Legislativo; e artigo 96, II, em relação ao Poder Judiciário, todos da Constituição da República.
[9] Artigo 99, §1º, em relação ao Poder Judiciário; artigos 51, IV e 52, XIII, em relação ao Poder Legislativo e 61, §1º, II, 'b', em relação do Poder Executivo, todos da Constituição da República.

necessidade de consulta entre agentes dos órgãos para deliberações; e (iii) há livre iniciativa – observados os parâmetros constitucionais –, na organização dos respectivos "serviços"[10].

As conseqüências apontadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA decorrem da *independência* dos Poderes, mas não se prestam a identificar a sua essência (que, como procuramos revelar, é algo *estático*).

2.2.1. O estado de coisas assegura a ação estatal

Mas esse *estado de coisas* não existe por si só, como se descolado de qualquer outro parâmetro ou fim. Ele é prestante a algo. É concebido para um propósito.

Basta relembrarmos que, no plano geral e abstrato, as normas que disciplinam a função pública prevêem o ingresso do seu curador no pólo passivo da relação jurídica. Vale dizer que o perseguidor de uma função pública tem o dever ou a obrigação jurídica de realizar certas condutas em prol da coletividade que, por seu turno, tem o poder ou o direito subjetivo de exigir a realização da sobredita conduta[11].

É bem verdade que, no plano individual e concreto, esse curador pode ocupar (e geralmente ocupa) o pólo ativo de uma relação jurídica, praticando condutas (de fazer ou de não fazer) em prol do interesse público. Mas como essa situação concreta (conduta normada) encontra seu fundamento jurídico de validade em norma que lhe é hierarquicamente superior (ou seja, na norma geral e abstrata), segue-se que a prerrogativa de atuação do curador decorre de um dever (em prol da coletividade) e não de um poder (outorgado pela coletividade para satisfazer o dever que lhe foi acometido).

Por mais essa razão é que se mostra integralmente procedente o ineditismo do magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem no exercício da função pública há "dever-poder" de perseguir o interesse público[12].

Diga-se, ademais, que idêntica conclusão pode ser extraída do pensamento de RUY CIRNE LIMA, para quem a função pública é a "forma de atividade humana que obediente a um plano ou ordem preestabelecida, se propõe à realização de um fim determinado", razão porque "ater-se ao fim designado, não é simples faculdade, sensível a razões de oportunidade ou conveniência, – é dever"[13].

Essas passagens confirmam nossa assertiva inicial: como esses órgãos estatais existem para uma finalidade – que sabemos, consiste na perseguição do interesse público –, o Texto Constitucional, ao assegurar-lhes *independência* recíproca, criou fórmula imutável que lhes garante condições de perseguir seu mister por meio do desempenho de certas funções estatais (que é objeto *dinâmico*). Assim,

---

[10] *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª ed., 2004, página 110.

[11] Esse pensamento, em linhas gerais, foi igualmente contemplado por RUY CIRNE LIMA (*Preparação à Dogmática Jurídica*. Porto Alegre, 2ª edição, 1958, páginas 139 a 180), *apud* ALFREDO AUGUSTO BECKER (*Teoria Geral do Direito Tributário*. Campinas: Lejus, 1998, 3ª edição, página 234).

[12] *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 21ª ed., 2006, páginas 29 e 68.

[13] Op. cit. páginas 148, 149 e 151, *apud* ALFREDO AUGUSTO BECKER (*Teoria Geral do Direito Tributário*. Campinas: Lejus, 1998, 3ª edição, página 235).

a independência dos Poderes serve para garantir a harmonia no desempenho das funções estatais volvidas à satisfação do interesse público.

Essa é a razão pela qual pensamento que J. J. GOMES CANOTILHO sintetiza com rara felicidade essa idéia ao afirmar que a *independência e harmonia garantem a independência funcional*[14].

Outro, aliás, não é o magistério de GERALDO ATALIBA ao acentuar que "a teoria de divisão do poder afirma, finalmente, que hão de ser distintos os órgãos prepostos a uma ou outra finalidade"[15].

Em síntese: o que se acautela nos artigos 60, §4º, III e 2º da Constituição da República é a *independência funcional* do Executivo, Legislativo e Judiciário.

