

# artigos científicos

***THE LEGISLATOR AND THE INTERPRETER: THE FAIR REALIZATION OF LAW AND MORAL SPACE IN THE POLITICAL AND LEGAL DISCOURSE***

**O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: A REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO E O ESPAÇO DA MORAL NO DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO**

**Tiago Neu Jardim<sup>1</sup>**  
trj\_economia@yahoo.com.br

Recebido/Received: 13.05.2021/ May 13th, 2021.  
Aprovado/Approved: 08.06.2021/ June 8th, 2021.

## **RESUMO**

A atual crise de efetividade do direito tem demonstrado que não é possível pretender a sua realização justa sem o comprometimento moral resultante de um procedimentalismo democrático pautado na intersubjetividade dos discursos de fundamentação e aplicação. O presente artigo buscará trazer evidências de que a abertura de um espaço destinado à moral na relação entre o legislador e o intérprete é imprescindível para resgatar a legitimidade do direito, demonstrando que, tanto as teorias da justiça como subproduto da política quanto àquelas levadas a efeito pelo constitucionalismo contemporâneo não deram conta de solucionar os problemas pertinentes à sua validade, o que acabou resultando na volatilização da sua força normativa. No embate entre a política e o direito, as possibilidades de consolidação de uma legitimação democrática têm cada vez mais se afastado do mundo da vida materializado em uma consciência moral coletiva. A partir daí, uma tentativa de diálogo entre diferentes perspectivas como as de Klaus Günther e Jürgen Habermas torna-se cada vez mais relevante e necessária na busca de uma concepção que melhor se coadune com as possibilidades de superação dessa crise, principalmente por meio da interpenetração de juízos axiológicos que devem permear o discurso político-jurídico como forma de produção e reprodução da justiça a partir do direito.

**Palavras-chave:** Moral, justiça, razão, discurso, política, direito.

<sup>1</sup> Mestre em Direito, com distinção, pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Finanças pela Universidade Franciscana - UFN. Graduado em Direito e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Procurador do Município de Horizontina/RS (ingresso por concurso público em 2011), exercendo a função de Procurador-Geral desde 2014. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA e do curso de graduação em Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro da Comissão Temática de Direito Constitucional da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Delegado da Escola Superior da Advocacia na Subseção Santa Rosa (2019-2021). Pesquisador em temas relacionados ao Direito e à Economia. Autor do Livro "A Dimensão Normativa da Argumentação: contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos para uma Teoria da Decisão" (Lumen Juris, 2017).

**ABSTRACT**

*The current crisis has demonstrated the effectiveness of the law that you can not want your fair conduct without moral commitment resulting from a democratic proceduralism intersubjectivity grounded in the discourses of justification and application. This article will seek to bring evidence that the opening of a space for the moral in the relationship between the legislature and the interpreter is essential to rescue the legitimacy of law, demonstrating that both theories of justice as a byproduct of politics and the effect of those waves by contemporary constitutionalism not realized solve problems relevant to their validity, which eventually resulted in the volatilization of its normative force. In the clash between politics and the law, the scope of consolidation of democratic legitimacy have increasingly withdrawn from the world of life embodied in a collective conscience. Thereafter, an attempt at dialogue between different perspectives as Klaus Günther and Jürgen Habermas becomes increasingly relevant and necessary in finding a design that best matches the possibilities of overcoming this crisis, mainly through the interpenetration of axiological judgments that must permeate the political and legal discourse as a form of production and reproduction of justice from the law.*

**Keywords:** Moral, justice, reason, discourse, politics, law.

**SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO; 2. LEGITIMAÇÃO E VALIDADE: O DIREITO COMO PROCESSO DE UM DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO; 3. O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: IMPLICAÇÕES DO CONFLITO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO; 4. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

**1. INTRODUÇÃO**

O discurso político-jurídico pode ser traduzido na relação dialética que tem se estabelecido entre legislador e intérprete no interior do processo democrático. Os papéis da fundamentação e da aplicação na realização do direito e o espaço da moral que permeia a razão prática e a consciência coletiva foi amplamente debatido por autores como Klaus Günther e Jürgen Habermas, embora de maneira bastante distinta no que diz respeito às formas de mediação. Enquanto Günther considera ser imprescindível estabelecer uma distinção entre justificação e aplicação, Habermas defende que a prática comunicativa do cotidiano não pode ser preservada se houver uma cisão do mundo da vida.

