A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A AUTONOMIA DO OBJETO

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO*

1. O cânone hermenêutico da autonomia do objeto. 2. A questão da autonomia do objeto no âmbito das ciências do espírito. 3. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. 4. Conclusão.

I — *O cânone hermenêutico da autonomia do objeto*

A análise fenomenológica do conhecimento, levada a efeito, entre outros, por Johannes Hessen e Manuel García Morente[1], cujos ensinamentos aqui reproduzimos, propõe-se a *descrever* o evento cognitivo tal como ele se apresenta em sua estrutura geral, abstraídos quaisquer vínculos com a realidade, a historicidade e a existencialidade, desprezando, inclusive, a discussão em torno da possibilidade do conhecimento.

Graças a essa espécie de *redução eidética*[2] — que intenta colocar entre parênteses o objeto *conhecimento* para poder captar-lhe a essência do modo como ela se manifesta na experiência cognitiva —, é possível afirmar-se que aquilo a que chamamos *conhecimento* apresenta-se como um fenômeno de natureza relacional, mais precisamente como uma relação dupla ou uma correlação ontognosiológica, na qual se encontram frente a frente o *sujeito* e o *objeto* do conhecimento.

No âmbito dessa relação, embora complementarmente imbricados, o sujeito e o objeto possuem funções distintas e inconfundíveis, pois enquanto ao sujeito pensante ou sujeito cognoscente compete apreender o objeto — o que ele faz *saindo* de

1 *Teoria do Conhecimento*. Coimbra, Arménio Amado, 7ª ed., 1976; *Lecciones Preliminares de Filosofia*. Buenos Aires, Editorial Losada, 6ª ed., 1957.

2 Cf. *Eidético; redução eidética*, em José Ferrater Mora. *Dicionário de Filosofia*. Madrid, Alianza Editorial, 1986, págs. 901/902.

* Prof. Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

sua esfera e *ingressando* na esfera própria do objeto — a este corresponde a função de ser conhecido ou apreendido pelo sujeito, ao qual *transfere* as suas propriedades.

Como, por outro lado, aquelas propriedades não são apreendidas diretamente pelo sujeito, mas captadas *através* da imagem ou do pensamento que nele se formam acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista, "o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento"[3].

Tendo em vista que, nessa relação ontognosiológica, seus elementos constitutivos se implicam e se exigem reciprocamente, mesmo preservada a sua necessária autonomia, é possível afirmar-se que eles só são o que são enquanto o são um para o outro. Mais precisamente — nas palavras de García Morente — " *lo que el objeto es, no lo es en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es objeto de un sujeto. Lo que el sujeto es, tampoco lo es como un ser absoluto, en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es sujeto destinado a conocer un objeto*"[4].

No mesmo sentido, respeitada, obviamente, a diferença radical que singulariza, em tudo o mais, a teoria marxista do conhecimento, Henri Lefebvre assinala que, em termos filosóficos, o sujeito e o objeto atuam e reagem continuamente, em perpétua *interação*, e que essa interação é de natureza *dialética* porque, no âmbito do processo gnosiológico, embora sejam opostos, aqueles elementos são partes de um mesmo todo, tal como se *integram* numa discussão ou num diálogo os seus diversos participantes.[5]

Em razão dessa necessária correlação, que os torna inseparáveis, podemos dizer que até no plano conceitual sujeito e objeto são congenitamente complementares e interdependentes, tal como o são outros pares de conceitos correlatos, do tipo *direita/esquerda, acima/abaixo*, que se implicam e se exigem reciprocamente no momento mesmo em que são formulados.

Apesar dessa similitude, no entanto, uma diferença essencial particulariza a relação ontognosiológica em face das outras relações conceituais que lhe são afins. É que, no âmbito da relação subjetivo-objetiva, sendo *intrínsecas* ou *inerentes* aos seus elementos constitutivos, as posições e/ou funções correspondentes ao sujeito e ao objeto são, também, mutuamente *inconversíveis*.