As conclusões até aqui atingidas nos permitem afirmar, por derradeiro, que ao Poder Judiciário é assegurada a independência em relação aos demais poderes para o desempenho de suas funções típicas.

3. FUNÇÃO DESEMPENHADA PELO PODER JUDICIÁRIO

Durante certo momento histórico, alguns sustentaram que havia uma classificação natural dos Poderes, de tal sorte que cumpria ao Judiciário decidir os conflitos surgidos.

Assim, na visão de THOMAS COOLEY, cabe ao Poder Judiciário "interpretar e aplicar a lei, quando surgem controvérsias concernentes ao que tem sido feito ou omitido"[16].

Ainda que essa classificação nada tenha de "natural"[17], cada um dos órgãos credenciados ao desempenho das funções estatais inova o ordenamento jurídico ao seu próprio modo. E isso porque, não obstante todos produzam normas jurídicas nesse mister, a valência, natureza e finalidade das normas produzidas diferem radicalmente entre si.

Com efeito, sendo o Direito objeto da criação humana destinado a preservar a segurança jurídica (que, em relação ao Estado, é traduzido pela *previsibilidade da conduta estatal*), a única forma de se atingir esse propósito é por meio de outra criação humana: a norma jurídica[18].

---

[14] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 7ª edição, 2003, página 171.

[15] *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, 2ª edição, página 50.

[16] THOMAS COOLEY. Ob. cit., páginas 43 e 44.

[17] Basta relembramos, a título de exemplo, que OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO concebe a existência de duas funções estatais (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. I, 2ª ed., 1979, páginas 24 e 33) e OTTO MAYER discorre sobre quatro "atividades" principais, relatando também a existência de mais nove "atividades" que não se inserem em nenhuma das quatro principais (*Le Droit Administratif Allemand*, Paris: V. Giard & E. Brière, Libr. Editeurs, Vol. I. 1903, páginas 1 a 14). Enfim, nada há de natural na classificação sugerida por MONSTESQUIEU em seu *Espírito das Leis*.

[18] Pensamos que a norma jurídica é uma criação humana, porquanto aos eventos da natureza aplica-se a lógica apofântica (ISAAC NEWTON bem soube disso ao ver a maça cair da árvore) e ao nosso objeto aplica-se a lógica deôntica. O fato de a norma jurídica ser um conceito lógico-jurídico não faz desaparecer uma propriedade que lhe é inata: ser decorrente de um pensamento humano.

Valendo-se dessa prerrogativa, as pessoas estatais preservam a segurança jurídica e garantem a satisfação do interesse público. Todavia, como já destacamos, a valência das normas produzidas por essas pessoas não é idêntica.

Em nosso direito positivo, ao Legislativo cumpre produzir normas jurídicas que inovam de forma inaugural o ordenamento jurídico para, com isso, criar, alterar ou suprir poderes, deveres, direitos e obrigações.

Por essa razão é que GERALDO ATALIBA destacava a imperiosa necessidade de esses comandos fixarem "genérica e abstratamente, com força obrigatória, os preceitos a serem observados não só pelos cidadãos, como pelos próprios órgãos do Estado"[19], até mesmo porque "editando normas abstratas e gerais, torna-se muito difícil ao legislador favorecer ou prejudicar deliberadamente os interesses particulares de determinado indivíduo"[20].

E, justamente porque somente cabe ao Poder Legislativo elaborar normas que possam inovar inauguralmente a ordem jurídica, que não é atribuído ao Poder Judiciário a prerrogativa de produzir norma jurídica de valência idêntica àquela emanada da atividade legislativa. Vale dizer: não é atribuição de nossos magistrados inovar o ordenamento jurídico de forma inaugural mediante a produção de normas gerais e abstratas. Não podem eles se substituir ao Legislativo por não terem recebido do povo mandato para manifestação da vontade popular.

Aliás, é na figura do mandato que a República viabiliza os meios de sua implementação, especialmente porque é nela que se cristaliza a representação popular. E os magistrados, reconheçamos, não são e não atuam como representantes do povo.