A tensão entre facticidade e validade levada a efeito por Habermas se evidencia igualmente no conflito entre a política e o direito onde a moral vai sendo lentamente solapada dos discursos de fundamentação e de aplicação e o construtivismo moral Kantiano parece cada vez mais intangível ante a necessária universalização das consciências plurais dissonantes. Em vez de disputarem espaço pela realização do direito, legislador e intérprete deveriam assumir uma postura de cooperação, na qual os papéis por eles exercidos passariam a ser complementares e não antagônicos.

A argumentação assume um papel central na teoria habermasiana na medida em que é justamente através desse “agir comunicativo” que a validade do direito vai sendo construída, ao passo que a teoria contratualista, reforçada pelo paradigma positivista, impõe a necessária substituição dos juízos morais e valorativos do homem pela aceitação pura e simples da Lei. Nas teorias que compreendem a justiça como subproduto da política, hipótese defendida principalmente por John Rawls e Otfried Höffe, a moral é concebida como fonte de legitimidade do direito, perspectiva diferente daquela abordada pelos autores das teorias da argumentação como Klaus Günther, segundo o qual os critérios de natureza axiológica ou valorativa, mostram-se necessárias para a validade das normas coercitivas.

O objetivo desta breve perquirição é, portanto, propor um ensaio para uma nova epistemologia da relação havida entre política e direito ou entre legislação e aplicação, na qual a moral possa dispor de um espaço adequado para a sua realização. Trata-se de uma tentativa de conciliação entre as teorias de Klaus Günther e Jürgen Habermas, substituindo os tradicionais discursos de fundamentação e aplicação, aparentemente irreconciliáveis, pelo discurso político-jurídico, forjado no interior do procedimentalismo democrático, onde a justiça encontra seu horizonte de possibilidades não apenas na política como propunha John Rawls e Höffe, tampouco, apenas no direito, como postula as teorias do constitucionalismo contemporâneo materializadas na perspectiva positivista, mas a partir de uma razão prática em que as consciências morais coletivas possam vir à tona e ser evidenciada na intersubjetividade como legitimação das normas e de validade do direito enquanto processo de produção e reprodução da justiça.

Dessa forma, o que se pretende é proporcionar uma realização justa do direito decorrente da unificação dos discursos de fundamentação e aplicação. Com efeito, não é possível obter uma adequada concepção de justiça sem antes compreender a intrincada e complexa relação entre política e direito na qual a moral possa permear a racionalidade concebida no interior do processo democrático, na forma de um discurso político-jurídico.

## 2. **LEGITIMAÇÃO E VALIDADE: O DIREITO COMO PROCESSO DE UM DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO**

O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida. De acordo com Habermas (2003, p.50),

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de

formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se.

A passagem, embora nem de longe represente a magnitude da teoria desenvolvida pelo autor na obra “Direito e Democracia”, é bastante elucidativa e reveladora. Nela, Habermas faz uma clara distinção entre a validade que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral e a legitimidade, adjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico. A legitimidade seria, portanto, mensurada pela sua natureza axiológica.

Em outra obra, Habermas (2013, p.32) questiona a cisão entre justificação e aplicação, dizendo o seguinte:

Essas grandiosas unilateralizações, que constituem a rubrica da modernidade, não carecem de fundamentação e justificação; mas geral problemas da mediação. Como é que a razão dividida em seus elementos pode conservar sua unidade no domínio cultural e como é que as culturas de especialistas, retraídas para altaneiras formas esotéricas, podem preservar o contato com a prática comunicativa do cotidiano?

Defendendo o ponto de vista da justiça política, Höffe atribui o papel de legitimação do direito ao discurso de justificação. À tarefa de legitimação, Höffe atribui o nome de “mandato para o exercício da coerção”, dando a entender que esse papel competiria, portanto, à política e não ao intérprete aplicador da norma.

Ao contrário, bem diferente é quando a cooperação se articula com a coerção aberta ou oculta. Pois a coerção limita a liberdade de ação, o que para os envolvidos é prejudicial e, portanto, carente de legitimação; é por isso que a tarefa da legitimação se denomina mandato para exercício da coerção. (2006, p.52)

Bem se vê que o autor vincula a prática da liberdade à legitimação, chamando a atenção para o fato de que onde houver coerção, não pode haver cooperação e, logo, a legitimação do direito não poderia ser espontânea ou autônoma. Mais a frente, Höffe aborda a questão da justificação, defendendo que a justiça poderia ser realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais. (2006, p. 54).

