

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Pedro Henrique Lima Pelliciani

**ENTRE NORMAS E VALORES: a crítica da dicotomia e suas consequências para a
análise do Direito em Jürgen Habermas**

Belo Horizonte

2022

Pedro Henrique Lima Pelliciani

**ENTRE NORMAS E VALORES: a crítica da dicotomia e suas consequências para a
análise do Direito em Jürgen Habermas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do Professor Doutor Thiago Lopes Decat, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB 6 3167.

P391e Pellicciari, Pedro Henrique Lima
Entre normas e valores [manuscrito]: a crítica da dicotomia
e suas consequências para a análise do Direito em
Jürgen Habermas / Pedro Henrique Lima Pellicciari.-- 2022.
104 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito
Bibliografia: f. 99-104.

1. Habermas, Jurgem, 1929- 2. Direito - Filosofia
- Teses 3. Valores 4. Norma jurídica I. Decat, Thiago
Lopes II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade
de Direito III. Título

CDU: 340.12

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. PEDRO HENRIQUE LIMA PELLICIARI

Aos vinte e três dias do mês de fevereiro de 2022, às 14h horas, na Sala virtual da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Professor Dr. Thiago Lopes Decat (orientador do candidato/UFMG); Professor Dr. David Francisco Lopes Gomes (UFMG); Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG) e Professor Dr. André Cordeiro Leal (FUMEC), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. PEDRO HENRIQUE LIMA PELLICIARI**, matrícula nº 2020652808, intitulada: "**ENTRE NORMAS E VALORES: A CRÍTICA DA DICOTOMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A ANÁLISE DO DIREITO EM JÜRGEN HABERMAS**". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Thiago Lopes Decat, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. André Cordeiro Leal, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. André Cordeiro Leal, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Thomas da Rosa de Bustamante, David Francisco Lopes Gomes e Thiago Lopes Decat. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Professor Dr. Thiago Lopes Decat (orientador do candidato/UFMG)
Conceito: Aprovado com conceito A, correspondente a 100 pontos.

Professor Dr. David Francisco Lopes Gomes (UFMG)
Conceito: Aprovado com conceito A, correspondente a 100 pontos.

Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG)
Conceito: Aprovado com conceito A, correspondente a 100 pontos.



Professor Dr. André Cordeiro Leal (FUMEC)

Conceito: Aprovado com conceito A, correspondente a 100 pontos.

A Banca Examinadora considerou o candidato **aprovado** com a nota **100 (cem pontos)**. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Thiago Lopes Decat, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:



Professor Dr. Thiago Lopes Decat (orientador do candidato/UFMG)



Professor Dr. David Francisco Lopes Gomes (UFMG)



Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG)



Professor Dr. André Cordeiro Leal (FUMEC)

- CIENTE: Pedro Henrique Lima Pelliciarri (Mestrando)

Ao Newton, em memória.

À Lídia, quem, como eu, nunca entendeu muito bem o que eu estudo,
mas sempre me apoiou com carinho e amor.

À Izabella, quem me lê e relê e não apenas nos meus escritos.
Ao André, quem transformou minha visão do Direito e da vida de forma tão profunda
que não há outro nome senão Professor.

AGRADECIMENTOS

Eu lembro da minha primeira aula, ainda como ouvinte. Sexta-feira à tarde, uma aula do Professor David F. L. Gomes sobre aqueles primeiros escritos de Habermas que perpassaram dos anos 50 aos 70. Foi impecável. Senti que ali era um lugar que eu deveria demorar um pouco mais, firmar ao menos o tempo curto de um mestrado. À época, pensei nisso não só pela apresentação do pensamento do autor que foi espetacular, mas pelo acolhimento do Professor David.

David derrama preocupação com a democracia e com a acessibilidade do pensamento jurídico-filosófico. Foram dois anos de Habermas, de aulas longamente expositivas, de textos complexos e de amarrações feitas em sala de aula sem as quais seria ilusório, para alguém como eu, compreender sozinho. Acho que não poderia ser outra a forma de agradecê-lo, senão prestando essas palavras que firmam os valores constitutivos de seu ensino.

Impossível deixar de agradecer ao Professor Thiago Decat. Não apenas por ser meu orientador e me apresentar o pensamento pragmatista do qual não pretendo desvencilhar nunca mais, mas, por ele, Professor Thomas Bustamente e Professor Leandro Zanitelli, permitirem que um projeto de pesquisa que nem era lá essas coisas fosse aprovado. Vale ressaltar ainda a gentileza nas explicações, a empolgação na explicação da matéria que contagia e o profundo conhecimento teórico que perpassa complicadas áreas do campo jurídico-filosófico – sem comentar as explicações cuidadosas de Decat que acontecem até pelo Whatsapp, se necessário.

Aos amigos que fiz aqui na Federal: Tales, Zilda, Rayann, Franklin e Robson. Um enorme obrigado pelas conversas jogadas fora, angústias compartilhadas e boas indicações de leitura.

Aos amigos que fiz na Consultoria: Bárbara, Rojas, Monique, Thelma e Victor. Meus mais sinceros agradecimentos pelos ensinamentos tão práticos que são, a bem da verdade, muito mais filosóficos.

Para minha psicóloga, Denise, este agradecimento em retribuição à escuta refinada das minhas aflições que, a bem da verdade, é repleta das mais belas coisas que sua profissão pode oferecer: paciência e humanidade nas marcas de carinho com o outro.

Agradeço ao meu avô, Newton. Gravado na memória, guardo ainda aquele momento da infância, de quando a gente é bem pequeno, no qual todo mundo parece excessivamente velho. Nele, agonizei o medo de sua partida e um dia... esse temor se concretizou. Chegou muitos anos depois, já adulto. Acordei numa manhã de outono com um sol destemido, que insistira em brilhar num céu de brigadeiro, mas que não traduzia aquela repetida e repentina sensação de

pequenez da infância ao viver um adeus vazio e distante. Perguntei-me (e continuo a me perguntar) “como é morrer?”, porque, da parte de quem fica, não consegui uma só frase que resumisse melhor a minha aflição do que aquela esculpida na mais desolada canção do velho Chico: dói latejada, é assim como uma fígada num membro que já perdi.

Agradeço à minha avó, Neusa. Pela irritabilidade que, na verdade, é apenas preocupação. Pelo nervosismo que, na verdade, é apenas bem querer.

Nunca vou me cansar de agradecer ao André. Ainda que fisicamente distantes, guardo carinho e gratidão pelo acolhimento e pelos ensinamentos. Sinto verdadeiras saudades da repetição de suas aulas, as quais assisti tantas vezes que já sabia até qual piada vinha após determinado conteúdo, que já sabia o conceito de procedimento para Fazzalari de coração e não de memória – inclusive, guardo-o assim até hoje. Foram os conceitos que o André explicitou que me fizeram apaixonar pela ciência do Direito. Foram os conselhos que o André empregou que me fizeram querer ser Professor, exatamente como ele. Foram as palavras de quem ensina com paixão e esperança (“que salve um!”, ele dizia) que me trouxeram até aqui e me levarão daqui para frente. Obrigado, chefe!

Não poderia deixar meus amigos sem um generoso espaço nestes agradecimentos. Os muitos (e muitos) anos de amizade entre mim, Be, Guta, Lulu, Dedé, Leo, Padilha e July são, a meu ver, a constatação de que a pluralidade dos projetos de vida cabe numa mesma comunidade com fortes vínculos de solidariedade. Admiro cada um de vocês, ainda que por motivos totalmente diversos e, às vezes, e até mesmo, sem precisar de motivo.

Desejo expressar minha gratidão ao Paulo que, há muito tempo, tem toques de cuidado comigo, mas, principalmente, por aqueles com a minha mãe.

Agradeço à minha melhor companhia, Izabella. Por mediar com amor a imediatidade do frio por furtar das minhas cobertas, do aperto por tomar meu espaço e da falta de bateria nos meus dispositivos por surrupiar meus carregadores.

Por último, mas não menos importante, agradeço à minha mãe. Uma virtuosa companheira de jornada que enxerga a vida numa luz muito singular e, com isso, vê razões que não enxergo e que não entendo, mas nas quais confio de olhos fechados.

A dureza real de quem é pedra
Que a volúpia do atrito lapida
Esse brilho tenaz que quase cega
É ventura do ventre da ferida

Quem dirá, migalha de sol
Que o brilho é teu apogeu,
Se ofuscado no caldo das estrelas
O brilho se perdeu?

Sou de estrelas a causa e o pó
Sou de estrelas e só
Do ser ao pó, é só carbono
Solene, terreno, imenso
Perene, pequeno, humano
(Lenine)

RESUMO

Este trabalho visa esticar as críticas da dicotomia realizadas por Hilary Putnam ao teórico da sociedade Jürgen Habermas para a sua obra que versa mais detidamente sobre o Direito, a saber *Facticidade e Validade*. Nesse trabalho, procuramos realizar um paralelo entre a dicotomia da norma moral e do valor ético com a norma jurídica e o valor ético, a fim de demonstrarmos que Habermas tem a mesma dificuldade valorativa em ambos os casos por uma única razão: o autor é demasiado restrito em sua concepção dos valores. Para tanto, foi preciso investigarmos a forte distinção habermasiana entre juízos de fundamentação e de aplicação, demonstrando que há um paralelo possível entre normas jurídicas e normas morais por serem ambos os casos tanto de fundamentação de normas, quanto de aplicação.

Palavras-chave: Habermas. Putnam. Valor. Direito.

ABSTRACT

This work aims to extend the criticism of the dichotomy made by Hilary Putnam to the theorist of society Jürgen Habermas for his work that deals more closely with Law, namely *Between Facts and Norms*. In this work, we try to make a parallel between the dichotomy of the moral norm and the ethical value with the legal norm and the ethical value, in order to demonstrate that Habermas has the same evaluative difficulty in both cases for a single reason: the author is too restricted in its conception of values. Therefore, it was necessary to investigate the strong Habermasian distinction between reasoning and application judgments, demonstrating that there is a possible parallel between legal norms and moral norms, as both cases are cases of norms foundation and application.

Keywords: Habermas. Putnam. Value. Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HABERMAS: PRINCÍPIO DO DISCURSO, VALOR E DIREITO	13
2.1 PRINCÍPIO DO DISCURSO: A BASE DA RECONSTRUÇÃO INTERNA DO DIREITO	17
2.2 NORMA MORAL, UNIVERSALIDADE E COGNITIVISMO	23
2.2.1 <i>Excursus: verdade versus correção</i>	30
2.3 VALOR ÉTICO, RELATIVISMO E (NÃO-)COGNITIVISMO	34
2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	38
3 A CRÍTICA DE HILARY PUTNAM	40
3.1 DUALISMO ENTRE FATO E VALOR	44
3.2 DUALISMO ENTRE NORMA E VALOR	51
3.3 CONCLUSÕES PARCIAIS	57
4 DA CRÍTICA DA DICOTOMIA À DIFICULDADE JURÍDICO-VALORATIVA	60
4.1 PARADIGMAS DO DIREITO.....	62
4.2 JUÍZOS DE FUNDAMENTAÇÃO E DE APLICAÇÃO.....	68
4.3 A FORMA DO DIREITO: MAIS UMA VEZ, NORMAS E VALORES	77
4.4 <i>CODA</i> : APONTAMENTOS PARA UMA NOVA INVESTIGAÇÃO	86
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

The science of right is a part of philosophy. (...) As a part [of philosophy], it has a determinate starting point, which is the result and truth of what preceded it, and what preceded it is the so-called proof of that result. Hence the concept of right, so far as its coming into being is concerned, falls outside the science of right; its deduction is presupposed here and is to be taken as given.

Hegel

Toda teoria tem compromissos explícitos e implícitos. As mais simples, como esta dissertação, têm menos inferências possíveis, explicam ou justificam menos e, muitas vezes, criam espantalhos, ainda que defendam algumas teses.

As mais complexas, por sua vez, têm diferentes camadas em que se encontram esses compromissos, por vezes até mesmo sem a consciência do próprio autor e se interligam com muito mais coerência, beleza e simplicidade. A obra de Jürgen Habermas é um desses exemplos, embora não seja o objeto deste trabalho saber sobre esses estados mentais ou de quaisquer outros.

O que buscamos foi estressar os argumentos de Habermas com conceitos normativos e com a nossa prática jurídica. Em especial, utilizamos as críticas de Putnam (2002) como ponto de partida e as complementamos, estendendo essas ideias ao aporte teórico-jurídico de Habermas. Por esse caminho, pretendemos demonstrar que o autor tem uma visão muito restrita dos valores e que, com isso, essa indicação aponta para uma maior importância deles na compreensão do Direito do que Habermas parece admitir.

Muito embora o embate entre Habermas e Putnam não seja propriamente novidade, ele é, como dissemos, instrumentalizado nesta dissertação para tentarmos entender a maneira de como a crítica da dicotomia, principalmente àquela realizada por Putnam (2002), aplica-se à teoria do Direito de Habermas. Assim, o propósito que temos em vista é o de colocá-la num panorama mais amplo, somando-se à tentativa de avançar um pouco mais na importante discussão sobre a questão dos valores no âmbito jurídico.

Nesse sentido, como marco teórico, consideramos as reflexões e as investigações que versam sobre o tema da normatividade aduzidos na crítica de Hilary Putnam à Habermas. Apoiamo-nos, quando necessário, também no sofisticado pragmatismo inferencialista de Robert B. Brandom.

Logo, essas construções teóricas visam justificar a hipótese a qual adotamos em resposta

à questão problema que guia toda esta investigação, e que pode ser explicitada da seguinte maneira: *em que medida é possível estender a crítica dos dualismos à Teoria do Direito de Jürgen Habermas?* Ao longo de todo o trabalho, buscamos os caminhos para esboçar uma resposta a essa pergunta.

Assim sendo, a justificativa do presente trabalho orbita a necessidade de aprofundar o debate entre normas e valores no âmbito da Filosofia do Direito com foco em um de seus importantes autores, a saber, Jürgen Habermas. Para tanto, levaremos em conta também as formulações de Hilary Putnam que, infelizmente, pouco debate sobre o Direito, porque, segundo o próprio autor, não seria sua área de expertise (PUTNAM, 2009), mas que, no entanto, empreendeu diversas contribuições filosóficas sobre os valores.

Adotamos como hipótese, à luz do marco teórico que explicitamos, que a crítica ao dualismo da norma e do valor, se estendida à Teoria do Direito de Jürgen Habermas, desestabilizaria seu aparato teórico-jurídico, pois seus conceitos centrais necessitam dessa dicotomia ou, ao menos, pressupõem-na em seus aspectos fundamentais. A concepção teórica que entendemos neste trabalho como necessária para chegarmos à hipótese é a de que entre norma e valor não pode haver uma diferença profunda, pois até mesmo a forma do Direito pressupõe ou necessita dos valores, conforme defenderemos ao longo deste trabalho.

Não por acaso, John Dewey (2008a) deve sempre ser lembrado em empreendimentos teóricos desse tipo. Principalmente por sua defesa de que ao partirmos de materiais crus numa primeira experiência relativamente a um problema, devemos retornar ao objeto, após a reflexão, para testarmos nossas hipóteses e reformulá-las a fim de avançarmos não apenas em nosso conhecimento, como também em nosso plano de ação.

Neste espírito pragmatista, depois do trabalho pronto, com a reflexão feita e a hipótese testada, pareceu-nos que uma leitura com mais generosidade seria suficiente para diminuir as distâncias entre os polos das dicotomias no curso da obra habermasiana, ainda que fosse necessário tomarmos como incompatíveis algumas de suas afirmações mais explícitas com esse compromisso mais generoso. Entretanto, esse outro trabalho possível deveria ter este como premissa, pois seria preciso primeiro identificar e criticar essas dicotomias para depois reformulá-las. Para isso, seriam necessários esforço, tempo e fôlego muito maiores do que os disponíveis para a feitura desta dissertação.

Numa apresentação mais geral, podemos dizer que no capítulo que sucede esta introdução, melhor dizendo, no segundo capítulo, pretendemos mapear, ainda que sucintamente, o grandioso projeto habermasiano em alguns de seus pontos que são relevantes

para esta pesquisa. Em termos mais globais, esses pontos são o Direito, a moral e a ética permeados pela sua teoria da sociedade e da linguagem.

Embora a apresentação da obra não se esgote nesse único capítulo, até porque seria impossível fazê-lo em tão curto espaço, os esforços para apresentarmos elementos com os quais o leitor consiga obter uma primeira impressão da delimitação do nosso objeto. Os demais capítulos avançam em termos explicativos na obra de Habermas para, por vezes, provarmos um ponto específico ou, por outras vezes, retomarmos uma exposição com novos elementos, mas que julgamos como necessários à finalidade de alcançar a resposta da pergunta problema.

Nesse sentido, o terceiro capítulo avança um pouco mais na exposição da teoria habermasiana, ao mesmo tempo em que incorpora algumas das críticas realizadas por Hilary Putnam. Nele, por um lado, introduzimos o debate entre ambos os autores por meio de uma bibliografia especializada de intérpretes que esclarecem tal controvérsia com diferentes leituras sobre suas teses e, por outro, tentamos jogar mais luz no nosso objeto de investigação a fim de elucidarmos um pouco melhor os limites conceituais da teoria de Habermas. Para atingirmos esse objetivo, utilizamos a estratégia de empregar as críticas de Putnam para demonstrar em que pontos a teoria do Habermas falha em relação ao valor, assim como operamos com o raciocínio de Putnam para desenvolver críticas a partes não exploradas da obra do autor pelo crítico.

No capítulo seguinte, tomamos as conclusões que até então alcançamos como premissas para irmos de encontro à principal obra sobre o Direito de Jürgen Habermas. Trabalhamos, nesse capítulo, para mostrar como uma forma distinta de compreender a relação entre normas e valores desestabiliza a distinção entre os juízos de fundamentação e os de aplicação em sua obra. Para tanto, traçamos um paralelo entre fundamentação e aplicação de normas no Direito e na moral por serem dois casos de aplicação de normas na obra habermasiana e discutimos o porquê de seguirem uma lógica comum na sua teoria, mais especificamente no que diz respeito ao processo de aprendizagem em sua teoria da evolução social.

No mesmo capítulo, empenhamo-nos ainda em demonstrar que Habermas ignora alguns valores jurídicos por compreender os valores, em geral, de forma demasiado restritiva. Como corolário, sugerimos uma nova proposta de investigação que possivelmente não esbarraria nas mesmas dificuldades, mas que, infelizmente, não encontra espaço ou tempo suficientes para ser executada num trabalho de mestrado.

Por fim, o último capítulo expõe as conclusões da pesquisa ao arrematar, em retrospectiva, os principais pontos do trabalho. Não apenas a conclusão, mas encaminhamos

todo o trabalho com a suspeita de que um leitor mais habermasiano sentirá desconforto com os argumentos que apresentamos, mas também com a esperança de que ao final tenhamos obtido um êxito mínimo na ampliação do debate sobre valores.

2 HABERMAS: PRINCÍPIO DO DISCURSO, VALOR E DIREITO

To the degree that the rationality potential ingrained in communicative action is released, the archaic core of the normative dissolves and gives way to the rationalization of worldviews, to the universalization of law and morality, and to an acceleration of processes of individualization.

Jürgen Habermas

O título do primeiro capítulo de *Facticidade e Validade* (2020a) põe em jogo logo de saída como Habermas enxerga o Direito. A ideia de um “direito como categoria de mediação social entre facticidade e validade” o coloca numa tensão entre coercibilidade e legitimidade.

Para fazermos a reconstrução do seu argumento, ainda que com poucos pormenores, devemos iniciar dizendo que Habermas (2020a) pretende desvincular da razão prática uma filosofia do sujeito e abri-la para além dos contextos de orientação da ação, sem perder seu caráter normativo. Essa conquista habermasiana só é possível com a razão comunicativa, pois ela é o *medium* linguístico descentralizado que tem como *telos* imanente o entendimento e são seus pressupostos pragmáticos que trazem prescrições cujo conteúdo não é uma fonte para normas de ação (HABERMAS, 2020a, p. 35-37)¹.

Assim, se “[...] trabalho e linguagem são mais antigos que o homem e a sociedade” (HABERMAS, 2015, p. 217) e as interações humanas, num sistema social de papéis, são mediadas simbolicamente por conjuntos de normas baseadas no reconhecimento intersubjetivo, nenhuma parte dessas interações humanas pode renunciar à normatividade.

