

## SEPARAÇÃO DOS PODERES E (IN)DETERMINAÇÃO JURÍDICA

### SEPARATION OF POWERS AND LEGAL (IN)DETERMINACY

Pablo Biondi<sup>1</sup>

*Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*

#### Resumo

O presente artigo propõe uma articulação entre os diferentes discursos sobre a separação de poderes ao longo da modernidade jurídica, as diferentes compreensões sobre o sentido da prática decisória dos juízes e os níveis de determinação do direito. Visualiza-se, nesse raciocínio, a seguinte periodização: sob o Estado liberal, um modelo rígido de separação de poderes que corresponde ao formalismo jurídico e ao paradigma do juiz “*bouche de la loi*” (determinação do direito num sentido forte); sob o Estado intervencionista, um modelo diluidor de separação de poderes que corresponde ao ceticismo jurídico e ao juiz dotado de amplos poderes discricionários (ampla indeterminação do direito); sob o Estado regulador, um modelo flexível de separação de poderes que corresponde a um posicionamento intermediário, compatível com a ideia de uma textura aberta do direito e com a utilização de juízos de razoabilidade prática (indeterminação parcial do direito). Por fim, faz-se constar que a pesquisa realizada observou o método bibliográfico e se insere no domínio da teoria do direito.

#### Palavras-chave:

Separação dos poderes. Indeterminação do direito. Poder Judiciário. Interpretação jurídica. Criação judicial de direito

#### Abstract

The current article proposes an articulation between the different discourses on the separation of powers throughout legal modernity, the different understandings about the meaning of the decision-making practice of judges and the levels of determination of law. In this reasoning, the following periodization can be seen: under the liberal state, a rigid model of separation of powers that corresponds to legal formalism and the paradigm of the judge “*bouche de la loi*” (determination of law in a strong sense); under the interventionist state, a diluting model of separation of powers that corresponds to legal skepticism and the judge endowed with broad discretionary powers (wide indetermination of the law); under the regulatory state, a flexible model of separation of powers that corresponds to an intermediate position, compatible with the idea of an open texture of the law and with the use of judgments of practical reasonableness (partial indeterminacy of the law). Finally, it is noteworthy that the accomplished research followed the bibliographic method and inserts itself in the domain of legal theory.

#### Keywords:

Separation of powers. Legal indeterminacy. Judicial power. Legal interpretation. Judicial creation of law

## 1. INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário na produção daquilo que se entende por direito foi e ainda é motivo de celeuma na filosofia do direito. Essa celeuma usualmente se apresenta como uma oposição entre entendimentos formalistas e entendimentos céticos sobre a determinação do direito: segundo os formalistas, as disposições jurídicas abstratas constituem uma legislação a ser aplicada – e tão somente aplicada – pelos juízes, diminuindo-se o espaço de inventividade dos aplicadores; já de acordo com os céticos, os textos normativos não passam de instrumentos

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da USP vinculado ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, membro do grupo de pesquisa DHCTEM-USP e membro permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da FDSBC. E-mail: pablobiondi@gmail.com.

a serviço das convicções pessoais dos julgadores, os quais se apropriam dos materiais normativos para decidir em favor dos fins que consideram socialmente desejáveis, criando direito sem se deixar dirigir ou constranger por um regramento previamente determinado.

Numa leitura formalista, o direito coloca-se para o aplicador como um objeto plenamente dado, ou seja, que não pode variar em função das subjetividades do agente. O intérprete, assim, é tratado como um mero declarador de sentidos, pois se entende que a sua atividade apresenta um caráter cognitivo. Supõe-se a existência de um significado unívoco para o texto normativo, imaginando-se que o próprio enunciado contém uma verdade objetiva. O que impera nesse tipo de análise é uma atitude textualista que, manifestando horror à discricionariedade judicial, corresponde ao modelo do juiz como “*bouche de la loi*”, no qual há um enaltecimento da literalidade da lei, admitindo-se, de modo complementar, um esforço originalista para se recuperar a volição do legislador no instante de criação do direito (como o exame empírico dos trabalhos preparatórios que antecedem as sessões legislativas).

Em contrapartida, a concepção cética enxerga na prática decisória uma livre estipulação de sentido por parte do julgador, que se coloca como um doador de sentido em face de um texto passivo. O juiz é encarado como um agente que elege um significado (dentre outros possíveis) para o enunciado normativo, fazendo-o mediante um ato discricionário de vontade. Perde-se de vista a preocupação com a vontade original do legislador, pois se entende que o que importa é a “vontade da lei” nos termos em que ela é aplicada pelos órgãos competentes. Admite-se, a partir daí, que o juiz toma parte na produção do direito, fazendo-o, inclusive, numa posição privilegiada. Em adendo, infere-se que o ato interpretativo do juiz, enquanto mera escolha subjetiva, não se sujeita a juízos de verdade ou de falsidade, não se podendo cogitar uma única resposta correta para um caso. Com isso, abre-se caminho para a inventividade do julgador e para a consagração do Judiciário como uma das forças dirigentes da sociedade, ainda que em prejuízo da determinabilidade do direito.

Diante do embate entre os extremos, surgem posicionamentos intermediários. No que diz respeito às possibilidades de determinação do direito sob o ponto de vista da prática decisória, pode-se identificar um campo bastante heterogêneo que, de alguma maneira, conjuga a abordagem cognitiva e a abordagem cética, sustentando que o significado dos textos normativos apresenta uma indeterminação parcial, e que só se pode falar em respostas corretas para algumas situações (Sgarbi, 2020, p. 248).

Em termos de posições dominantes, pode-se dizer que o formalismo encontrou seu auge no século XIX, enquanto que as doutrinas céticas prosperaram entre o final do século XIX

e a primeira metade do século XX. Da segunda metade do século XX em diante, o debate parece desenvolver-se a partir de posições mais ao centro nesse espectro jusfilosófico, mas que contêm, como diferencial, um cuidado mais acentuado com a interpretação jurídica e com a fundamentação das decisões (algo que não estava dado nem sob a hegemonia do formalismo e nem sob a hegemonia posterior do ceticismo). Teorias como a de Dworkin, por exemplo, enfatizaram o embasamento argumentativo da decisão judicial, tomando-o como o cerne da racionalidade jurídica – uma racionalidade que só poderia ser reconhecida com a recusa das propostas formalistas e céticas,<sup>2</sup> e que, no caso do jurista estadunidense, seria representada na formulação do direito como integridade (a qual, por sua vez, acabou flertando com um certo formalismo ao propor um padrão absoluto de correção na figura do “juiz Hércules”).

Uma vez elencados os principais posicionamentos sobre o problema da determinação do direito, somando-se a isso a percepção de que eles se sucederam em períodos de hegemonia, resta saber quais são as bases sociais e políticas pelas quais se pode compreender tais viragens no interior da filosofia do direito. Não nos cabe, no presente artigo, realizar um exame exaustivo dos mencionados fundamentos. Pretendemos destacar apenas um aspecto da questão, mas um aspecto que nos parece determinante, a saber: o nexos entre as distintas formas de entendimento da separação dos poderes e as divergências acerca da extensão do papel que se reconhece aos juízes em suas decisões.

Cumprir observar que a problemática do alcance interpretativo das decisões judiciais e os seus reflexos no tema da determinação (ou indeterminação) do direito envolve, inevitavelmente, um dado discurso sobre a divisão dos poderes – seja para enaltecê-la em seu sentido clássico, para lançá-la em descrédito ou para relativizá-la. Essas variações discursivas a respeito da separação dos poderes, por sua vez, decorrem de mudanças nas funções do Estado e na relação entre o poder público e a sociedade civil.