O magistrado não manifesta a vontade de povo; ele aplica a vontade querida pelo povo. A missão dos magistrados não é de índole política, mas sim técnica. Eles exercem função estatal por serem os mais capacitados (dentre o universo dos interessados) a manejar instrumental científico de concreta aplicação do direito. Em uma só voz: juiz faz Justiça!

Aliás, justamente porque ao Judiciário cumpre traduzir a vontade da lei ao caso concreto, lhe é proscrito nela agregar a sua vontade. Críticas porventura existentes sobre o conteúdo das leis são inócuas, na medida em que ao magistrado não cumpre julgar a lei, mas sim julgar segundo a lei.

Essas conseqüências advindas dessas diferenças são irradiadas a todas as fronteiras do Direito (até mesmo porque o Direito é uno). Verifique-se, por exemplo, que, dentre as várias classes de agentes públicos, os magistrados se fazem inserir como servidores públicos e não como agentes políticos (como são os Ministros de Estado, os Chefes do Poder Executivo e os *mandatários eleitos pelo povo*). Aqueles desempenham função estatal por merecimento; esses por vontade popular.

Não fosse suficientemente demonstrada essa abissal dessemelhança entre cada uma dessas funções, basta relembrarmos que entre os Poderes existe *independência funcional*. Se essa prerrogativa é intocável, como então podemos

[19] *República e Constituição*. Página 48.
[20] *República e Constituição*. Página 51.

conceber que Legislativo e Judiciário possam exercer, ao mesmo tempo, idêntica atribuição funcional? A harmonia entre os Poderes impede essa solução!

Resulta disso que ao Poder Legislativo cumpre, em regra, a produção de normas gerais e abstratas (preservadoras do ideal republicano) que inovam de modo inaugural o ordenamento jurídico, ao passo que ao Poder Judiciário cumpre a produção de normas individuais e concretas para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito formando-se, ao cabo dessa atividade, a coisa julgada.

O mesmo se diga em relação à função tipicamente desempenhada pelo Poder Executivo, cujo elemento identificador reside no desempenho de uma atividade de concreta aplicação da lei (e excepcionalmente da Constituição), submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Com efeito, se da aplicação da lei ou da Constituição advier suposta lesão ou ameaça de lesão a direito, poder, dever ou obrigação de algum dos sujeitos da relação jurídica, então esse esgarçar da propriedade e/ou da liberdade poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Mas, o Judiciário não se substitui ao Administrador para concretamente satisfazer as finalidades queridas pela lei e pela Constituição mediante atividades materiais e/ou jurídicas. Pelo contrário, ele atua onde essas atividades realizadas fazem nascer o conflito (*pretensão resistida*), e somente quando provocado, ao contrário do administrador, que não deve aguardar provocação de ninguém para cumprir os ditames legais.

3.1. O Judiciário atua como "legislador positivo" ou "legislador negativo"?

Doutrina e jurisprudência[21] afirmam que o Judiciário, no exercício de sua função típica, pode atuar apenas na condição de "legislador negativo". É necessário que se compreenda o que com isso se pretende dizer para que se identifique o alcance da colocação.

Conforme já esclarecemos, todos os Poderes exercem sua *independência funcional* mediante a produção de normas jurídicas. Elas (as normas) inovam o ordenamento jurídico na medida em que o Direito se auto-alimenta. Essa inovação pode ser positiva ou negativa se prescrições normativas forem acrescidas ou suprimidas do direito positivo. É esse o sentido que atribuímos, respectivamente, às expressões "legislador positivo" e "legislador negativo".

Assim, quando se aduz que o Poder Judiciário atua como legislador negativo, quer-se com isso dizer que, no exercício de sua típica função estatal, ele pode suprimir as prescrições normativas produzidas pelos Poderes. Não pode, contudo, produzir normas jurídicas que inovem em campo reservado à atuação dos demais Poderes.

Não obstante essas ponderações, o direito positivo prevê explicitamente que, em algumas restritas oportunidades, o magistrado pode atuar em substituição ao

[21] Supremo Tribunal Federal: Ações diretas de inconstitucionalidade nºs 1.755 e 3.459 e Recurso Extraordinário nº 322.348.

legislador e ao executor da lei. Ou seja, o Judiciário pode atuar como *legislador positivo* em campo que não lhe é típico.

