

**De Montesquieu à Contemporaneidade: uma Visão Crítica do Papel do Poder
Judiciário no Âmbito da Separação de Poderes**

*From Montesquieu to Contemporaneity: a Critical View of the Role of the Judiciary in
the Scope of the Separation of Powers*

Patrícia Spagnolo Parise Costa¹

Pauliney Costa e Cruz²

Sumário: 1. O Poder Judiciário na Teoria de Montesquieu. 2. Possíveis Contensões à Interpretação e à Decisão Judicial. 3. A Indeterminação do Direito. 4. Revisitando a Teoria da Separação de Poderes. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: A tradicional teoria de separação de poderes de Montesquieu passou por diversas transformações no decorrer do tempo, em diferentes cenários políticos e jurídicos. No Brasil, particularmente no que concerne às funções do Poder Judiciário na estrutura de divisão do poder, as discussões sobre o tema vêm se tornando cada vez mais acirradas, mormente em razão do protagonismo do Supremo Tribunal Federal, em um cenário de intensa judicialização da política, algo que se relaciona proximamente ao aspecto da indeterminação do Direito. Isso tem acarretado uma *crise* entre os poderes, levando aos seguintes questionamentos: como seria possível vislumbrar um novo arranjo de separação de poderes apto a resgatar a harmonia entre eles, em meio à complexificação da sociedade e a consequente judicialização/proatividade judicial? Para trazer respostas a tais questionamentos, estabeleceu-se como objetivo principal analisar a possibilidade de desnaturalizar a tradicional separação de poderes e averiguar o papel do Poder Judiciário neste âmbito, especialmente, para que ele possa lidar com a indeterminação do Direito e, ao mesmo tempo, permanecer em uma relação de equilíbrio e harmonia com os poderes políticos. Para tanto, valeu-se da pesquisa bibliográfica, com a utilização de artigos científicos e obras doutrinárias clássicas e contemporâneas inerentes ao tema. Concluiu-se que, no Brasil, a própria Constituição de 1988 atribuiu novas feições ao arranjo de poderes e, assim, não seria desarrazoado que o Judiciário viesse a figurar como coparticipe na criação das normas jurídicas, a partir de contensões centradas no fortalecimento da argumentação jurídica no momento decisório e na criação/aperfeiçoamento de instrumentos de participação que possam legitimar a interpretação do Direito.

Palavras-chave: Separação de Poderes; Judiciário; Indeterminação do Direito.

Abstract: Montesquieu's traditional theory of separation of powers underwent several transformations over time, in different political and legal scenarios. In Brazil, particularly concerning to the functions of the Judiciary in the power division structure, discussions on the subject have become increasingly fierce, mainly due to the role of the Supremo Tribunal Federal, in a scenario of intense judicialization of politics, something related to the aspect of the indeterminacy of Law. This has led to a crisis between the powers, leading to the

¹ Doutora em Direito pela Unisinos - RS, Brasil e Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - SP, Brasil. Pesquisadora. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – Goiás, Brasil. E-mail: parise@unirv.edu.br

² Mestrando em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento pela Universidade de Rio Verde – GO, Brasil. Especialista em Direito Público pela UniRV e em Agronegócio pela USP. Professor de Direito Civil na Unibrás – unidade de Rio Verde e na UniRV. E-mail: paulineycosta@hotmail.com

following questions: how would it be possible to envision a new arrangement of separation of powers capable of rescuing the harmony between them, amidst the complexity of society and the consequent judicialization/judicial proactivity? In order to provide answers to such questions, the main objective was to analyze the possibility of denaturalizing the traditional separation of powers and to investigate the role of the Judiciary in this context, especially so that it can deal with the indeterminacy of Law and, at the same time, to remain in a relationship of balance and harmony with the political powers. For that, it was used the bibliographical research, with the use of scientific articles and classical and contemporary doctrinal works inherent to the theme. It was concluded that, in Brazil, the 1988 Constitution itself gave new features to the arrangement of powers and, thus, it would not be unreasonable for the Judiciary to appear as a co-participant in the creation of legal norms, based on contentions focused on strengthening the argumentation. In the decision-making moment and in the creation/improvement of instruments of participation that can legitimize the interpretation of the Law.

Keywords: Separation of Powers; Judiciary; Indeterminacy of Law.