O mesmo, porém, não se verifica nas relações desempenhadas por aqueles outros pares de conceitos correlatos, cujas funções, sendo-lhes externas e contingentes, podem ser trocadas mutuamente, desde que, para tanto, invertamos as posições atribuídas aos elementos da relação.

Com efeito, se permutarmos as posições que dois objetos ocupam no espaço, deslocando-os da direita para a esquerda ou de cima para baixo, essa alteração implicará a troca das funções que eles desempenhavam anteriormente. A esquerda se converterá em direita quando a direita se converter em esquerda; o que estava abaixo passará para cima quando o que se encontrava em cima se deslocar para baixo.

3 Roger Garaudy. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre, L & PM , 1983, pág. 47.

4 Op. cit., pág. 273.

5 *Lógica formal, lógica dialética*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1970, págs.55/101.

Isso ocorre, precisamente, porque não sendo da essência de tais objetos assumir ou sinalizar posições no espaço, podemos jogar com eles ou deslocá-los de um ponto para outro, sem que esse jogo ou esse deslocamento desnaturem tais objetos ou inviabilizem as suas relações mútuas.

No âmbito da relação ontognosiológica, no entanto, isso não pode ocorrer, porque ao sujeito incumbe, necessária exclusivamente, a tarefa de *conhecer*, ao mesmo tempo em que ao objeto, também de forma necessária e exclusiva, está afeta a função de *ser conhecido*.

Noutras palavras, como o sujeito é sempre o sujeito e o objeto é sempre o objeto — *e um só é o que é enquanto o é para o outro* — qualquer mudança nas suas posições relativas, mesmo que se tratasse de uma alteração simplesmente imaginária, implicaria a eliminação do próprio conhecimento.

Assim, ainda quando nos ensimesmamos e nos fazemos *objeto* das nossas reflexões, mesmo nessa particularíssima relação ontognosiológica não se confundem o *eu* pensante e o *eu* pensado, permanecendo irredutíveis e necessariamente separados, o primeiro enquanto *sujeito*, o segundo enquanto *objeto* do conhecimento. É que o dualismo sujeito-objeto, convém insistir à exaustão, pertence à essência do conhecimento, funcionando como verdadeira condição de possibilidade de todo evento cognitivo.

Tendo em conta, por outro lado, que apesar da autonomia e da irredutibilidade dos elementos da relação ontognosiológica, o sujeito é sempre *determinado* pelo objeto — mais precisamente, pela *imagem* do objeto que se forma em sua consciência cognoscente —, em razão dessa *prevalência* do elemento objetivo costuma-se definir o fenômeno do conhecimento como uma *determinação do sujeito pelo objeto.*

Por isso, também se afirma que no processo gnosiológico o sujeito se conduz *receptivamente* em face do objeto, muito embora essa receptividade não signifique nem passividade nem subordinação do sujeito perante o objeto. Isso porque, ao fim e ao cabo, o conhecimento constitui uma *atividade* espontaneamente desenvolvida pelo sujeito, uma *tarefa* que ele desempenha para apreender o objeto, vale dizer, para dominar cognitivamente a realidade.

Noutras palavras, é saindo de sua esfera e *trabalhando* o objeto, que o sujeito *constrói* o conhecimento e o traduz em linguagem. Nessa perspectiva, portanto, afigura-se equívoco falarmos em passividade do sujeito, como se no processo do conhecimento ele permanecesse contemplativo ou inerte diante do objeto, apenas registrando sinais recebidos de fora da sua consciência.