Essa normatividade inerente à linguagem está vinculada ao conteúdo semântico de uma

¹ Desde o seu giro linguístico em *Preleções para uma fundamentação linguística da Sociologia* (2010b), para Habermas, ação e razão se misturam. O compartilhamento de sentido, a racionalidade e a linguagem são intrinsecamente imbricadas. Assim, a separação que existe para ele é a entre aqueles que possuem apenas “comportamento” e aqueles que têm “ação”: os primeiros não compartilham sentido, não agem racionalmente e não são dotados de linguagem; os segundos, no sentido exatamente oposto, dispõem de todas essas características (HABERMAS, 2010b). Entretanto, Habermas varia o sentido do conceito de ação, o que necessitaria uma análise mais detida do que a que é possível fazer aqui. Para o autor, o ato de fala é claramente um agir. Uma ação, entretanto, na obra recente de Habermas, ora parece ter um sentido mais amplo que engloba o ato de fala, como em *Teoria do agir comunicativo* (2012a), ora ela é reservada para as tarefas práticas como as morais, éticas e pragmáticas, como em *Facticidade e Validade* (2020a). Em boa medida, *Facticidade e Validade* (2020a) tem um vocabulário que, por vezes, aparenta ser pouco técnico no próprio “idioma” do autor, como no uso do conceito “sistema” que aparece em circunstâncias que a tradição conceitual de Habermas geralmente não permitiria. De qualquer forma, essa divisão no conceito de ação permanece em textos com maior rigor conceitual, como em *On the architectonics of discursive differentiation* e em *Between naturalism and religion* (2016a).

proposição, mas também à idealidade da validade de verdade, à presunção da imputabilidade de quem fala, à pressuposição de que o que é expresso em um ato de fala é abarcado pela inteligibilidade, à inclusão, à aceitabilidade etc.² (HABERMAS, 2020a, p. 33-77; HABERMAS, 1994, p. 299-303; HABERMAS, 2016a, p. 82). O conteúdo proposicional, por exemplo, ainda que apreendido por sujeitos diferentes em lugares e tempos diversos, é idêntico e, em todos os casos, os membros de uma comunidade linguística *devem* pressupor que suas palavras têm esse mesmo conteúdo semântico. Nas palavras do autor:

a tensão entre facticidade e validade se desloca para os pressupostos da comunicação, que, embora possuam um teor ideal e sejam satisfeitos somente de maneira aproximativa, todos os participantes têm de assumir factualmente cada vez que afirmem ou criticarem a verdade de um enunciado e quiserem entrar em uma argumentação para a justificação dessa pretensão de validade (HABERMAS, 2020a, p. 49, grifos do autor).

Esse elemento contrafactual, diz Habermas, é “um ponto nevrálgico de todo o meu empreendimento teórico” (HABERMAS, 2018, p. 498). Isto ocorre porque ele considera que a facticidade da vida cotidiana é tomada de assalto a partir de dentro pela idealidade daqueles pressupostos pragmáticos e pretensões de validade.

Ainda que frágeis, elementos contrafactuais imanentes, os quais citamos acima, são “as condições universais do entendimento possível” (HABERMAS, 1994, p. 299) e devem ser assumidos e realizados na prática pelos falantes, mesmo que aproximativamente (HABERMAS, 2020a, p. 49). Não por outra razão, são ideais e reais a um só tempo: “o hiato entre o inteligível e o empírico é atenuado numa tensão que se faz sentir na força fática de suposições contrafactuais no seio da própria experiência comunicativa quotidiana” (HABERMAS, 2020a, p. 116).

Essas condições ideais, embora frágeis e instáveis, estão também vinculadas à tentativa de Habermas de explicar *reconstrutivamente* de que maneira essa fraca força comunicativa

² As pressuposições pragmáticas e as pretensões de validade são “idealizações que estão vinculadas com o *medium* da linguagem” (HABERMAS, 2020a, p. 50). Enquanto as pretensões de validade se resumem na teoria mais recente de Habermas em três, a saber, a de verdade, a de correção e a de sinceridade, parece-nos impossível esgotar todas as pressuposições pragmáticas em um único rol. Há textos em que o autor diz das “quatro mais importantes dessas inevitáveis pressuposições pragmáticas” (HABERMAS, 2016a, p. 82) [*four most important of these unavoidable pragmatic presuppositions*]: inclusão, igual distribuição das liberdades comunicativas, sinceridade [*truthfulness*] e ausência de restrições externas contingentes ou inerentes à estrutura da comunicação. Contudo, em *Facticidade e Validade* (2020a, p. 53-55), Habermas cita outras tantas, a exemplo da identidade do significado. A impressão que esses variados exemplos impõem é da impossibilidade de se explicitar *todas* as pressuposições, pois as elencadas anteriormente não anulam as posteriores e, assim, o autor as escolhe expor de acordo com a conveniência da melhor estruturação de seu texto.

pode gerar integração social. Ocorre que, no decorrer da evolução social³, o risco de dissenso aumenta pela crescente complexidade das sociedades, na pluralização das formas de vida e na individualização das histórias de vida, ao mesmo tempo que o ônus dessa integração social recai em parte sobre o Direito (HABERMAS, 2020a, p. 57-62)⁴.

Para o autor, nas sociedades arcaicas, ainda que fosse possível alguma especialização para as funções exercidas pelos indivíduos, tais como as de liderança, as de ações rituais ou a de arbitragem de conflitos, “tal especificação se mantém nos limites de um sistema de parentesco” (HABERMAS, 2012b, p. 305). Assim, as estruturas normativas são interpretadas à luz das imagens míticas de mundo e garantidas por essas instituições metassociais (HABERMAS, 2020a; HABERMAS, 2017, p. 10-11). Nesse sentido, Habermas arremata:

Já chamei a atenção para o fato de que as cosmovisões míticas não somente confundem as distinções categoriais entre mundo objetivo, social e subjetivo, como também impedem o traçado de uma linha clara entre as interpretações do mundo e a própria realidade. Os nexos internos de sentido se misturam com relações entre coisas. Inexiste um conceito para a validade não empírica que atribuímos a manifestações simbólicas. (HABERMAS, 2012b, p. 287).

Contudo, esses mecanismos funcionais de coordenação da ação sofrem transformações pelos aumentos de complexidade advindos de “novas especificações funcionais”, assim como em direção a “uma integração mais abstrata das novas diferenciações” (HABERMAS, 2012b, p. 299) em seus mecanismos de troca e de poder.

Ao lado da complexificação, defende Habermas (2012b, p. 311), a institucionalização diferencia sistemas de ação ligados ao mundo da vida e resolve os problemas do nível de integração anterior. O nível ulterior, portanto, é aquele “[...] a partir do qual os mecanismos precedentes são degradados e, ao mesmo tempo, redirecionados e suprassumidos dialeticamente” (HABERMAS, 2012b, p. 299). Assim, a quantidade de aprendizagem adquirida num primeiro momento é estocada no mundo da vida e nas suas intuições como um recurso de solução de circunstâncias problemáticas que, no estágio seguinte, será mais uma vez degradada, redirecionada e suprassumida.

Na medida em que o potencial de racionalização do mundo da vida é liberado e avança, ao serem problematizadas as certezas impregnadas em nosso *background*, ele eclode “o núcleo

³ Para uma literatura sobre o tema ver Repa (2021), Eder (2009) e Owen (2002).

⁴ Habermas não deixa apenas a cargo do direito a integração social. Devemos ter em mente a necessidade da solidariedade, que é um importante recurso de para a sua manutenção (HABERMAS, 2016b; HABERMAS, 2016a).

arcaico da normatividade” e, com isso, abre “espaço para a racionalização de cosmovisões” (HABERMAS, 2012b, p. 87).

O aprofundamento da generalidade em termos de motivos para a ação e de valores abre espaço para a separação entre os mundos objetivo, social e subjetivo, isto é, entre o mundo que podemos descrever, aquele dos fatos; o mundo normativo, que contém os “valores generalizados”, ou seja, o das normas; e o mundo interno a cada indivíduo, referido pela pretensão de validade de sinceridade⁵. Esse desligamento gradual, portanto,

faz com que o fardo da integração social seja tirado paulatinamente do consenso ancorado na religião e passado para o processo de formação do consenso no interior da linguagem. Tal mudança de polaridade, ou seja, a passagem da coordenação da ação para o mecanismo do entendimento, *faz com que as estruturas gerais do agir orientado pelo entendimento se tornam cada vez mais nítidas*. (HABERMAS, 2012b, p. 325, grifos nossos)

Assim, quando as ordens normativas não podem mais ser conservadas por garantias metassociais, o Direito tem uma dupla tarefa. Isso porque, concomitantemente, o Direito precisa garantir a disposição à obediência pela coerção e pela sua validade legítima. Habermas (2020a, p. 63-70) crê que a tensão entre facticidade e validade é uma reconstrução da conexão kantiana interna entre coerção e liberdade. Assim, o Direito é uma autorização para a coerção que se justifica ao garantir o espaço de liberdade dos indivíduos – e na validade do âmbito jurídico estaria expressa essa relação (HABERMAS, 2020a, p. 64-65).

A legalidade nos exige apenas um comportamento compatível com a norma (HABERMAS, 2020a, p. 64). Nesse sentido, somos livres para escolher como nossa obediência às expectativas jurídico-normativas se realizará. Podemos enxergar o Direito:

- (1) por um enfoque na norma válida de ação, obedecendo-o por respeito a essas normas que nós legislamos para nós mesmos ou, ainda, se conseguimos resgatar discursivamente a sua justificação moral, ética ou pragmática (HABERMAS, 2020a, p. 64); ou
- (2) por um enfoque estratégico, em que o enxergando como fato social por “um modo de consideração empírico” (HABERMAS, 2020a, p. 64), realizamos o cálculo da probabilidade de sanção ou do “preço” a ser pago ao infringirmos a(s) norma(s) para

⁵ Habermas faz uma separação formal entre três mundos: mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo. Respectivamente, um mundo de “estado de coisas existentes”, um mundo “constituído de um contexto normativo que estabelece quais interações pertencem ao conjunto de relações interpessoais justificadas” e, por fim, um mundo da “totalidade das vivências subjetivas” (HABERMAS, 2012a, p. 167-176).

decidirmos entre os cursos de ação disponíveis.

Desse modo, nessa tensão entre legitimidade e coercibilidade, desenvolve-se a teorização habermasiana do duplo modo de validade do Direito moderno a partir de sua reconstrução do argumento kantiano. O Direito medeia as relações sociais e é uma categoria na qual reaparece aquela tensão entre facticidade e validade imanente à linguagem. Afinal, o próprio Direito é uma linguagem que está estressada, por um lado, pela coercibilidade e, por outro, pela legitimidade. Nas palavras do autor:

[...] o sentido dessa validade jurídica se explica apenas pela referência simultânea a ambos os polos, ou seja, à validade social ou factual do direito, de um lado, e à legitimidade ou validez do direito, de outro. [...] o direito positivado não se apoia sobre a facticidade crescente de formas de vida habituais e transmitidas, mas sobre a *facticidade artificialmente produzida* da ameaça de sanções definidas (HABERMAS, 2020a, p. 65, grifos do autor).

Habermas pretende, portanto, demonstrar por via da reconstrução do Direito que a “razão prática não exaure a si mesma num mero dever [*ought*], mas, ao contrário, já está em funcionamento dentro da realidade social” (ISER, 2009, p. 618, tradução nossa)⁶. A sua reconstrução encontra dois aspectos: a reconstrução da relação externa entre a facticidade social e a autocompreensão do Direito moderno, como é empreendido, por exemplo, no segundo capítulo de *Facticidade e Validade* (2020a), assim como a de um ponto de vista interno na qual Habermas procura reconstruir também as tensões entre facticidade e validade a partir do princípio do discurso.

2.1 Princípio do Discurso: a base da reconstrução interna do Direito

A teoria discursiva do Direito de Habermas começa a ser exposta de modo mais pormenorizado a partir do terceiro capítulo de *Facticidade e Validade* (2020a). O interesse do autor pelo aparato jurídico está ancorado na centralidade que o Direito assume nas sociedades modernas ao estabilizar expectativas legítimas, o que somente pode ser alcançado, segundo Habermas (2020a, p. 129), em conexão com a força integradora da ação comunicativa.

Habermas, portanto, coloca a sua leitura sobre o âmbito jurídico como um dos elementos de sua teoria social ao articular a função regulativa do Direito no estabelecimento de

⁶“practical reason does not exhaust itself in a mere ought but instead is already at work within social reality.”

expectativas generalizadas. Conseqüentemente, também a posiciona na coordenação da ação com uma dimensão de legitimidade, dessa maneira o Direito só obtém aceitação “se for fruto de um procedimento democrático” (PINZANI, 2001, p. 23) no qual os cidadãos se reconheçam como coautores dessas normas (HABERMAS, 2020a).

Um conceito discursivo do Direito serve a Habermas (2020a, p. 129), portanto, para elucidar o “[...] nexu problemático entre liberdades subjetivas privadas e a autonomia do cidadão”, esclarecimento esse que é por ele encontrado na cooriginalidade entre ambas, o que permite ao autor articular a função regulativa e o ideal da autodeterminação normativa. Esse princípio da cooriginalidade, portanto, ajuda-o na explicação e na justificação de como essas autonomias se pressupõem reciprocamente.

O Direito tem uma estrutura recognitiva derivada do princípio do discurso. Habermas reconhece que:

O princípio do discurso limita-se a explicar o ponto de vista a partir do qual normas de ação podem ser imparcialmente fundamentadas, partindo da ideia de que ele próprio se funda *nas relações simétricas de reconhecimento inscritas em formas de vida comunicativamente estruturadas*. (HABERMAS, 2020a, p. 157, grifos nossos).

Essa estrutura do reconhecimento encontra sua expressão jurídica, ainda que de forma não totalmente linear, pelos Direitos Humanos e pela soberania popular (HABERMAS, 2020a, 142-152).

Para Habermas (2012b, 2014c, 2020a), quando as formas de vida tradicionais se deterioram em consequência da pressão exercida pelos crescentes discursos de autoconsciência e a integração social não pode mais se ancorar em garantias metassociais, a ideia de Direitos Humanos como domínio impessoal das leis permite uma fundamentação imparcial da auto-organização social, que é dirigida pela vontade soberana do povo (HABERMAS, 2020a, p. 147).

Essa cooriginalidade, portanto, manifesta-se no *medium* das leis gerais, abstratas e impessoais e um procedimento de autodeterminação. Esses dois aspectos têm dependência mútua. Isso porque, de um lado, só se pode haver autodeterminação se houver garantia a todos de iguais liberdades subjetivas (HABERMAS, 2020a, p. 147). Por conseguinte, só se pode haver iguais liberdades subjetivas no caso de existirem leis gerais, abstratas e impessoais (HABERMAS, 2020a, p. 147).

Por exemplo, podemos alterar a legislação que versa sobre a nossa estrutura político-partidária apenas porque temos Direitos Fundamentais que nos garantem a possibilidade de voto. Ao mesmo tempo, só podemos garantir a possibilidade de voto se houver um sistema eleitoral. A cooriginalidade é uma via de mão dupla: nela, se trafega no sentido das liberdades

subjetivas ao reconhecimento à autonomia autolegislativa e no sentido da autonomia legislada ao reconhecimento às liberdades subjetivas.

A autonomia privada, que se chamou de liberdades subjetivas, e a autonomia pública, que se chamou de autonomia do cidadão, exigem uma a outra. Há um vínculo entre os conceitos, que são interdependentes, pois “sua relação é de uma implicação material” (HABERMAS, 2004a, p. 143, tradução nossa)⁷. Apenas é possível gozar da autonomia pública se, em privado, os indivíduos são suficientemente independentes uns dos outros, assim como tão somente é possível usufruir adequadamente de sua autonomia privada se as pessoas puderem outorgar a lei a si mesmos – autolegislares as normas de conduta, de ação.

Dessa forma, de acordo com uma racionalidade procedimental comprometida com a cooriginalidade entre autonomia pública e privada, o interesse de nenhum dos afetados tem por si mesmo um peso maior do que os dos demais. Apenas uma forma igualitária de atender aos interesses de todos os possíveis concernidos pode ser digna de aceitabilidade racional, para a obtenção da qual a única coação possível é a do melhor argumento.

Há, no pensamento de Habermas, uma relação intrínseca entre razão e liberdade. A liberdade, que consiste no fato de as pessoas darem a si mesmas as suas leis, tem um elo de dependência com o respeito igualitário da liberdade de cada um para dizer “sim” ou “não” diante das pretensões de validade (HABERMAS, 2020a). Consequentemente, a igual consideração pelo interesse das pessoas afetadas é condição para que a pretensão levantada mereça ser aceita como racional (HABERMAS, 2004a).

O princípio do discurso expressa essa estrutura, pois o seu conteúdo normativo determina que “são válidas [*gültig*] apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2020a, p. 155). Segundo Habermas (2020a), ele é neutro em relação à moralidade e ao Direito e, por conseguinte, é um metaprincípio que pretende orientar as normas de ação em geral, bem como só pode ser satisfeito com a realização aproximada dos pressupostos pragmáticos do discurso.

No entanto, não se pode confundi-lo com os pressupostos pragmáticos ou com as regras oriundas do princípio moral – essas últimas terão suas estruturas analisadas na subseção seguinte. Em primeiro lugar, devemos notar que os pressupostos não estão ligados diretamente

⁷ “interdependientes, su relación es la de una implicación material.”

à orientação da ação, mas, tão somente, àquilo que se tem como suposições ideais ao se comunicar no sentido de buscar se entender com alguém, como a da inclusão, da igual distribuição de liberdade comunicativa, da ausência de constrangimento etc. (HABERMAS, 2016a, p. 82).

Embora tenham normatividade, eles são, a bem da verdade, as condições de possibilidade de qualquer comunicação. Por operarem como pressupostos transcendentais fracos, a sua diferença mais marcante residiria na ruína argumentativa ao violá-los, pois assim se destruiria o jogo da argumentação. Nas palavras precisas de Baynes (1992, p. 112), “essas pressuposições têm um *status* transcendental no sentido que são inevitáveis: qualquer um que os negue e ainda queira argumentar seriamente se envolve de alguma forma numa contradição performativa”. Por oposição, violar normas morais não implica abandono do jogo da linguagem moral (HABERMAS, 2016a, p. 83).

Até mesmo a pressuposição da validade (aceitabilidade racional) do melhor argumento em discursos, um dos pressupostos pragmáticos (HABERMAS, 2016a), tem essa estrutura. Afinal, a não-coerção se refere apenas à “constituição do processo de argumentação em si, não a relações interpessoais fora dessa prática” (HABERMAS, 2016a, p. 83, tradução nossa)⁸. Esses conteúdos normativos discursivos, ao servirem à autocorreção das pretensões de validade lançadas no jogo de dar e pedir razões acabam, assim, por contribuir com o processo de aprendizagem⁹.

O emprego efetivo das iguais autonomias apenas pode ocorrer com a institucionalização dos pressupostos comunicativos por meio de um paradigma procedimental do Direito (HABERMAS, 2020a, p. 224-225). Desta forma, o metaprincípio do discurso se apoia nessas condições de possibilidade e o princípio da democracia é somente uma das suas formas de instanciação.

O princípio da democracia, segundo o autor, “deve estipular um procedimento de criação legítima das normas jurídicas” (HABERMAS, 2020a, p. 159) e, mais a frente completa, “nos diz como esta [a formação racional da opinião e da vontade política] pode ser institucionalizada” (HABERMAS, 2020a, p. 159). Ele se refere à participação igualitária da

⁸ “the constitution of the process of argumentation itself, not to interpersonal relations outsider of this practice.”

⁹ Para uma breve explicação sobre o processo de aprendizagem vinculado aos pressupostos pragmáticos, ver Habermas (2016a, p. 83-84).

regulamentação da vida comum, seja o procedimento da criação de normas jurídicas, seja “a produção do próprio *medium* do direito” (HABERMAS, 2020a, p. 160).

A participação em igualdade de direitos na formação discursiva da opinião e da vontade política são orientados à institucionalização com o princípio da democracia, juntamente com os necessários pressupostos comunicativos (HABERMAS, 2020a, p. 171). Ao se reconhecerem reciprocamente, os concernidos realizam a autodeterminação ao darem seu assentimento, a partir de um consenso procedimental (e em pé de igualdade), às normas que regem a sua coexistência e às condições que essas normas devem satisfazer (HABERMAS, 2020a, p. 159; HABERMAS, 2018, p. 374-376). Esse princípio, portanto, não pode se encerrar num mero procedimento legislativo, mas deve ser garantidor da ambiência¹⁰ necessária ao entendimento entre os associados voluntários do âmbito jurídico.

Acontece que essas normas, que têm sua produção orientada e condições determinadas pelo princípio do discurso, são revestidas por uma aquisição evolutiva: *a forma jurídica* (HABERMAS, 2020a, p. 160). A legalidade é apenas uma forma, ela não tem conteúdo pré-determinado. Nas palavras de Habermas,

Kant já havia caracterizado a legalidade, ou a forma jurídica do comportamento, recorrendo a três abstrações referentes aos destinatários do direito, não a seus autores. Em primeiro lugar, o direito faz abstração da capacidade dos destinatários vincularem sua própria vontade livremente, contando apenas com seu *arbitrio*. Além disso, o direito faz abstração da complexidade dos planos de ação inseridos no mundo da vida, restringindo-se à *relação externa* do comportamento interativo entre atores sociais típicos. Por fim, como vimos, o direito faz abstração do *tipo de motivação*, contentando-se com o efeito da ação em conformidade à regra. (HABERMAS, 2020a, p. 160-161).

Essas abstrações jurídicas compensam os déficits da perda da eticidade tradicional (HABERMAS, 2020a, p. 162) e se vinculam à fundamentação pós-convencional, pois a fundamentação não pode mais ser ancorada por motivos metassociais.