1. O Poder Judiciário na Teoria de Montesquieu

O tema separação de poderes envolve um longo percurso histórico. Marcado por variações a depender do tempo e do espaço, foi abordado por muitos pensadores no decorrer dos séculos. Certamente, traçar seu estado da arte inviabilizaria o breve espaço destinado a este artigo. Por esta razão, esta pesquisa parte da visão de Montesquieu sobre o Poder Judiciário.

Montesquieu³ defendia uma atuação diferenciada do Judiciário nas repúblicas, nos governos despóticos e nas monarquias, relacionando o despotismo e a república com a existência de leis simples, leis que não precisam ser interpretadas pelo Poder Judiciário.

Nos estados republicanos entendia ser da natureza da constituição que os juízes seguissem a letra da lei, pois nesse regime todos os homens deveriam ser tratados como iguais, ao contrário das monarquias. Nas monarquias, o Judiciário teria que se esforçar para julgar sempre da mesma forma, porque as leis seriam mais diversificadas e complexas, sobre a vida, a propriedade e a honra das pessoas.

Com base nesta ideia, portanto, caberia ao juiz o papel de *boca-de-lei* no âmbito dos governos republicanos. Contudo, Montesquieu não previu que, nas repúblicas, a pluralidade acarretaria a complexidade de situações que não seriam condizentes com leis simples. Ora, a própria busca por igualdade dos diversos movimentos sociais resultou na criação de uma multiplicidade de leis especiais.

E isso já era anunciado por Neumann⁴, que entendia que a tradicional separação de poderes não seria capaz de oferecer o aporte necessário para atender à dinâmica dos

³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do *status quo*. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 96, p. 49-66, jul. 2013.

⁴ Além disso, para Neumann, mesmo a ideia de federalismo defendida pelos Patriarcas da Independência, aliada à separação de poderes de Montesquieu, não seria necessariamente mais democrática e nem mais

movimentos sociais e aprimorar a concretização dos direitos condizentes com os ideais de liberdade e igualdade, uma vez que a teoria se voltava para a supremacia do poder Legislativo.

Ou seja, a versão *rule of law* da teoria era fundada no pensamento de que as mudanças sociais somente poderiam ser conduzidas através das leis criadas pelo Parlamento.

Neste contexto, aos órgãos administrativos e aos juízes só restaria a atribuição de aplicar as leis, o que configurava uma negativa às forças extraparlamentares de capacidade de criação do Direito. Na Alemanha do século XIX, por exemplo, o direito de examinar as leis que tivessem sido devidamente promulgadas pelo Parlamento era negado ao Judiciário.

Para Neumann, portanto, toda a discussão acerca do papel do juiz no processo de criação do direito era centrada no conceito de lei geral do sistema jurídico liberal.⁵ E a crença do governo pela lei, fundada na teoria de Montesquieu, voltava-se a quatro funções principais: encobrir o domínio da burguesia (participante ativa do parlamento); tornar o sistema econômico calculável e não suscetível à interpretação do juiz de forma diversa dos interesses dominantes; garantir um mínimo de liberdade e igualdade; negar às forças extraparlamentares (juiz e administração) a capacidade de criar o direito, acarretando prejuízos à utilização do poder do Estado para atingir os fins sociais.

Pontuava, também, que não havia distinção nítida entre a discricionariedade e a obrigação do juiz perante a lei, sendo a livre discricionariedade admitida pela ordem jurídica, já que a atividade das cortes ordinárias, considerando conceitos como negligência, má-fé etc., convergiriam para a atuação discricionária.

2. Reflexões sobre a Indeterminação do Direito

A propósito da referida atuação discricionária, importam algumas reflexões acerca de um tema que tem sido um desafio para filósofos e juristas no decorrer da história e que mantém estreita relação com a teoria da separação dos poderes: a indeterminação do Direito. Hans Kelsen, por exemplo, enfrentou esta questão ao tratar da relação estabelecida entre um escalão superior e um inferior da ordem jurídica como sendo de determinação ou vinculação. Em sua análise, tal determinação nunca seria completa, já que a norma do escalão superior não conseguiria determinar, sob todos os aspectos, o ato por meio do qual seria aplicada.⁶

efetiva à preservação da liberdade política. NEUMANN, Franz. *Estado autoritário e Estado democrático*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