Afinal de contas, sem a *criação* do objeto, ainda que apenas enquanto *objeto do conhecimento* — objeto que não é um ser *em si* e *por si*, mas uma entidade puramente *lógica*, que o sujeito *põe* diante de si *para ser conhecido* —, não surge o fenômeno ou o evento a que chamamos conhecimento. Também sob esse ponto de vista, portanto, pode-se dizer que o sujeito é o senhor do conhecimento.[6]

6 Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver Adam Schaff, *História e Verdade*. São Paulo, Martins Fontes, 1987, Capítulo I — A Relação Cognitiva, O Processo do Conhecimento, A Verdade — págs. 65/98.

A despeito de preservar, por essa forma, a sua autonomia e atuar com espontaneidade no âmbito da relação cognitiva, impõe-se salientar que, mesmo assim, desde o início e definitivamente o sujeito é determinado pelo objeto, pela simples razão de que o conhecimento, sempre e necessariamente, é o conhecimento *do* objeto, de algo externo e alheio, que está *fora* do sujeito, que se lhe *opõe* e para ele permanece um *outro*, mesmo depois de ser *apreendido* pela consciência.

Em razão disso, o objeto *transcende* o sujeito, em face do qual se mantém autônomo e independente, assertiva que é válida para qualquer objeto do conhecimento, inclusive para os objetos ditos *ideais*, que nem pelo fato de serem puros entes de razão perdem aquela transcendência epistemológica em face do sujeito que lhes dá existência.

Destarte, a *autonomia* do objeto perante o sujeito cognoscente é um dado *a priori* ou, como salientado anteriormente, verdadeira *condição de possibilidade* do conhecimento, que se nos apresenta como a apreensão das propriedades do objeto pelo sujeito, descrição fenomenológica essa que é válida tanto para o conhecimento que se obtém entre as *ciências naturais*, quanto no âmbito das chamadas *ciências humanas* ou *ciências do espírito.*

II — *A questão da autonomia do objeto no âmbito das ciências do espírito*

Entre as ciências naturais, rigorosamente, como todos sabemos, a questão da autonomia do objeto sequer se coloca, pela evidência de que, nesse terreno, o sujeito do conhecimento não pode *criar* nem *consumir* o objeto das suas investigações.

Externos, estranhos, de todo alheios ao cientista, os fenômenos naturais não se prestam a *contaminações subjetivas*, menos por virtude do sujeito do que pela impropriedade do objeto.

Desencantada pelo esclarecimento (*Aufklärung*) — como diriam Adorno e Horkheimer[7] —, *a natureza há muito vem sendo estudada com a objetividade e o distanciamento necessários à racionalidade do seu conhecimento, o que torna dispensáveis, até certo ponto, quaisquer preocupações com a chamada neutralidade científica* dos pesquisadores, apesar das respeitáveis opiniões em contrário daqueles que, vez por outra, se põem a denunciar os pecados ideológicos dos cientistas *alienados*, que se recusam aos engajamentos políticos *exigidos* pelas circunstâncias.[8]

No âmbito da cultura, no entanto, porque os estudiosos trabalham com *formas significativas*, com a conduta e as criações do homem, numa palavra, com realidades

7 *Dialética do Esclarecimento*. Rio, Jorge Zahar Editor, 1986, pág.19.

8 Roberto Lyra Filho, por exemplo, denuncia o *mito* da neutralidade científica, porque, a seu ver, sequer as ciências exatas ou naturais escapam do vínculo entre a atividade científica e a práxis social; mas tem o cuidado de esclarecer que essa postura crítica não significa sua inscrição entre os bitolados defensores de uma *ciência proletária*, tal como a esboçou a teoria stalinista. *Desordem e Processo*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, pág. 271).

que não se *explicam*, antes se *compreendem*[9], aquelas preocupações de objetividade sempre se fizeram presentes, notadamente porque, nessa região ôntica, toda descoberta de sentido envolve ou exige, necessariamente, uma *atribuição* de sentido.

Por isso, também, e diversamente do que ocorre no âmbito das ciências naturais, no domínio das ciências do espírito são imprecisos os limites entre sujeito e objeto, em que pese a necessidade epistemológica de que os dois pólos da relação ontognosiológica se mantenham separados e independentes, como condição de possibilidade do evento cognitivo.