É neste sentido que Habermas (2008b) entende que a modernidade deve fundamentar a si mesma. O princípio da democracia é o resultado do entrelaçamento entre o princípio do discurso e da forma jurídica (HABERMAS, 2020a, p. 171), e ele pode contar nos contextos de justificação com o auxílio de argumentos pragmáticos, éticos e morais (HABERMAS, 2020a,

¹⁰ Emprega-se aqui a palavra “ambiência” num sentido mais próximo do de *medium*. Uma nota de rodapé do livro *Escritos sobre mito e Linguagem*, de Walter Benjamin, em versão publicada pela Editora 34 (2013), é esclarecedora ao distinguir a palavra alemã *mittel* de *medium*, pois em português ambas seriam traduzidas por “meio”. A nota diz que *medium* “designa o meio enquanto matéria, *ambiente* e modo da comunicação, sem que seja possível estabelecer com ele uma relação instrumental” (BENJAMIN, 2013, p. 53-54, grifos nossos).

p. 205-208). Todas essas formas de fundamentação se encontram à disposição desse princípio na solução de problemas práticos sem que seja possível recorrer às entidades superiores, à tradição ou a alguma liderança carismática.

O procedimento legislativo democrático é a via de entrada do poder comunicativo na produção do Direito legítimo, e deve levar em conta diversas condições de comunicação para a formação política da vontade (HABERMAS, 2020a). Habermas chama o encontro entre o princípio do discurso com a forma jurídica de gênese lógica do direito, em que

ela [a gênese lógica] começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo da forma jurídica enquanto tal – e termina com a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, com a qual a autonomia privada, apresentada inicialmente em termos abstratos, pode ser configurada juridicamente (HABERMAS, 2020a, p. 171)

Essa gênese lógica do Direito encaminha os processos políticos, de um modo mais amplo, para a política legislativa. Dessa forma, o autor defende que “as formas de comunicação desprovidas de um sujeito que regula o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2018, p. 416) inundem a política legislativa, inclusive nas decisões eleitorais e provimentos legislativos (HABERMAS, 2018, p. 413).

Afinal, a institucionalização dos pressupostos pragmáticos por meio de procedimentos legislativos democráticos é o que garante as formas de comunicação necessárias para uma formação política e racional da vontade. Nas palavras do autor:

É essa institucionalização jurídica de determinados procedimentos e condições de comunicação que torna possível um emprego efetivo de iguais liberdades comunicativas e, ao mesmo tempo, *impele* ao uso pragmático, ético e moral da razão prática, isto é, a um ajuste equitativo de interesses. (HABERMAS, 2020a, p. 225, grifos do autor).

Ainda que não se esgotem no uso pragmático, ético e moral¹¹, fica evidente, portanto, que as razões pragmáticas, éticas e morais levantadas para a fundamentação das normas jurídicas são orientadoras dos usos do poder administrativo do Estado, garantindo a ele legitimidade nas suas ações, mas também uma pressuposição de racionalidade ao dar razões a esses *outputs* (HABERMAS, 2018; HABERMAS, 2020a).

¹¹ Posterior a *Facticidade e Validade* (2020a), datado de 1992, Habermas lança um novo livro em 1996 chamado *A inclusão do outro: estudos de teoria política* (2018), no original *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Nele, há menção de uma “multiplicidade de formas de comunicação nas quais uma vontade comum se forma” (HABERMAS, 2018, p. 408), as quais ultrapassam essas três elencadas anteriormente em *Facticidade e Validade* (2020a). Entretanto, para fins desta dissertação, não é necessário investigá-las, mas, tão somente, mencioná-las.

Entretanto, essa relação é a externa¹² entre facticidade e validade, uma vez que se apoia na investigação da autocompreensão normativa e da facticidade social dos processos políticos. Habermas busca melhor compreendê-la no segundo capítulo de *Facticidade e Validade* (2020a, p. 79-126), mas também, por exemplo, no capítulo sétimo ao tratar da política deliberativa (2020a, p. 369-420).

A bem da verdade, Habermas (2020a, p. 370) diz que busca transacionar entre essa relação externa de facticidade e validade e aquela interna – na qual há uma relação entre a coercibilidade e a idealidade do Direito. De qualquer forma, a possibilidade de transitar entre ambas as relações não nos impede de apurar com maior destaque a interna, pois preservar essa busca com maior realce num vínculo inerente ao próprio Direito decorre do próprio objeto da dissertação. Esse ponto também tem maior ligação com as críticas que queremos apreciar no próximo capítulo, ainda que, no quarto capítulo, façamos a exposição daquilo que Habermas chama de “forma do direito”, realizada por uma perspectiva da evolução social, que parece estar mais próxima da relação externa.

A seguir, portanto, iremos investigar, com ênfase na relação interna entre facticidade e validade, os demais elos do Direito com a moralidade e com a eticidade, não apenas distinguí-los do princípio da democracia, mas também apresentando a diferença entre ética e moral, tal qual compreendida por Habermas. A explicação dessa dualidade é essencial para apresentarmos a dificuldade jurídico-valorativa e a dicotomia entre normas e valores apontada pelos críticos de Habermas.

2.2 Norma moral, universalidade e cognitivismo

Não são recentes as preocupações de Habermas com a moralidade. Segundo Forst (2009), o ponto de partida para a discussão de uma teoria da moralidade é a obra *Consciência*

¹² Habermas considera que a tensão entre Facticidade e Validade no Direito tem uma relação interna e uma relação externa. Na primeira, há um vínculo conceitual entre ambos e que, portanto, não pode ser resumido a uma contingência ou meramente ao contexto histórico. Assim, o Direito é entrelaçado pelo seu caráter de coercibilidade – ou ainda a sua capacidade de gerar ameaças – e pela legitimidade, as suas normas podem ser consideradas “[...] ao mesmo tempo”, diz Habermas, “como leis coercitiva e como leis da liberdade” (HABERMAS, 2018, p. 422). Na segunda, há tão somente uma relação casual entre Facticidade e Validade, pois do lado da facticidade podemos investigá-lo pela empiria dos processos da facticidade social e, do lado da validade, pela dimensão simbólica, “[...] cujo sentido só pode ser acessível internamente” (HABERMAS, 2020a, p. 108).

moral e ação comunicativa (2008a) de 1983. Dessa época até 1992, o ano de publicação de *Facticidade e Validade* (2020a), algumas modificações são realizadas, como a substituição da “ética do discurso”¹³ por um metaprincípio chamado “princípio do discurso”.

O princípio do discurso é a determinação normativa das condições de justificação imparcial de normas num contexto pós-metafísico. Por esta razão, afirma Habermas (2020a, p. 157), “nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização”. O princípio do discurso (HABERMAS, 2020a) se refere também à razão prática, no sentido de que estão vinculados às questões normativas que se impõe quando é necessário que alguém oriente sua ação numa determinada situação.

Quanto às circunstâncias nas quais um indivíduo (ou um grupo de indivíduos) se pergunta “o que devo fazer?”, Habermas (2000; 2020a) apresenta ao menos três formas de responder a essa pergunta: mobilizar as razões éticas, as morais e as pragmáticas. As normas morais em Habermas estão vinculadas a um critério procedimental que é requerido para “[...] fazer uma ‘incisão’ entre o eticamente bom e o moralmente correto” (FORST, 2012, p. 64, tradução nossa)¹⁴.

Nesses termos, não basta que haja simplesmente regras universais para que seja atingido o *status* da moralidade. É necessário, não menos, que haja uma libertação das histórias de vidas individuais e das formas de vida particulares, bem como é imprescindível que os concernidos aceitem as consequências resultantes de sua observância simétrica dos interesses de cada um dos indivíduos envolvidos (HABERMAS, 2008a, p. 76; HABERMAS, 2020a, p. 156-157)¹⁵.

Os pressupostos pragmáticos da argumentação, os quais analisamos na primeira subseção, servem a Habermas como uma estratégia para derivar, mas sem com eles se confundir, os conteúdos de uma moral universalista (HABERMAS, 2014b, p. 113-114). O discurso de fundamentação moral “apresenta uma forma de comunicação mais exigente cujo alcance vai além das formas de vida concretas, em que as pressuposições de uma ação orientada

¹³ Não faremos aqui uma diferenciação entre o conteúdo dos termos “ética do discurso” e “princípio do discurso”: os utilizaremos como sinônimos. Porém, uma simples diferenciação deve ser feita para fins de esclarecimento. Enquanto a ética do discurso era um substituto do imperativo categórico kantiano para o processo de argumentação moral pelo princípio “D” (HABERMAS, 2014b, p. 108), o princípio do discurso é um metaprincípio que engloba a fundamentação imparcial para as normas de ação em geral, sejam elas morais ou do Direito (HABERMAS, 2020a) Para uma análise competente dessas dissimilaridades, ver Kettner (2002). Contudo, devemos ainda dizer que embora ética do discurso seja a expressão consagrada, a tradução mais apta para o português seria provavelmente Teoria Discursiva da Ética.

¹⁴ “[...] to make an “incision” between the ethical good and the morally right.”

¹⁵ Sobre esse tema, McCarthy (1992) é uma interessante literatura secundária.

para o entendimento são generalizadas” (HABERMAS, 2014b, p. 114).

Portanto, quem figura como concernido nas questões morais é toda a humanidade e cada qual deve aceitar as normas morais como máxima de sua ação sobre o que é proibido ou obrigatório. Essas normas morais universalistas limitam a persecução de fins igualmente e para todos ao insistir na prioridade de seu código binário – justas ou injustas, válidas ou inválidas, corretas ou incorretas – em detrimento de considerações decorrentes de formas de vida ou outras ações possíveis.

A título de exemplo, é moralmente aprovável que alguém opte por um liberalismo econômico durante um período de sua vida e que, após reflexões, torne-se, por exemplo, um keynesiano. Assim como é moral a opção pela monogamia ou poligamia, sobre crer em divindades ou não e, até mesmo, que faça a opção entre ser conservador ou liberal etc. Nesses casos hipotéticos, a escolha entre essas formas de vida é afetada diretamente pela moral, pois não possuem fins por ela proibidos – sendo, ao menos, permitidos. Não há o mesmo resultado quando alguém opta por viver uma vida nos moldes éticos de uma sociedade nazista ou uma vida de supremacista branco, por exemplo, dado que suas finalidades são moralmente proibidas.

A moralidade, portanto, circunscreve as finalidades não proibidas (ou permitidas) às formas de vida ou à ação sem escolher entre elas (HABERMAS, 2014b, p. 334)¹⁶. A fim de ilustração, é como se ela interditasse o que fica dentro de seu círculo (ou fora de seu círculo), considerando-as ações ou formas de vida injustas ou inválidas e atuando de forma categórica e prioritária em eventuais conflitos valorativos que recaiam sobre a autoridade de suas normas autolegisgadas.

Esse procedimento discursivo da vontade se vincula à autonomia dos indivíduos que são, concomitantemente, socializados. A eles cabe, individualmente, o consentimento ou não à norma moral, mas os agentes apenas podem adquirir essa capacidade imputável em razão de sua inserção em formas de vida intersubjetivamente compartilhadas (HABERMAS, 2014b).

Isso ocorre porque de acordo com a concepção habermasiana da moralidade, a autonomia pessoal dos agentes morais é necessária à legislação dessas normas. A sua imputação

¹⁶ Uma analogia explicativa no âmbito jurídico pode ser a equivalência às máximas do Direito Privado ou ao Direito Público, conforme se interpreta a moralidade. No primeiro, está permitido tudo aquilo que não é proibido, enquanto no segundo, em razão de sua legalidade estrita, apenas se pode fazer aquilo que a lei permite ou, em outras palavras, está proibido tudo o que não é permitido. Assim, a moralidade pode ser mais restritiva ou mais permissiva a depender da forma pela qual ela é interpretada nessa chave kantiana.

está conectada à liberdade de autodeterminação¹⁷, pois os cidadãos de uma república mundial, por assim dizer, devem se dar as normas que têm como conteúdo o que eles devem uns aos outros e por tais normas são responsáveis. Ao mesmo tempo, a moralidade exige empatia e solidariedade por toda a “rede de relações interpessoais e relações de reconhecimento mútuo” (HABERMAS, 2014b, p. 115) que sustentam a sua autonomia.

De acordo com esse entendimento, há uma cooperação de fundo na moralidade que é um de seus elementos essenciais. Isso porque o modelo habermasiano preza por uma intersubjetividade, por meio da qual devemos expor as nossas máximas diante dos outros. Sobre esse modelo, Rehg (1994) comenta:

Note que a prioridade das considerações morais aqui se segue apenas de uma perspectiva dialógica: da perspectiva monológica de um agente moral sozinho, as considerações morais simplesmente ficam lado a lado com as razões pessoais como razões para alguém perseguir um curso de ação em vez de outro. Uma vez que a noção de Kant de “boa vontade” orientada por aquilo que é absolutamente bom não está mais disponível, a prioridade da moral tem que ser assegurada dialogicamente, à luz da minha necessidade da sua cooperação. (REHG, 1994, p. 99, tradução nossa)¹⁸.

Não por outro motivo, os indivíduos devem recorrer à razão para fundamentar as normas morais. Não são simplesmente as normas aceitas factualmente que têm o carimbo da moralidade, mas aquelas que *merecem* o assentimento de todos os envolvidos (HABERMAS, 2004c). Embora Habermas dê um sentido cognitivo¹⁹ aos juízos morais, o autor não imprime a eles um sentido realista moral, pois a eles faltaria referência ao mundo objetivo.

A validade dessas normas está vinculada a sua assertibilidade justificada, ou seja, à justificação sob condições discursivas ideais, o que Habermas entende em termos do desempenho da pretensão de validade de correção normativa em discursos racionais (HABERMAS, 2004c). Nesse sentido, podemos estar errados quanto aos pressupostos da argumentação, quanto às circunstâncias relevantes que não foram suficientemente previstas, sendo possível, ainda, avaliarmos objetivamente uma ação realizada por alguém ou a própria

¹⁷ Habermas (2008b) defende que a autodeterminação é apenas um dos conteúdos normativos da modernidade. Para além dela, há a autoconsciência e a autorrealização, ver Habermas (2008, p. 363-413).

¹⁸ “Note that the priority of moral considerations here follows only from a dialogical perspective: from the monological perspective of the single agent, moral considerations simply stand side-by-side with personal reasons as reasons for pursuing one course of action over another. Once Kant's notion of the "good will" oriented by that which is absolutely good is no longer available, the priority of the moral has to be secured dialogically, in light of my need for your cooperation.”

¹⁹ Em regra, cognitivismo é uma expressão reservada aos que pensam que os julgamentos morais podem ser verdadeiros ou falsos por expressarem crenças (MILLER, 2014). Há uma questão *sui generis* em Habermas (2014b, p. 39-41), pois ele não pensa que os juízos morais podem ser verdadeiros ou falsos, mas algo análogo a isso, num modelo binário de validade de correto ou incorreto.

norma no binômio correto-incorreto.

Essa objetividade está conectada a um forte cognitivismo e universalidade morais. Logo, a perspectiva universal está relacionada ao descentramento da perspectiva do participante, cuja estrutura remonta a uma teoria da evolução moral calcada na aprendizagem (HABERMAS, 2008a). Esse desenvolvimento permite que o indivíduo reconstrua e aprimore as estruturas cognitivas anteriores, de forma que ele consiga resolver melhor os mesmos problemas ou solucionar novos. Em referência à Kohlberg²⁰, Habermas enuncia:

Em cada uma das etapas superiores tem de poder explicar por que e em que medida eram falsos os juízos morais que havia considerado como corretos nas etapas anteriores. [...] As estruturas cognitivas [...] [se podem explicar] como o resultado de uma reorganização criadora de um inventário cognitivo presente que se vê superado pela presença de problemas que se colocam com teimosa insistência. (HABERMAS, 2008a, p. 130, tradução nossa)²¹.

Assim, não apenas no âmbito do indivíduo, mas também no da espécie humana, pode-se aprender, por meio de etapas, *a aumentar o círculo da perspectiva*. Tomando como ponto de partida o foco em si mesmo, passando pelo outro numa relação eu-tu e desaguando numa perspectiva universalista, o indivíduo e toda a espécie podem aprender a descentralizar a sua perspectiva com um novo nível de coordenação da ação (HABERMAS, 2008a).

As categorias dessa abordagem da Psicologia Desenvolvimentista de Kohlberg, assim como as de Jean Piaget e de Hans G. Furth, dentre outros, servem a Habermas como modelo a ser aplicado à sociedade como um todo para sua formulação de teoria da evolução social (OWEN, 2002; NEVES, 2009; SCHMID, 1982). Munido desses conceitos e respeitando o formalismo moral, Habermas (2012b, p. 323) defende que na moralidade (assim como no Direito) ocorre um desenvolvimento estrutural para níveis a cada etapa mais abstratos. O que se aprende neste processo de evolução moral e social, por fim, é muito mais uma habilidade do que um conteúdo positivo (NUNNES-WINKLER, 2009; BAYNES, 1992).

Nesse sentido, Habermas aparenta ter uma teoria muito mais pragmático-funcionalista²²

²⁰ Segundo Neves (2009), Habermas reconstrói o modelo de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg da ontogênese do desenvolvimento para o âmbito da evolução social filogenética.

²¹ “En cada una de las etapas superiores ha de poder explicar por qué, y en qué medida, eran falsos los juicios morales que había considerado como correctos en las etapas anteriores. [...] Las estructuras cognitivas [...] como el resultado de una reorganización creadora de un inventario cognitivo presente que se ve superado por la presencia de problemas que se plantean con una tozuda insistencia.”

²² Habermas tem um uso mais restrito para o termo “funcionalista” que não se confunde com o sentido aqui empregado. No sentido que o utilizamos estamos mais vinculados com a tradição pragmatista que embora vincule a função de algo ao papel que ele exerce também preserva o caráter normativo.

da moralidade do que formalista, porquanto o que realmente importa parece ser a função de coordenação da ação evitando ou dissolvendo os conflitos:

A moral e o direito têm como especialidade represar conflitos escancarados, a fim de que a base do agir orientando pelo entendimento – e, com isso, a integração social do mundo da vida – não seja prejudicada. Eles asseguram um ulterior nível de consenso, ao qual podemos recorrer quando fracassa o mecanismo de entendimento na esfera da comunicação cotidiana, regulada por normas, isto é, quando a coordenação das ações, prevista para o caso normal, não acontece, abrindo espaço para o risco de um confronto violento. (HABERMAS, 2012b, p. 313-314, grifos nossos).

A sua característica funcionalista está ligada ao avanço na evolução social em termos dos mecanismos de aprendizagem, pois tal avanço não ocorre de forma necessária, sendo apenas contingente. Contudo, caso ocorra, este progresso segue uma lógica interna da solução de situações problemáticas (NEVES, 2009; OWEN, 2002).

Dessa forma, de acordo com a visão de Habermas, a lógica do desenvolvimento social não decorre de uma relação de desenvolvimento das forças de produção, mas, sim, de uma relação normativa e intersubjetiva (HABERMAS, 2015). A coordenação da ação é cada vez mais descentralizada, abstrata e universal e, por isso, mais funcional – tanto pela quantidade de indivíduos que ela atinge, quanto pelas diferentes situações que pretende resolver. Nesse sentido, Marcelo Neves (2009) arremata: “o progresso na tecnologia de produção e a complexidade dos sistemas de montagem representam *as condições para a evolução social e a evolução das estruturas normativas fornece sua base.*” (NEVES, 2009, p. 549, tradução e grifos nossos)²³.

É importante observarmos ainda que a reinvidicação de validade universal da correção moral é um conceito epistêmico (justificatório) de modo que, embora Habermas prefira não utilizar os termos “verdadeiro” ou “falso”, a correção moral é, para ele, passível de ser avaliada com objetividade. Como consequência desse entendimento, a orientação por uma resposta objetivamente correta nos conduz ao falibilismo e ao seu complemento, que são os discursos de aplicação.

Segundo Habermas (2004c, p. 292), os “discursos [de aplicação] podem revelar que circunstâncias imprevistas ou certas inovações nos obrigam a fazer revisões que, retroativamente, trazem de novo à tona questões sobre a fundamentação das normas”. Há uma independência entre essas duas etapas, como veremos mais a frente, pois sendo os juízos morais

²³ “Progress in the technology of production and mounting systems complexity represent the conditions for social evolution, and the evolution of normative structures provides its basis.”

apenas juízos de fundamentação, para que sejam aplicados requerem uma validade própria a sua aplicação, pois “nenhuma norma contém as regras da sua própria aplicação” (HABERMAS, 2014b, p. 119).

Esse caráter deontológico, cognitivista, formalista e universalista da moralidade remete à tradição de Immanuel Kant, que em boa parte inspira essa forma habermasiana de pensar. Entretanto, ao pensar a moralidade, Kant adota como uma de suas teses a existência de uma relação de subordinação com o Direito. Segundo Habermas (2020a, p. 153), a partir da lei da liberdade moral, o autor deriva todos os conceitos a serem usados no campo jurídico.

Contudo, apesar de referências em comum, há, para Habermas (2020a), unicamente uma relação de complementariedade. Para subsidiar essa tese, esse autor tensiona a facticidade e a validade em por meio de dois pontos de vista: o sociológico e o normativo.

Apesar de o Direito e da moral se referirem aos mesmos problemas, diferenciam-se *prima facie* na medida em que o âmbito jurídico é um plano institucional. Do ponto de vista subsequente, a autonomia moral e a do cidadão são independentes uma da outra, embora advenham de um mesmo princípio do discurso e sejam complementares.