A conclusão a que se chega é que o espaço reservado à moral na teoria de Höffe está na política e no discurso de justificação. Com esse pressuposto, aparentemente, evita-se cair na abstração da universalização moral da norma, na qual Günther acaba incorrendo, ao atribuir o papel de verificação moral ao discurso de aplicação. Interessante observar, ainda, que, na teoria de Günther, a justificação serviria para integrar a validade do direito e não sua legitimidade.

Contrariamente, a teoria defendida por Klaus Günther, revelada já na Introdução à Edição Brasileira da sua obra, escrita por Luiz Moreira (MOREIRA apud GÜNTHER. 2011, p.1), pode ser assim resumida:

Progressivamente, parte o trabalho da demonstração de que não é possível, mas válida, a distinção, para as normas morais, entre fundamentação e aplicação. (...) No entanto, ressalte-se que tal recurso é formulado tendo em vista a universalidade das normas morais. Cabe às normas morais a tarefa de justificação das ordenações de condutas. (...) No caso específico das normas morais, a normatividade é deduzida de sua universalidade. Eis a pergunta primeira elaborada por Klaus Günther: como gerar a prescrição de condutas no seio de uma normatividade moral? A resposta seria: por meio da distinção entre justificação (moralidade) e aplicação (juridicidade).

Vê-se, portanto, que Habermas e Günther adotam posturas diferentes quanto à forma pela qual o direito se legitima. Para Günther, a moral se realiza por meio da generalização e da aceitabilidade, cabendo à política a tarefa de fundamentar, havendo, portanto, uma dependência normativa do direito em relação à moral. Já para Habermas, a consciência moral vai sendo erigida no interior do procedimentalismo democrático, a partir de um agir comunicativo em que os dissensos vão sendo assimilados no interior do processo.

Fato comum entre Günther e Habermas, entretanto, é que ambos abordam a questão da consciência moral, divergindo apenas quanto às formas de mediação. Aparentemente, ambos estão interessados em procurar responder ao problema da moral na argumentação, seja ela discursiva ou comunicativa. O que se pretende aqui é justamente buscar um ponto de contato entre eles que permita construir uma teoria na qual os discursos possam ser unificados e o direito passe a ser visto não como produto pronto e acabado na lei, mas como um processo.

Para Habermas (2012, p.138, Vol. 1), “todo ato de entendimento pode ser concebido como parte de um procedimento cooperativo de interpretação, voltado a alcançar definições situacionais intersubjetivamente reconhecidas”. De acordo com ele, todo o trabalho interpretativo é concebido na esfera do mundo da vida, através de um processo de reprodução das tradições culturais. A leitura que Habermas faz da teoria Gadameriana (2012, p.251, Vol. 1), é a de que “o interprete pode fazer uso da estrutura interna racional do agir orientado pelo entendimento”, somente podendo “esclarecer o significado de uma exteriorização simbólica enquanto participante virtual no processo de entendimento entre os imediatamente envolvidos”.

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretensão promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades criadas pela razão econômica. Como seria possível então conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do procedimentalismo democrático? Não há como ignorar o fato de que o ideal burguês forjou não apenas o curso da própria história (Hegel) como as formas de promoção da equidade, racionalizando a justiça para uma perspectiva eminentemente liberal o que, por certo, contribuiu para o afastamento da moral enquanto mediadora na intrincada relação entre política e direito.

Naturalmente, a moral, como promotora de uma realização justa do direito, tem a sua sede primariamente na formação da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. “Na prática comunicativa do cotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar” (Habermas, 2013, p.33). Daí resulta que a moral pode ser apreendida objetivamente, mas deve ser concebida como processo na intersubjetividade discursiva entre fundamentação e aplicação em uma relação de reciprocidade. A validade da lei depende da sua justa aplicação. Essa perspectiva, portanto, exige a inversão da relação de universalidade imperativo-categorial proposta por Kant. Em vez de buscar uma moral universalmente válida para interpretar e aplicar a lei parte-se de uma norma que passa a ser aceita natural e espontaneamente pelos indivíduos superando-se a heteronomia através da liberdade conquistada pela emancipação da razão prática.