Nesse terreno — obviamente com algum exagero — talvez se pudesse dizer que a regra é a indefinição daqueles limites epistemológicos, pela convicção generalizada, embora acrítica, de que sem a participação criadora do sujeito restará comprometida ou pelo menos empobrecida a apreensão do objeto.

Daí o prestígio daqueles que, em nome da liberdade de interpretação — e a pretexto de estarem a condenar métodos e critérios que, aprioristicamente, eles mesmos desqualificam como impróprios ou inadequados para compreensão das *coisas do espírito* —, propugnam pela abolição de quaisquer parâmetros de controle, que, afinal, permitiriam separar o joio do trigo, estremar o falso conhecimento do conhecimento verdadeiro.

Nesse clima, em que praticamente tudo é permitido, em que se admite até mesmo a possibilidade de uma *desordem fecunda*[10], soa descabida, para não dizer disparatada, a idéia de se trabalhar com *critérios de verdade*, porque o sujeito cognoscente não precisa assumir compromissos com a racionalidade do afazer hermenêutico, nem está obrigado a prestar contas do resultado do seu labor interpretativo.

Apesar ou a despeito desse panorama de *licença epistemológica*, não foram poucos os que se preocuparam com a necessidade de sinalizar os caminhos da atividade hermenêutica, em busca da objetividade e da controlabilidade do trabalho interpretativo, movimento que encontrou adeptos importantes tanto no âmbito das ciências do espírito, em geral, quanto nos domínios da hermenêutica jurídica, em particular. Neste terreno, aliás, aquela necessidade se mostrou ainda mais premente porque, afora os que defendiam a liberdade de *interpretação*, surgiram também os pregadores da livre *criação* do direito.[11]

Nesse contexto, deve-se a Emilio Betti a melhor formulação do que ele sugeriu fosse denominado o cânone da *autonomia* hermenêutica ou da *imanência* do critério hermenêutico, uma regra epistemológica que, sem desprezar o momento ou o fator

9 Sobre a diferença entre esses atos gnosiológicos, na linha de Dilthey, ver *Compreensão* e *Explicação*, no *Dicionário de Filosofia* de Ferrater Mora, cit., págs. 545/548 e 1.102/1.104, respectivamente.

10 Umberto Ecco utiliza-se da expressão *Desordem* em sentido positivo, como deixa entrever o adjetivo com que a qualifica, ao mesmo tempo em que repudia a desordem desprovida de positividade, aquela desordem cega e incurável, que representa a derrota de toda possibilidade ordenadora. *Obra Aberta*. São Paulo, Editora Perspectiva, 1991, pág. 23.

11 Cf. Hermann Kantorowicz. *A luta pela Ciência do Direito, in La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1949, págs. 323/371.

subjetivo da interpretação, pudesse impedir que os críticos da objetividade mergulhassem a hermenêutica num pântano de relatividade.[12]

Consoante esse paradigma — segundo o qual *sensus non est inferendus, sed efferendus* —, cumpre ao intérprete procurar extrair o significado *inerente* às formas representativas, ao invés de tentar atribuir-lhes, *ab extra* e de modo arbitrário ou sub-reptício, sentidos outros, que lhes são estranhos e nem de longe coincidem com aquilo que imaginaram os autores daquelas objetivações do espírito.[13]

Essa é a lição que se recolhe na monumental *Teoria Generale della Interpretazione*, sob fórmula que Emilio Betti considera uma versão moderna e mais incisiva do velho cânone da *mens dicentis*:

"In verità, se le forme rappresentative che costituiscono l'oggetto dell'interpretazione, sono essenzialmente oggettivazioni di una spiritualità che vi si è calata, è chiaro che esse debbono essere *intese secondo quello spirito che in esse si è oggettivato*, secondo quel pensiero que in esse si è reso riconoscibile, non già secondo uno spirito e un pensiero diversi, e neppure secondo un significato che alla nuda forma può venire attribuito, quando se faccia astrazione dalla funzione rappresentativa cui essa serve rispetto a quello spirito e aquel pensiero". (...)