A complementariedade, ao mesmo tempo que aponta para a suplementação mútua, deixa registrada as diferenças. Habermas (2020a, p. 163-167) separa em três tipos as diferenças entre as exigências que incidem sobre um agente que julga e age moralmente daquelas que incidem sobre quem guia o seu curso da ação juridicamente: exigências (a) cognitivas, (b) motivacionais e (c) de organização. Acontece que, no curso da evolução social, o Direito pode compensar as seguintes fraquezas da moral racional:

- (a) a indeterminação *cognitiva*: a moral racional não é composta de regras substantivas, pois envolve apenas um procedimento imparcial para solução de problemas, de modo que as questões de fundamentação e aplicação exigem muito dos indivíduos para resolver cada caso. A orientação pelo Direito não enfrenta esse problema, pois há um conjunto de regras primárias e procedimentais já estabelecidas por um legislador à disposição do agente, bem como há tribunais para deliberar sobre os conflitos e uma dogmática especializada nessas normas que aliviam as partes da tomada de decisão;
- (b) a capacidade *motivacional*: o indivíduo, ao agir moralmente, deve fazer das razões que ele tem uma força motriz para a sua ação, ainda quando elas contrariem seus interesses. O Direito absorve essa fraca força motivacional pela sua compulsoriedade, deixando ainda aberto ao indivíduo por qual razão ele irá cumpri-la, seja, por exemplo, por

- respeito à lei ou pela ameaça da sanção; e
- (c) a *organização* própria: o campo jurídico é um meio operacional para a reconstrução das instituições que perdem sua base de legitimidade com o avanço da modernidade, ou seja do desprendimento da eticidade tradicional. A moralidade não pode exercer essa função, pois ela não consegue, ao contrário do âmbito jurídico, criar e tornar imputáveis organizações mais abstratas que os indivíduos, como as entidades paraestatais, o Estado, as sociedades empresariais, a Associação Serras de Minas etc.

Além dessas características, o Direito não pode infringir a moral e permanecer legítimo, embora aceite outras possibilidades de justificação como a ética e a pragmática²⁴. Dessa forma, há uma via de mão dupla na qual o Direito complementa a moralidade com seu arcabouço institucional e, por sua vez, trafegando no sentido reverso, a moralidade presta ao Direito o serviço de ser uma razão reivindicável para a sua legitimidade. Em apertada síntese, arremata Habermas:

Por meio do componente de legitimidade da validade jurídica, conserva-se uma referência à moral inscrita no direito positivo. Mas essa referência moral não deve nos levar a posicioná-la acima do direito, no sentido de uma hierarquia entre as duas ordens normativas. A ideia de uma hierarquia entre essas ordens de leis pertence ao mundo do direito pré-moderno. Ao invés disso, a moral autônoma e o direito positivo, dependente de justificação, encontram-se em uma *relação de complementariedade* (HABERMAS, 2020a, p. 154, grifos do autor).

Assim, resta investigarmos em que se diferenciam a pretensão de validade da correção e da verdade, bem como essas da pretensão característica do valor. Progredindo dessa forma, teremos condições de acompanhar os compromissos habermasianos e, com isso, conseguiremos desdobrar as inferências relacionadas ao objetivo central desta pesquisa.

2.2.1 Excurso: verdade *versus* correção

Habermas (2014b, p. 120) sustenta que não pode haver “um contínuo entre questões de motivação, questões de fatos e questões normativas” e que, portanto, a verdade é uma pretensão de validade distinta da correção. Assim, por um lado, o autor embasa uma distinção entre o que pode ser tomado por “verdadeiro” e, por outro, afirma quais imperativos podem ser

²⁴ Para uma ligação sistemática das justificações com toda a obra *Facticidade e Validade* (2020a), ver Baynes (1999).

considerados “corretos”.

Essa diferença pode ser vista no terceiro capítulo de *Teoria do agir comunicativo* (2012a) que versa, em boa parte, sobre a teoria dos atos de fala. A validade, que na teoria semântica da verdade estava vinculada ao conteúdo proposicional, é deslocada na teoria dos atos de fala desse componente locucionário²⁵ para o ilocucionário (HABERMAS, 2004b, p. 118-120).

Embora não seja possível separar estritamente um componente do outro, pois o ato de fala é performativo e, com isso, aloja-se o *modus* de uma proposição em seu conteúdo proposicional, devemos ter em mente a conexão entre significado e validade de forma que “se compreende um ato de fala quando se conhecem as *condições* nas quais ele pode ser aceito como válido com as *obrigações que implica* para ações posteriores” (HABERMAS, 2004c, p. 131, grifos nossos).

Dessa forma, em Habermas (2004b; 2004c), para entender o significado de um ato de fala o interlocutor deve saber o que torna a proposição aceitável ou merecedora de reconhecimento. Portanto, apenas se ele conhece “o tipo de razões que um locutor poderia invocar para convencer um ouvinte” (HABERMAS, 2004b, p. 135) é que lhe será possível entender o seu significado.

Além disso, deve-se saber quais são as suas consequências de aplicação (HABERMAS, 2004c, p. 130-132). Somente assim é possível se posicionar com um “sim” ou com um “não” diante da pretensão de validade levantada. Baynes (1992) resume, dizendo que:

A afirmação que Habermas quer defender é que o entendimento do significado de uma sentença requer entendimento das condições de aceitabilidade que são constitutivas para os diferentes tipos de atos de fala que os falantes podem performar. Essas condições de aceitabilidade são elas mesmas analisadas em termos das diferentes pretensões de validade que os falantes fazem com seus enunciados e em direção às quais o ouvinte pode tomar uma posição de “Sim/Não” racionalmente motivada. (BAYNES, 1992, p. 90, tradução nossa)²⁶.

A proposição relaciona o significado à compreensão de como empregá-la para se entender com

²⁵ Para Habermas (2012a, p. 500-529), os atos locucionários são aqueles por meio dos quais que o falante expressa algo, o conteúdo da mensagem, digamos, enquanto os ilocucionários se referem à ação que se executa ao dizer algo, o seu *modus*. Assim, na proposição “estarei aqui toda terça-feira a noite”, em termos ilocucionários, o falante fixa o *modus* de uma promessa e em termos locucionários, o conteúdo da promessa de *que* estará naquele local toda terça-feira a noite.

²⁶ “The claim Habermas wants to defend is that understanding the meaning of a sentence acceptability conditions that are constitutive for the different types of speech acts speakers can perform. These acceptability conditions are themselves analyzed in terms of the different validity claims speakers make with their utterances and toward which the hearer can take a rationally motivated “Yes/No” position.”

alguém sobre algo no mundo, ao sucesso ilocucionário²⁷ consistente nos atos de fala emitidos pelo falante serem compreensíveis e aceitáveis pelo ouvinte.

De acordo com esse modelo, é importante destacarmos, as “circunstâncias de aplicação” se somam às “consequências de aplicação”. Afinal, a ligação interna entre significado e validade não exige apenas que se identifique as condições sob as quais aquela pretensão pode ser aceita como válida, mas o interlocutor deve também ter em vista as “consequências, relevantes à ação, implicadas pela aceitação da pretensão da validade” (HABERMAS, 2004c, p. 92).

Deslocando a validade para o *modus*, a teoria dos atos de fala reconstruída a partir da ação comunicativa conecta, numa associação tríplice e simultânea, as condições de verdade com as relações interpessoais e de ambas com as intenções do locutor. Portanto, numa ordem como “encha a minha garrafa d’água!”, o ouvinte pode questionar tanto a pretensão de verdade do falante, dizendo “não há água por aqui”, quanto a de correção, ao retrucar “você não manda em mim”²⁸.

A principal diferença entre ambas as pretensões de validade é que a de verdade ultrapassa as evidências que estejam, ao menos potencialmente, disponíveis (HABERMAS, 2004c). Se, por um lado, exige-se uma posição coerentista, pois o “círculo mágico da linguagem” obriga uma proposição com pretensão de verdade ser justificada apenas por outras proposições, por outro, o realismo implícito à ideia de verdade impede a mera redução à assertibilidade justificada, pois há algo que escapa a qualquer idealismo linguístico (HABERMAS, 2004c).

Essa posição de Habermas corta apenas o nexos de suficiência entre verdade e aceitabilidade racional sob condições ideais²⁹, muito embora essas condições permaneçam como “o único meio *disponível* para a certificação da verdade” (HABERMAS, 2004c, p. 48-49, grifos do autor).

²⁷ Segundo Owen (2002, p. 40), há dois sentidos para a expressão “sucesso ilocucionário”: um estrito e um amplo. O primeiro está relacionado ao entendimento do ouvinte ao ato de fala ofertado, digamos, o que podemos entender como uma mera “compreensão”. O segundo contém o sentido estrito e é mais amplo pela aceitação do ouvinte ao ato de fala ofertado.

²⁸ Assim como o falante pode questionar a sinceridade ao enunciar “você não está com sede, quer apenas me tirar da sala para falar mal de mim”. Entretanto, esse é um caso periférico para esta seção, tendo em vista que ela é um excuro que pretende rivalizar apenas a pretensão de validade de correção e a de verdade.

²⁹ Habermas nem sempre defendeu essa posição. Em agradecimento a Albrecht Wellmer e Cristina Lafont, o prefácio de *Verdade e justificação* (2004, p. 49) apresenta essa alteração de convicção filosófica. A posição anterior pode ser vista em *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (1994).

A correção, de acordo com Habermas (2004c), não tem qualquer referência direta ao mundo objetivo e demanda um caráter imparcial, bem como universal dos imperativos, estando privada de transcender a própria justificação por não haver qualquer propriedade ontológica moral no mundo. Nesse caso, exige-se apenas o reconhecimento merecido do que é igualmente bom para todos³⁰.

Ainda que a correção pressuponha o mundo objetivo, o agente deve ter a habilidade de “distinguir em sua situação acional os componentes fáticos dos componentes normativos, ou seja, distinguir condições e meios, de um lado, e valores, de outro” (HABERMAS, 2012a, p. 174). Aqui, os indícios mais fortes da dicotomia habermasiana entre fatos e “valores” começam a aparecer com maior evidência, pois as ações reguladas por normas exigem atitudes de conformidade ou não conformidade frente a uma norma e, em alternativa, uma atitude sobre o que é ou o que não é o caso.

Portanto, “verdade” e “correção” não podem se confundir. Nem mesmo o cientista social em seu trabalho descritivo pode confirmar a hipótese de qual é a verdade moral: tudo que ele pode é “hipoteticamente projetar essa atribuição de interesses” (HABERMAS, 1975, p. 114, tradução nossa)³¹. Ao final, completa, dizendo que “uma confirmação direta dessa hipótese só seria possível na forma de um discurso prático entre os próprios indivíduos ou grupos envolvidos” (HABERMAS, 1975, p. 114, tradução nossa)³².

Em suma, há uma prioridade ontológica que transcende o entendimento na pretensão de verdade. Como diz Habermas (2004c, p. 39), um “primado ontológico de uma realidade independente da linguagem”. Ademais, há na correção um papel lógico-pragmático diferente, isto é, normas não são “verdadeiras” ou “falsas” no mesmo sentido que os enunciados descritivos em sua pretensão de verdade, embora sejam análogos. Afinal, enunciados sobre fatos (nesse sentido, descritivos) e enunciados sobre a moral (isto é, normativos) têm pretensões de validades diversas.

Até esse ponto, por um lado, há uma certa sincronia entre normas e fatos por sua universalidade. Por outro lado, o “saber prático, contrariamente ao empírico, é por inerência

³⁰ Podemos notar que a pretensão de validade das normas parece estar entrelaçada com o valor, pois o que é *bom* para todos tem um sentido nitidamente valorativo, o que será posteriormente separado.

³¹ “can only hypothetically project this ascription of interests.”

³² “a direct confirmation of this hypothesis would be possible only in the form of a practical discourse among the very individuals or groups involved.”

referido à ação” (HABERMAS, 2014b p. 182), pois há uma dimensão normativa que se circunscreve apenas às normas.

2.3 Valor ético, relativismo e (não-)cognitivismo

Habermas (2000, 2020a) associa com questões ético-valorativas as escolhas entre fins diversos. Enquanto a razão prática em seu uso pragmático se limitaria a uma finalidade fixada de antemão e se reduziria à eleição entre meios eficazes³³, reduzindo-se a uma função instrumental, a razão prática ética se vincula à uma forma axiológica de escolha e hierarquização entre aqueles fins.

A escolha de valores pode se dar no sentido fraco ou forte. O primeiro diz respeito apenas às inclinações preferenciais que não requerem qualquer tipo de fundamentação, pois são escolhas triviais. O segundo, ou seja, a escolha dos valores no sentido forte, implica exigência de fundamentação, pois não apenas inclinações e disposições fortuitas de alguém estão em jogo, mas a sua autocompreensão.

Entre um “Eu” ideal e uma narrativa biográfica desse “Eu” haveria uma tensão que apenas poderia ser clarificada pela hermenêutica, isto é, pela interpretação de si que o sujeito faz de forma a apropriar sua biografia juntamente com a ideia de quem quer ser (“Eu” ideal). Em resumo, os valores e a sua fundamentação estariam reservados à autocompreensão, sempre na primeira pessoa do singular ou do plural, encerrados nos limites de um determinado contexto sociocultural (HABERMAS, 2000, p. 112-114).

Os *standards* normativos éticos podem vir da razão (HABERMAS, 2000, p. 112-113). Portanto, a racionalidade prática pode dizer não apenas sobre a moralidade ou sobre como atingir determinados objetivos, mas está aberta, em última instância, à escolha racional dos objetivos e de quem se é, na primeira pessoa do singular ou do plural. A objetividade do valor tem nas formas de vida o seu domínio específico.

Habermas (2018, p. 116) entende que as normas morais justificadas orientam a ação “no sentido de cumprir expectativas de comportamento generalizadas”, pois têm validade deontológica e universal, que se expressa num código binário de justo-injusto ou correto-incorreto ou permitido-proibido. Os valores, por outro lado, envolvem um conhecimento

³³ Para uma explicação mais detalhada dos meios pragmáticos, ver Habermas (2014b, p. 319-327).

intuitivo de como se entendem os membros de uma comunidade específica ou um determinado indivíduo sobre sua vida autêntica, podendo ainda orientar a ação com sua medida gradual e estruturada teleologicamente (HABERMAS, 2018, p. 116-117).

Por essas razões, a posição de Habermas acerca dos valores não pode ser encarada como uma teoria sociológica dos valores que os reduza ao fato social de que simplesmente há valores, sem qualquer elemento cognitivista. Ele considera que há boas razões para alguns valores, ainda que não para todos, pois “a objetividade dos juízos de valor expressará algo mais que o fato social da aceitação de padrões de valor subjacentes a um quadro cultural” (HABERMAS, 2008c, p. 94, tradução nossa)³⁴.

Ao contrário do campo, por assim dizer, abstrato da moralidade e da justiça, que requer para si a universalidade, o lado concreto da ética o completa com solidariedade³⁵: “refere-se ao bem dos companheiros irmanados numa forma de vida intersubjetivamente partilhada” (HABERMAS, 2014b, p. 112). Em certo sentido, o autor aceita o ideal hegeliano de dissolver a moralidade na eticidade, por exemplo, ao enunciar nas últimas linhas de *Facticidade e Validade* (2020a):

essa compreensão paradigmática retém por certo um núcleo dogmático: a ideia de autonomia [...]. Mas essa ideia é “dogmática” apenas em um sentido inofensivo. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade que é “dada” com o fato da estruturação linguística das formas de vida socioculturais; isto é, uma tensão que, *para nós*, cuja identidade foi desenvolvida no interior de uma tal forma de vida, não pode ser evitada. (HABERMAS, 2020a, p. 562, grifos do autor)

Portanto, de acordo com Habermas, um dos aspectos da autocompreensão que a modernidade tem de si é o da existência de uma separação entre normas e valores. Em outras palavras, segundo o autor está inscrita nas formas de vida modernas a dicotomia entre as normas da justiça e os valores da ética, ainda que o conceito deontológico de justiça atraia para si “aqueles aspectos estruturais da vida boa”. No entanto, segue o argumento, “sob os aspectos gerais da socialização comunicativa enquanto tal, [os padrões deontológicos] podem ser distinguidos da totalidade concreta das formas de vida específicas” (HABERMAS, 2014b, p. 115).

³⁴ “la objetividad de los juicios de valor expresará algo más que el hecho social de la aceptación de estándares de valor subyacentes en el marco de una cultura.”

³⁵ Os textos mais antigos de Habermas têm esse conteúdo conceitual sobre solidariedade desenvolvidos de maneira mais confusa, sobretudo naqueles em que há uma discussão com Kohlberg, o que a justiça é para a moral, a solidariedade é para a ética, ver Habermas (2000). Contudo, em *Na espiral da tecnocracia* (2016b), há uma alteração conceitual importante que especifica o conceito de solidariedade para distingui-lo da ética.

Essa dissolução, da moralidade na eticidade, que não anula a diferença entre os dois tipos de padrões práticos, aparece com maior grau de detalhamento em *O futuro da natureza humana* (2002), obra lançada originalmente em 2001. Nela, Habermas discute as técnicas de modificação de genomas humanos e suas consequências em termos morais e éticos a partir de uma autocompreensão da espécie humana.

Nessa obra, o autor defende que a possibilidade de aleatoriedade no processo de formação biológico tem um importante papel para a normatividade e para a responsabilidade (HABERMAS, 2002). Se ocorressem determinações profundas pelas intervenções genéticas ao ponto de serem inescapáveis, os membros da espécie se imunizariam da possibilidade de erro e, por corolário, da normatividade. Assim, não mais poderiam por si mesmos (autonomia) determinar o que devem fazer e, com isso, não poderiam ser responsabilizados por seus atos (HABERMAS, 2002, p. 68).

Portanto, aquela autocompreensão moral de que há uma autonomia e que fazemos escolhas entre cursos de ação distintos, ainda que de modo não totalmente livre, estaria impossibilitada. A diferença entre o que é produzido por nós e pela natureza é “constitutiva da nossa autocompreensão como espécie” (HABERMAS, 2002, p. 66, tradução nossa)³⁶. Nesse ponto, a genética, ao instrumentalizar os seres humanos, ainda que com a intenção de melhorá-los, poderia derrotar a normatividade da moral e de como os seres humanos se auto-entendem (HABERMAS, 2002, p. 66-67).

Para sustentar essa hipótese, Habermas precisa de uma compreensão da ética que abarque toda a espécie e, assim, seja universal. O autor necessita não de normas generalizadas para o comportamento, tal como ele estrutura as normas morais, mas de uma autocompreensão de como, enquanto espécie, todos nós nos enxergamos. Os valores anteriormente aprisionados nas paróquias precisariam ganhar o mundo para que esse diagnóstico fosse possível.

O tratamento habermasiano dos valores ganha, em outras obras, contornos que parecem querer afastar essa hipótese dos valores universais ao ancorar sua posição num processo de aprendizagem. Essa percepção pode ser encontrada nos escritos do autor que versam sobre as discussões da religião na esfera pública (HABERMAS, 2016a; HABERMAS, 2017), nos quais há um exemplo recorrente de duas formas de vida que são incompatíveis num primeiro instante: a do cidadão secular e a do religioso.

³⁶ “constitutiva de nuestra autocomprensión como especie.”

Habermas (2016a, p. 144-145) crê que se deve alterar o curso da investigação de uma explicação normativa de um *ethos* da democracia para uma investigação epistemológica das condições cognitivas “sob as quais tal *ethos* pode ser razoavelmente esperado dos cidadãos” (HABERMAS, 2016a, p. 144, tradução nossa)³⁷. Entretanto, a aprendizagem necessária para que os concidadãos ajam dessa forma “não pode ser prescrita, nem pode sê-la politicamente manipulada ou forçada por meio do Direito” (HABERMAS, 2017, p. 222, tradução nossa)³⁸.

Portanto, essa condição cognitiva depende de participantes de ambas as formas de vida aceitarem, cada um da sua própria perspectiva, a autorreflexão (HABERMAS, 2016a, 2017). O cidadão secular não pode confundir a secularização do Estado com uma visão ateísta e o religioso precisaria aprender essa forma autorreflexiva própria à modernidade também por si mesmo (HABERMAS, 2017, p. 223-224). Neste sentido, a aprendizagem mútua entre os concidadãos, pensa Habermas, “certamente pode ser defendida como uma estrutura de uma teoria da evolução social” (HABERMAS, 2016a, p. 144).

O problema é que essa aprendizagem está impregnada de determinados valores de autoconhecimento, de tal forma que “aparece como um ‘processo de aprendizagem’ apenas do ponto de vista de um autoentendimento da modernidade” (HABERMAS, 2017, p. 222). Por outras vezes, com o chamado naturalismo fraco, Habermas (2004c) pôde expor em melhores condições como avança esse processo, sem que seja possível mantê-lo avaliativo.

Habermas parece ter dificuldade de lidar com a universalização dos valores, pois a sua concepção sobre eles continua muito restrita. Essa dificuldade aparecerá com maior clareza no tratamento de valores epistêmicos e de conceitos éticos densos, como “cruel”. Nos últimos, há um componente descritivo e outro normativo que se encontram imbricados. Contudo, Habermas precisa encará-los apenas em um dos campos normativos, seja no moral ou no ético, para conseguir lidar com eles. E isso se torna especialmente problemático quando esse termo integra o conteúdo proposicional de uma norma deontológica.