Nosso esforço será o de expor e classificar, de maneira justificada, três tendências dominantes em função das quais se pode periodizar a teoria do direito no que concerne o sentido da prática decisória dos magistrados: i) formalismo jurídico sob o Estado liberal e afirmação de um modelo rígido de separação de poderes; ii) ceticismo jurídico sob o Estado intervencionista e diluição da separação dos poderes na unicidade dos órgãos estatais; iii) correntes

---

<sup>2</sup> O formalismo e o ceticismo aproximam-se, em determinados aspectos, daquilo que Dworkin (1999, p. 118-119) alude, respectivamente, com as noções de convencionalismo (exigência de uma coerência exclusiva com deliberações do passado) e de pragmatismo (juízos prospectivos de conveniência sobre o que é melhor para a comunidade). A defesa do direito como integridade consta, pois, como uma alternativa às duas posições (tanto uma defesa do caráter interpretativo do direito como uma crítica da discricionariedade judicial).

intermediárias sob o Estado regulador e atitude moderada ou flexível diante do conceito de separação dos poderes. Ao desenvolvermos tal percurso, poderemos clarificar os elementos políticos que originam os conflitos de posicionamentos no modo de se compreender as decisões dos juízes, o que reforça a conexão mais ampla entre teoria jurídica e pensamento político.

## 2. SEPARAÇÃO DE PODERES, FORMALISMO E LIBERALISMO

A doutrina da separação dos poderes, em seus primórdios, “desdenha” a figura do juiz, negando-lhe qualquer tipo de proeminência. Quando John Locke (1998, p. 514-516) enunciou os poderes que compõem a sociedade política, ele indicou um poder legislativo (aquele que, por direito, fixa as diretrizes para o uso da força da sociedade política), um poder executivo (aquele que se encarrega da perpétua execução e assistência dos desígnios legais) e um poder federativo (aquele que gere a segurança da segurança e do interesse da sociedade no plano externo, ou seja, no nível das relações internacionais). Há um eloquente silêncio acerca do juiz no que concerne à separação de poderes.

Os juízes são citados, em Locke, apenas como agentes autorizados que exercem uma função de intermediação entre a autoridade legislativa e os direitos dos cidadãos. A justiça que o juiz dispensa não lhe pertence, pois se supõe que ele apenas maneja os comandos legais. Aliás, o poder de elaborar leis é reputado como intransferível: tal poder deriva diretamente do povo e, em razão do seu caráter supremo, não pode ser colocado nas mãos de terceiros. Em adendo, quaisquer poderes depositados em quaisquer agentes da sociedade política são subordinados ao poder legislativo ou dele derivados (Locke, 1998, p. 519). Poder-se-ia acrescentar que parece surgir daí a concepção austiniana do poder dos juízes como uma porção delegada do poder soberano.<sup>3</sup>

Montesquieu (2000, p. 167-168), diferentemente, indica o “poder de julgar” (castigar crimes e decidir litígios) como um terceiro poder, o qual deveria, em nome da liberdade política, ser “separado” dos demais poderes. Sem isso, o cidadão viveria sob a constante ameaça de tirania, sujeitando-se a uma situação em que o poder sobre a vida e a liberdade seria arbitrário, em que o juiz seria um legislador absoluto. O remédio contra o abuso da autoridade seria dispor

---

<sup>3</sup> “Ora, quando os juízes transformam um costume em regra legal..., a regra legal que estabelecem é estabelecida pela legislatura soberana. Um juiz subordinado ou súdito é apenas um ministro. A porção de poder soberano que está à sua disposição é apenas delegada. As regras que ele faz obtêm sua força legal da autoridade dada pelo Estado; que o Estado pode conceder de maneira expressa, mas que em geral dá por meio de aquiescência” (AUSTIN, 2002, p. 342).

os poderes de tal maneira que um pudesse funcionar como limite do outro, o que se daria nos marcos da legalidade: “que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167).

O que se nota no conhecido filósofo, aliás, é a típica desconfiança do liberalismo francês em relação aos juízes, historicamente identificados como pilares do *Ancien Régime*. Totalmente ao contrário do *common law*, que enaltece o magistrado como um “oráculo do direito”, como porta-voz da juridicidade enquanto costume jurisprudencial, a tradição francesa pretende encontrar o direito na legislação enquanto normatividade geral e abstrata, isto é, como obra de um soberano que enuncia a sua vontade vinculante para toda a comunidade. Não por acaso, a lei é sugerida por Montesquieu como a única fonte legítima de obrigações jurídicas, o que acabaria por tornar “invisível e nulo”, por assim dizer, esse “poder de julgar”, um poder terrível que não deveria ser confiado a um órgão permanente, e sim a um colegiado formado por “pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer” (MONTESQUIEU, 2000, p. 169).

Julgar uma causa, assim, é exercer um poder, mas o bom exercício desse poder (isto é, segundo a receita de um “governo moderado”) haveria de propiciar a neutralização do próprio juiz, negando-lhe o estatuto de uma potestade autônoma. Essa neutralização aparece, na aurora do liberalismo, como exaltação textualista do raciocínio de subsunção dos fatos às normas legais<sup>4</sup> e também como proposta de um arranjo institucional que dispensa a conformação de um corpo permanente de magistrados, conforme defendido pelo próprio Montesquieu. De acordo com esse horizonte, o juiz “não passa de uma presença e de uma voz”, ele é reduzido à condição de “um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e em dizer a lei” (ALTHUSSER, 1972, p. 133).

Na era do liberalismo clássico, assim, formam-se as bases do formalismo jurídico do século XIX, o que se comprova na compleição eminentemente liberal da dogmática jurídica nascente. Para que o indivíduo alcançasse a almejada imunidade contra o exercício arbitrário da autoridade, seria preciso que as barreiras à ação individual fossem não apenas mínimas em seu conteúdo legal, mas também claras e precisas. Quaisquer restrições a direitos individuais

---

<sup>4</sup> Cesare Beccaria (1999, p. 33-34), nesse diapasão, exaltava a aplicação do direito nos termos de um “silogismo perfeito”, capaz de impor a constância da lei e de afastar a “errante instabilidade das interpretações”, o que evitaria que os súditos se encontrassem sujeitos à “pequena tirania de muitos”. Daí a necessidade de um código de leis que fosse observado *ad litteram*, cabendo ao juiz apenas avaliar as ações à luz do texto legal.

deparariam de uma estipulação legal prévia, isto é, de uma disposição do poder soberano, mas uma disposição que fosse aplicada fielmente, em observância à vontade do legislador, a qual passaria a ser a definitiva e irretocável manifestação do direito.

O formalismo jurídico é identificado por Carlos Santiago Nino (2010, p. 41) como um tipo de positivismo, uma concepção que sustenta que “o direito é composto exclusiva ou predominantemente por preceitos legislativos, ou seja, por normas promulgadas de modo explícito e deliberado por órgãos centralizados”, e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. Além disso, as normas da legislação formariam uma ordem jurídica completa (desprovida de lacunas), consistente (desprovida de contradições) e totalmente determinada (desprovida de vagueza e de ambiguidade). Esses e outros atributos que são atribuídos idealmente à totalidade das normas jurídicas integram o chamado “modelo dogmático do legislador racional”, uma figura típica do raciocínio jurídico atrelado à tradição do *civil law*, e que cumpre a função de exaltar a legislação estatal como fonte exclusiva do direito positivo.<sup>5</sup>

Conforme afirma José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 119), o formalismo jurídico apresenta-se como uma atitude legalista no que diz respeito à aplicação do direito e como uma atitude de rigidez no que concerne o aparato conceitual dos juristas. O que se tem é uma visão do direito que restringe o raciocínio jurídico a uma operação lógico-formal,<sup>6</sup> a exemplo da subsunção do caso concreto à norma abstrata (legalismo), como a forma de pensar que adota categorias dotadas de uma verdade que transcende a prática jurídica, conceitos absolutizados, hostis às transformações da realidade a ser descrita (“absolutismo conceitual”).