Trata-se, como salta aos olhos de qualquer exegeta, de uma exceção ao princípio da *independência funcional* entre os Poderes. Aliás, se quisermos ser cientificamente precisos, não se concebe propriamente como uma exceção. É, pelo contrário, a própria conformação constitucional da *separação funcional* entre os Poderes. Sua morfologia jurídica é essa. Já nasce, por assim dizer, (de)limitado.

Essa substituição funcional atribuída ao magistrado não é nenhuma novidade entre nós. Basta relembrarmos que o Código de Processo Civil de 1939 prescrevia em sue artigo 114 que, na hipótese de anomia, circunstância em que se autorizava a decisão com base na equidade "o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador".

Mas como essa "exceção" comporta em seu bojo situações normativas que se repelem em razão de sua discrepância, há necessidade de apartá-las. Com efeito, é possível conceber que o magistrado possa excepcionalmente atuar no exercício de função legislativa ou no exercício de função administrativa.

Na primeira hipótese ele produzirá normas jurídicas gerais e abstratas que inovarão o ordenamento jurídico de forma inaugural. O mesmo não se siga no exercício atípico de típica função administrativa, caso em que a sobredita inovação normativa inaugural não se apresenta.

3.1.1. O Judiciário no exercício de típica função legislativa

A despeito da *independência funcional* que permeia a Separação entre os Poderes, há obrigatoriedade de o Judiciário se substituir ao Legislativo em certas oportunidades.

Deveras, o artigo 5º, LXXI, da Constituição da República autoriza a impetração de mandado de injunção caso "a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade , à soberania e à cidadania".

Há possibilidade de essas normas regulamentadoras inovarem o ordenamento jurídico de forma inaugural, posto que o artigo 102, I, "q", da Constituição indica que essa mora pode ser oriunda do Congresso Nacional ou de suas Casas.

Como o mandado de injunção é via de exceção de controle de constitucionalidade por omissão, a decisão judicial que acolhe definitivamente o *writ* impetrado só irradia os seus efeitos entre as partes litigantes.

Ora, se isso é verdade, ainda que o magistrado produza a norma regulamentadora necessária a sanar a omissão legislativa, sua conduta inovará o ordenamento jurídico de forma inaugural apenas para as partes envolvidas. Vale dizer: nestas circunstâncias o Judiciário não produzirá norma geral e abstrata, mas sim individual e concreta.

O Judiciário atuará, sim, como "legislador positivo", mas em amplitude sobremaneira restrita àquela tipicamente legislativa[22]. Não que o Legislativo esteja proscrito de produzir norma individual e concreta[23]; apenas que essa não é sua mais típica atribuição constitucional como averbou GERALDO ATALIBA.

A Constituição da República prevê, ademais, a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nessa hipótese, como a demanda se volta ao controle concentrado de constitucionalidade por omissão, o resultado dela advindo produz efeitos *erga omnes*. Nessa hipótese, diferentemente do que se verifica em relação ao *writ of injunction*, há possibilidade de o Judiciário atuar tipicamente como Legislador.

Ocorre que a mesma mazela que contaminou o início da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção também contamina a ADIN por omissão. E isso porque, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, nada há que o Judiciário possa fazer para constranger o Legislativo a produzir norma regulamentadora, nem tampouco se substituir a ele.

Nessa hipótese, restaria ao administrado amargar o tortuoso caminho da ação de responsabilidade civil do Estado por omissão e, tendo sucesso, amargar o caminho da liquidação de sua indenização por meio de precatório judicial.

A solução adotada pela Suprema Corte até o presente momento não nos seduz, porque a norma só goza dessa qualidade se o seu descumprimento ensejar para a pessoa desobediente alguma espécie de sanção. A norma não recomenda, não sugere, não aconselha; ela é um mandamento, ela prescreve!

Admitir que a fixação de prazo para o Legislativo exercer sua missão é uma mera recomendação, então a decisão judicial e o correspondente comando constitucional não são prescrições jurídicas. São, quiçá, recomendações sociológicas encartadas afoitamente pelo constituinte em texto estranho ao seu verdadeiro espírito.