⁵ NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Por consequência, sempre restaria uma margem de livre apreciação, já que a norma do escalão superior teria o caráter de uma moldura a ser preenchida pelo ato de produção normativa de escalão inferior ou de execução que a aplicasse.⁷

Quando Kelsen fazia alusão às referidas multiplicidades de solução para um caso concreto, admitia a diferenciação entre texto legal e norma jurídica. Durante a interpretação, o juiz realizaria um ato de reconhecimento e um ato de vontade. Portanto, sempre existiria um espaço de discricção, já que o objeto de uma decisão judicial seria o de criar uma norma jurídica individual, de forma a concretizar a norma jurídica abstrata.⁸

Kelsen se opunha à fórmula de separação de poderes de Montesquieu. Primeiramente porque o referido princípio pressupunha que, sob a alcunha três poderes, existiriam de fato três funções distintas e coordenadas do Estado, com fronteiras definidas separando-as. Mas, ao contrário, a teoria de Montesquieu designava uma estrutura hierarquizada do Legislativo em relação aos outros dois poderes.⁹

Para o autor austríaco, não haveria três, mas apenas duas funções básicas inerentes ao Estado: a criação e a aplicação do Direito. Nesta estrutura, não seria possível definir uma fronteira entre tais funções, já que “[...] a maioria dos atos do Estado são, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores do Direito”.¹⁰

Sendo assim, seria inviável que a legislação fosse reservada, de forma exclusiva, a um conjunto separado de funcionários públicos, excluindo os outros órgãos estatais – Executivo e Judiciário – desta função.¹¹

A propósito das críticas de Kelsen à teoria tradicional da separação de poderes, e retomando a questão da indeterminação do direito – temas diretamente relacionados – vale, agora, percorrer as posições defendidas por outros juristas na busca de possíveis soluções para o problema. Aqui, vale-se da obra de Rodriguez¹² para uma breve exposição de cada vertente.

Há juristas que entendem que é preciso eliminar a indeterminação do Direito, ou por meio da centralidade do Legislativo, ou através de uma posição positivista renovada, em que o juiz adote uma postura não ativista. Esta linha, certamente, encontra respaldo na tradicional teoria da separação de poderes.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 386.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p.386

¹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: Liber Ars, 2019.

Outros entendem que a indeterminação deve ser contornada pela criação de um método específico de solução de casos concretos, de forma a garantir a segurança jurídica, ou por meio da escolha de pessoas com suficiente conhecimento técnico e senso de justiça, como os próprios membros do Judiciário.

Dois problemas emergem desta vertente: dificilmente haverá uma fórmula que possa administrar a indeterminação do direito; além disso, é um tipo de pensamento que coloca o Poder Judiciário em posição de supremacia em relação aos outros poderes, desequilibrando a separação dos poderes.

Existem ainda aqueles que acreditam ser possível a criação de constrangimentos institucionais ou de algum modelo de racionalidade que propiciem a padronização das decisões, de forma que as interpretações dos tribunais superiores se estendam aos demais.

É um posicionamento que, até certo ponto, pode ajudar a conter a atuação dos demais juízes. Contudo, também pode levar a uma posição de supremacia dos tribunais superiores e tornar a jurisprudência estática, conforme o modelo *stare decisis*, que não deixa de constituir um padrão naturalizado.

Por fim, há juristas que defendem mecanismos de deliberação e participação dos sujeitos sociais como o parâmetro de constrangimento para as decisões judiciais, a exemplo da figura do *amicus curiae* e do expediente das audiências públicas.¹³ Trata-se de um posicionamento que será melhor explanado a seguir.

3. Possíveis Contensões à Interpretação e à Decisão Judicial

Compartilhando do pensamento de Rodriguez, os instrumentos democráticos parecem ser caminhos razoáveis para imaginar a quebra do paradigma tradicional de separação de poderes, para que, talvez, se possa vislumbrar uma atuação do Judiciário no processo de criação do Direito e na administração da sua indeterminação, em conjunto com as reivindicações dos cidadãos e cidadãs.¹⁴

Este é um pensamento bastante razoável e capaz de produzir bons resultados, considerando a intensa judicialização da política, que tem dado ensejo a acirradas discussões, a maioria delas centradas na ideia de que o Judiciário tem se revestido de supremacia em relação aos poderes políticos, em nítida lesão ao princípio da separação dos poderes.

¹³ Lembrando que os instrumentos citados como exemplo carecem, ainda, de aperfeiçoamento.