" Contro ogni arbitrio soggettivo, il canone in parola impone di rispettare l'oggetto nel suo peculiare modo di essere, ed esige che sia misurato col suo stesso metro."[14]

III — *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*

Aplicado ao plano específico da hermenêutica jurídica, o cânone da autonomia do objeto impediria que os aplicadores do direito atribuíssem às normas sentido estranho, alheio ou diverso daquele que nelas se contém, pois se o fizessem estariam a criar, ainda que por via interpretativa, preceitos outros, de todo distintos daqueles que deveriam simplesmente *interpretar*.[15]

Como essa postura hermenêutica implicaria eliminar o dualismo sujeito-objeto e, conseqüentemente, o próprio conhecimento enquanto correlação ontognosiológica, não se afigura excessivo dizermos que — pelo menos de um ponto de vista estritamente epistemológico — a norma criada pelo intérprete *substituiria* a norma objeto da interpretação e *o* juiz que a editasse *mataria* o legislador.

Do ponto de vista jurídico-político, ademais, essa criatividade constituiria ofensa ao princípio da separação dos poderes, segundo o qual, no Estado de Direito, a

12 Richard Palmer. *Hermenêutica*. Lisboa, Edições 70, 1986, págs. 56 e 64/65.

13 A propósito, embora feita em contexto um tanto diverso, registre-se esta instigante *chamada* de Umberto Eco: "entre a intenção do autor e o propósito do intérprete, existe a *intenção do texto*". *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo, Martins Fontes, 1993.

14 *Teoria Generale della Interpretazione*. Milano, Giuffrè, 1990, vol. I, págs.305/306; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, págs. 32/33.

15 Cf. nosso *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pág. 39.

criação da lei ou de normas com força de lei, como expressão da vontade geral, é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em eleições livres e periódicas. Aos demais poderes, executivo e legislativo, respectivamente, mas sempre *sub lege*, cabe gerir a coisa pública e resolver as contendas entre os cidadãos ou entre estes e o Estado.

Desrespeitada a separação dos poderes, cujas funções se distinguem, precisamente, *em face da lei*, tem-se por comprometida, objetivamente, a legitimidade de qualquer sistema político, pelo menos segundo os padrões dos redatores da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em cujo texto foi inserido o célebre artigo 16 — "*Toute societé dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*" — com o objetivo de recusar, *ideologicamente*, a dignidade de Estado *constitucional* às comunidades políticas que não observassem aquele dogma.

Densificando esse princípio — uma *forma que virou substância* no processo de construção/aprimoramento do Estado do Direito — Montesquieu chegou a dizer que não existiria liberdade política onde se misturassem as funções *próprias* de cada órgão da soberania estatal:

"La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu' un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parcequ'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse de lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire; car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur.

Tout seroit perdu se le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers".[16]

Diante desse dogma, que, no essencial, jamais encontrou opositores de monta, pelo menos nas sociedades democráticas, como explicarmos o fato de que a criação judicial do direito sempre encontrou adeptos de grande respeitabilidade, em todos os quadrantes do mundo jurídico? Como enfrentar essa realidade, principalmente nos dias atuais, em que o chamado *ativismo judicial*, com o apoio de expressivos setores da opinião pública, vem minando as resistências dos seus últimos adversários?

A propósito destas e de muitas outras indagações formuláveis em torno do tema, acreditamos existirem algumas colocações básicas que poderiam contribuir para *racionalizar* aquele debate ou, pelo menos, reduzir-lhe a emotividade.