As possibilidades de estabelecer-se um diálogo entre aquele que produz a norma (processo político) e aquele que a interpreta e aplica<sup>2</sup> (processo de adequação) já pressupõem a existência de uma estrutura comunicativa. Contrariando essa perspectiva, Rawls (2008, p.4) defende o papel das instituições ao dizer o seguinte:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas, se forem injustas.

O autor concebe a justiça, não como um processo, mas como um conceito concreto, consubstanciado nas instituições, apartada, portanto, da razão pública. No mesmo erro incorre Montesquieu, ao perquirir acerca de qual seria o espírito das leis quando a questão a ser posta deveria ser sob que substrato social está assentado o espírito do povo, já que é a partir dessa ontologia que as normas, afinal, são erigidas. Para Rawls (2011, p.523)

A ideia de razão pública explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo

2 De acordo com a teoria concebida pela Hermenêutica Filosófica levada a efeito principalmente por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer interpretação e aplicação resultam de um único processo.

democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si. Aqueles que rejeitam a democracia constitucional com seu critério de reciprocidade rejeitarão naturalmente a própria ideia de razão pública.

Nessa mesma esteira é o pressuposto da escola positivista, segundo a qual as regras simplesmente são, não competindo um critério axiológico de validade. Kant afirma que a razão é constituída ao mesmo tempo por uma dimensão teórica e cognitiva voltada ao raciocínio lógico cuja busca da compreensão prática, determinaria o seu objeto mediante a ação e a vontade livres. É possível incorporar a ideia de uma moral Kantiana através de uma razão prática, como aliás procedeu Klaus Günther na tentativa de conciliar a moral à aplicação do direito, de forma apartada da política e do constructo democrático.

Nesse sentido, Günther diferencia-se de outros filósofos do direito no que diz respeito ao papel da moral na teoria da argumentação, mas acaba incorrendo no mesmo equívoco ao apartá-la do direito, apesar de admitir a importância da razão prática nesse processo. Logo no prefácio da obra que é resultado de sua tese de doutoramento, ele (2011, p.VII) afirma o seguinte:

Os argumentos seguintes deverão confirmar a suspeita de que, em casos de conflito moral e jurídico, teremos maiores problemas em avaliar adequadamente a situação, à qual se poderiam aplicar diferentes regras e princípios. (...) Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática.

Günther, embora não negligencie o chamado mundo da vida, acaba relegando a moral apenas aos aspectos fáticos e situacionais, cuja evidência repousa no fato de que para ele, assim como para Dworkin e tantos outros ainda caudatários do paradigma positivista, uma regra legitimamente imposta pode eventualmente entrar em conflito com preceitos morais. Com efeito, a concepção defendida nesse artigo é a de que a moral não pode ser separada das regras impostas, já que se encontra inserida no discurso político-jurídico resultante do próprio processo democrático em curso.

### **3. O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: IMPLICAÇÕES DO CONFLITO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO**

O tema referente ao conflito entre Política e Direito envolve, invariavelmente, a discussão das diferentes concepções em torno da Constituição, mormente a do processo de constitucionalização do direito e de uma releitura da teoria das fontes. A chamada posição original admitida por John Rawls e que, por assim dizer, se confunde com o próprio mundo da vida, admite que os indivíduos desconheceriam o seu lugar na sociedade, de modo que as instituições democráticas seriam construídas sobre essa base legítima da qual resultaria a validade do direito.

A dificuldade da questão reside na concepção amoral do direito, imposta pela prática positivista para a qual toda a validade do direito seria extraída de uma norma

fundamental, ou seja, da Constituição. Esse ponto de vista permitiu aos positivistas, apartarem as regras do dever-ser de uma moral coletiva, de modo que o sistema de regras não mais padeceria de questionamentos, já que a nenhum indivíduo seria dado o direito de subvertê-la sob a alegação de que a mesma seria injusta. Aparentemente, Kelsen ao propor a purificação da ciência jurídica, procura afastar-se do problema do suporte moral que inevitavelmente estaria vinculado às regras erigidas pelo processo político.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno da Constituição impõe a questão de saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que dela se extraia a máxima efetividade, pois, afinal de contas, o problema se resume em descobrir como proporcionar uma realização justa do direito. Para Luhmann (2002, p.481),

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema "Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución jurídica y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.