O autor enxerga como um “problema [que] é evidente” (HABERMAS, 2008c, p. 92) essa imbricação das pretensões de validade de verdade e de correção. Afinal, o vocabulário valorativo possibilita aos membros de uma comunidade descobrir os traços salientes do mundo, aquilo que os encanta, os distancia, os enoja ou os atrai. Como os membros daquela determinada

³⁷ “under which such an ethos can be reasonably expected of citizens”

³⁸ “cannot be prescribed, nor can it be politically manipulated or pushed through by law.”

comunidade o possuem como um saber intuitivo, esse vocabulário é, portanto, constituidor das formas de vida ou da autocompreensão do indivíduo.

2.4 Conclusões parciais

As conclusões parciais deste capítulo são em certa medida previsíveis, sobretudo porque elas ainda não foram submetidas ao impacto das ideias a serem tratadas nos demais capítulos. De qualquer forma, é importante lembrarmos que Habermas é um teórico da sociedade e que a sua teoria do Direito é empregada nesse contexto mais amplo, de modo que ela é um edifício num todo arquitetônico mais amplo.

Como pudemos observar, o Direito é, para Habermas, um importante mecanismo de estabilização de expectativas legítimas que assumiu esse lugar em razão do processo evolutivo social que avança sob as formas de vida tradicionais. A forma do Direito entra como um mecanismo evolucionário que substitui aquela outra forma de coordenação da ação, a saber, a eticidade tradicional, sobretudo por essa última, com seu núcleo arcaico, ter perdido força e espaço como elemento central das formas de vida de muitas sociedades.

As relações de reconhecimento recíproco experimentam, no arcabouço jurídico, a sua tradução por meio da cooriginalidade entre a autonomia privada e a autonomia pública. De modo análogo, o Direito moderno não é apenas um departamento da moral, mas antes se envolve com ela numa via de mão dupla, mais especificamente numa relação de complementaridade, seja pela moralidade proporcionar um dos tipos de razões aptos a justificar a legitimidade do Direito ou pelo fato de o Direito complementar e compensar as fraquezas da moral.

Por sua vez, a moral e a ética foram separadas em termos de normas e valores. As suas características são fixas e excludentes, sendo que as que pertencem a uma categoria não são próprias da outra. A dissolução da eticidade na moralidade decorrente da rejeição de fatos morais brutos deixa claro que Habermas não parte de um lugar abstrato, mas dos traços comuns da forma de vida moderna que compartilham essa divisão entre moral e ética, ainda que não permita transitividade entre as características das normas e dos valores.

Vale mencionarmos ainda que a aprendizagem social é, para o autor, permeada pelos valores ligados à autocompreensão. O Direito, como um mecanismo de integração social no avanço da evolução social, é, por eles, perpassado. Entretanto, uma melhor exploração deste ponto apenas será possível após apresentarmos as críticas de Putnam (2002).

No capítulo seguinte, esta compreensão dos valores será objetada por pressupor a possibilidade de fatoração dos elementos dos juízos e asserções entre fato e valor e entre norma e valor, para, por fim, embora em outro capítulo, tentarmos demonstrar que as objeções a essas dicotomias geram dificuldades para a compreensão de Jürgen Habermas de como valores e normas figuram nas práticas jurídicas.

3 A CRÍTICA DE HILARY PUTNAM

The notion of discursive commitment arises in the domain of social practice when one focuses specifically on the norms that are articulated in the form of reasons.

Robert B. Brandom

Na conferência intitulada “Normas e Valores”, realizada em Frankfurt em razão do septuagésimo aniversário do teórico da sociedade Jürgen Habermas, o pragmatista Hilary Putnam formulou interessante raciocínio sobre as “dificuldades da ética do discurso para dar sentido ao discurso racional sobre os valores e em como tais dificuldades procedem em manter uma estrita distinção com a esfera das normas” (ENCABO, MARTÍNS, 2008, p. 9-10).

Há uma variada literatura sobre esse debate travado entre Habermas e Putnam e utilizaremos parte dela aqui com os objetivos de contextualizar o leitor, ainda que muito rapidamente, sobre as posições divergentes acerca da crítica e estruturarmos de forma minimamente sistemática a crítica de Putnam a alguns dos pressupostos habermasianos. Além disso, dessa discussão, pretendemos extrair elementos importantes para a estruturarmos nosso ponto de vista a respeito da questão da dicotomia entre discurso de fundamentação e o de aplicação, além da forma do Direito tal como apresentadas em *Facticidade e Validade* (2020a).

Inicialmente, é interessante mencionarmos que Jesús Vega Cabo e Francisco Javier Gil Martín (2008) se posicionam no sentido de que Habermas e Putnam se compreenderam de forma errônea em alguma medida. Por exemplo, no momento em que Putnam, embora em claro tom provocativo, acusa Habermas de teorizar sobre os valores de modo não cognitivista, comparando-o aos positivistas.

Cabo e Martín (2008), entretanto, defendem que ambos os autores têm explicações alternativas para garantir a racionalidade e a objetividade das normas e dos valores, mesmo que para Habermas os valores manifestem um “estatuto cognitivo ‘fraco’ em razão de seu caráter transitivo e preferencial” (CABO, MARTÍN, 2008, p. 26, tradução nossa)¹³ e, portanto, a crítica de Putnam de não cognitivismo seria impertinente. Esses autores resumem a configuração das normas e dos valores em Habermas nos seguintes pontos:

¹³ “estatuto cognitivo ‘débil’ en razón de su carácter transitivo y preferencial”.

- a) os valores dizem respeito às preferências socioculturais compartilhadas pelos sujeitos de uma comunidade, aceitando gradações ou hierarquias. Já as normas se vinculam às expectativas de comportamento generalizadas e não aceitam gradações, pois apenas podem ser de um dos tipos binários ou “justo” ou “injusto”;
- b) as normas justificadas orientam a ação categoricamente, têm validade deontológica e contam com independência das normas impostas ou factualmente admitidas, além de que elas vinculam a vontade em relação ao seu conteúdo. Por estarem relacionados a determinadas visões de vida boa, os valores são mais próximos de recomendações;
- c) as normas devem ser justificadas racionalmente incorporando o que é igualmente de interesse de todos. Assim, desassemelham-se da relatividade e da particularidade eletivas dos valores, que tão somente aderem ao que é melhor para si ou para uma comunidade;
- d) por fim, as normas estabelecem coerência entre si, ao passo que os valores são flexíveis e variáveis dentro das diversas hierarquias.

Cabo e Martín (2008) condensam também sua crítica à posição de Putnam, pois esse autor defenderia que:

- a) Habermas estaria vinculado a um minimalismo sobre as normas e o estrutura num não-cognitivismos relativista e sociológico dos valores;
- b) o autor apenas pode dar sentido ao conteúdo das normas se recorrer aos valores;
- c) o uso de predicados para ser explicado necessita de um princípio da equivalência, assim “é verdadeiro que é ruim mentir” corresponde a “é ruim mentir”;
- d) nem todo enunciado, portanto, se relacionaria com a realidade da mesma maneira e não é necessário explicar os enunciados valorativos com objetos estranhos à própria prática da linguagem, pois existem enunciados verdadeiros sem objetos, como as verdades lógicas, as verdades matemáticas e as verdades valorativas e morais.

Por fim, Cabo e Martín (2008) observam ainda que há pontos em comum entre Habermas e Putnam, sendo alguns deles a aceitação do pluralismo como característica de sociedades democráticas, a defesa de um *status* normativo do valor e que há razões internas que asseguram a possibilidade de justificar os valores.

Decat (2014) enumera pontos muito parecidos com os elencados sobre a configuração

de normas e valores em Habermas por Cabo e Martín (2008). Entretanto, com uma tese um pouco diferente, realiza uma leitura mais kantiana do autor, de forma tal que ele não consideraria a objetividade dos valores. Segundo Decat, “o conjunto destas diferenças [entre normas e valores], consideradas como inviabilizadoras do tratamento discursivo dos valores, leva Habermas a adotar uma postura não cognitivista, mas restrita aos valores éticos” (DECAT, 2014, p. 35).

Ao reduzir a dimensão dos valores apenas à dimensão da autocompreensão e das preferências, essa interpretação retira a possibilidade de tratamento racional dos valores pela validade ou invalidade, pois somente teriam vigência num dado horizonte de um determinado mundo da vida. Isso sugere que a posição de Habermas sobre os valores seria, além de relativista, não cognitivista.

Decat (2014) se direciona a uma crítica da teoria do Direito de Habermas, apontando que o teórico alemão se vale de uma dicotomia entre fatos e valores, apoiada em vários pares de conceitos opostos atribuídos a estes padrões, para rejeitar posições, como a de Alexy (2011), acerca da conversibilidade entre valores e normas e negar a possibilidade de que o valor seja entendido como princípio jurídico. Sem aderir a essa última posição, mas considerando inadequada a sustentação de uma dicotomia entre norma e valor, Decat (2014) aponta uma alternativa à dicotomia habermasiana que não implique na aceitação da conversibilidade (identidade). Para tanto, se vale da teoria inferencialista de Robert B. Brandom, combinando-a com a tese do Direito como integridade de Ronald Dworkin, porquanto permitiriam um tratamento racional do valor. O argumento dirige-se, assim, a um ponto central para o aparato teórico-jurídico habermasiano, a saber, a um dos pilares da ética do discurso.

Para que haja uma exposição adequada da crítica desse intérprete, é necessário ressaltarmos que Decat (2014) deixa em aberto a possibilidade de outras interpretações das obras de Habermas, não o reduzindo a uma leitura kantiana ortodoxa.

Outro bom leitor do debate é o filósofo pragmatista Richard J. Bernstein (2016). Ao concordar com Putnam, defende que não pode haver uma dicotomia entre norma e valor, menciona a eficiência com que é desenvolvida essa relação por Putnam, bem como argumenta que as práticas defendidas pelo autor “provêm as condições para as normas e os padrões para alcançar a objetividade moral” (BERNSTEIN, 2016, p. 166, tradução nossa)¹⁵.

¹⁵ “provide the conditions for the norms and standards for achieving moral objectivity”.

O ponto de Bernstein é uma espécie de postura média entre as posições anteriores, pois esse autor defende que haveria uma objetividade em Habermas sobre os valores — como em Cabo e Martín (2008). Concordando com a outra tese, Bernstein enuncia que o problema não residiria em negar a distinção entre normas e valores, mas estaria, sim, no mesmo sentido de Decat (2014), na postura habermasiana, pois mais próxima ao kantismo que do pragmatismo.

Essa análise demonstra uma postura perspicaz de quem domina muito bem os termos do debate. O contraponto a Habermas não seria porque ele distinguiu entre um juízo e outro, mas por ele criar uma separação mais radical, isto é, uma dicotomia entre esses juízos, pois “na medida em que ambos são juízos práticos, formam um *continuum* e se diferenciam somente em grau” (BERNSTEIN, 2016, p. 197, tradução nossa)¹⁶. Não há, para Bernstein (2016), uma diferenciação brusca entre esses juízos tal como ele aponta haver em Habermas, mas apenas uma diferença mínima entre o que é, por exemplo, “correto” e o que é “adequado”. Trata-se apenas de uma variação de grau dentro de sua continuidade e não uma separação mais profunda entre um e outro.

Entre os autores que acima analisamos, Bernstein é quem estabelece um exame mais próximo com a teoria do Direito de Jürgen Habermas, sempre muito apoiado na crítica aos mesmos dualismos que Putnam (2002), por exemplo, rechaça.

Enquanto Habermas crê que com o discurso “sublima-se o universal concreto de Hegel em uma estrutura de comunicação purificada de toda sua substância” (HABERMAS, 2020a, p. 295), Bernstein (1998) defende que não há teoria do discurso sem a existência de virtudes e disposições éticas. Portanto, não há uma dicotomia tal como a habermasiana entre o que é meramente “procedimental” e o que é “substantivo”, ou seja, entre o discurso e o conteúdo moral de primeira ordem, entre normas e valores, bem como entre um paradigma procedimental da democracia e as normas que são produzidas a partir dele. Segundo o autor, todas essas fortes diferenciações falhariam na justificação de sua teoria jurídico-procedimental, pois ela mesma já “pressupõe um *ethos* democrático” (BERNSTEIN, 1998, p. 304, tradução nossa)¹⁷.

A extensão da crítica do princípio do discurso a outros âmbitos da teoria do Direito de Habermas realizada por Bernstein resulta na dissipação da teoria habermasiana a um *ethos*, pois o “bom Habermas” deveria ser interpretado de forma mais hegeliana do que kantiana, defende

¹⁶ “insofar as they are both practical judgments, they form a continuum and differ only in degree”.

¹⁷ “presuppose a democratic ethos”.

Bernstein (1998). Em suma, essa leitura de Bernstein, que realiza uma “dissolução” da moralidade na eticidade, baseia a teoria de Habermas em uma ética substantiva.

Contudo, o caminho percorrido por Bernstein (1998) ainda nos parece insuficiente para uma crítica que incida mais diretamente na teoria do Direito de Habermas, uma vez que o autor não se preocupa com uma outra forte distinção que nos parece central para a teoria habermasiana, qual seja, aquela entre juízos de fundamentação e de aplicação. Neste capítulo, pretendemos construir as bases para a formulação dessas críticas.

3.1 Dualismo entre fato e valor

O dualismo entre fato e valor não é uma distinção, mas, como aponta Putnam (2002), uma tese: a ética não é sobre as questões de fato. Com isso, nenhum “dever ser” pode surgir daquilo que “é”, pois as coisas tais como elas são não poderiam, por elas mesmas, nos mover à ação.

A crítica de Putnam remonta aos autores clássicos do pragmatismo que defendiam que os valores e a normatividade permeiam toda a experiência (PUTNAM, 2002, p. 30). Dessa forma, a epistemologia não poderia se ver desencilhada de valores, ainda que eles não sejam estritamente éticos ou morais. A coerência, a simplicidade, a plausibilidade e a beleza de uma hipótese são, por exemplo, valores epistêmicos e dizem como as coisas devem ser na descrição.

Putnam (2002) pretende contradizer duas correntes filosóficas que, segundo o autor, negam a imbricação entre fato e valor: a não cognitivista e a relativista. Ambas as linhas teóricas chegam a mesma conclusão, ainda que se articulem a partir de premissas diferentes, ao defender a dicotomia fato-valor.

A primeira, defende Putnam (2002), pretende fatorar os fatos e valores negando a possibilidade de objetividade para os valores. Já a segunda, aquela relativista, pretende fatorar os fatos e valores não negando a possibilidade de objetividade aos valores, mas garantindo a verdade dos fatos “absolutamente”, ou seja, independentemente de uma determinada perspectiva, ainda que relegue às perspectivas locais as verdades valorativas.

A estratégia argumentativa de Putnam (2002) para enfrentar a tese da dicotomia entre fatos e valores se vale de duas ideias: (1) a imbricação ou emaranhamento (*entanglement*) dos valores com os fatos nos conceitos éticos densos e (2) a certificação dos valores epistêmicos. Essas seriam suficientes, segundo o autor, para superar as correntes não cognitivista e a relativista.

A estratégia da certificação dos valores epistêmicos pretende deixar claro que até mesmo a ciência precisa de valores, pois são esses valores que nos permitem descrever o mundo e descrevê-lo corretamente – ou, ao menos, descrevê-lo mais corretamente do que outros valores nos permitiriam fazer (PUTNAM, 2002, p. 31-33). Quanto a imbricação entre os valores e os fatos, Putnam entende que os conceitos éticos densos são conceitos com conteúdo ético que também envolvem questões de fato (PUTNAM, 2002, p. 34-40), porquanto esses termos podem ser utilizados com propósitos descritivos e valorativos.

De acordo com este entendimento, (Putnam, 1998; 2002), não é possível reduzir esses conceitos valorativos da ciência ao meramente fático, sendo impossível, portanto, tentar dizer algo sobre a “coerência” ou sobre a “simplicidade”, por exemplo, que fosse puramente descritivo. Por isso, contra os positivistas, Putnam (1998) pôde defender que há conceitos que não podem se separar de seu conteúdo valorativo e que a ciência necessita de valores pressupostos para decidir o que é e o que não é um fato, renunciando que ela seja valorativamente neutra sem comprometer sua racionalidade.

Ainda que seja contraintuitiva num primeiro momento, a interdependência dos valores com os fatos está vinculada com critérios de relevância que nos comprometem com um sistema de valores. Desse modo, até mesmo os enunciados descritivos mais simples, como “o gato está no tapete”, podem revelar, segundo Putnam (1998, p. 201-203), alguns de nossos valores. Nesse exemplo, a categoria “gato” revela que realizamos uma distinção no mundo entre animais e não-animais porque consideramos essa distinção importante e que “estamos ainda mais interessados em saber a que espécie um determinado animal pertence” (PUTNAM, 1998, p 201, tradução nossa)³⁹. É relevante para nós, portanto, que há um “gato” no tapete e não apenas uma “coisa” (PUTNAM, 1998).

Para além disso, defende o autor, a racionalidade mesma já envolve a “concepção de virtudes cognitivas para nos guiar” (PUTNAM, 1998, p. 163, tradução nossa)⁴⁰ de modo que há uma interdependência desses critérios de relevância com a própria racionalidade. Haveria inclusive, argumenta Putnam (1998), um valor último que explicaria o porquê de a ciência ter características valorativas como coerência, eficácia instrumental, simplicidade etc., pois tudo isso seria “parte da nossa ideia de total florescimento humano, da Eudaimonia” (PUTNAM,

³⁹ “we are further interested in what species a give animal belongs to”.

⁴⁰ “conception of the cognitive virtues to guide us”.

1998, p. 134, tradução nossa)⁴¹.

Putnam (2002, p. 33) pode assim defender impossibilidade de se equiparar a objetividade com a descrição avaliativa. Para isso, o autor também recorre aos enunciados da matemática, bem como aos da lógica, que podem ser verdadeiros ou falsos sem a necessidade de validação por entidades externas ou de propriedades estranhas, da mesma forma que segundo ele ocorre com a verdade ou a falsidade dos enunciados valorativos-morais.

A ideia de que “objetividade” equivale a “correspondência aos objetos” se apresenta como falsa, afinal, segundo Putnam, sem os valores cognitivos “nós não temos mundo e não temos fatos”⁴² e arremata ao enunciar que “não há concepção neutra de racionalidade a qual nós podemos recorrer quando a natureza da racionalidade está em questão”⁴³ (PUTNAM, 1990, p. 138-139, traduções nossas). O controle racional pode estar presente em enunciados não-descritivos se eles são “governados por padrões apropriados às suas funções e contextos particulares” (PUTNAM, 2002, p. 33, tradução nossa)⁴⁴. Portanto, a aceitabilidade racional de um enunciado está relacionada com a sua devida adequação a questões relevantes (PUTNAM, 1998, p. 201).

A objetividade não é, portanto, para Putnam, epistemologicamente dada ou metafisicamente realista (PUTNAM, 1990). O que é considerado objetividade na ciência atualmente não o era, por exemplo, o que se tomava como tal na época do surgimento da física como ciência. O autor, assim, reconhece que:

- (3) Nossas normas e padrões de assertibilidade justificada são produtos históricos; eles evoluem com o tempo.
- (4) Nossas normas e padrões sempre refletem nossos interesses e valores. Nossa imagem de florescimento intelectual é parte de, e apenas faz sentido como sendo parte de uma imagem do florescimento humano em geral.
- (5) nossas normas e padrões de qualquer coisa – incluindo assertibilidade justificada – são passíveis de reforma. Há melhores e piores padrões e normas. (PUTNAM, 1990, p. 21, tradução nossa)⁴⁵.

Nesse sentido, a racionalidade é uma habilidade que nos permite determinar quais

⁴¹ “part of our idea of total human flourishing, of Eudaeonia”.

⁴² “we have no world and no facts”.

⁴³ “there is no neutral conception of rationality to which one can appeal when the nature of rationality is itself what is at issue”.

⁴⁴ “governed by standards appropriate to their particular functions and contexts”.

⁴⁵ “(3) Our norms and standards of warranted assertibility are historical products; they evolve in time.

(4) Our norms and standards always reflect our interests and values. Our picture of intellectual flourishing is part of, and only makes sense as part of, our picture of human flourishing in general.

(5) Our norms and standards of anything - including warranted assertibility - are capable of reform. There are better and worse norms and standards”.

questões são questões relevantes para serem feitas e quais respostas devemos aceitar como justificadas (PUTNAM, 1998, p. 202). Ela é uma atividade “de interpretar [uma] tradição e de adaptá-la a novos contextos, ampliando-a e criticando-a” (PUTNAM, 1998, p. 203, tradução nossa)⁴⁶ de modo que a própria verdade dependa desses critérios de aceitabilidade racional que são, por sua vez, sustentados e dependentes de valores (PUTNAM, 1998, p. 215).

Desta forma, para o autor, não é possível reduzir todos os conceitos que possuem função descritiva à dimensão do fático. Putnam (2002, p. 34-35) defende que o termo “cruel” proporciona um bom exemplo desta irreduzibilidade, pois é possível utilizá-lo de forma descritiva, muito embora ele seja claramente também normativo, como ao enunciar que “as crueldades de um regime provocaram inúmeras rebeliões” (PUTNAM, 2002, p. 34-35, tradução nossa)⁴⁷. A literatura técnica especializada denomina tais categorias de “conceitos éticos densos” (PUTNAM, 2002, p. 35). Nesses termos, Putnam (1998, 2002) pode defender que há conceitos em que não se pode separar seu conteúdo valorativo de seu conteúdo descritivo.