No contexto em que a lei emerge como a referência central do direito, em contraposição às pretensões jusnaturalistas de uma juridicidade metafísica, a ordem jurídica passa a ser entendida como um produto das deliberações estatais. E como o conteúdo dessas deliberações correspondia ao programa do Estado liberal, ocorreu que o juspositivismo formalista (isto é, o positivismo jurídico em sua época de nascimento) absorveu para si as aspirações e valorações do liberalismo político. Não por acaso, as teorias formalistas

---

<sup>5</sup> Vale acrescentar que há uma variante do formalismo jurídico ambientada no *common law*, e que defende uma metodologia científica para o direito a partir da análise conceitual dos institutos jurídicos presentes nos *casebooks*, sendo que esses institutos, dotados de uma lógica própria, haveriam de prevalecer sobre quaisquer discursos de adaptação do direito a novas demandas fáticas. O grande representante dessa corrente foi Christopher Columbus Langdell, jurista norte-americano do século XIX.

<sup>6</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 316) aponta que, tradicionalmente, a dogmática encara a decisão jurídica como uma construção silogística, como uma “operação dedutiva em que: (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*”. Essa redução logicista da atividade deliberativa na prática jurídica, segundo o autor, prejudica a compreensão da complexidade do processo deliberativo.

mobilizaram amplamente uma série de categorias originárias da filosofia liberal do século XVIII, como indivíduo, vontade, consciência, interesse etc. (MUÑOZ, 2008, p. 62).

No que diz respeito a essa confluência entre uma cosmovisão liberal e um método juspositivista, merece destaque a “escola da exegese”, que atuou como a máxima apologia doutrinária do movimento de codificação do direito. Esse movimento teve como eixo a experiência do Código Napoleão, esse monumento jurídico da modernidade que corresponde ao ápice daquilo que era entendido como “ciência da legislação”. Para Norberto Bobbio (1995, p. 65-66), o código era um instrumento de ultrapassagem da pluralidade de regulamentações que era própria do período anterior ao Estado nacional, uma garantia de que a legislação seria racional, isto é, dotada de comandos que primam pela brevidade e pela clareza – acessíveis, portanto, a qualquer cidadão, ao contrário dos calhamaços doutrinários restritos à erudição (e às cavilações) dos juristas.<sup>7</sup>

Em sua substância, a codificação disciplinou de forma breve e parcimoniosa a distribuição dos bens, consagrando os procedimentos mercantis de alocação de riqueza. Com respaldo legal, e sob a forma jurídica da autonomia privada, é o próprio mercado que define como se dará a disposição do patrimônio. Ao formalizar características como a unidade do agente que se engaja em relações jurídicas (sujeito único, anulação das estratificações), a uniformidade da base normativa para as transações (ordenação sistemática dos fundamentos legais) e o objetivismo nos atos voluntários (a lei não governa o homem concretamente, e sim a sua atividade objetiva, os seus atos de vontade, sejam eles civis, comerciais ou penais), o direito codificado mostrou-se deveras adequado às finalidades do Estado liberal (TARELLO, 2008, p. 29).

A escola da exegese surge, como é cediço, na esteira da codificação napoleônica, trazendo como principal postulado a igualação entre o direito civil e o código civil. Os institutos jurídicos já não seriam concebidos como derivações de uma razão transcendente ou como componentes do legado da tradição romana, e sim como criações oriundas de uma deliberação legislativa que toma a forma de um corpo sistemático de normas. No caso do código, entendeu-se que se tratava de diploma legal autossuficiente, de um texto normativo a ser apreciado

---

<sup>7</sup> “No século XVIII, afirma-se um poder político com pretensões de legislar e centralizar o poder de produção do direito. Aos poucos as diversas fontes (costumes, estilos de julgar dos tribunais, doutrina) se transformam em fontes subsidiárias e auxiliares (...). O século é também marcado pela queixa generalizada contra os excessos de sutileza e as cavilações dos juristas, levando a uma busca de simplicidade e objetividade bem expressa no movimento pela codificação do direito” (LOPES, 2021, p. 215).

exegeticamente, sem qualquer apelo a razões externas ao texto, ainda que não fosse essa a perspectiva original dos juristas que participaram da codificação (GORDLEY, 2013, p. 197).

Norberto Bobbio (1995) apontou cinco causas elementares que explicam o advento da escola da exegese: i) o fato da codificação, que institui o código como fonte principal para a solução de conflitos jurídicos; ii) a mentalidade dos juristas, voltada para o princípio da autoridade (exaltação do poder soberano e da vontade do legislador); iii) a doutrina da separação dos poderes, entendida num sentido hostil à criatividade dos juízes, já que qualquer julgamento destoante da letra da lei seria uma usurpação de competência e um atentado contra o desejo do legislador;<sup>8</sup> iv) o princípio da certeza do direito, referente às expectativas dos jurisdicionados em face da aplicação da lei; v) a pressão do regime napoleônico sobre as instituições de ensino superior na França, e que culminou na paulatina eliminação das doutrinas de cunho jusnaturalista, consideradas inúteis e eventualmente perigosas.

A terceira e a quarta causa, na listagem de Bobbio, são as que nos interessam mais de perto. Nos primórdios da codificação, a fidelidade ao código é entendida como respeito à soberania popular. O povo, representado pelo legislador, é ideologicamente retratado como portador de uma vontade a ser cumprida, a exemplo da vontade dos contratantes e testadores nas relações entre os particulares. A própria representação legislativa remete ao instituto do mandato, uma categoria de representação de interesses que se origina da autonomia privada. O sistema eleitoral que engendra a composição das casas legislativas, conforme constata Michel Miaille (1978, p. 205), tomou emprestado do direito privado o conceito jurídico de mandato enquanto delegação volitiva de poderes.

Em adendo, o chamado princípio da certeza do direito corresponde à exigência de segurança jurídica,<sup>9</sup> exigência que “faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei” (BOBBIO, 1995, p. 80). Assim, a escola da exegese ostentava os traços mais fortes do formalismo que impregnava o pensamento juspositivista no instante histórico do seu

---

<sup>8</sup> No artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANCE, 1789), consta solenemente registrado que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. Esse rigorismo concernente à divisão dos poderes foi um ponto programático fundamental da Revolução Francesa, e certamente mais acentuado na tradição do *civil law*.

<sup>9</sup> Arthur Kaufmann (2007) pontua que a segurança jurídica pode significar tanto a segurança por meio do direito (proteção contra danos, como violência e inadimplemento) como a segurança do próprio direito, no sentido da garantia da sua cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade (exequibilidade protegida do arbítrio decisório e do câmbio normativo excessivo). Contudo, a segurança no primeiro sentido depende, de acordo com o autor, da segurança no segundo sentido.

nascimento. Se o direito nada mais é do que o que está escrito num texto legal claro e racional como o código, não se poderia esperar da ordem jurídica nada que ultrapasse ou contrarie aquilo que foi textualmente posto pela autoridade. Daí o descaso típico dos formalistas em face dos efeitos da vontade legal, tal como descrito por Manuel Atienza: “a própria aplicação do Direito vai aparecer também como uma operação lógica, cuja conclusão será o resultado de uma série de processos dedutivos e onde os aspectos de caráter sociológico, psicológico, ético, etc., não desempenharão qualquer papel”, pois o que importa é “que as decisões sejam adaptadas de acordo com as normas pré-estabelecidas (em leis ou em precedentes) e não que produzam consequências que possam considerar-se adequadas” (ATIENZA, 2014, p. 262).

Na medida em que estão em jogo questões de elevada importância para a sociedade moderna, e isso ainda na atualidade, como a legitimação democrático-liberal da autoridade centralizada na forma de um poder soberano, bem como a demanda por previsibilidade e calculabilidade das decisões judiciais, não surpreende que as correntes formalistas e textualistas do pensamento jurídico não tenham desaparecido. Levando-se em conta o discurso de autores contemporâneos como Tom Campbell,<sup>10</sup> sem falar nas incontáveis posições doutrinárias alinhadas a essa perspectiva na dogmática jurídica<sup>11</sup>, constata-se que o apelo à força vinculante do texto na determinação do direito – com amparo nos motivos de legitimidade e de certeza sobre aquilo que é juridicamente devido – é uma figura permanente da modernidade jurídica (nunca foi inteiramente abandonada e nem se vislumbra o abandono total dessa exigência).