Luhmann aparentemente procura unificar pacificamente política e direito através de um novo paradigma de Estado, por meio da imposição decorrente da força coercitiva da lei e as circunstâncias sociais para as quais a política dever ser realizada. Importante destacar que o autor parece negligenciar a existência de uma ruptura funcionalista entre as esferas que compõem o processo democrático, de forma a não deixar espaço para a moral ou para as possibilidades de uma realização justa do direito.

A crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. Para Bucci (2006, p.37), "o risco dessa interpenetração entre direito e política é a descaracterização da lei, em sua peculiaridade, pela lógica das políticas, com valores de programas para a realização de direitos". Bucci, assim como outros autores, concebe o direito não como resultante de um processo, mas como algo pronto e acabado. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). De acordo com Habermas (2014, p.284),

Na filosofia política de Kant há duas versões claramente distinguíveis. A versão oficial serve-se da construção de uma ordem cosmopolita produzida unicamente pela coerção da natureza, sob cujo pressuposto a doutrina do direito pode então deduzir as ações políticas na forma de ações morais: em um estado jurídico de todo modo existente (ou seja, aquelas condições externas nas quais realmente pode ser atribuído um direito ao ser humano), a política moral não significa nada mais do que ação jurídica por dever sob leis positivas. (...)

Nesse primeiro ponto, Habermas, valendo-se da teoria kantiana, deduz que a moral é realizável através da política coercitivamente imposta por meio de uma ação jurídica. Essa versão, por si só, já pressupõem que a justiça não pode ser concretizada apenas através da política como defendem Rawls e Höffe e, tampouco, através de normas deontológicas, mas por meio de uma fusão discursiva ocorrida no interior do processo democrático. Com efeito, o direito não pode ser objetificado, materializado ou consubstanciado apenas na lei. Nesse sentido, Klaus Günther (2011, p.XI):

Com a autonomia da política, o conceito de prudência, no contexto aristotélico, desprende-se do campo semântico que ainda abrangia. Com a autonomia da política, o conceito de prudência tornou-se uma categoria do campo de atuação da política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade. Justamente por não ser mais possível solucionar conflitos morais de atuação por meio da integração em um modo de vida comum e por nos depararmos crescentemente com conflitos entre membros de modos distintos de viver, foi inevitável abstrair a qualidade moral de uma norma do respectivo modo de vida, no qual ou para o qual pudesse ser aplicada.

A dificuldade de obter um grau universalista de abstração, por certo herdado de Kant, levou o autor a abstrair qualquer tentativa de verificação moral de uma norma. Em que pese o reconhecimento dessa dificuldade, não é menos verdade que Günther procura empreender formas de contemplar as ações morais por meio da aplicação, ainda que seja através da racionalização de um dado problema, adaptando as complexas e pluralistas estruturas sociais a contingências pré-concebidas pela razão do julgador.

O direito não pode ser descrito e tampouco caracterizado como algo estático, mas como produto de um processo em constante transformação em que a justiça ocorra como seu substrato. Continuando, Habermas (2014, p.284/85) trazendo a lume a segunda versão abordada pela filosofia da história, conclui exatamente isso:

A outra versão da Filosofia da história, a não oficial, parte de que a política deve primeiramente insistir no estabelecimento de um estado jurídico. (...) A política não pode ser compreendida exclusivamente como uma ação moral, como uma ação conforme ao dever segundo as leis positivas existentes: a positivação delas, como o objetivo próprio de seu agir, precisa levar muito mais em consideração uma vontade coletiva unificada na finalidade universal de um público, a saber, seu bem-estar. (...) Mas, agora, a esfera pública deve mediar a política e a moral em um sentido específico. Nela deve realizar-se uma unificação inteligível dos fins empíricos de todos, a legalidade deve resultar da moralidade.

Para o autor, a mediação entre a política e a moral deve se estabelecer no nível de uma estrutura pública onde ocorrerá a unificação entre os juízos axiológicos e o caráter deontológico da norma. A força coercitiva que ele atribui o nome de legalidade, mas que em verdade poder ser traduzida como validade, resulta da moral, erigida no seio da razão prática.

#### 4. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO

As possibilidades de uma realização justa do direito ocorrem substituindo-se os discursos de fundamentação (justificação) o qual, segundo Günther seria responsável pela validade do direito e o de aplicação, responsável pelos juízos de adequação imparcial entre a situação e a norma, pela singularidade discursiva consubstanciada na estrutura político-jurídica.