Ao considerar a presença de aspectos valorativos nas “questões de fato”, se levarmos em conta sua ocorrência não apenas no vocabulário específico das ciências, mas que isso se estende para a linguagem como um todo por meio de conceitos éticos densos, haveria razão para reconhecer uma imbricação ainda maior entre fatos e valores (PUTNAM, 2002, p. 34). Esse entrelaçamento não seria resumido àqueles valores epistêmicos e éticos, mas também estéticos e, ainda segundo o autor (PUTNAM, 2002, p. 34), a todas as outras espécies de valor. Os conceitos éticos densos demonstrariam que nem todos os conceitos com funções descritivas seriam puramente descritivos (PUTNAM, 2002).

Ora, retomando alguns elementos da Teoria Discursiva de Habermas, é possível observarmos como o autor tem dificuldades para lidar com essas imbricações. Por um lado, se as descrições têm uma pretensão de verdade que ultrapassa o contexto específico, por outro, os valores estão nele aprisionados:

Valores culturais não têm validade universal; como o nome já diz, eles estão situados nos limites do horizonte do mundo da vida de determinada cultura. Valores só podem se tornar plausíveis no contexto de uma forma de vida em particular. (HABERMAS, 2012, p. 90)

Como podemos observar, o autor parece encontrar dificuldades para lidar com

⁴⁶ “activity of interpreting that tradition, and of adapting it to new contexts, extending and criticizing it.”

⁴⁷ “the cruelties of the regime provoked a number of rebellions”

“descrições-valorativas” como, por exemplo, “você é uma criança mimada”, “essa atitude é extremamente rude” ou “o Presidente da República é cruel”. Entretanto, se quiséssemos fatorar os termos éticos densos em uma parte de seu conteúdo que é destacável e descritiva e outra que é destacável e valorativa, qual parte de “mimada” ou “rude” deveria valer para todo o universo, por ser descritiva, e que outra serviria apenas para nossa paróquia, por ser valorativa?

Suponhamos ainda o seguinte exemplo⁴⁸: uma pessoa vê uma outra esfaquear uma terceira. A testemunha relatando o caso para um conhecido engaja-se com ele numa discussão se este ato foi cruel ou não, pois se descobriu posteriormente que a pessoa na qual os cortes foram feitos já estava morta no momento do esfaqueamento.

O que esse exemplo pretende é fatorar descrição e prescrição em termos ontológicos, em termos “causais”. Se “cruel” está conectado ao conceito de “morto”, nestes termos haveria uma parte descritiva a ser fatorada, pois existiria um elemento genuíno no mundo que equivaleria “morto” tal como a “ausência de sinapses nervosas no cérebro”. A diferença residiria, portanto, não no uso da linguagem, mas no que há e no que não há no mundo.

Uma das principais vantagens do pragmatismo é o seu compromisso de fazer as demais questões responderem ao uso (BRANDOM, 2011) – apenas por lembrete, Habermas é (ou ao menos, considera-se) um pragmatista. Num certo sentido, poderíamos chamar uma instanciação desse compromisso de pragmatismo clássico, para acompanhar Brandom (2011, p. 70-72), que tem como conteúdo a ideia de que as “[...] avaliações de performances como melhores ou piores, corretas ou incorretas”⁴⁹ estão, em última instância, relacionadas a “como elas contribuem ao sucesso do agente em assegurar algum fim ou alcançar algum objetivo [...]” (BRANDOM, 2011, p. 71, traduções nossas)⁵⁰.

Portanto, a distinção de “independente de nós” e “dependente de nós” pode ser útil em alguns contextos, mas não em outros a depender do uso que se faz ou do propósito que se tem em vista. Para formular o compromisso pragmatista num *slogan*⁵¹: não é partindo da ontologia

⁴⁸ Devemos este exemplo a David F. L. Gomes.

⁴⁹ “assessments of performances as better or worse, correct or incorrect”

⁵⁰ “as they contribute to the agent’s success in securing some end or achieving some goal.”

⁵¹ Podemos observar com facilidade o compromisso que esse *slogan* expressa logo nos primeiros capítulos de *The Quest for Certainty*, de John Dewey (2008b). Afinal, o conhecimento não é, para Dewey, algo que os “espectadores” obtêm ao observar passivamente o mundo “lá fora” e sim o oposto, pois é algo que o sujeito constrói realizando uma tarefa de investigação que, ao se deparar com uma situação problemática, guia-se por normas, valores e hábitos para a sua solução. A ação é diretamente ligada ao conhecimento.

que se constrói o mundo, mas, sim, do uso⁵².

Dessa forma, não importa, por exemplo, que o mercado não seja uma manifestação da natureza que independe das nossas práticas quando se trata de procurar um emprego ou de vender algo por uma plataforma online. A ontologia do mercado não precisa ter prioridade sobre o uso (ou sobre o propósito), mas aquela pode responder a esse⁵³.

De qualquer forma, não é essa distinção ontológico-causal que Habermas parece ter em vista. Em sua resposta a Putnam, Habermas está se referindo ao uso especificamente do vocabulário e não às propriedades que existem no mundo tais como são, independentes de nós:

Ao usar enunciados que representam um assunto dessa maneira, os falantes efetuam ao mesmo tempo uma valoração. A descrição é uma tomada de posição. À luz de seu vocabulário valorativo, os falantes descobrem as características salientes de seu entorno [...]. Na qualidade de falantes nativos, “sabem” intuitivamente [...] porque um assunto é relevante em geral e porque outro é indiferente. Junto com esse vocabulário, esses falantes adquirem ao mesmo tempo as palavras corretas para articular o que lhes preocupa, para articular seu próprio projeto de vida ou a forma como se entende coletivamente a comunidade a que eles pertencem. (HABERMAS, 2008c, p. 93, tradução e grifos nossos)⁵⁴.

Percebemos, assim, que a dicotomia entre fato e valor se manifesta na teoria de Habermas não na negação de que a descrição envolve tomada de posição e juízos de relevância, mas na sua dificuldade de lidar com o uso dos conceitos éticos densos, pois precisa fatorá-los em uma parte paroquial e em outra universal – ainda que o autor diga que “até aqui estou de acordo com Putnam” (HABERMAS, 2008c, p. 94, tradução nossa)⁵⁵.

Habermas aceita ainda uma outra dicotomia, que vamos analisar na subseção seguinte, que é aquela entre normas e valores. O que nos interessa no momento é o rol de características que ele impõe aos valores. O autor defende que eles “expressam o caráter preferencial de bens que são almejavéis em *uma determinada coletividade*” e, complementando nas linhas seguintes,

⁵² Deixamos a palavra “uso” sem qualquer especificação, como em “uso da linguagem”, propositalmente. A ideia de uso nos pragmatistas clássicos, segundo Brandom (2011), está conectada a ideia a uma normatividade instrumentalista que não precisa ser exclusivamente da linguagem, por exemplo, pois ela é apenas uma das ferramentas para os autores nessa tradição.

⁵³ Não pretendemos com isso nos vincular a uma ideia de verdade como utilidade ou reduzi-la ao *slogan* “verdade é o que funciona” (BRANDOM, 1994, p. 285-286). O que pretendemos é apenas destacar que há uma importância da utilidade que não pode ser inteiramente descartada na solução de problemas práticos.

⁵⁴ “Al usar enunciados que representan un asunto de esta manera, los hablantes efectúan al mismo tiempo una evaluación. La descripción es una toma de postura. A la luz de su vocabulário evaluativo, los hablantes descubren rasgos salientes de su entorno [...]. En calidad de hablantes nativos, «sabem» intuitivamente [...] por qué un asunto es relevante en general y por qué otro es indiferente. Junto con este vocabulario, esos hablantes adquieren al mismo tiempo las palabras correctas para articular lo que a ellos le preocupa, para articular su propio proyecto de vida o la forma como se entiende colectivamente a sí misma la comunidad a la que ellos pertenecen”.

⁵⁵ “Hasta aquí estoy de acuerdo com Putnam”.

diz que “as decisões valorativas importantes ou as preferências de ordem superior dizem *o que é bom para nós (ou para mim)* como um todo” (HABERMAS, 2018, p. 116-117, grifos nossos).

Também nos interessam as características que ele impõe à pretensão de verdade. Sobre isso, Habermas diz que “o aspecto incondicional que intuitivamente associamos às pretensões de verdade é interpretado aqui no sentido de uma transcendência de todos os contextos locais” (HABERMAS, 2004c, p. 283). Em seguida, completa o raciocínio realizando um paralelo entre, de um lado, os enunciados justificados coerentemente somados aos enunciados justificados nos contextos dados e, de outro, entre um enunciado verdadeiro e o que poderia ser justificado universalmente:

[...] um enunciado justificado segundo nossos critérios distingue-se de um enunciado verdadeiro da mesma maneira que um enunciado justificado no contexto cada vez dado se distingue daquele que poderia ser justificado em todos os contextos possíveis (HABERMAS, 2004c, p. 283).

É difícil se engajar numa diferença relativista reservando os aspectos valorativos para a dependência de perspectiva, ao passo que se rejeita a dependência de perspectiva para o uso descritivo. Tal dificuldade decorre, sobretudo, da estrutura holística da linguagem que é reconhecida pelo próprio Habermas:

As condições de aceitabilidade remetem para a estrutura holística das línguas naturais. Numa língua, cada acto de fala individual encontra-se interligado por fios lógico-semânticos com muitos outros potenciais actos de fala que podem assumir o papel pragmático de razões (HABERMAS, 2004b, p. 134-135).

Essa estrutura holística da linguagem conecta as inferências factuais com as valorativas, principalmente por aquilo que Brandom (1994; 2001) chamou de “inferência material”⁵⁶. Afinal, o *gap* entre ser e dever, ou entre fato e valor, também está presente na ideia de que nada daquilo que “é” pode ser uma “razão para ação”, pois se a ética não pode se preocupar com as questões de fatos, nada daquilo que é descritivo pode ser genuinamente uma premissa da qual se conclua algo normativo. A ideia de inferências materiais práticas, inferências boas em razão do conteúdo, mas que partem de uma premissa doxástica para uma conclusão prática (orientação e motivação da ação) seria, portanto, um problema para Habermas.

Habermas precisa recorrer a considerações formais para substituir a necessidade de uma inferência material, ou seja, precisa tratar as inferências materiais como entimemas e completá-

⁵⁶ Inferências materiais são aquelas que são boas em razão de seu conteúdo conceitual e não de sua forma (BRANDOM, 2002, p. 52-55). Assim, Brandom (1994, p. 97-105) rejeita uma visão formalista da inferência que enxerga como ausente o termo médio na passagem de uma premissa a uma conclusão em inferências materiais.

las com uma suposta premissa faltante para que ela possa ser considerada válida ou aceitável. Esta estratégia, no entanto, tornaria a continuidade entre questões de fato e normativas algo impossível, ainda que metodologicamente, pois para o autor o mundo objetivo está vinculado aos fatos e o mundo social, às normas.

Assim, uma ação pressupõe, ao menos, razões ou premissas extraídas desses dois mundos para fechar o *gap* que mencionamos anteriormente. Somente assim Habermas consegue que seja feita a passagem de “a visita está com sede” para “devo oferecê-la água”, pois precisa completar a descrição do mundo objetivo com uma premissa normativa explícita extraída do mundo social, tal como o termo médio “deve-se oferecer água para visitas”, para transformar o entimema em uma inferência logicamente (formalmente) válida e tornar boa a transição inferencial das premissas para a conclusão.

3.2 Dualismo entre norma e valor

Outra tese defendida por Habermas, como já brevemente expusemos no segundo capítulo, refere-se à separação entre valor ético e norma moral e à postulação de certa prioridade da segunda sobre o primeiro. Em conjunto com essa separação e sobreposição, Habermas adota uma postura procedimentalista, rejeitando se comprometer com algum conjunto de regras de primeira ordem e, por essa postura, Putnam vê em Habermas um “filósofo kantiano moral minimalista” (PUTNAM, 2002, p. 116, tradução nossa)⁵⁷.

A ética do discurso não quer prescrever nada, já que se limita a oferecer regras sobre “como conduzir nossos inevitáveis desacordos” (PUTNAM, 2002, p. 116, tradução nossa)⁵⁸. Além disso, Putnam vincula a Habermas “uma indefensável dicotomia” e afirma que, “de fato, a objetividade postulada por Habermas para as normas *pressupõe* a objetividade de ao menos alguns valores” (PUTNAM, 2002, p. 4, tradução nossa)⁵⁹.

Essa cisão entre normas e valores impede que Habermas tenha em mente a possibilidade de valorações com pretensões universais. Na verdade, há uma série de características qualitativas que tendem a distanciar normas e valores, quando, ao nosso ver, essas

⁵⁷ “minimalist Kantian moral philosopher”.

⁵⁸ “how to conduct our inevitable disagreements”.

⁵⁹ “an indefensible dichotomy; and that, in fact, the objectivity Habermas posits for norms *presupposes* the objectivity of at least some values”.

características não parecem ser tão estanques.

Existem pretensões valorativas universais que não podem ser encaixadas numa norma da moralidade, pois não são algo que se pode assim exigir e, ao mesmo tempo, não poderiam ser encaradas como uma pretensão valorativa habermasiana por não se encerrarem num determinado contexto sociocultural. O exemplo de Putnam (2002, p. 112) é preciso: quanto mais plural qualquer sociedade for, melhor.

Posteriormente, o autor novamente deixa claro que, para além das discussões anteriores, a reflexão sobre a prioridade do justo sobre o bom tem outra camada de abstração, a da dissolução da moral num *ethos*. Neste sentido, ele entende que:

[...] a moral racional abstrata dos sujeitos a direitos humanos se apoia por sua vez em uma autoconsciência ética da espécie pré-existente, compartilhada por todas as pessoas morais (HABERMAS, 2002, p. 59, tradução nossa)⁶⁰.

Essa absorção parcial não encobre todo o problema, por óbvio, pois como aponta Putnam (2002), Habermas precisa aceitar a objetividade de ao menos alguns dos valores para estruturar adequadamente a ética do discurso. O conteúdo normativo das pressuposições pragmáticas são idealizações constitutivas da prática que os participantes implicitamente aceitam. O autor cita quatro que considera como mais importantes:

- (a) inclusão: ninguém que pudesse fazer uma *contribuição relevante* poderia ser impedido de participar;
- (b) distribuição igual de liberdade comunicativa: todos tem uma oportunidade igual de fazer contribuições;
- (c) veracidade: os participantes precisam querer dizer o que dizem; e
- (d) ausência de constrangimentos contingentes externos ou restrições inerentes à estrutura da comunicação: as posições sim/não dos participantes nas pretensões de validade criticáveis devem ser motivadas apenas pelo poder persuasivo para convencer. (HABERMAS, 2016a, p. 82, tradução e grifos nossos)⁶¹.

A concepção excessivamente restritiva de Habermas acerca dos valores o impede de reconhecer que, por exemplo, a expressão “contribuições relevantes”, presente na aludida pressuposição de inclusão, é um conceito valorativo que poderia ser utilizado para descrever um caso no qual alguém levantou ou deixou de levantar alguma contribuição relevante.

⁶⁰ “la moral racional abstracta de los sujetos a derechos humanos se apoya a su vez en una autoconsciencia ética de la especie preexistente, compartida por todas las personas morales.”

⁶¹ “(a) inclusivity: no one who could make a relevant contribution may be prevented from participating; (b) equal distribution of communicative freedoms: everyone has an equal opportunity to make contributions; (c) truthfulness: the participants must mean what they say; and (d) absence of contingent external constraints or constraints inherent to the structure of communication: the yes/no positions of participants on criticisable validity claims should be motivated only by the power of cogent reasons to convince.”

Inclusive, para descrever uma situação na qual esses pressupostos estão ou não estão presentes se poderia utilizar dos conceitos éticos densos (PUTNAM, 2002, p. 128).

Habermas não admite a importância do vocabulário valorativo como um todo para a ética do discurso. Residualmente, portanto, existem outras espécies de valor que não estão englobadas pela sua ética. Assim, em última instância, a força performativa de todos esses pressupostos valorativos é universal, ainda que Habermas não as reconheça dessa forma, pois são no fundo um critério normativo para avaliar as *melhores* razões e se assegurar que elas se sobressaiam sobre as *piores* no jogo de pedir e dar razões.

Parte do que argumentamos nesta seção consiste em mostrarmos apenas que o autor não consegue reconhecer outras formas de valores e, conseqüentemente, identificar a importância deles para os pressupostos pragmáticos. Isso não quer necessariamente dizer que os pressupostos pragmáticos de Habermas sejam relativos ou tenham como seu objeto os valores, mas, tão somente, que seu funcionamento interno é dependente deles e pressupõe a objetividade de ao menos alguns deles.

Segundo Habermas, além dessa função constituidora da prática da argumentação, os pressupostos pragmáticos também exercem o papel de um “padrão para a autocorreção do processo de aprendizagem” (HABERMAS, 2016a, p. 84, tradução nossa)⁶². Ao contribuírem para a dimensão de acerto das pretensões de validade levantadas, auxiliam, ao menos indiretamente, no aumento do arcabouço de aprendizagem social, pois demandam dos participantes descentralizarem sua perspectiva.

Habermas não nega a existência de valores da autocompreensão e sua participação nesse processo de aprendizagem, ainda que sem reconhecer a objetividade para além de uma determinada forma de vida. Em suas palavras:

Vamos relembrar a mudança de perspectiva que nós fazemos quando mudamos de uma explicação normativa do ethos democrático civil para uma investigação das condições sobre as quais tal ethos pode ser razoavelmente esperado pelos cidadãos. [...]. Entretanto, essa mudança na mentalidade ocorre apenas como “processos de aprendizagem” complementares apenas da perspectiva de uma autocompreensão normativa específica da modernidade. (HABERMAS, 2016a, p. 144, tradução e grifos nossos)⁶³.

⁶² “standards for a self-correcting learning process”.

⁶³ “Let us recall the change in perspective that we made when we moved from a normative explanation of a democratic civic ethos to an epistemological investigation of the cognitive preconditions under which such an ethos can be reasonably expected of citizens. [...]. But these changes in mentality count as complementary ‘learning processes’ only from the perspective of a specific normative self-understanding of modernity.”

Assim, a validade dos valores continua a ser relativa a uma “paróquia” que apenas aumentou sua sede e expandiu, conglomerando diferentes formas de vida numa forma de vida mais abstrata na qual guarda um traço em comum com seus constituintes: a modernidade.

De qualquer forma, ou o juízo de Habermas sobre tais valores é emitido de um ponto de vista externo que não quer se comprometer “com uma explicação normativa do ethos democrático”, mas, sim, com as “precondições sobre as quais tal ethos” é possível, ou o autor se compromete com o relativismo que implica aceitar que os *standards* sobre os valores são relativos às diferentes comunidades.

Se a primeira hipótese for correta, o autor versa sobre as condições de possibilidade para a objetividade desses valores, que seriam as condições nas quais se pode haver um *standard* tal para esse *ethos* democrático. Nesses termos, Habermas acabaria por tratar da ética pelo *lado de fora*, isto é, como um cientista que diz não assumir nenhuma posição, pois está apenas descrevendo o mundo “tal como ele é”. Esse não parece ser o caso, uma vez que Habermas aparenta endossar determinados valores da autocompreensão e reconhece a necessidade destes valores para que ocorra, no processo de aprendizagem, a “mudança de mentalidade”.

Os compromissos de Habermas parecem direcionar para uma objetividade limitada, vinculada apenas a um contexto sociocultural específico, pois o processo de aprendizagem complementar apenas pode ser visto como aprendizagem de um determinado ponto de vista. Isso nos leva a crer que o autor defende uma postura relativista. “Como ele pode acreditar”, pergunta-se Dworkin, “que a escravidão é injusta e crer também que nenhuma proposição da moralidade política pode ser realmente ou objetivamente verdadeira?” (DWORKIN, 1985, p. 173, tradução nossa)⁶⁴.

Ainda que a frase de Dworkin pergunte sobre a injustiça e não seja num debate direto com o Habermas, a utilizamos aqui para provar um ponto, qual seja: Habermas defende uma posição relativista sobre os valores. Dada a universalidade das normas morais, como vimos anteriormente, Habermas concordaria que a escravidão é realmente injusta, entretanto poderíamos substituir, para fins argumentativos, “injusta” por “ruim”, “desprezível” ou, até mesmo, “nojenta”. Desta forma, Habermas teria maior dificuldade em concordar, não por defender uma posição escravocrata, muito pelo contrário, mas, simplesmente porque não

⁶⁴ “How can he believe that slavery is unjust and also believe that no propositions of political morality can be really or objectively true?”

defende a universalidade dos valores e, portanto, ele não pode aceitar que “nojento” ou “desprezível” assim o seja em todos os cantos do universo.

Em suma, o que pretendemos com esse exemplo é sustentar que a mera discordância sobre os valores não quer dizer que eles não tenham qualquer objetividade (PUTNAM, 1990). Ao interpretar a obra de Putnam, Bernstein afirma que:

Há lugar para a *phronesis* e desacordo razoável e objetivo. Essa é uma característica da objetividade que se mostra altamente relevante para os litigantes éticos e políticos, mas também tem um lugar nas ciências físicas. *De maneira mais geral, objetividade é compatível com pluralismo (e pluralismo não deve ser confundido com relativismo).* Vemos quão profundo é seu compromisso com o pluralismo, a partir de sua recente resposta a Habermas. (BERNSTEIN, 2016, p. 162, tradução e grifos nossos)⁶⁵.