### **3. SEPARAÇÃO DE PODERES, CETICISMO E INTERVENCIONISMO**

Na época do Estado liberal, a atividade judicial considerada legítima era aquela que se colocava como mera enunciação de um direito já criado, ou como mediação lógica entre as proposições gerais das normas (como o código) e os fatos concretos a serem subsumidos, de tal modo que, nessa operação, não haveria nenhuma criação de direito propriamente, e sim a

---

<sup>10</sup> Campbell (2004, p. 87) preconiza um “positivismo democrático”, impulsionado pelo ideal de que “os cidadãos têm o direito à expectativa de que as leis signifiquem o que elas dizem” e de que “as legislaturas têm o dever de promulgar leis que possam ser compreendidas, observadas e aplicadas com base no significado contextualmente evidente das palavras”, isto é, “sem que se recorra à especulação, à avaliação controversa e ao cálculo político”.

<sup>11</sup> Pode-se dizer que a redução completa do raciocínio jurídico ao esquema silogístico da subsunção já não é admitida no seio da dogmática jurídica. No entanto, ainda se encontra com toda força na produção doutrinária, mesmo que implicitamente, o modelo dogmático do legislador racional, que é um legado direto da tradição formalista, a qual tem como pressuposto a clareza suficiente dos documentos normativos. Cf. SANTIAGO NINO, 2010.

declaração lógico-formal do direito já dado na legislação (ou na jurisprudência, se considerarmos o *common law*). Na teoria do direito, essa concepção cognitivista (interpretação como ato de conhecimento) correspondia a uma atitude formalista, já que o saber jurídico se refugiava na concatenação e na classificação dos conceitos legais conforme uma postura pretensamente neutra, indiferente às consequências sociais e aos objetivos políticos. No final do século XIX, todavia, houve um intenso questionamento desse modelo, que foi criticado pelo seu conservadorismo insensível às exigências de uma nova época, sendo que essa crítica ensejou uma importante inflexão metodológica no pensamento jurídico (MARANHÃO, 2013, p. 17).

Essa reviravolta ficou conhecida como um fenômeno de “revolta contra o formalismo”, conforme a expressão de Morton G. White, sendo que tal guinada teve como cenário a intensa modificação nas funções da legislação e da administração na sociedade moderna, especialmente no que concerne o crescimento da intervenção estatal para fins de provisão de serviços públicos e de dirigismo econômico (CAPPELLETTI, 1993, p. 35). Assim, entrou em cena uma contundente percepção de que o juiz precisaria ser um elemento de ajuste do direito à realidade social, adequando os institutos clássicos do direito liberal às finalidades de governo. E para dar conta dessas necessidades, o Judiciário foi convertido numa potência governamental auxiliar que poderia contornar as dificuldades decorrentes do legado liberal.

Um importante indicador do declínio do formalismo e da ascensão de uma nova racionalidade jurídica foi o esgotamento do método exegético na França e sua substituição pela chamada “livre pesquisa científica”. Segundo François Gény, principal representante dessa escola, a vontade do legislador não poderia ser projetada sobre eventos posteriores à deliberação legislativa. Os autores da lei não poderiam ter considerado fatos que sucederam a sua época histórica, razão pela qual caberia ao juiz “passar da interpretação para a investigação científica livre para edificar – não arbitrariamente, mas consoante a história, os dados sociais e as ideias do momento – a solução conveniente à equidade e às necessidades em questão” (BERGEL, 2006, p. 330).

A emergência de uma escola de “livre pesquisa científica” na França na viragem para o século XX, movimento de algum modo aparentado à “escola do direito livre” na Alemanha e à “jurisprudência sociológica” nos EUA, é sintomática em relação à insatisfação com as teorias que ignoram o papel inventivo dos juízes na construção ordinária do direito e que insistiam numa descrição da ordem jurídica que tentava ajustá-la, artificialmente, a certos cânones liberais que já não encontravam ressonância na prática social. O que se observou naquele

instante foi tanto um ostensivo realce da participação e da responsabilidade dos juízes na conformação do direito<sup>12</sup> (na contramão do formalismo, da racionalidade dedutivista) como uma revisão das características dos principais institutos jurídicos, e que se deu sob o prisma do direito público<sup>13</sup> (na contramão do privatismo liberal).

Esses atributos antiformalistas estão condensados na obra de Oliver Wendell Holmes Jr., que foi o grande precursor do realismo jurídico e um ferrenho opositor dos rumos da Suprema Corte dos EUA durante a “Era Lochner”<sup>14</sup>. Contestando a adesão cega aos precedentes e às armações conceituais do passado, Holmes (2002, p. 432) sustentou que os juízes deveriam ponderar considerações de benefício social, privilegiando a finalidade prática do direito no instante da sua aplicação, sob pena de desarticular a fundamentação dos julgamentos que proferem. Nessa óptica, a deferência em relação às deliberações do passado (a vontade do legislador, a consolidação do precedente) perde o sentido, a judicatura adota um olhar prospectivo e geral sobre os problemas, tal como caberia à administração e ao poder legislativo.

As dissidências de Holmes como juiz da Suprema Corte são usualmente vistas como um protesto contra a aplicação mecânica e irrefletida da lógica jurídica na virada do século, num momento em que se colocava a necessidade de adaptação perante um novo ambiente econômico e social. As posições majoritárias na Suprema Corte, para Holmes, significavam uma frustração judicial da vontade popular por mudanças no direito – no caso, uma frustração sob o pretexto de observância à lógica original das categorias jurídicas (COTTERRELL, 1989, p. 203).

Conhecido por postular que a vida do direito manifesta-se muito mais na experiência do que na lógica, Holmes (2002, p. 431) entende que o elemento lógico da decisão judicial reside apenas na sua linguagem, na sua enunciação, já que, por trás do raciocínio formalizado, há um julgamento sobre o valor relativo e sobre a importância de fundamentos legislativos que

---

<sup>12</sup> “E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente” (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

<sup>13</sup> “A profunda transformação da sociedade industrial e a necessidade de acomodação de novos conflitos entre classes levaram os tribunais e os juristas a revisar os conceitos tradicionais baseados na moralidade liberal, introduzindo novas figuras como a responsabilidade objetiva, a extensão da propriedade a bens incorpóreos, as restrições ao direito de propriedade a partir de interesses públicos (ou do Estado), o abuso de direito, a boa-fé objetiva e o equilíbrio das relações contratuais (em particular nas relações trabalhistas)” (MARANHÃO, 2013, p. 18).

<sup>14</sup> No período que se estende de 1890 a 1937, predominou na Suprema Corte a chamada “Era Lochner”, marcada por um forte ativismo do tribunal em defesa do liberalismo econômico, da sacralização da livre iniciativa e da propriedade privada (em especial no caso *Lochner vs. New York*, de 1905). Essa orientação deu ensejo a duros embates com as políticas intervencionistas do governo Roosevelt. Cf. VANDERVELDE, 2011; RANIERI, 2013.

concorrem entre si. E ainda que tal juízo ocorra de modo inarticulado e inconsciente, ele não deixa de ser a raiz e o nervo de todo o procedimento decisório.