---

[22] O entendimento do Supremo Tribunal Federal nessa matéria é disforme ao longo do tempo.
Nos autos do MI nº 584, aquela Corte reconheceu a inércia do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 192, §3º da Constituição e fixou a mora daquela Casa para que produzisse lei. Ao jurisdicionado cumpriu esperar, sentado, o cumprimento dessa decisão, posto que ela nunca ocorreu. E a segurança jurídica, a que se predestina o Direito, restou flagrantemente frustrada por conduta juridicamente mesquinha daquele que tinha por função curá-la.
Mais adiante (MI nº 361), reconheceu-se que o Judiciário só poderia fixar prazo para o Congresso Nacional legislar se o Estado fosse sujeito passivo de direito constitucional subjetivo.
A mora do Congresso Nacional – de impossível coerção forçada do Judiciário, ao menos segundo a visão do Supremo Tribunal Federal – ensejaria, no máximo, responsabilidade por omissão do Estado a teor do disposto no artigo 37, §6º da Constituição da República (MI nº 284).
Mas em razão da avassaladora inércia legislativa em certos campos, o Judiciário teve que, ao final, reconhecer conseqüências jurídicas advindas dessa mora legislativa. No MI nº 232 o Supremo Tribunal Federal concedeu prazo para que o Congresso Nacional legislasse sobre determinada matéria sob pena de, ao cabo do referido período, o impetrante (que era pessoa jurídica de direito privado não integrante da estrutura orgânica do Estado) passar a gozar de dada prerrogativa independentemente da existência de norma geral e abstrata.

[23] Basta relembrarmos que a abertura que crédito orçamentário extraordinário para realização de despesas pré-determinadas se dá por meio lei e as recentes Leis federais nº 11.338/06 (que deu nova denominação ao Aeroporto de Santarém – PA), nº 11.325/06 (que declara o sociólogo Florestan Fernandes patrono da Sociologia Brasileira) e, por fim, nº 11.323/06 (que autorizou a doação de um helicóptero, da marca tipo Esquilo – Biturbinado, para Armada da República Oriental do Uruguai).

O sistema normativo só é qualificado como tal se, ao mesmo tempo, existirem normas primárias, primárias sancionatórias e secundárias. Se isso não ocorrer, não teremos sistema normativo e não haverá Direito.

3.1.2. O Judiciário no exercício de típica função administrativa

Para que se possam edificar as múltiplas possibilidades de controle judicial da atividade administrativa, deve o intérprete adotar como objeto central de estudo a específica forma de manifestação de vontade estatal: o *ato administrativo*.

Ora, se o exercício da *independência funcional* exige que os Poderes produzam normas jurídicas – legislando positiva ou negativamente –, segue-se que a manifestação de vontade decorrente do exercício da função administrativa não será diversa daquela decorrente do exercício das demais funções estatais.

Assim sendo, a norma jurídica decorrente do exercício da função administrativa inovará o ordenamento jurídico positiva ou negativamente, tal como ocorre com as normas jurídicas produzidas pelos demais Poderes.

No entanto, o que efetivamente obriga uma determinada pessoa a fazer ou não fazer algo não é a totalidade da norma jurídica (até mesmo porque edificada sob juízo hipotético-condicional); mas apenas o seu mandamento, sua prescrição.

Se quiser delimitar com precisão o conceito nuclear do revestimento externo do desempenho da função administrativa cumpre-nos então designá-lo como *ato administrativo*.

Mas, sendo o ato administrativo logicamente semelhante a todo e qualquer mandamento normativo, ou há algo em sua substância que lhe torne típico ou, então, não será prestante dar nomes diferentes às coisas iguais. Mas há, sim, algo de peculiar na substância do mandamento normativo decorrente do exercício da função administrativa.

No magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[24], ato administrativo é mandamento complementar à lei (ou excepcionalmente à Constituição) a título de lhe dar cumprimento, produzido no exercício de prerrogativas públicas e submetido à apreciação jurisdicional quanto a sua legitimidade (conformidade à lei e aos princípios informadores da Administração, ou seja, conforme ao Direito).