A existência de diferentes perspectivas potenciais, como ocorre entre os “modernos” e “não-modernos”, não quer dizer que não haja objetividade. Ao contrário, se não acreditasse na objetividade, o que Habermas poderia fazer é tão somente sair do debate, calar-se, porque, a bem da verdade, não haveria nada a ser dito.

“Eu não tenho argumentos”, diz Dworkin, “para a objetividade dos juízos morais, exceto argumentos morais, nenhum argumento para a objetividade de juízos interpretativos, exceto argumentos interpretativos e assim por diante” (DWORKIN, 1985, p. 171, tradução nossa)⁶⁶. Em vez de Habermas sustentar *tout court* a objetividade desses valores, ele prefere se utilizar desse ponto de vista externo para os isolar em diferentes *clusters* de autocompreensão, enquanto ele poderia se limitar a defender simplesmente que “não há relativismo nessa história, apenas erro da parte deles” (DWORKIN, 2011, p. 171)⁶⁷ que não concordam que a escravidão é desprezível.

Consequentemente, Habermas está sujeito à acusação de contradição performativa, pois seus argumentos sobre os valores são argumentos valorativos e, ao negar a sua objetividade, por corolário, cai em contradição. Uma visão relativista sobre os valores já é ela mesma uma posição valorativa que precisa da objetividade que ela mesma nega ou, ainda, da verdade dos valores pressupostos que seu julgamento precisa (DWORKIN, 2011).

⁶⁵ “There is a place for *phronesis* and reasonable objective disagreement. This is a feature of objectivity that turns out to be highly relevant for ethical and political disputants, but it also has a place in the physical sciences. More generally, objectivity is compatible with pluralism (and pluralism is not to be confused with relativism). We see how deep his commitment to pluralism is, from his recent response to Habermas”.

⁶⁶ “I have no arguments for the objectivity of moral judgments except moral arguments, no arguments for the objectivity of interpretative judgments except interpretive argument, and so forth.”

⁶⁷ “There is no relativism in this story, only error on their part”.

Dito de outra forma, há uma contradição existente em afirmar a relatividade de todos os valores se, para isso, o autor necessitar de pressupor ao menos alguns valores universalmente válidos. Sendo esse caso, Rehg (1994) consegue em parte solucionar o problema. Ele postula um metavalor para a ética do discurso que vale universalmente: a cooperação. Segundo ele,

Minha estratégia visa mostrar que, se a ética do discurso envolve tal bem [*good*], ela ao menos propõe isso como uma única forma de metavalor que não se poderia racionalmente rejeitar, exceto em forma de uma abstração. [...] com suas referências à dinâmica concreta da visão de cada grupo sobre o valor da cooperação, existe uma forma estrutural universal que nos permite a todos concordarmos sobre a racionalidade de suas viagens por diferentes rotas para o *telos* da cooperação racional. (REHG, 1994, p. 147-148, tradução nossa)⁶⁸.

Assim, ao convergir para a racionalidade comunicativa de fundo, atendendo ao formalismo habermasiano, Rehg (1994) transforma o valor da cooperação num valor formal que “desfruta de um *status* único em relação a outros valores e bens” (REHG, 1994, p. 159, tradução nossa)⁶⁹.

Sobre os demais valores, Rehg (1994) pretende fazer da tradutibilidade entre as línguas um argumento a favor da tradutibilidade os valores. Apoiado na apropriação habermasiana das teses de Humboldt, a sua aposta implícita é que se o significado é traduzível entre as diversas línguas e, sendo possível esse compartilhamento de sentido, também seria possível a tradução dos valores.

Em vista disso, Habermas pretende explicitamente, embora apenas em trabalhos mais recentes, defender uma tradutibilidade valorativa. Dentro do debate entre formas de vida diversas, aquelas do cidadão secular e do religioso, Habermas afirma:

No Estado constitucional precisa ser possível formular e justificar publicamente todas as normas jurídicas compulsórias [*enforceable norms*] em uma linguagem que todos os cidadãos entendam. [...] A ‘separação da igreja e do estado’ clama por um filtro entre essas duas esferas – um filtro por meio do qual apenas contribuições ‘traduzidas’ – isto é, secular – podem passar de um barulho confuso de vozes dentro da esfera pública para as agendas formais das instituições do Estado. (HABERMAS, 2017, p. 223, tradução nossa)⁷⁰.

A tradutibilidade habermasiana, no entanto, é insuficiente para afastar uma dicotomia

⁶⁸ “My strategy aimed at showing that, if discourse ethics does involve such a good, it at least proposes it as a unique sort of metavalor that one cannot rationally reject except in an abstract fashion. [...] with their references to the concrete dynamics of each group's insight into the value of cooperation, there exist universal formal structures that allow all to agree on the rationality of their variously routed trips to the *telos* of rational cooperation”.

⁶⁹ “enjoying a unique status vis-a-vis other values and goods”.

⁷⁰ “In a constitutional state, it must be possible to formulate and publicly justify all legally enforceable norms in a language that all of the citizens understand. [...] The ‘separation of church and state’ calls for a filter between these two spheres – a filter through which only ‘translated’ – that is, secular – contributions may pass from the confused din of voices within the public sphere into the formal agendas of state institutions”.

entre normas e valores. Mesmo com ela, continuaríamos surpresos com os casos fronteiriços, sem saber se os atribuiríamos para a moralidade ou para a eticidade, acabando por reduzi-los a uma das duas esferas. O avanço explicativo em relação a como os diferentes *clusters* valorativos podem se tornar inteligíveis uns para os outros não parece superar o contraexemplo de Putnam (2002): quanto mais plurais quaisquer sociedades, melhor.

Esse contraexemplo parece não poder ser considerado uma regra moral, pois não tem a forma de um imperativo categórico. Não é algo que possa ser exigível dos demais membros de uma comunidade. Ao mesmo tempo, o contraexemplo não é apenas um autoentendimento circunscrito à modernidade, pois afirma algo como bom para “quaisquer sociedades”. Pode ser que o contraexemplo de Putnam seja falso: no entanto, para ser demonstrado como falso, é necessário que haja objetividade ao menos de alguns valores entre os diferentes *clusters* valorativos.

Em resposta a Putnam, Habermas diz:

este exemplo aponta na direção de uma distinção deontológica que o próprio Putnam rechaça, a distinção entre uma moral universalista da justiça e uma ética particularista do projeto de vida. Chamamos de “cruel” a tortura de seres humanos não apenas entre os nossos, mas em todo lugar. Entretanto, de nenhum modo nos sentimos justificados em protestar contra as práticas educativas e as cerimônias matrimoniais que nos são estranhas, ou seja, contra elementos nucleares do *ethos* e uma cultura estranha (HABERMAS, 2008c, p. 97, tradução nossa)⁷¹.

Uma pretensão valorativa universal, como a que encontramos no contraexemplo de Putnam, não pode ser encaixada numa norma da moralidade, pois não é algo que se pode assim exigir, e, ao mesmo tempo, não pode ser encarada como uma pretensão valorativa habermasiana, pois não se encerra num determinado contexto sociocultural. Essas razões demonstram uma cisão robusta entre normas e valores mesmo quando dissolvida a moralidade na eticidade.

3.3 Conclusões parciais

No capítulo anterior, tentamos introduzir, ainda que de forma não exaustiva, a teoria

⁷¹ “este ejemplo apunta en la dirección de una distinción deontológica que el propio Putnam rechaza, la distinción entre una moral universalista de la justicia y una ética particularista del plan de vida. Llamamos «cruel» a la tortura de los seres humanos no sólo entre nosotros, sino en todo lugar. Pero ningún modo nos sentimos justificados a protestar contra las prácticas educativas y las ceremonias matrimoniales que nos son extrañas, esto es, contra elementos nucleares del *ethos* de una cultura extraña”.

habermasiana que conecta elementos da ética e da moralidade com uma teoria da sociedade, bem como seus elementos centrais a uma teoria da linguagem e do Direito. Neste capítulo, avançamos em relação ao anterior assinalando algumas dificuldades apontadas por Putnam (2002) no empreendimento teórico de Habermas.

Entretanto, o conteúdo deste capítulo ficou além e aquém dessas críticas putnamianas a Habermas. Fazendo uso dos principais argumentos mobilizados por Putnam contra Habermas, oferecemos a eles, por vezes, graus de saliência e importância diversos das oferecidas pelo crítico. Ademais, introduzimos o debate a partir de sua literatura especializada a fim de criarmos uma ponte entre o conteúdo do capítulo anterior, no qual expusemos fragmentos do pensamento de Habermas, com o deste, no qual apresentamos as boas críticas de Putnam. Não raro, raciocinamos com Putnam, explorando partes da obra habermasiana que o crítico não explorou ao invés de meramente reproduzir seus argumentos. Para tanto, levamos a cabo a tese de que há uma dicotomia entre fatos e valores na teoria habermasiana da mesma maneira que nela há uma outra dicotomia entre normas e valores.

Em síntese, por um lado, a distinção putnamiana entre fatos e valores nos trouxe a perspectiva de que há valores para além dos sustentados por Habermas que são limitados aos da autoconsciência. Esses outros valores podem ser os epistêmicos ou os relacionados aos conceitos éticos densos, de modo que essa exploração nos muniu com valores aos quais Habermas não consegue dar um tratamento adequado.

Dessa forma, a reconstrução das críticas de Putnam aos compromissos teóricos das correntes filosóficas que defendem a tese da dicotomia fato-valor nos foi necessária para enfrentarmos um segundo ponto na obra habermasiana, a saber, a estanque diferença entre as normas e os valores que, em sua teoria, é fixada por características excludentes. Para Habermas, as características das normas, como a universalidade, a estrutura deontológica e o seu forte cognitivismo não se misturam com a dos valores e são determinantes para diferenciá-las destes que seriam marcados pelo seu particularismo, sua estrutura teleológica e o seu cognitivismo fraco.

Em vista desses argumentos, é a dicotomia desenhada pelo autor entre uma teoria moral e uma teoria ética, entre normas e valores, que também nos servirá como base para capítulo seguinte. Ao nosso ver, uma discussão que pretenda retomar o princípio do discurso em sua faceta jurídica precisa entender essa dicotomia, afinal ela tem uma relação, ainda que indireta, conforme oportunamente iremos defender, com a dicotomia entre juízos de fundamentação de aplicação. Contudo, ela mostra uma relação com outros valores jurídicos aos quais Habermas

não deu tratamento adequado.

A rejeição de Habermas da relevância dos valores na compreensão do Direito nos oportunizará, ao final, apontamentos para uma nova investigação que pretenda ultrapassar essas dificuldades. Para esse fim, precisamos avançar com um foco maior em *Facticidade e Validade* (2020a).

4 DA CRÍTICA DA DICOTOMIA À DIFICULDADE JURÍDICO-VALORATIVA

The unity of existence and the concept, of body and soul, is the Idea. It is not just a harmony, but a complete interpenetration. Nothing lives which is not in some way Idea. The Idea of right is freedom, and in order to be truly apprehended, it must be recognizable in its concept and in the concept's existence.

Hegel

Habermas (2020a) quer ver resolvido o que ele considera o problema central da racionalidade da jurisprudência: como acomodar uma nova tensão entre facticidade e validade que irrompe de dentro da aplicação do Direito, sendo que este precisa, a um só tempo, garantir a segurança jurídica e a correção normativa nas decisões? Para solucionar esse problema, Habermas realiza uma separação entre os juízos de fundamentação e de aplicação. Para tanto, o autor reconstrói algumas soluções propostas anteriormente, dentre as quais ele discute as da hermenêutica filosófica aplicada ao Direito, do realismo jurídico e do positivismo jurídico.

Sobre a solução avançada pela hermenêutica, Habermas (2020a) argumenta que essa tradição propôs um modelo de interpretação demasiado preso às pré-compreensões de fundo de uma eticidade tradicional. Muito embora não privilegie nenhum dos dois princípios, seja o da segurança jurídica ou o da correção normativa, a hermenêutica impediria uma interpretação adequada do funcionamento do Direito em sociedades pluralistas pela dificuldade em recorrer apenas a um *ethos*. Habermas conclui:

A pré-compreensão do juiz é marcada pelos *topoi* compartilhados de uma eticidade tradicional. Isso orienta o estabelecimento de relações entre normas e estado de coisas à luz de princípios historicamente aceitos. [...] A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser progressivamente reduzida com a referência a princípios. Mas estes apenas se legitimam pela história dos efeitos daquelas formas de vida e de direito nas quais o próprio juiz se encontra de modo contingente. (HABERMAS, 2020a, p. 260).

O realismo, por sua vez, preencheria o *locus* que era ocupado pela eticidade tradicional na solução hermenêutica com componentes extrajurídicos, de forma que o Direito serviria como “um instrumento de controle do comportamento que pode ser mobilizado para fins políticos” (HABERMAS, 2020a, p. 261). Desprovido de qualquer lógica interna, o campo jurídico, tal como entendido pelo realismo, privilegia a correção à segurança jurídica e, assim, não haveria

diferença estrutural entre a política e o Direito⁷². Isto poderia ser exemplificado com a situação hipotética de uma decisão judicial na qual um juiz encarregado decide exclusivamente com base em orientações valorativas que ele tem por racionais. Destacamos a formulação do próprio autor, ao afirmar que:

A produção jurídica do passado deixa de reger as decisões atuais na medida em que estas *repousam amplamente na discricionariedade do juiz*. [...] O direito passa então a valer como um instrumento de controle do comportamento que pode ser mobilizado para fins políticos tidos como racionais, isto é, fundamentados utilitariamente ou em função do bem-estar econômico. (HABERMAS, 2020a, p. 261, grifos nossos).

Por fim, os positivistas pretenderam rejeitar qualquer fundamento suprapositivo ao Direito ao propor como constitutivo dele a existência de uma regra de reconhecimento ou uma norma fundamental para identificação do Direito válido. Ao privilegiar a origem da norma, optam por dar uma força maior à segurança jurídica, desfavorecendo considerações de correção normativa que nos *hard cases* teriam seu âmbito de incidência reduzidos à vagueza ou determinação insuficiente da linguagem cotidiana revelada com a aplicação do Direito.

De modo a superar todas essas deficiências, Habermas sugere a adoção da teoria do Direito de Ronald Dworkin, pois ela satisfaria ambos os princípios, a saber, a segurança jurídica e a correção normativa. Discordando do autor, entretanto, Habermas (2020a, p. 273-287) acredita que Hércules, o juiz-modelo de Dworkin, é excessivamente solitário, solipsista e monológico e, assim, uma reconstrução dessa teoria exige que o papel que ele cumpre fosse entendido intersubjetivamente.

Habermas acredita também que Dworkin erra por não distinguir de modo suficiente o Direito e da moral, ao entender aquele como um departamento dessa. Deveríamos, segundo o Habermas, preservar uma diferenciação entre a linguagem do Direito e a da moral, pois “a imigração de conteúdos morais para dentro do direito não significa sua moralização imediata” (HABERMAS, 2020a, p. 268).

O caminho percorrido por Habermas consiste, portanto, em refutar, ainda que de forma muito rápida, os espantalhos teóricos erigidos por estas correntes filosóficas para construir a sua posição. Assim, as construções das dicotomias tratadas nos capítulos anteriores se encontrarão com o âmbito jurídico neste capítulo por meio das reconstruções necessárias e mais proximamente correlatas aos conceitos centrais ao Direito.

⁷² Essa crítica se repete quando Habermas quer diferenciar o Direito dos valores e sustentar que a impregnação ética pode destruir a sua forma (HABERMAS, 2018, p. 363). A esse ponto, iremos nos ater posteriormente.

Neste capítulo, portanto, estenderemos a abrangência das considerações (re)construídas no capítulo anterior para a teoria do Direito habermasiana a fim de demonstrarmos as simetrias teóricas que, embora tragam coerência para a sua teoria como um todo, criam, por consequência, mais dificuldades para a compreensão da relação dos valores e com a nossa prática jurídica.

4.1 Paradigmas do Direito

O desenho inicial dos paradigmas jurídicos na teoria habermasiana pode ser visto na tese de habilitação de Habermas, a obra *Mudança estrutural da esfera pública* (2014c), de 1962. Nela, Habermas (2014c) explica a constituição da esfera pública burguesa e a sua importância para o Estado liberal, bem como demonstra os problemas dos chamados processos de refeudalização diante da nova forma do Estado agir no *Welfare State*⁷³.

Entretanto, é apenas em *Facticidade e Validade* (2020a) que, ao se aproximar do âmbito jurídico, o autor consegue desenhar com maior precisão os seus paradigmas para a interpretação do Direito. Os juristas, diz Habermas, interpretam “não apenas a partir do contexto do *corpus* jurídico como um todo, mas também do horizonte de uma pré-compreensão” (HABERMAS, 2020a, p. 491).

Segundo o autor, a inteligibilidade dos argumentos jurídicos mobilizados pelos seus intérpretes depende de um horizonte no qual ficam depositadas, num *background*, as compreensões que nos envolvem, como “imagens implícitas da própria sociedade que oferecem uma perspectiva à prática de produção e aplicação do direito” (HABERMAS, 2020a, p. 496).

Por conseguinte, podemos até mesmo ler no texto constitucional os efeitos das transformações políticas pelas quais uma determinada comunidade jurídica passa. No contexto jurídico brasileiro, por exemplo, o remédio constitucional *habeas data* foi inaugurado na Constituição de 1988 como “um dos mais claros exemplos de norma constitucional que diretamente reage a abusos cometidos pelo regime autoritário (1964-1985)” (SILVA, 2021, p. 326). Nesse sentido, ele é uma garantia do acesso a informações, constantes de registros ou

⁷³ Segundo Werle (2014), a refeudalização é o nome da mudança estrutural da esfera pública moderna que, de forma paradoxal, “quanto mais ela se expande, mais o seu princípio, a discussão crítica mediante razões de um público de pessoas privadas autônomas, parece perder a sua força” (WERLE, 2014, p. 29).

bancos de dados, que o Estado brasileiro tem sobre seus cidadãos. O instituto é, portanto, uma rejeição ativa e crítica de práticas da época da ditadura militar sob as quais o acesso não era permitido sequer ao seu titular. Exatamente dentro dessa lógica, Habermas defende que

Na maior parte dos artigos de direitos fundamentais ressoa o eco de uma injustiça sofrida, a qual passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra. O que se faz manifesto nos raros momentos de fundação revolucionária [ou profunda transformação política] de uma Constituição tem de ser laboriosamente decifrado pelo historiador no trabalho cotidiano da legislação e da justiça. [...] *É possível entender as decisões e os argumentos que acompanham as respostas dadas pelos autores somente quando se conhece sua imagem de sociedade implícita.* (HABERMAS, 2020a, p. 492, grifos nossos).

Assim, devemos investigar os paradigmas jurídicos para entendermos as razões pelas quais Habermas quer opor seu paradigma procedimentalista aos demais e propô-lo como substituto adequado. Para essa exposição, precisamos reconstruir algumas imagens implícitas que os paradigmas anteriores, o do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social (por vezes, Estado Social, apenas), disponibilizam aos participantes das práticas jurídicas.

O Estado liberal é marcado por ser uma sociedade que quer uma clara demarcação entre o Estado e a sociedade⁷⁴. Esse paradigma objetiva impor limites ao Estado de forma tal que se relegue à autonomia dos participantes no mercado a busca por seus interesses particulares (HABERMAS, 2020a). Assim, o Estado liberal assegura juridicamente aos seus cidadãos direitos com um *status* negativo para que possam impor limites aos seus concidadãos e ao próprio Estado. A adstrição dos deveres dos cidadãos àquilo que é exigido pela lei, a limitação do poder de tributar e a inviolabilidade da vida privada e da intimidade são exemplos desses direitos.

A ação do Estado liberal se reduzia, portanto, à função coercitiva para obrigar a obediência às regras de conduta abstratas do Direito ou, nas palavras de Menelick de Carvalho Neto (2004), ao “policimento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras que asseguravam o mais pleno exercício às liberdades individuais” (NETO, 2004, p. 34). Assim, a legitimidade desse Estado se reduziria ao igual tratamento entre os concidadãos por meio de um formalismo jurídico. Afinal, haveria um sentido em que essa demarcação não discriminatória do formalismo jurídico, por serem todos iguais perante a lei, possa ser explicada como exigência da justiça (HABERMAS, 2020a).

⁷⁴ Para uma interessante pesquisa empírica sobre a relação entre o privado e o público em diversos Estados nacionais, ver Daly (2010).

A fim de desenvolver e proteger o capitalismo, esse paradigma tem como garantia a igualdade formal que permitiria a todos o *status* de proprietário, ainda que apenas de seu próprio corpo. Além disso, ele deve assegurar formas jurídicas e institucionalizadas que garantam que os indivíduos possam negociar no mercado, inclusive a sua própria força de trabalho.