Nesse tipo de abordagem, o Judiciário é lançado no centro da definição de direito. Se não há uma determinação prévia daquilo que conta como direito, dada a insuficiência das normas gerais e das inferências lógicas no tocante à vida prática, conclui-se que a única racionalidade possível a ser buscada no domínio jurídico é a regularidade de comportamento dos magistrados – um “fato bruto” empiricamente mensurável, portanto. O objeto de estudo da ciência jurídica, em Holmes (2002, p. 426), consiste na “predição da incidência do poder público por meio do auxílio dos tribunais”. Desse modo, o fenômeno jurídico não pode ser racionalmente antecipado em proposições normativas concatenadas, mas pode ser profetizado segundo as estatísticas das decisões judiciais.<sup>15</sup>

Uma teoria como essa só poderia nascer numa época em que o poder público deixa de agir apenas como autoridade que zela pela coexistência dos direitos e liberdades individuais e começa a se posicionar como potestade condutora da ordem social. Quando o cânone liberal cede lugar a uma administração estatal quase onipresente, essa profusão de disposições jurídicas dá corpo a uma legislação em sentido material – decretos, regulamentos, portarias, instruções normativas etc. – que chega a ofuscar, de certa maneira, a legislação formal – leis em sentido formal, ou seja, disposições emanantes das assembleias legislativas (BERGEL, 2006, p. 46). E mais: o controle dessa abrangente normatização é feito pelo próprio Estado, seja pelos procedimentos internos dos órgãos encarregados, seja pelo Judiciário, que é, igualmente, parte da totalidade estatal – e que se incumbe de efetivar as disposições gerais do Estado por meio da provocação dos jurisdicionados. Esse pronunciado “estatismo” do início do século XX não apenas infundiu a hegemonia dogmática do direito público sobre o direito privado, como ainda propiciou a abstração da norma jurídica: para além da lei enquanto ato parlamentar, o direito positivo compreende qualquer manifestação normativa da autoridade estatal, das disposições administrativas à produção de decisões judiciais.

A lei como expressão da vontade popular (ou da nação), tal como se tem no paradigma liberal clássico, tornou-se uma noção enfraquecida na passagem para o século XX. A nação, enquanto categoria jurídico-política, experimentou um esvaziamento naquele período: não

---

<sup>15</sup> O realismo jurídico de Alf Ross deu continuidade a essa orientação (a teoria do direito como uma ciência social empírica), o que se nota, particularmente, na noção do ordenamento jurídico como um “sistema vigente de normas”, assim entendido como “o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz”, sendo que tal vigência poderia ser objetivamente testada por meio da predição das decisões judiciais (ROSS, 2000, p. 59). Desenvolve-se, com isso, um fundamento naturalista (empirista) para a ciência do direito (MARANHÃO, 2013, p. 22).

porque o Estado nacional estivesse enfraquecido (ao contrário, ele se encontrava no seu apogeu), e sim porque, ao aperfeiçoar o seu maquinário administrativo, a autoridade estatal diluiu os elementos concretos (históricos e políticos) da comunidade nacional na impessoalidade da burocracia. “A impessoalidade jurídica, liberada de qualquer implicação histórico-política, prevalece na sistematização do direito, que por isso se torna exclusivamente direito do Estado” (PALOMBELLA, 2005, p. 145). Nessa ordem de considerações, a legislação já não é ostentada como a volição formalizada de um povo soberano por meio dos seus representantes: ela assume a feição muito mais modesta e desencantada de um conteúdo que integra a estrutura hierárquica do Estado.<sup>16</sup> Tem-se aí a passagem de um Estado legislativo (ou legiferante) para um Estado cada vez mais administrativo.

Nesse processo em que Estado e direito parecem fundir-se numa única entidade, a doutrina da separação de poderes sofrerá um abalo importante, sobretudo a partir das posições de Hans Kelsen. Contrariando o discurso liberal até então dominante na teoria jurídica, o jurista nascido em Praga atreveu-se a dizer que o conceito de “separação de poderes”, ao pressupor três funções distintas e coordenadas do Estado segundo uma delimitação rígida, seria irreal, incompatível com os fatos da realidade. Como fundamento, alegou que “não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito”, acrescentando que essas funções, sendo infra e supra-ordenadas, distinguem-se de um modo apenas relativo, pois a maioria dos atos do Estado são, “ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito” (KELSEN, 2000, p. 386).

Kelsen (2000, p. 386) assevera que nenhuma ordem jurídica da modernidade se acha desprovida de tribunais e autoridades administrativas habilitadas para estabelecer normas jurídicas gerais. A função legislativa, assim entendida como aptidão para estatuir normas gerais, está distribuída pelos diversos órgãos do Estado, inclusive nos órgãos judiciais<sup>17</sup>, mas se cria a aparência de uma separação de poderes na medida em que somente as normas gerais pelas casas legislativas são nomeadas como leis (KELSEN, 2000, p. 390).

---

<sup>16</sup> Daí o predomínio, naquele período histórico, do entendimento de que a interpretação jurídica deve atribuir às normas um sentido objetivo, independente das intenções dos seus autores. Confirma-se, a título ilustrativo, a seguinte formulação de Carlos Maximiliano (2003, p. 25): “com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras”.

<sup>17</sup> De acordo com Kelsen (2000, p. 389), os tribunais cumprem uma função legislativa quando exercem a competência de anular leis inconstitucionais e decretos ilegais. Até mesmo a criação de um precedente judicial é admitida pelo autor, nos casos em que há competência para tanto, como uma norma geral comparável aos dispositivos estatutários que se originam dos parlamentos.

No entanto, as decisões jurídicas, ao fixarem normas individuais, são também qualificadas por Kelsen como produção de direito. Em sua perspectiva, a função judicial é, tal como a função legislativa, um mecanismo em que a criação e a aplicação de normas jurídicas são realizadas como atividades simultâneas. Sob o ponto de vista da dinâmica jurídica, “a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da primeira constituição” e que é “continuado pela legislação e pelo costume”, um processo em que “os estatutos e as leis consuetudinárias são, por assim dizer, apenas produtos semimanufaturados, acabados apenas através da decisão judicial e da sua execução” (KELSEN, 2000, p. 196).

Na visão normativista, em que se supõe a existência de uma recriação constante do direito mediante uma dinâmica de exercício de competências normativas que vai das normas gerais e abstratas às normas individuais e concretas, a imagem do ordenamento como uma construção escalonada de normas substitui o dogma da tripartição de poderes, enfatizando a unidade jurídica da autoridade estatal. Vale mencionar, nesse sentido, a crítica de Adolf Merkl à teoria dos poderes do Estado, a qual acabaria por isolar e hipostasiar os três poderes, como se fossem três forças independentes e iguais entre si, uma trindade da pessoa do Estado que fragmenta a sua unidade sistemática. Na contramão das leituras montesquianas, “a descoberta da construção escalonada do direito dissolve os fenômenos dos poderes particulares do Estado”, uma vez que tais poderes (“complexos de funções”) “não são separados uns dos outros pelo direito, mas somente pela ciência do direito” (MERKL, 2018, p. 298).

E uma vez que o ato de julgar assume as feições de um exercício de competência normativa para a criação de uma norma individual, segue-se daí que a aplicação judicial das normas gerais na prática decisória não se diferencia, substancialmente, da estipulação de uma norma geral. Para Kelsen, a “aplicação” de uma norma geral a um caso concreto não se dá como uma inferência lógica (como operação do pensamento), mas antes como um ato de vontade, já que toda imposição de norma (geral ou individual) decorre de uma deliberação, algo típico de um direito que é posto pela autoridade (KELSEN, 1986, p. 296). Resulta desse raciocínio a concepção da atividade judicial como prática discricionária, o que acabou por atualizar a própria concepção de direito contida no juspositivismo. Para além de se apoiar no reconhecimento de fontes sociais, na objetividade dessas fontes e na separação conceitual entre direito e moral, o positivismo jurídico incorporou a chamada tese da discricionariedade: “Naquilo que não for claramente indicado pelas regras, as autoridades convencionadas têm poder para determinar o conteúdo, inclusive com base em razões extrajurídicas” (MARANHÃO, 2012, p. 39).