Como não há lesão ou ameaça a lesão que possa ser afastada de apreciação judicial (nem mesmo aquela oriunda de ato típico do Poder Judiciário[25]), essa manifestação jurídica do Estado no exercício de função administrativa não é exceção à ampla revisibilidade da atuação estatal.

A pergunta que se coloca é: há possibilidade de essa revisão judicial ser positiva? Vale dizer: poderá o Poder Judiciário se substituir ao Administrador e produzir, ele mesmo, um ato administrativo no exercício de função jurisdicional.

---

[24] *Curso de Direito Administrativo*. Página 366.
[25] O cabimento de mandado de segurança contra ato judicial comprova a indistinta aplicação desse primado.

O tema exige que se identifique, ao menos meteoricamente, uma das classificações mais correntes de atos administrativos, qual seja, a de atos vinculados e discricionários (ou melhor dizendo, atento aos apontamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, atos praticados no exercício de competência discricionária ou vinculada).

Ainda que o exercício da função administrativa seja de submissão à lei e ao Direito para sua concreta realização, o primado da legalidade não é antitético ao exercício de competência discricionária como fez notar TOMÁS HUTCHINSON[26].

Nos atos praticados no exercício de competência discricionária o administrador goza de certa margem de liberdade para satisfação do interesse público, na medida em que a lei não anteviu, diante da ocorrência de determinado suporte fático, a única e restrita possibilidade de satisfação do interesse público.

Nestas hipóteses, em que se pratica um ato discricionário, o Poder Judiciário não pode se substituir ao administrador para, em seu lugar, fazer a opção de qual a melhor solução a ser adotada à luz do caso concreto para satisfação do interesse público. Não pode ele, pois, atuar como "legislador positivo".

E isso porque a *independência funcional* entre os Poderes afasta o exame do *mérito* do ato administrativo discricionário do controle judicial. Aliás, como bem observou CAIO TÁCITO ao destacar os confins do "poder discricionário", "não cabe ao juiz, substituir a ação administrativa pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária será tão nociva quanto o descrédito da Administração"[27].

Não obstante isso, a discricionariedade não se confunde e nem tampouco autoriza a prática da arbitrariedade[28]. Daí porque ao Judiciário será autorizado examinar a razoabilidade da conduta praticada pela Administração no exercício dessa competência, posto que a "discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei"[29].

Havendo múltiplas alternativas razoáveis ao cumprimento da finalidade da lei, então, essa escolha cumpre apenas àquele que goza da correspondente competência. Ao Judiciário cumpre examinar os excessos e arbítrios porventura praticados, identificando aquelas hipóteses em que a solução adotada não condiz minimamente com o fim querido pela lei. Ou seja, trata-se de controle sobre a legalidade do ato administrativo.

Nessas hipóteses, o Poder Judiciário anula o ato (exercendo sua qualidade de "legislador negativo") e a Administração, valendo-se da sobredita competência discricionária, produz outro ato que, à luz da *razoabilidade*, satisfaça o interesse público.

---

[26] *Princípio da Legalidad. Discricionalidad y Arbitrariedad* in "Revista Jurídica de Buenos Aires". Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis, 2005, página 297.
[27] *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. I, 1997, página 989.
[28] Como fez notas TOMÁS HUTCHINSON (*Princípio da Legalidad. Discricionalidad y Arbitrariedad*, página 310) e CAIO TÁCITO (*Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*, página 991).
[29] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, página 918.

Solução diversa ocorre se estivermos diante de atos vinculados[30]. Nessas hipóteses não há qualquer margem de liberdade ao administrador. Se há subsunção dos fatos à hipótese, a solução antevista pela lei é em apenas um sentido.

Se pela análise da hipótese (antecedente normativo), do mandamento (conseqüente normativo) ou da finalidade da norma não for possível identificar qualquer margem à apreciação subjetiva conferida ao administrador, então, a solução antevista pela lei é em apenas um sentido.

Ocorre que a Administração, não obstante esteja diante de circunstância fática que exija a produção de ato administrativo em um sentido, pode produzir ato em sentido diverso ou, pior, permanece inerte. Diante disso, qual o limite para atuação jurisdicional?