16 *De L'Esprit des Lois, in Oeuvres Complètes de Montesquieu.* Paris, Chez Lefèvre, Éditeur, 1859, tomo I, págs. 189/191.

Por outras palavras, acreditamos que esse objetivo poderia ser alcançado se lográssemos *desideologizar*[17] ou, pelo menos, *despolitizar* a polêmica em torno da criação judicial do direito. Nessa direção seria saudável, por exemplo, rejeitarmos a postura *fundamentalista* dos que não admitem sequer discutir o assunto, dominados pela *crença* de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, onde quem não tem votos não tem *legitimidade* para emitir comandos com força de lei.[18]

Essa tese, de consistência aparente, poderia ser enfrentada com o argumento de que os juízes, embora não possuam legitimidade de *origem* para produzir normas jurídicas[19], de certa maneira têm-na *adquirida* com a aprovação social do seu comportamento.[20]

Aceito esse ponto de partida, e admitidas algumas conclusões formuladas anteriormente, consideramos que seria possível discutir com *serenidade* o problema da criação judicial do direito à luz das seguintes proposições:

1. aquilo a que chamamos conhecimento é o fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, *em si* e *por si* — porque este transcende, necessariamente, o sujeito —, mas do objeto enquanto *objeto do conhecimento*;

2. o objeto do conhecimento, portanto, é uma *criação* do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido, como, por exemplo, formas de *espaço* e *tempo*, que não pertencem às coisas em si mesmas, mas apenas enquanto são *coisas para o sujeito*;

3. nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se de um conhecimento das coisas *em si mesmas*, mas apenas de um conhecimento de *fenômenos*, isto é, de coisas já recobertas por aquelas formas, que são condições de possibilidade de todo conhecimento;[21]

4. em virtude da função *constitutiva* e *transformadora*, que o sujeito desempenha *por direito próprio* no âmbito da relação ontognosiológica, o conhecimento do objeto — de qualquer objeto — não é igual ao objeto do conhecimento;

17 A discussão da proposta será bloqueada, de plano, se lhe opusermos o argumento de que é formulada de uma perspectiva igualmente *ideológica*, pois não existe lugar não-ideológico nas sociedades políticas (Paul Ricoeur. *Interpretação e Ideologias*. Rio, Francisco Alves, 3a. ed., 1988); mas poderá mostrar-se fecunda se lhe atribuirmos, pelo menos, uma função *heurística*. (Luis Villoro. *El concepto de ideología y otros ensayos*. México, 1985).

18 Cf., sobre essa questão, os estudos específicos constantes da obra coletiva *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

19 Entre tais normas não se compreendem, evidentemente, as *normas individuais*, de Kelsen, as *normas de decisão*, de Ehrlich, nem tampouco as *normas do caso*, de Fickentscher.

20 Luís Prieto Sanchís. *Ideologia e Interpretación Jurídica*. Madrid, Tecnos, 1993, pág.117.

21 Esta afirmativa, assim como a primeira proposição, situa-se no âmbito do idealismo transcendental, pois a teoria materialista do conhecimento rejeita esse conformismo epistemológico e postula a possibilidade de conhecermos a *realidade*, a unidade do fenômeno e da essência. Daí, por exemplo, as palavras de Karel Kosik, fazendo eco aos ensinamentos do *pai fundador*: "o esforço direto para descobrir a estrutura da coisa e 'a coisa em si' constitui desde tempos imemoriais, e constituirá sempre, tarefa precípua da filosofia". *Dialética do Concreto*. Rio, Paz e Terra, 1976, 4ª ed., págs.12/13.