Sob o positivismo jurídico da primeira metade do século XX, sobretudo no positivismo de matriz kelseniana, conclui-se que a produção de decisões judiciais não poderia justificada em seu mérito por meio de uma interpretação racional, uma vez que a interpretação seria sempre um expediente volitivo e subjetivo do julgador, um elemento cientificamente incognoscível. Haveria, sob essa óptica, uma irracionalidade imanente ao conteúdo dos julgados concretos, um subjetivismo puro a ser descartado em nome do conhecimento seguro sobre a cadeia normativa que valida das decisões. Nesse sentido, Habermas (1997, p. 251) aponta o tratamento bastante superficial, particularmente notórios nos casos difíceis, que as teorias positivistas dedicam à interpretação jurídica: sob o pretexto da abertura da linguagem natural presente nas normas, conclui-se que o espaço de indeterminação do direito só poderia ser preenchido com o arbítrio pessoal do juiz.<sup>18</sup>

A admissão da discricionariedade será um ponto-chave no problema da determinação do direito. Ao se assumir que o ponto de partida da criação do direito reside nos desejos, políticas e preferências dos tomadores de decisões (*decision-makers*), até mesmo no âmbito judicial, o que predomina é uma compreensão cética sobre a racionalidade da prática jurídica<sup>19</sup>. Sob esse ceticismo, a doutrina passa a ser vista como menos importante do que os agentes que a criam; o que os juízes fazem torna-se mais importante do que a argumentação que eles utilizam para justificar suas decisões; os valores só são tomados como relevantes na medida em que representam preferências particulares daqueles que são mais influentes no processo decisório; e os resultados jurídicos, por fim, são entendidos como reflexos de uma configuração de poder, e não de valores sociais mais abrangentes (COTTERRELL, p. 1989, p. 183).

#### **4. SEPARAÇÃO DE PODERES, RAZOABILIDADE E ESTADO REGULADOR**

A segunda metade do século XX foi, para a teoria do direito, um período de renovação, e que teve como pano de fundo a consolidação de um Estado administrativo e a sua posterior

---

<sup>18</sup> “De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’” (ENGISCH, 2001, p. 227-228).

<sup>19</sup> O ceticismo jurídico aparece com mais força no realismo estadunidense, em especial no pensamento de Jerome Frank, para quem o direito é uma contínua criação do juiz e uma obra exclusiva do magistrado, de modo que noções como segurança jurídica, ou como regras prévias que deveriam dirigir a atuação dos magistrados, seriam ilusões pueris. Confira-se a explanação de Bobbio (2001) acerca da visão realista do direito como eficácia normativa.

conformação num Estado regulador. Essa nova feição do poder estatal foi determinante para uma releitura da doutrina da separação dos poderes e, por conseguinte, para uma nova apreciação das possibilidades de determinação prática do direito.

A passagem da ideia de direito como mera ordem coercitiva, baseada em órgãos normatizados que produzem normas, para a sua compreensão como um aparato de orientação para o agir, é própria de uma nova época. O declínio do intervencionismo verificado na globalização não levou a um retorno completo do marco liberal do século XIX, mas certamente comprometeu as premissas do Estado como força motriz da economia e da própria sociedade civil. O que se percebe é um cenário “intermediário” entre o privatismo liberal e o publicismo intervencionista, ainda que com um certo predomínio do elemento (neo)liberal: “o setor privado retoma terreno e assume funções típicas do Estado, que passa a ter função reguladora e indutora de comportamentos para a proteção do interesse público”, e isso implica um Judiciário que avalia o modo como as autoridades ponderam interesses individuais, setoriais e coletivos (MARANHÃO, 2013, p. 27).

Pode-se encontrar no pensamento de Herbert Hart uma primeira elaboração no sentido de secundarizar o aspecto coercitivo da autoridade e de priorizar o seu papel norteador, o que se inicia com a crítica da imagem imperativista do direito. Rechaçando a leitura da norma jurídica como um comando soberano, Hart (1994, p. 40) afirma que algumas das figuras mais familiares da vida social seriam inexplicáveis sob uma perspectiva que reduz o direito a deveres imponíveis por meios coercitivos. Muito mais do que fixar deveres, a autoridade atribui poderes públicos e privados que abrem caminho para a persecução de determinados fins, sendo que essa abordagem “rebaixa” o status da sanção na teoria do direito. Nesse tipo de leitura, a permissão já não é uma categoria deontologicamente residual (o campo daquilo que não é nem obrigatório e nem proibido); o que se percebe é o aumento exponencial, sobretudo na passagem para o Estado regulador, de disposições normativas que viabilizam práticas sociais ao invés de simplesmente punir o comportamento indesejado.<sup>20</sup>

O Estado regulador não é nem o Estado mínimo (protetor das liberdades individuais), nem o Estado social (promotor de benefícios sociais) e nem o Estado interventor (agente que substitui o espontaneísmo do mercado em domínios econômicos estratégicos, atuando como

---

<sup>20</sup> Daí o horizonte do ponto de vista interno do direito que é defendido por Hart, no qual se tem um agente que encontra nas regras não apenas um mal a ser evitado (a sanção, o castigo), mas principalmente uma referência para a realização de objetivos. A regra já não consta como ameaça, e sim como “*indicador* de um caminho no qual nos iniciamos e que devemos, se entendemos a regra, continuar por nossa própria conta” (LOPES, 2021, p. 77).

um empresário), mas antes um gestor universal de atividades humanas que se realizam num contexto de aproximação entre a esfera pública e a esfera privada (FERRAZ JR., 2007, p. 542). O caso das agências reguladoras é exemplar: o Estado abstém-se de prestar serviços de interesse público e os confia a entidades privadas, as quais se submetem a um regramento que pretende conciliar a lógica empresarial da iniciativa privada com certos objetivos de satisfação de necessidades coletivas.

Avelãs Nunes sustenta que, em seu discurso, o Estado regulador propõe-se a salvaguardar o interesse público na atuação dos agentes econômicos, fazendo-o nos marcos de uma política geral de enaltecimento da concorrência de mercado. Todavia, em especial no que concerne a atuação das agências reguladoras, o Estado apenas responde aos processos de privatização das suas atribuições sociais, agindo como um aparato tecnocrático que impõe um determinado receituário econômico com a autoridade dos “especialistas”, e sem que tais agentes sejam suficientemente submetidos a um controle democrático (NUNES, 2007, 13-14).

Com o advento do Estado regulador, a teoria tradicional da separação de poderes continuou a ser objeto de suspeição. As elaborações contemporâneas não chegam a negar a famosa divisão, mas a combatem em sua acepção rígida, montesquiana, impondo-lhe um pronunciado revisionismo. “Apesar de sua grandeza”, avalia Bruce Ackerman (2014, p. 14), “Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório”.

Segundo o autor contemporâneo, o pensamento trinitário de Montesquieu “nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas” (ACKERMAN, 2014, p. 15). Esse seria o caso de alguns centros de poder independentes, como as comissões eleitorais e os bancos centrais. Os exemplos citados indicam que certos órgãos estatais não poderiam ser enquadrados, rigorosamente, em nenhum dos três poderes tradicionais, correspondendo, na realidade, a instâncias autônomas de regulação.

No panorama singular estabelecido a partir da segunda metade do século XX, surgiram teses que visualizam quatro seções principais para as instituições políticas do Estado (legislatura, governo, máquina administrativa e sistema judicial), e que apontam quatro funções abstratas em relação às regras jurídicas (criação de regras, uso discricionário de regras, aplicação administrativa e aplicação judicial das regras); no entanto, não se supõe que cada uma dessas funções possa ser alocada exclusivamente num único ramo da autoridade estatal (VILE,

1998, p. 400-402). Um caso que nos parece representativo é o do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, que combina em si as quatro atribuições: estabelece resoluções eleitorais que funcionam como normais gerais, promovem campanhas políticas de engajamento nos pleitos eleitorais, organizam administrativamente as eleições e julgam os litígios que são próprios do processo eleitoral.