Tomemos o seguinte exemplo: servidor público que há 40 anos ocupa cargo público completa 70 anos de idade. Não obstante a hipótese seja de aposentadoria compulsória, seu pedido para reconhecimento dessa situação não é analisado e, embora o pagamento de seus vencimentos tenha cessado ainda não teve início o pagamento dos proventos de aposentadoria.

Nesse caso, o Judiciário (i) apenas detecta a mora do administrador e fixa prazo para que ele produza o ato; ou (ii) ele mesmo já reconhece a ocorrência da hipótese de aposentadoria compulsória e fixa prazo para que a Administração inicie o pagamento dos valores devidos a título de proventos. Note-se que na primeira hipótese o Judiciário atua como "legislador negativo" ao passo que na segunda hipótese sua conduta equivale a de um "legislador positivo". Qual a solução prestigiada pelo direito positivo?

Ora, se a pessoa interessada demonstrar cabalmente o preenchimento do suporte fático que autoriza a produção do ato derivado do exercício de competência vinculada, o magistrado reconhecerá que há irradiação dos efeitos queridos pela lei e que a Administração está obrigada a adotar os atos materiais necessários a concreto proveito do desfrute prescrito em lei.

Basta relembrarmos que, em se tratando dessa espécie de ato administrativo, ocorrido o suporte fático (subsunção) dá-se, automática e infalivelmente (ALFREDO AUGUSTO BECKER[31]), o mandamento. O mandamento pode não ser querido ou desejado pelo agente público ou pelos destinatários da norma. No entanto, como à norma jurídica se aplica a lógica deôntica, uma vez ocorrida a hipótese irradia-se infalivelmente o conseqüente.

Não há agente público, particular, ato administrativo, judicial ou legislativo que possa impedir essa conseqüência, salvo naquelas hipóteses em que o próprio Direito autoriza a retroação dos efeitos normativos (o que é exceção entre nós).

A essa hipótese acresça-se o evento revolucionário (verdadeiro esfacelamento da ordem jurídica) que, isso sim, teria o condão de irromper o que restou dito acima, até mesmo porque *não há direito adquirido diante de nova Constituição*.

---

[30] Ainda que para CAIO TÁCITO "A prática Administrativa evidencia, porém, serem raros esses modelos extremos e categóricos. Não há, usualmente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matrizes de predominância, mais ou menos acentuadas, dando relevo à parte livre ou subordinada da manifestação administrativa" [*Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, página 990].

[31] *Teoria Geral do Direito Tributário*.

Nessa circunstância, contudo, a Revolução não é um ato jurídico. É, pelo contrário, um fato original de qual renasce o Direito (ato).

Afora essas excepcionais circunstâncias, diante de lesão ou ameaça de lesão a direito decorrente da má-aplicação ou inaplicação de norma fixadora de competência administrativa vinculada, o magistrado reconhece que os efeitos jurídicos prescritos já nasceram. O juízo realizado é, pois, meramente declaratório (tal como ocorreria se o administrador se encontrasse em idêntica situação).

Mas a conduta assim realizada pelo Poder Judiciário (que inegavelmente inova a ordem jurídica), não significa dizer que o magistrado também está autorizado a praticar concretamente os atos materiais previstos pelo ato administrativo.

Afinal, como já dissemos, o magistrado faz Justiça (mas não com as próprias mãos). Sua atividade é de ordem jurídica e não material. Pode atuar como legislador positivo em campo que não lhe é próprio, mas isso não lhe autoriza se substituir às atividades materiais desempenhadas pelos demais Poderes.

Em síntese, ainda que a *independência funcional* do Estado no exercício da função jurisdicional seja precipuamente negativa (mediante o reconhecimento da invalidade de prescrições normativas), há possibilidade de sua atuação se revestir de caráter inovador positivo.

Essa inovação normativa positiva no ordenamento jurídico se dará quando (i) houver falta de norma regulamentadora sobre determinada matéria; e (ii) estivermos diante do exercício de competência vinculada da Administração.

Afora essas hipóteses, seguramente haverá burla ao ideal da *independência funcional* entre os Poderes, o que não se pode admitir.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ZOCKUN, Maurício. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO E NEGATIVO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 35, julho/agosto/setembro de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-35-JULHO-2013-MAURICIO-ZOCKUN.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.