A justiça pode ser concretizada somente se a heteronomia entre lei e sujeito for superada, vale dizer, se a própria norma passar a ser incorporada no âmago da vontade. Para tal, deve haver uma horizontalização entre a lei e a consciência. Uma lei é válida quando se confunde com a moral coletiva. Não uma moral universal, tal como pretendido pelo imperativo categórico Kantiano, mas a moral no sentido do espírito do próprio povo, seu mundo da vida, sua historicidade.

Sob essa ótica materialista, levada a efeito principalmente por Marx em sua concepção da história, percebe-se que o direito, por ser produto do próprio Estado, de fato legitima diretamente não apenas a desigualdade das consciências tornando a razão prática cada vez mais pluralista, mas indiretamente o processo de produção e reprodução das normas, as quais deveriam servir de fundamentação, conferindo validade ao próprio direito. O conflito cada vez mais evidente travado com a política limita as possibilidades de verificação moral de uma norma, pois se o discurso de aplicação afastou do intérprete essa difícil, mas necessária tarefa, a quem competiria fazer esse confronto?

Na percepção Kelseana, a análise do dever-ser não permite juízos de valor e tampouco questionamentos quanto ao seu cumprimento. Daí presume-se que uma transgressão da norma, embora passível de sanção, não pode ser rotulada como injusta, embora possa abrir espaço para a fragilização das regras que tornam possível manter-se a estrutura e a coesão do corpo social e político. O individualismo engendrado pelo liberalismo econômico e pelo idealismo burguês fez com que a moral coletiva se diluísse em um número infindável de consciências, tornando impossível a existência de um governo representativo que possa contemplar os pluralismos advindos de tamanha diversidade econômica, social, política, cultural e religiosa. A universalização da moral, tal como pretendido por Kant em seu construtivismo pautado em um imperativo categórico, passa cada vez mais a fazer parte do imaginário percuciente da política, em cujo cenário as racionalidades são contingenciadas.

Mas, afinal, como se deu essa mudança de visão onde o intérprete do texto legal passa a ter maior espaço de atuação, pautado nos princípios que passam a despontar como a “condição de possibilidade” para a concretização dos valores sociais e democráticos até então esquecidos? O advento do Estado Democrático de Direito representou, acima de tudo, a vitória de Themis sobre Leviatã. O processo

histórico que se erigiu sobre as ruínas do antigo regime culminou com a consolidação dos valores democráticos e com a fortificação dos ideais republicanos. A Constituição de 1988 representou, assim, um marco ao romper com os princípios positivistas que, ao apartar o direito das demais ciências e ao romper com qualquer análise crítica, acabou barrando a evolução da própria ciência jurídica.

A judicialização da política tem como um dos objetivos principais garantir a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais quando os poderes públicos responsáveis pela efetivação das garantias se quedem inertes. Nesse processo de constitucionalização do direito, o intérprete transformou-se em partícipe da sociedade e defensor dos valores democráticos porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, já que provoca transformações políticas, econômicas e sociais.

Esse processo acabou desconstruindo, assim, o modelo de hermenêutica baseada na interpretação meramente formal da norma e transformou o intérprete no mais importante guardião do direito. Da mesma forma, o princípio da separação de poderes ganhou uma nova roupagem, na qual, o Poder Judiciário amplia sua participação no processo de concretização do Estado Democrático, haja vista que a ele compete viabilizar a promoção da legitimidade do próprio Estado através da efetividade normativa da Constituição.

Já a proposta Rawlsiana de justiça pressupõe uma posição original, como se fosse possível negligenciar as diferenças históricas legadas pela tradição. Tais dissonâncias só podem ser corrigidas à luz do discurso político-jurídico, resultante da fusão entre fundamentação e aplicação. Daí porque a superação da crise de legitimidade/validade/efetividade pela qual passa o direito não pode ser superada pela sobreposição de um sobre o outro, mas pela unificação das suas racionalidades.

## 5. CONCLUSÃO

As modernas teorias do direito, mormente aquelas que se utilizam da filosofia como instrumento, tem-se limitado principalmente a questionar as formas de aplicação das normas, procurando encontrar novas formas de adequação por meio de teorias discursivo-argumentativas. Nessa linha são as concepções de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Castanheira Neves e, dentre os autores brasileiros, Lênio Streck. Em linhas gerais, eles propõem ou a modificação da hermenêutica tradicional ou então a utilização de métodos principiológicos para a solução de casos, procurando a melhor resposta para um dado problema.