De forma semelhante, um jurista como Adrian Vermeule coloca em destaque o funcionamento das agências reguladoras, entidades que frequentemente combinam poderes para criar regras vinculantes, exercer funções persecutórias relacionadas a essas regras e decidir se elas foram ou não violadas (VERMEULE, 2016, p. 63). Inclusive, de acordo com o autor, tais agências não só consolidaram seu próprio espaço de criação, interpretação e aplicação de direito, como ainda contam com uma atitude crescente de deferência por parte do Judiciário no que diz respeito à sua atividade jurídica.<sup>21</sup>

Seja como for, independentemente da relação entre o Judiciário e as agências reguladoras, nota-se com clareza que o conceito de separação de poderes foi repensado no âmbito jurídico. Vermeule (2016, p. 56) assinala que a maioria dos juristas e juízes, trabalhando com a lógica interna do direito no contexto de um Estado administrativo, concluíram que a separação de poderes não deveria ser vista como uma restrição sagrada a ser estritamente obedecida. Ela não deveria ser idolatrada, acolhida na forma de um comando inviolável, e sim otimizada, cotejada com outros bens e considerações.

A noção de separação de poderes, portanto, assume um caráter mais flexível. Ocorre uma releitura da doutrina clássica, numa atitude que difere da simples impugnação kelseniana em nome da unidade orgânica do Estado – até porque essa unidade já não é tão evidente numa época de fortalecimento de poderes institucionais independentes, seja na esfera nacional (agências reguladoras), seja na esfera internacional (pluralismo jurídico num mundo globalizado, a começar pela *lex mercatoria*).<sup>22</sup> E sob essa referência de flexibilidade ou relatividade da separação de poderes, a aplicação do direito afasta tanto o formalismo da época liberal como o ceticismo da época intervencionista. Desenvolve-se um espectro de tendências

---

<sup>21</sup> Vermeule (2016, p. 66) observa que a Suprema Corte dos EUA “acredita que as agências têm uma *expertise* especial sobre o significado das regras que elas mesmas criaram, e que – o que é ainda mais importante – como a interpretação não é nitidamente separável da elaboração de políticas, tem-se que o poder de interpretar regras é um componente necessário da *expertise* de elaboração de políticas das agências no que diz respeito a um dado problema ou a uma dada indústria”.

<sup>22</sup> A inovação jurídica na economia globalizada, impulsionada por práticas descentralizadas que dão corpo a um costume comercial, passa muito mais pelos novos tipos contratuais de raiz transnacional (*leasing, franchising, trust* etc.) do que pelas iniciativas legiferantes dos Estados nacionais. Sobre esse componente de “desordem” no modelo clássico direito, confira-se LORENZETTI, 2010.

compromissórias, de posições que concebem a atividade dos juízes como um espaço razoavelmente determinável, em que os extremos (o dedutivismo lógico e a discricionariedade absoluta) são prontamente recusados.<sup>23</sup>

Vale conferir o posicionamento hartiano sobre o assunto em comento. Para o autor britânico, a longa tradição europeia e a doutrina da divisão dos poderes “dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz”, insistindo na concepção do magistrado como simples “porta-voz” do direito, isto é, como operador que o põe em ação sem criá-lo ou moldá-lo (HART, 1994, p. 337). Contra essa representação do juiz, Hart (1994, p. 336) aponta a existência de poderes judiciais de criação do direito, poderes que são exercidos sob constrangimentos consideráveis (maiores do que aqueles que incidem sobre a criação legislativa do direito) e de maneira intersticial (não seria dado aos juízes efetuar reformas em larga escala).

Segundo Hart (1994, p. 143), todos os sistemas jurídicos chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: de um lado, fixar grandes zonas de conduta nas quais os indivíduos privados aplicam as normas a si próprios com segurança jurídica; de outro, deixar em aberto, para decisão oficial posterior, algumas questões que só podem ser apreciadas e resolvidas de modo adequado quando surgem nos casos concretos. Alguns sistemas jurídicos, em dados períodos, pecariam por realizar sacrifícios demasiados em nome da segurança jurídica, empregando uma interpretação excessivamente formalista, desconectada das finalidades sociais – uma rigidez conceitual que seria o paraíso de conceitos dos juristas (formalismo ou conceitualismo), e que faz com que os termos tenham sempre o mesmo significado no corpo normativo; outros sistemas pecariam pelo extremo oposto, permitindo que os tribunais tratem certos temas como sempre em aberto, sempre passíveis de revisão, e com pouco respeito à linguagem legislativa – o que produz uma indeterminação exagerada do direito.

Para Hart, pois, nem a determinação absoluta do direito e nem a sua indeterminação absoluta se justificam. “O formalismo e o ceticismo sobre as regras são os Cila e Caríbdis da teoria jurídica; são grandes exageros, salutares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles” (HART, 1994, p. 161). O equilíbrio residiria na noção de “textura aberta” do direito, quer dizer, no reconhecimento de uma margem moderada de inventividade

---

<sup>23</sup> Kenneth Vandervelde (2011, p. 168) entende que o direito perde a sua capacidade de operar como direito nesses extremos. Tratar as disposições jurídicas como mandamentos fixos e absolutos impede qualquer tipo de mudança ou adaptação no tocante aos conflitos, sendo uma prática tão inviável quanto considerar toda regra jurídica como contingente e desprovida de um núcleo essencial (o que faria do direito um mero conjunto de decisões arbitrárias).

jurídica para além da letra da lei e dos precedentes, e que enseja certas áreas de condutas a serem desenvolvidas pelos tribunais e pelos funcionários da administração, cabendo-lhes determinar, à luz das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes. Essa seria uma solução conciliadora em face do textualismo (o rigor sufocante no tratamento das disposições jurídicas) e da arbitrariedade judicial (a livre escolha de significados para a norma).

A proposta hartiana de uma indeterminação relativa e “suave” do direito parece expressar uma tendência dominante no cenário contemporâneo, a despeito das objeções dworkinianas. Como se sabe, Dworkin recusou a discricionariedade nos casos difíceis, utilizando a famosa metáfora do “Juiz Hércules” para expressar o dever judicial de reconstrução da totalidade de princípios (explícitos e implícitos) de uma ordem jurídica, e que se traduz num método que evitaria a atuação do julgador como o “legislador consciencioso” e subsidiário de Hart. Hércules simboliza o raciocínio jurídico correto nos termos de uma determinada ordem constitucional. Diante de um caso para o qual o sistema jurídico não oferece uma solução clara e imediata, caberia ao juiz ideal desenvolver uma teoria da constituição que compreenda um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, referindo-se alternadamente à filosofia política e aos pormenores institucionais (DWORKIN, 2002, p. 167-168). Nesse esforço, o juiz Hércules testa as leituras possíveis e as coteja com a estrutura institucional mais ampla em busca da melhor interpretação, o que o habilita a alcançar a única resposta correta para o problema que enfrenta.<sup>24</sup>

A alternativa oferecida por Dworkin à discricionariedade moderada de Hart foi bastante combatida. O próprio jurista britânico chegou a se pronunciar, qualificando o colega estadunidense como “o mais nobre dos sonhadores”, como o representante mais destacado do “nobre sonho” de um direito plenamente determinado.<sup>25</sup> Num tom próximo ao da crítica de Hart, Neil MacCormick (2006, p. 345-346) contestou o “ultrarracionalismo” presente na noção de uma única resposta correta para os casos difíceis, já que isso reduziria as divergências jurídicas a meras especulações, esvaziando o papel da argumentação jurídica e conduzindo a um erro simétrico ao irracionalismo de céticos como Ross e Kelsen. E indo além das objeções

---

<sup>24</sup> “Meus argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política. A objeção replica que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas” (Dworkin, 2002, p. 429).