¹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: Liber Ars, 2019.

A propósito disso, importam algumas palavras sobre judicialização e ativismo judicial. Em termos conceituais, Brandão entende que a judicialização¹⁵ da política significa:

O processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente, o Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma de ações judiciais.¹⁶

O fenômeno da judicialização se firmou a partir da segunda metade do século XX, com a consolidação do Estado Social, antecedido pelo processo de democratização que levou ao fortalecimento dos movimentos sociais e, conseqüentemente, à transferência das grandes decisões políticas e sociais para o Poder Judiciário, especialmente para as cortes constitucionais, em razão da inaptidão dos poderes políticos em lidar com elas. Neste cenário, o Judiciário passou a atuar positivamente na concretização de direitos.

Ademais, a ideia de *judicial review*, trazida pelos federalistas norte-americanos, foi difundida e adotada por vários outros países do mundo. O próprio federalismo contribuiu para esta expansão do Poder Judiciário, na medida em que os conflitos entre as competências dos entes federados eram solucionados em âmbito judicial.

Ainda que pareça paradoxal, Brandão aponta que a separação dos poderes também exerceu importante papel para o aumento da judicialização, fato que pode ser comprovado a partir da comparação entre Europa e Estados Unidos:

[...] enquanto na Europa foram construídas burocracias administrativas centralizadas, nos Estados Unidos se optou por uma estrutura altamente descentralizada e fundada em direitos, nos quais os juízes desempenhavam uma função muito mais relevante do que os seus colegas europeus na resolução de problemas de coordenação entre as agências reguladoras e na contenção de eventuais atos arbitrários que prejudicassem direitos individuais.¹⁷

Paralelamente, outras condições podem ser elencadas para a progressiva judicialização, como a perda de confiança nos políticos e nas instituições, a morosidade no processo de reforma da Constituição e a ideia decorrente do neoconstitucionalismo, fundada

¹⁵ “Judicialização e juridificação não se confundem. O termo juridificação (*Verrechtlichung*) foi criado por Otto Kirchheimer em 1928, aparecendo, pela primeira vez, em um artigo de sua autoria intitulado *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*. O conceito se referia a um adensamento do Direito nas esferas da vida social, fenômeno que adquiriu maior expressividade com o advento do Estado de Bem-Estar Social. Foi neste contexto que teve lugar a chamada judicialização”. TAVOLARI, Bianca Margarita Damin. *Origens da juridificação: direito e teoria crítica*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 95.

na força normativa dos princípios, que considera “[...] haver uma vinculação material da lei aos direitos fundamentais, os quais costumam ser descritos na forma de princípios abstratos”¹⁸.

Em uma palavra, pode-se dizer, então, que a judicialização consiste na transferência do poder decisório para o cerne do Judiciário. E a consequência disso é o surgimento de um terreno fértil para a prática dita ativista.

O primeiro uso da expressão ativismo judicial é atribuído à doutrina estadunidense, em especial, ao historiador Arthur Schlesinger Jr. (1947). Segundo Schlesinger, havia decisões da Corte que poderiam ser caracterizadas como ativistas desde a origem da *judicial review*: *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*.¹⁹

Ativismo, segundo explica Tassinari, pode ser entendido sob diversas perspectivas: como exercício do poder revisor da constitucionalidade, como sinônimo de judicialização (inerente à atuação do Judiciário em razão do grande volume de demandas judiciais), como atuação discricionária do juiz.²⁰

De forma a buscar um conceito mais concreto, a partir da observação da jurisprudência constitucional brasileira, Brandão aponta categorias de ativismo judicial segundo os seus resultados:

- a) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado;
- b) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão;
- c) invalidação de norma legal ou administrativa;
- d) criação ou alteração de norma constitucional;
- e) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo;
- f) pouca deferência a precedentes.²¹

Percebe-se que não se trata de conceito unívoco, ao contrário, decorre de uma pluralidade de atuações do juiz-intérprete. O fato é que é um fenômeno que tem sido visto como prática lesiva à democracia por grande parte dos juristas brasileiros, a exemplo de Streck, para quem o grande problema do ativismo é que ele advém de uma atuação discricionária (personalista) do juiz durante o ato decisório (interpretação conduzida como ato de vontade, movida por fatores políticos e morais).²² Este, certamente, é um

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 107.

¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁰ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

²¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 24.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

posicionamento incontroverso, pois toda decisão personalista é, de fato, lesiva ao Estado Democrático de Direito.

A partir dessas considerações, é possível visualizar o ativismo judicial sob duas perspectivas principais: a) atuação do juiz na condição de legislador positivo; b) atuação personalista do juiz, ao se valer de um ato de vontade. Em ambas as circunstâncias descritas, o desafio de impor contenções ao intérprete-juiz tem sido grande e infrutífero.

Os esforços remontam à própria história do direito. Diferentes filósofos construíram teorias que pudessem servir para controlar a racionalidade do ato de interpretação, muitos deles em contextos históricos, sociais e políticos distintos da realidade brasileira.²³ Mas, para Rodriguez, “[...] fica claro que os juízes não podem ser completamente controlados nem pela lei nem pela ciência do direito, como Kelsen nos mostra”.²⁴

Não é desarrazoado dizer que a função do juiz não consiste em mero ato de reconhecimento. Ao contrário, “[...] o processo judicial é uma mistura indistinguível de elementos teóricos e práticos de reconhecimento bem como de elementos criativos, reprodutivos e produtivos, científicos e supra científicos, objetivos e subjetivos”.²⁵

Assim, partindo do pressuposto de que o personalismo do intérprete deve ser fortemente combatido, toma-se a obra de Rodriguez²⁶ no intuito de apontar argumentos convincentes que possam direcionar uma atuação impessoal do intérprete, sem recair no textualismo e sem naturalizar a separação dos poderes.

O primeiro argumento versa sobre a viabilidade da criação de textos normativos fechados, mais detalhados, de forma a trazer mais segurança jurídica e diminuir o espaço de subjetividade na aplicação. Rodriguez explica que esta possibilidade não é plausível e nem suficiente para controlar o intérprete, já que “[...] a proliferação de regras permite que qualquer atitude encontre um texto normativo para servir-lhe de justificação”.²⁷

Em razão disso, o autor defende os textos normativos abertos, de forma a preservar o referencial normativo. Também é imprescindível fortalecer a argumentação/fundamentação das decisões, porque o foco de discussão sobre a matéria

²³ Importa ressaltar a carência de uma teoria da decisão própria ao Brasil, construída a partir da tradição jurídica pátria.

²⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. A política jurídica da Lava-Jato. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org). *Manual de sociologia jurídica*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 488.

²⁵ NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013. p. 386.

²⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

²⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 210.

julgada deve ser direcionado mais para a esfera argumentativa do que para o texto legal. Desta forma, é possível atribuir a devida racionalidade à decisão.²⁸

O segundo argumento é o da despersonalização da função do intérprete, “[...] transformando-a em uma função dialógica e sensível ao contexto”²⁹. Ou seja, para lidar com a indeterminação do direito, há de se combater a gestão aristocrática da questão – fundada apenas em uma visão pessoal –, ainda que bem fundamentada. Há de se buscar uma interpretação inclusiva.³⁰

Particularmente no que se refere à interpretação da Constituição, Rodriguez propõe um modelo denominado *originalismo democrático* que abrange um conjunto de orientações voltadas à atividade hermenêutica³¹. Trata-se de uma teoria que alia o discurso e a participação, valorizando os instrumentos de discussão pública.³²

É uma visão que se coloca em perfeito alinhamento com Neumann³³ e sua *forma direito democrático*, expressão que designa o vínculo entre a democracia e o direito, a fim de garantir o contínuo reconhecimento das esferas de liberdade e igualdade, bem como a separação Estado-sociedade, por meio dos direitos fundamentais.

Neumann entendia que a democracia deveria ser institucionalizada para propiciar aos membros da sociedade a livre escolha entre oportunidades iguais, reconhecidas juridicamente. Por isso, acreditava que a emancipação humana pressupunha a forma direito. E na busca da emancipação humana a partir da forma direito, seria preciso conceber as funções estatais desligadas de órgãos específicos, com ênfase na participação dos cidadãos para influenciar a regulação.³⁴

É que a forma direito seria sempre inclusiva de novas demandas e sua vigência não seria um dado natural, mas dependente de comprovação empírica. Somente assim, em uma

²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137.

²⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Simone Schuck da. Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans. In: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da (org.). *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

³⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Simone Schuck da. Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans. In: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da (org.). *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, n. 11, set./dez. 2019.

³² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, n. 11, set./dez. 2019.

³³ NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

³⁴ NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

sociedade naturalmente conflituosa, o direito poderia atender, legitimamente, à mudança social.³⁵

4. Revisitando a Teoria da Separação de Poderes

Por certo, não é tarefa fácil pensar no Direito (e em direitos), em tempos de profundo descrédito nas tradicionais figuras de representação, sem que os intérpretes precisem lidar com a intensa judicialização que decorre da demanda pela concretização de preceitos constitucionais básicos.³⁶

Neste cenário Siqueira ensina que o modelo estático da separação de poderes impede a ampliação do poder judicante. Como consequência, a emancipação social não se consolida porque o enfrentamento das desigualdades se torna reduzido, condição que se agrava com a exclusão da esfera pública do exercício hermenêutico.³⁷

Em alinhamento com tal pensamento e com fundamento na teoria de Neumann, que pressupõe o processo de regulação fora da tradicional divisão tripartida dos poderes estatais, é possível dizer que o próprio Judiciário está apto a concretizar direitos, ainda que invada a esfera de atuação legislativa.

Contemporaneamente, Ackerman propôs a desnaturalização da estrutura tripartite de Montesquieu, no sentido de se admitir outros agentes com funções distintas das usuais no sistema de controles recíprocos, sob o argumento de que a tradicional divisão de poderes não seria capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais, muitas vezes tolhidos em nome de interesses políticos de uma elite política.³⁸

Assim, conforme tratado por esta autora em sua tese de doutorado³⁹, considerando que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por si só, já trouxe um desenho diferenciado da tradicional teoria de Montesquieu, por exemplo, ao atribuir ao Judiciário a função de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do administrador público, não parece razoável adotar uma visão conservadora de divisão de funções estatais, que possa configurar impeditiva da mudança social e da concretização de direitos fundamentais.

³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: Liber Ars, 2019.

³⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: Liber Ars, 2019.

³⁷ SIQUEIRA, Carlos Eduardo Pereira. *O uso político “das cortes pelas cortes” num cenário de judicialização: os “tribunais” como juízes de si mesmos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

³⁸ ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

³⁹ COSTA, Patrícia Spagnolo Parise. *A vontade do povo como perversão: uma visão crítica do papel do Ministério Público a partir da Operação Lava Jato*. São Paulo: Liber Ars, 2022.

5. Considerações Finais

Concluiu-se que o enfoque dado à atividade interpretativa do Poder Judiciário demonstra que a naturalização das ideias de Montesquieu já não condiz com a realidade do mundo atual.

Nesta perspectiva, talvez seja possível pensar no Poder Judiciário a partir de um arranjo desnaturalizado de divisão dos poderes do Estado, ou seja, um modelo que não se prenda a uma fórmula fixa, de funções exclusivas a serem desempenhadas por cada poder do Estado. Mediante uma visão mais aberta de separação de poderes, torna-se possível vislumbrar às forças extraparlamentares um importante papel no processo de criação do Direito. Isso não significa, contudo, que não devam existir limites a tal atuação. Pelo contrário, as contenções são condições *sine qua non* para tal, de forma a evitar ou, ao menos, mitigar o personalismo do intérprete.

É preciso centrar na argumentação jurídica e criar/aperfeiçoar instrumentos de participação, a exemplo do *amicus curiae* e das audiências públicas, de forma a trazer maior legitimidade para o julgador, em especial, naquelas circunstâncias em que a resposta judicial não repouse em mera subsunção.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COSTA, Patrícia Spagnolo Parise. *A vontade do povo como perversão: uma visão crítica do papel do Ministério Público a partir da Operação Lava Jato*. São Paulo: Liber Ars, 2022.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NEUMANN, Franz. *Estado autoritário e Estado democrático*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.
- NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 96, p. 49-66, jul. 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. A política jurídica da Lava-Jato. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Manual de sociologia jurídica*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, n. 11, set./dez. 2019.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Simone Schuck da. Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans. In: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da (org.). *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SIQUEIRA, Carlos Eduardo Pereira. *O uso político “das cortes pelas cortes” num cenário de judicialização: os “tribunais” como juízes de si mesmos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TAVOLARI, Bianca Margarita Damin. *Origens da juridificação: direito e teoria crítica*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.