5. o conhecimento dos objetos culturais também não coincide com o objeto desse conhecimento, conclusão que se impõe, digamos, com maior segurança na medida em que tais objetos, sendo realidades *significativas* ou objetivações do *espírito*, exigem maior criatividade do sujeito para se revelarem em toda a sua plenitude;

6. como o direito participa do mundo da cultura, o conhecimento das normas jurídicas está submetido a todas as *vicissitudes* que singularizam o processo gnosiológico das *coisas do espírito*, o que se constitui num motivo adicional para não se exigir *mais objetividade* aos sujeitos da interpretação;

7. a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente;

8. a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado *à margem da lei*;

9. toda compreensão depende da *pré-compreensão* do intérprete, a qual funciona, para a primeira, como condição de possibilidade do seu desenvolvimento;

10. a compreensão de qualquer preceito jurídico depende da pré-compreensão do intérprete sobre a *coisa* ou o *referente* fundamental a que chamamos *Direito*, e que o *legislador* procura nos comunicar através dos enunciados normativos[22];

11. toda norma só vigora *na* interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito;

12. o legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor[23];

13. o silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação do direito, mas se abstém de fazê-lo, confere legitimidade à compreensão normativa de juízes e tribunais;

14. a vontade do legislador não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a produzi-la numa gestação infinita[24];

15. a interpretação jurídica não consiste em *pensar de novo* o que já foi pensado, mas em saber *pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro;[25]

16. o sentido jurídico, sendo *externo* às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente;

17. sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador do direito, este não realiza o ideal de justiça que consiste em dar a cada um *o que é seu*;

22 J. Baptista Machado. *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Almedina, 1989, págs. 205/218; nosso *Constituição: Conceito, Objeto e Elementos*. Revista de Informação Legislativa nº 116, out./dez.1992, págs. 5/20.

23 Thomas Hobbes. *Léviathan*. Paris, Èditions Sirey, 1971, págs. 283/284.

24 Gustavo Radbruch. *Filosofia do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, Editor, 1961, vol. I, pág. 275.

25 Idem, idem, pág. 274.

18. à luz do conhecimento histórico, pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos *magistrados do rei* foram as causas determinantes da *dogmatização* ou do *endurecimento* do princípio da separação dos poderes;

19. a consolidação do Estado de Direito, em cujo âmbito tem-se mostrado eficaz o sistema de freios e contrapesos, afigura-se como razão suficiente para a aposentadoria daquela camisa-de-força.

Ao fim e ao cabo, se essas pílulas de *tranqüilizante epistemológico* não forem suficientes para acalmar os adversários da criação judicial do direito, mesmo assim eles poderão ficar sossegados, pois se algum poder ainda se faz temido e, por isso, deve ser controlado, esse é o poder do monarca despótico, que assustava Montesquieu, e não o do juiz democrático, que desfrutava da confiança de Hamilton.

IV — *Conclusão*

Adotada essa postura aberta — avançada talvez fosse o termo mais apropriado para defini-la —, impõe-se reconhecer, à guisa de conclusão, que o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, há muito tempo que entrou em crise e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus geniais formuladores.

Superada essa fase da sua evolução histórica — fase dialeticamente *absorvida* e *conservada* (*Aufhebung*) pelas etapas seguintes, que dela dependem para o seu próprio desenvolvimento —, cumpre repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada.

Noutras palavras, impõe-se *re-interpretar* o velho dogma para adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito, que, sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o *alargamento da cidadania* e a *realização dos direitos fundamentais*[26].

À luz dessas reflexões, se não estivermos equivocados, é possível afirmar-se que a sobrevivência da separação dos poderes, enquanto *princípio*, dependerá de sua adequação às mudanças impostas pela *práxis* constitucional.

26 Cf., entre outros, Francisco Campos. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1942, págs. 339/354; J. Djordjevic *et al*. *O papel do Executivo no Estado Moderno*. Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959; Georges Burdeau. *O Poder Executivo na França*. Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; Nuno Piçarra. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, 1989; Mauro Cappelletti. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993; *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. J. Sousa e Brito *et al*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995; Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1996; Inocêncio Mártires Coelho. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997; Peter Häberle. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, trad. Gilmar Ferreira Mendes (no prelo).