Para essa corrente, portanto, a superação do obstáculo da efetividade que proporcionaria maior concretude ao direito seria uma readequação interpretativa, sem entretanto levar em consideração alternativas para a inserção da moral entre os papéis desempenhados pelo legislador e o intérprete. É que a superação do método interpretativo e a crítica ao positivismo normativista colocaram em seu bojo

a racionalização das decisões judiciais tal como o paradigma positivista solapou as possibilidades de atuação da moral.

Perdeu-se a imperatividade e a densidade semântica da lei, fato epidêmico que se estende à própria realização do direito. Tem-se, assim, que a hermenêutica filosófica, ao romper com o método positivista, acabou abrindo espaço para o problema dos decisionismos, segundo o qual cada juiz decide conforme a sua consciência. Não menos restritas são as teorias propostas por Rawls e Höffe, nas quais a política ganha um papel de relevo na promoção da justiça e onde a moral acaba ficando adstrita ao discurso de fundamentação. Isso, de certa forma, suprime o problema da universalidade com a qual Günther se depara ao incorporar o imperativo categórico kantiano a sua teoria da argumentação, mas não se mostra suficiente para a solução do problema apresentado.

Como visto, as possibilidades de superação da crise de validade do direito cujo processo se consubstancia na própria legitimação encontram sua solução na conformação das racionalidades político-jurídicas. A manifestação dos juízos axiológicos e valorativos passa a ganhar novos contornos na medida em que o procedimentalismo democrático proporciona uma cooperação reflexiva entre política e direito de tal forma que ambos sejam fonte simultânea de validade e legitimidade num contínuo processo de produção e reprodução da justiça.

O discurso de justificação passou a ser amplamente utilizado, passando o direito a ser construído de baixo para cima, ou seja, do fato para a norma, daí porque dizer que a constituição não mais constitui e que o direito não mais disciplina. Com efeito, a ideia da superação do método pela verdade proposta por Gadamer, possibilitou a abertura e o desvelamento do sentido da constituição, superando a tradição metafísica na qual o sujeito primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar o direito. Contudo, é preciso reconhecer que o texto já está carregado de sentido pelo próprio modo prático que acompanha a construção do ser enquanto legislador. Esse fenômeno vai ser descrito por Gadamer como uma fusão de horizontes na qual o intérprete complementaria, com a sua visão de mundo, o sentido do texto.

Com efeito, as perspectivas edificadas pela nova hermenêutica colocam o julgador como sujeito inserido no próprio mundo da vida, daí porque ele, por si só, teria autoridade para dizer o direito, o qual não se confunde com as questões morais adstritas a uma razão prática. A forma encontrada pelos autores adeptos dessa alternativa como forma de superação da crise utilizam-se dos princípios para resolver os casos difíceis e, por vezes, deparam-se com conflitos entre uma aplicação coercitiva da norma e as particularidades dos fatos trazidos a lume.

A realização justa do direito depende, portanto do resgate de um espaço adequado da moral, a qual não se manifesta apenas na forma de justiça como subproduto da política, nem como resultado de um ato consciente de interpretação

e aplicação. Aparentemente, a teoria mais adequada para proporcionar a superação da crise de efetividade do direito é aquela que reconcilia as concepções de Günther e Habermas, já que o primeiro falha no excessivo rigor formal ao não admitir a fusão entre os discursos de fundamentação e aplicação, mas concebe adequadamente o papel da política no processo de justificação. A dificuldade de obter um grau universalista de abstração, por certo herdado de Kant, levou o autor a abstrair qualquer tentativa de verificação moral de uma norma. Em que pese o reconhecimento dessa dificuldade, não é menos verdade que Günther procura empreender formas de contemplar as ações morais por meio da aplicação.

Entretanto, Habermas não incorre no mesmo equívoco, uma vez que compreende corretamente que o mundo da vida não pode ser cindido, mas falha ao fazer a distinção entre a validade que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral e a legitimidade, adjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico.

O direito não pode ser compreendido apenas como um conjunto de regras. É antes um processo que se autolegitima e que reproduz a justiça somente através de uma consciência moral coletiva, não universalizável como pressupõe Kant, mas realizável por meio da intersubjetividade entre os discursos de fundamentação e aplicação.

## REFERÊNCIAS

- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. Org. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro. **Tempo Brasileiro, 2013**.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 3ªed.
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.
- RALWS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 3ªed.
- \_\_\_\_\_. **Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.