<sup>25</sup> Sendo a antítese do “pesadelo” correspondente ao olhar cético do realismo jurídico estadunidense, o “nobre sonho” contém a crença (ou fé) de que, apesar dos erros e aberrações judiciais, pode-se satisfazer a expectativa de que os juízes devem aplicar o direito existente aos casos que solucionam, e não criar um novo direito, mesmo quando o texto presente nas leis e disposições constitucionais não é suficientemente claro e determinado (HART, 1983, p. 132).

anteriores, Ingeborg Maus (2009, p. 287) alega que a introdução dworkiniana de princípios morais no direito, feita a pretexto de oposição ao comportamento aleatório da autoridade e de legitimação da ordem jurídica por meio da fixação de um “direito correto”, só faz aprofundar o problema da indeterminação. Tomando o partido de Hart, a autora defende que a compreensão da decisão judicial como criação jurídica permite um juízo de crítica e correção da atividade do juiz, o que não se verificaria no modelo de Dworkin, em que o direito correto é definido pelo próprio juiz com o recurso a princípios subdeterminados – e inevitavelmente mediados pelo seu senso subjetivo de justiça. Por mais que Dworkin acredite que a sua proposta supera a tensão entre a moral pessoal do juiz e a moralidade comunitária, a qual está inserida na constituição e pressuposta nas leis e instituições da comunidade, não se poderia evitar a preponderância do entendimento particular do julgador sobre o conteúdo daquela moralidade (MAUS, 2009, p. 291). O “Juiz Hércules” estaria condenado, assim, a ser uma racionalização escamoteadora de um arbítrio individual e de uma anulação das linhas que delimitam a juridicidade em face de juízos morais.

O aspecto “aceitável” de Dworkin aos olhos da filosofia jurídica contemporânea consiste na admissão construtivista de que o juiz toma parte na criação do direito (aspecto que retira as ideias dworkinianas de um campo formalista), ainda que o faça com ares de explicitação de algo que já se encontra disponível na ordem jurídica.<sup>26</sup> Nessa ordem de considerações, um jurista contemporâneo como José Rodrigo Rodriguez (2005, p. 298-299) retém de Dworkin a tese de que o juiz deve decidir os casos em observância à dimensão da adequação, ou seja, ele precisa seguir a lógica institucional estabelecida pela tradição, cabendo-lhe não apenas dar continuidade à cadeia de julgamentos, como também refazê-la parcialmente num trabalho construtivo, como ocorre nas sentenças inovadoras. Daí a posição intermediária do autor brasileiro: ao se admitir que o juiz é relativamente (e não absolutamente) livre para julgar, tem-se que a coerência e a justificação das decisões não é um produto automático ou natural das regras estruturais do sistema, e sim o resultado de uma atividade construtiva e passível de controle por uma razoabilidade prática<sup>27</sup> (RODRIGUEZ, 2005, p. 303-304).

---

<sup>26</sup> “Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição (...) nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas ‘novas’ formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido” (DWORKIN, 1999, p. 9).

<sup>27</sup> Em sentido similar, ainda que com uma fundamentação distinta, Alexandre Pasqualini (2005, p. 172) postula que a hermenêutica perfaz-se numa oscilação entre o puro objetivismo e o puro subjetivismo. Pode-se encontrar, por conta disso, traços de vinculação e de liberdade em qualquer proferimento interpretativo. A administração dessa dosagem passaria pela sabedoria (*sophía*) e pela prudência (*phrónesis*) do intérprete.

## 5. CONCLUSÃO

A correlação entre as leituras acerca da separação de poderes e as elaborações hegemônicas sobre o caráter da decisão judicial e sobre os níveis de (in)determinação prática do direito nos autoriza a apresentar três períodos que, por sua vez, exprimem tendências próprias dos diferentes perfis de atuação do Estado ao longo da modernidade. Apresentaremos uma síntese nos parágrafos que seguem.

Na época do Estado liberal, a separação dos poderes aparece num formato rígido, fazendo da limitação da autoridade estatal o seu propósito elementar. A legalidade é tomada num sentido estrito, orientando-se pela noção da lei como vontade geral que se exprime no parlamento, e que deve encontrar uma fiel (textual) ressonância nas decisões de juízes que não fazem mais do que vocalizar o comando legal, abstendo-se de quaisquer acréscimos ou decréscimos de ordem interpretativa. Dizer o direito era visto como declarar a lei segundo a vontade do legislador, uma lei que seria racional em si mesma (sobretudo no formato codificado), dispensando o trabalho hermenêutico – o qual seria não apenas supérfluo, como também prejudicial, fonte de um direito paralelo e ilegítimo, concorrente com a autêntica vontade criadora de direito.

Na época do Estado interventor, a separação dos poderes experimenta um considerável desprestígio. Ocorre, no âmbito do direito, um apagamento das fronteiras que delimitavam nitidamente as funções de criação e de aplicação das normas jurídicas. Tudo se dilui na unidade orgânica de um ordenamento jurídico no qual os juízes são órgãos encarregados de criar normas individualizadas a partir de normas gerais e, sobretudo, a partir de um sistema normativo de competências. A liderança ostensiva do Estado na condução de questões de ordem pública exigiu o desenvolvimento de um colossal aparato unificado perante o qual a ideia de uma divisão de poderes soaria artificial, assemelhando-se mais a uma ficção jurídica ou a um capricho doutrinário. Sob o ponto de vista desse tipo de autoridade, a atividade interpretativa do juiz não figura como uma ameaça, mas também não importa em seu conteúdo. O império da discricionariedade em sentido forte encontrava respaldo na competência para julgar no interior de uma estrutura normativa escalonada e no anseio de atualização/dinamização do direito que foi confiado ao Judiciário em detrimento do Legislativo. O modelo discricionário, com efeito, deu vazão a juízos consequencialistas e pragmáticos que, num acerto de contas com a consciência formalista, serviram bem à causa do ajuste do direito ao contexto intervencionista.

Finalmente, com a emergência do Estado regulador, a separação dos poderes é revisitada em seus fundamentos. Num cenário de descentralização das fontes do direito, as diversas funções normativas transbordam os domínios institucionais clássicos. Entidades que, para fins de categorização, não podem ser inseridas com exclusividade no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, acabam por exigir uma relativização ou flexibilização do cânone montesquiano: sua doutrina não é de todo afastada, dado que o Estado se vê novamente limitado diante da esfera privada. No entanto, seu grau de incidência é ainda muito maior do que na época do liberalismo clássico. E sob esse Estado regulador, o direito demonstra um nível intermediário de (in)determinação: as posições extremas (o textualismo formalista e a discricionariedade em sentido forte dos céticos) são rechaçadas em nome de um compromisso que amplifica a importância da interpretação jurídica. Quando a aplicação do direito já não é encarada como uma dedução lógica ou como um ato arbitrário de vontade, abre-se mais espaço para as construções interpretativas dos operadores do direito ao longo de uma textura aberta, de um campo delimitado de soluções possíveis e razoáveis, e que se caracteriza por uma discricionariedade moderada. Admite-se que o juiz toma parte na criação jurídica, ainda que sob constrangimentos institucionais mais agudos, e que oneram mais intensamente o dever de fundamentação das decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./ abr. 2014.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Tradução de Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1972.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

AUSTIN, John. Aulas sobre direito. In: MORRIS, Clarence. (org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão: São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism**: law, rights and democracy. London: UCL Press, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

COTTERRELL, Roger. **The politics of jurisprudence**: a critical introduction to legal philosophy. London and Edinburgh, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tércio. Estado e indivíduo em um mundo globalizado. In: FERRAZ JR., T. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

FRANCE. **Déclaration de droits de l'homme e du citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 22 ago. 2023.

GORDLEY, James. **The jurists**: a critical history. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. American jurisprudence through english eyes: the Nightmare and the Noble Dream. In: HART, Herbert. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução para o português de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOLMES JR., Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, C. (org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de filosofia do direito**: o direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARANHÃO, Juliano. Por que teorizar sobre a teoria do direito? In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução de Sheila Stolz, São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MERKL, Adolf. **Escritos de teoria do direito**. Tradução de Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 2018.

MIAILLE, Michel. **L'État du droit**: introduction à une critique du droit constitutionnel. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1980.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na teoria geral do direito**: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Sequência**, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 28, n. 54, 2007, p. 09-17. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15064/13731>>.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TARELLO, Giovanni. Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos. Tradução de Ricardo Sontag. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 05-31, jul./ dez. 2008.

VANDERVELDE, Kenneth. **Thinking like a lawyer: an introduction to legal reasoning**. Boulder: Westview Press, 2011.

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VILE, Maurice. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.