No paradigma do Estado liberal, o mercado seria uma espécie de ordem espontânea, para utilizar o vocabulário de Hayek (2012). Ele seria uma espécie de organização social *quasi-natural* e que, portanto, não pode ser planejada como “um mosaico selecionando as partes específicas que mais gostamos” (HAYEK, 2012, p. 57, tradução nossa)⁷⁵, pois o seu grau de complexidade não é limitado ao que a mente humana consegue produzir (HAYEK, 2012, p. 37).

Nessa estrutura chamada mercado, numa perspectiva que privilegie o Estado liberal, indivíduos agem deliberadamente ao realizar trocas de mercadoria, e as consequências não previstas desses atos, os seus desdobramentos que não podemos controlar, são as suas regras gerais que se impõem “com a força de uma lei natural reguladora, assim como a lei da gravidade se impõe quando uma casa desaba sobre a cabeça de alguém” (MARX, 2013, p. 150). Assim, por uma espécie de condição que se apresenta com a aparência de uma determinação natural, os indivíduos que não descendiam de famílias abastadas ou não eram proprietários dos meios de produção, ao menos já nasciam com uma mercadoria que poderia ser trocada em igual situação jurídica com todos os demais: a sua força de trabalho. Nesse sentido:

Para que essa alienação seja mútua, os homens necessitam apenas se confrontar tacitamente como proprietários privados daquelas coisas alienáveis e, precisamente por meio delas, como pessoas independentes umas das outras. [...] Elas são permutáveis por meio do ato volitivo de seus possuidores de aliená-las mutuamente. A constante repetição da troca transforma-a num processo social regular, razão pela qual, no decorrer do tempo, ao menos uma parcela dos produtos do trabalho tem de ser intencionalmente produzida para a troca (MARX, 2013, p. 162).

Por serem todos igualmente proprietários – ainda que apenas da própria força de trabalho –, autônomos e livres, o mercado seria a melhor ambiência para os indivíduos alcançarem seus objetivos (HABERMAS, 2020a), de acordo com a pré-compreensão articulada neste paradigma. O médico que não sabia construir casa, mas sonhava em ter uma, poderia trocar a sua força de trabalho por dinheiro e, por conseguinte, comprá-la de um engenheiro que precisava do dinheiro para pagar um auxílio contábil para a sua empresa – e, assim,

⁷⁵ “a mosaic by selecting whatever particular parts we like best”.

sucessivamente. Em outros termos:

[...] para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. [...] Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva [...]. (MARX, 2013, p. 159).

Todos têm, segundo o paradigma do Estado liberal, as mesmas liberdades jurídicas. O desenvolvimento dessa troca ocorre alicerçada pelo Direito privado, que tem como pressuposto que as partes são igualmente livres para reciprocamente firmarem os seus direitos e para fixarem as suas obrigações.

Já o Estado social é uma “transformação social do direito” (HABERMAS, 2020a, p. 493). Essa transformação ocorreu quando o paradigma jurídico do Estado liberal entra em crise com a formação de oligopólios empresariais e, por corolário, surge a necessidade de intervenção estatal para colocar no eixo as restrições de concorrência no mercado de bens que traziam esses monopólios (HABERMAS, 2014c, p. 329-345).

A posição de vulnerabilidade social impedia os grupos economicamente mais fracos de negociar os termos de sua relação em paridade com os detentores do poder econômico (HABERMAS, 2014c)⁷⁶. Tornava-se explícito que esses grupos, sejam eles de trabalhadores, de consumidores, de locatários etc. não tinham os mesmos direitos em termos práticos.

O estado de coisas resultante desses fatores consiste em tensões sociais que se sucedem à tematização dessas desigualdades. Neste contexto, movimentos coletivos pressionam no sentido da substituição do formalismo jurídico pela materialização do Direito privado (HABERMAS, 2020a; NETO, 2004). Segundo Habermas, a materialização do direito privado significa que:

Pontos de vista da ética social penetram em âmbitos jurídicos que até então mantinham sua unidade sob a perspectiva de garantir somente a autonomia privada. O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, mas materialmente distintas, segundo a qual as mesmas instituições jurídicas passam a cumprir diferentes funções sociais (HABERMAS,

⁷⁶ Essa diferenciação de igualdade é amplamente debatida na doutrina constitucional brasileira, como por exemplo nos argumentos de Virgílio Afonso da Silva (2021). No sentido mais próximo do Estado Liberal, a doutrina costuma identificar o caput do art. 5º da Constituição da República que enuncia que “todos são iguais perante a lei”, mas que esse dispositivo “não teria como objetivo reduzir as desigualdades, ao menos não desigualdades estruturais” (SILVA, 2021, p. 132). A igualdade que almeja um Estado Social está mais conectada à igualdade substancial, material ou de oportunidades que incluem, por exemplo, ações afirmativas ou, em termos tributários, capacidade contributiva (SILVA, 2021, p. 134-145).

2020a, p. 503).

Novas categorias de direitos eram necessárias, como os direitos sociais, mas, ao mesmo tempo, com a alteração da “imagem implícita de sociedade”, as interpretações que se faziam de institutos jurídicos e de direitos do paradigma anterior se modificavam (HABERMAS, 2020a, p. 504-507)⁷⁷. As normas de igualdade perante a lei e o direito de propriedade, por exemplo, ganhavam uma dimensão social (CALDWELL, 1997, p. 153-160; HABERMAS, 2020a). Nesse sentido, até mesmo as cláusulas gerais começam a desempenhar outra função, pois se antes, por exemplo, conservavam a igualdade no mercado, no novo paradigma se convertem em um “meio de equilibrar os interesses antagonistas entre capital e trabalho” (NEUMANN, 2014, p. 71).

A imagem de uma força espontânea, *quasi*-natural da sociedade presente no ideal de mercado do Estado liberal, também desaparece com o objetivo regulatório do Estado social (HABERMAS, 1998). Essa imagem extingue-se de tal forma que as crises econômicas passam a ser entendidas como de responsabilidade do déficit de planejamento e de intervenção estatal (HABERMAS, 1998, p. 16-17).

O preço a ser pago por esse planejamento estatal é a oscilação da barreira entre Estado e sociedade (HABERMAS, 2012c; HABERMAS, 2020a). Qualitativamente e quantitativamente, a ação do Estado aumenta seu escopo para, ao intervir na esfera privada, equalizar as relações entre os hipossuficientes e o poder econômico, e assim começa a ocorrer uma maior administração da vida. Ao agir, “todas as faculdades que lhe [o Estado] são atribuídas para o exercício das funções de controle social parecem ter de ser tomadas da autonomia privada dos indivíduos” (HABERMAS, 2020a, p. 513).

Embora diferentes, pela inobservância das diferenças de poder econômico e social no paradigma liberal e pelo controle excessivo exercido sobre os membros das comunidades políticas no paradigma social, ambos os paradigmas compartilham a “imagem produtivista de uma sociedade econômica do capitalismo industrial” (HABERMAS, 2020a, p. 515). Compartilham também, segundo Habermas (2020a, p. 515-516), a inobservância à implicação material entre a autonomia privada e a autonomia pública, conforme abordamos no segundo capítulo desta dissertação.

⁷⁷ Para uma dimensão histórica do Estado Social, ver Kuhle e Sander (2010) e Nullmeier e Kaufmann (2010).

Para superar os impasses impostos pelos outros paradigmas, a solução proposta por Habermas (2020a; 2018, p. 412-418) é um paradigma procedimentalista. Nele, haveria a reciprocidade necessária entre a autonomia privada e a pública e, assim, pelos pressupostos comunicativos institucionalizados, a formação da opinião na rede periférica de comunicação desaguaria nas instituições legislativas que, por sua vez, produziriam um Direito legítimo (HABERMAS, 2018; HABERMAS, 2020a).

Assim, esse paradigma conta com um duplo processo de entendimento: por um lado, na forma institucionalizada de deliberações parlamentares e, por outro, na esfera pública e política da sociedade civil (HABERMAS, 2018, p. 413). O Direito, portanto, é entendido como “o *medium* para a conversão do poder comunicativo em poder administrativo” (HABERMAS, 2020a, p. 224).

Assegurados pela linguagem do Direito, os procedimentos democráticos institucionalizam os pressupostos pragmáticos do discurso ao mesmo tempo que proporcionam as condições necessárias para uma formação política da opinião e da vontade democráticas (HABERMAS, 2020a, p. 236). Portanto, esse paradigma procedimentalista habermasiano permite uma maior tematização das interpretações jurídicas, sendo necessário decidir caso a caso, por exemplo, se houve violação da igualdade exigida aos concidadãos em sua autonomia privada e pública (HABERMAS, 2020a, p. 523-524).

No paradigma procedimentalista, Habermas tensiona facticidade e validade, coercibilidade e legitimidade, da seguinte maneira:

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura de modo equitativo a cooriginalidade da autonomia privada e pública de seus cidadãos; mas, ao mesmo tempo, ela *deve* sua legitimidade a forma de comunicação nas quais essas autonomias podem ser expressas e mantidas. Essa é a chave de uma compreensão procedimental do direito. (HABERMAS, 2020a, p. 516, grifos do autor).

Portanto, a diferença entre fundamentação e aplicação do Direito, a qual iremos explorar na próxima subseção, expressaria uma divisão das funções do Estado apta a propiciar “a forma de comunicação nas quais essas autonomias podem ser expressas e mantidas” (HABERMAS, 2020a, p. 516).

Assim, a divisão de competências estatais está ligada à entrada do poder comunicativo no parlamento para que haja *fundamentação* do Direito. A *aplicação*, por sua vez, ficaria reservada ao executivo e ao judiciário que, tendo em vista o Direito válido, aplicam-no (HABERMAS, 2020a).

Assim, precisamos investigar de maneira mais próxima a diferença entre os discursos de fundamentação e de aplicação a fim de tentarmos traçar um certo paralelismo que essa

duplicidade pode ter com aquela outra dicotomia relacionada às normas e aos valores. Além disso, defenderemos que por não encontrar respaldo em partes salientes da nossa prática jurídica, essa divisão, ao explicá-la mal, também encara nossa prática de maneira menos detida que a complexidade do sistema jurídico parece exigir.

Em seguida, pretendemos buscar o motivo teórico pelo qual Habermas nega os valores no âmbito jurídico, seja nos juízos de fundamentação ou de aplicação. O seu incômodo parece estar relacionado a sua teoria da evolução social. Por fim, esboçaremos algumas diretrizes para uma nova investigação teórica que, possivelmente, não esbarraria nos mesmos problemas que a teoria de Habermas.

4.2 Juízos de fundamentação e de aplicação

Como foi possível observarmos no excuro no qual tratamos da diferenciação entre as pretensões de validade de correção e verdade, Habermas (2012a; 2004c) quer constituir a dimensão do significado somando as condições nas quais uma pretensão pode ser tida como válida e suas consequências obrigacionais aceitas para situações posteriores.

Os juízos de correção adquirem, portanto, seu significado como resultado da soma daqueles dois fatores e as razões dadas para a validade do conteúdo normativo dos juízos, que assim é tida como uma primeira etapa lógica, a fundamentação (HABERMAS, 2004c; HABERMAS, 2012a). A sua aplicação ocorre no momento posterior, apenas após os concernidos instituírem o conteúdo da norma *considerando o seu assentimento* e as suas *consequências previsíveis*, desde que essas normas não exijam algo impossível (HABERMAS, 2014b, p. 180-181). O segundo discurso, de aplicação de normas, é complementar e subordinado, proporcionando ao discurso de fundamentação uma “referência *adequada* a uma situação” (HABERMAS, 2020a, p. 281-282, grifos nossos)⁷⁸.

Os discursos de fundamentação necessitam de uma universalização dos interesses que implique numa abstração de casos concretos a fim de justificar as normas como válidas em casos *standards* ou habituais⁷⁹ (HABERMAS, 2014b, p. 178). No passo seguinte, essa

⁷⁸ Nesse mesmo sentido, ver Fritsch (2010).

⁷⁹ Para uma interessante defesa de Habermas contra a acusação de dificuldades dos discursos de justificação e aplicação realizada pela crítica feminista da ética do cuidado, ver Rehg (1994).

descontextualização é desfeita, a perspectiva alterada e o papel ocupado pela universalização deve dar lugar à adequação (HABERMAS, 2014b, p. 181). Somente assim as balizas estabelecidas previamente nas normas válidas se transformam em concretude orientada pela aplicação.

A proibição habermasiana de dissolução entre as linguagens do Direito e da moral se estende aos discursos de aplicação jurídico apenas para que esse não seja concebido como um caso especial da aplicação moral (HABERMAS, 2020a, p. 300-301). Há uma lógica e uma estrutura geral que são comuns a ambos numa divisão do trabalho entre fundamentação e aplicação das normas, sejam jurídicas ou morais, pois “em ambos os casos se trata da lógica de aplicação de normas” (HABERMAS, 2020a, p. 301).

Respeitada a relação de complementariedade entre direito e moral, pensa Habermas, como a validade do Direito seria mais complexa em razão da coercibilidade e dos procedimentos jurídicos para sua validade, não poderíamos entender o discurso de aplicação jurídico como um caso especial da moralidade (HABERMAS, 2020a, p. 301).

Apesar dessa marcante diferença, é possível delinear algumas proximidades estruturais entre os discursos nos âmbitos moral e jurídico, como a deontologia e a divisão universal-particular. Habermas afirma que “como normas jurídicas, os direitos fundamentais são formados, *assim como as regras morais*, segundo o modelo de normas obrigatórias de ação” (HABERMAS, 2020a, p. 328, grifos nossos). Deste modo, quando alguém pergunta “qual norma se adequa melhor neste contexto?” ou “quais são as situações relevantes neste caso para a norma?”, algo é transposto da abstratividade da validade fundamentada aos casos concretos.

Os discursos de fundamentação moral se perguntam “quais são as normas morais universalmente válidas?”, enquanto os de fundamentação jurídica indagam, “quais são as normas jurídicas válidas?”. Ambos, no entanto, exigem, para Habermas, a existência de outro tipo de discurso para que possam fazer alguma diferença nas práticas normativas:

Em *discursos de fundamentação*, a razão prática afirma-se por um princípio de universalização, ao passo que casos concretos apenas podem ser tidos em conta como exemplos ilustrativos. No entanto, normas fundamentadas apenas podem reivindicar validade *prima facie*; saber qual é a norma que no caso concreto é considerada a respectivamente adequada e, nessa medida, tem prioridade sobre outras normas, igualmente válidas *a prima facie*, não pode ser decidido do mesmo modo. A aplicação exige, antes, um discurso de outro género. Tais *discursos de aplicação* seguem uma lógica diferente da dos discursos de fundamentação. Aqui o que está em causa é, de facto, o outro concreto no contexto das circunstâncias respectivamente dadas, das relações sociais particulares, da identidade e histórias de vidas individuais. (HABERMAS, 2020b, p. 401-402, grifos do autor).

Assim, as normas não aplicáveis ao caso não perdem sua validade, pois continuam num segundo plano como elementos constitutivos de um todo ao qual a aplicação das normas

adequadas deve coerência. Esse mecanismo de motor à pistão, que empurra algumas normas para uma posição mais distante do seu centro de aplicação, mas que garante que continuem a fazer parte do mecanismo em consonância com as normas mais próximas, permite pensarmos o Direito como um sistema em que existe, ao menos idealmente, uma resposta correta para cada caso concreto.

Assim, a aplicação nada pode dizer sobre a validade das normas, uma vez que ela é um discurso especializado. Habermas resume: “que uma norma valha *prima facie* significa meramente que foi *fundamentada* com imparcialidade; apenas sua *aplicação* imparcial conduz à decisão válida de um caso”. Em seguida, o autor arremata: “nos discursos de aplicação, não se trata da validade de uma norma, mas de sua *referência adequada a uma situação*” (HABERMAS, 2020a, p. 281-282, grifos do autor).

Para conectar, portanto, os discursos de aplicação com os de fundamentação, Habermas (2020a) recorre à reconstrução das normas válidas, resultantes de discursos de fundamentação, que devem ser objeto dos discursos de aplicação. Habermas (2020a) crê que essas normas válidas devem ser encontradas, caso contrário, se fossem inventadas, não haveria qualquer respeito ao princípio da segurança jurídica nem qualquer coerência:

A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas em *encontrar* princípios e objetivos válidos a partir dos quais uma ordem jurídica *concreta* pode ser de tal modo justificada em seus elementos essenciais, a ponto de todas as decisões particulares poderem se concatenar como partes coerentes. (HABERMAS, 2020a, p. 274, grifos do autor).

Portanto, a aplicação da norma tem uma tarefa específica e “não [se] deve equiparar o papel do teórico que reconstrói o direito vigente com o do legislador que o constrói” (HABERMAS, 2020a, p. 275). A construção do Direito vigente é papel do discurso de fundamentação; sua reconstrução, entretanto, é papel do discurso de aplicação.

As diferenças nos padrões de interpretação dos dois tipos de discurso, de fundamentação e de aplicação, recorrem aos paradigmas jurídicos e somente se tornam inteligíveis “quando se conhece sua imagem de sociedade implícita” (HABERMAS, 2020a, p. 492). Os textos construídos pelos legisladores originários ou derivados espelham uma certa compreensão social que os intérpretes, ao não se limitarem apenas do *corpus* jurídico, também o levam em conta em sua interpretação (HABERMAS, 2020a, p. 492).

Na aplicação, há uma apresentação do caso em tela como uma concretização do Direito vigente. As diferentes reconstruções que se realizam na aplicação do Direito “são abertas em retrospectiva de acordo com o paradigma tomado por base” (HABERMAS, 2020a, p. 271). É necessário, em vista disso, que o raciocínio do intérprete “suba” um grau de abstração até o

Direito válido, que em parte tem seu conteúdo determinado pelo paradigma jurídico, de modo a fazer as características do caso concreto o melhor exemplar possível daquele arcabouço coerente das normas válidas.

Todas as normas em sua referência ao caso concreto são *prima facie* aplicáveis e indeterminadas, inclusive aquelas mais distantes que não são nele diretamente aplicadas, mas que apenas pertencem ao segundo plano por meio do discurso de aplicação – sem prejuízo de sua validade. A indeterminação encontra ressalva nas normas que, segundo Habermas:

em seu componente condicional especificam a tal ponto as condições de aplicação que podem apenas ser aplicadas a algumas poucas situações *standard* altamente tipificadas e muito bem circunscritas, *todas* as demais normas são inteiramente indeterminadas. [...] Todas as demais normas – e isto não vale apenas para direitos fundamentais e princípios do Estado de direito, em cuja luz pode se justificar o sistema jurídico em seu todo – permanecem indeterminadas em suas referências à situação e requerem especificações *adicionais* no caso particular (HABERMAS, 2020a, p. 280-281, grifos do autor).

Essa é, portanto, a tarefa da aplicação da norma jurídica para Habermas: a reconstrução coerente do universal no particular, tensionada na dimensão da facticidade e validade interna à racionalidade da decisão. Os paradigmas jurídicos liquidificam o juiz-Hércules, tal como Habermas o lê, numa rede densa de *background* revisável para a aplicação das normas, num esforço cooperativo, em que “todos os membros enquanto potencialmente envolvidos [possam se convencer reciprocamente], de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em casa caso” (HABERMAS, 2004c, p. 298).

Por essas razões, o paradigma procedimentalista do Direito defendido por Habermas (2020a) está aberto ao intercâmbio e à possibilidade de interpretações de casos coerentes provenientes dos outros paradigmas, inclusive. Essa fenda interpretativa impede que interpretações se cristalizem de forma imutável e que descartem novas percepções das situações e dos direitos à luz de novas aprendizagens e experiências históricas.

O caso de indeterminação semântica das normas jurídicas é enfrentado por Habermas também pela sua estratégia de duas etapas discursivas – a fundamentação e a aplicação⁸⁰. O discurso de aplicação que, para Habermas, nada pode dizer sobre a validade de uma norma, pode se deparar com uma norma que não pode continuar válida, mas foi assim tida no discurso

⁸⁰ Rúrion Melo (2019) vê apenas uma mera distinção analítica entre fundamentação e aplicação, como uma mudança de grau e não qualitativa entre os discursos. Discordamos dessa leitura pelas razões que expomos no decorrer deste capítulo.

de fundamentação – como no caso da declaração de inconstitucionalidade da qual trataremos a seguir – pois apenas na aplicação foi possível se dar conta dessa impossibilidade. Não se trata de tê-la em coerência no segundo plano por ela não ser adequada ao caso concreto, mas da declaração durante a aplicação da invalidade daquela norma pela determinação de seu conteúdo, como no caso de uma sentença declaratória de inconstitucionalidade.

Em outros termos, trata-se de uma zona de indistinção entre fundamentação e aplicação que, como a lemos, passou despercebida na investigação habermasiana: o que o Direito é e a sua adjudicação são duas faces de uma mesma moeda e que, portanto, não há uma diferença substancial entre o raciocínio de fundamentação e o de aplicação. Nesse sentido, a explicação habermasiana em duas etapas padece de dificuldades explicativas até nos casos em que ela aparenta ser mais clara e forte, a saber, aqueles em que a fundamentação da norma parece claramente advir num momento anterior a qualquer aplicação.

Habermas (2020a) quer separar fundamentação e aplicação para também dividir as competências funcionais do Estado. Dessa forma, enquanto a fundamentação ficaria a cargo do legislativo, segue-se do princípio de obediência ao Direito válido (assim como do princípio da legalidade) que cabe ao judiciário e ao executivo apenas a aplicação (mesmo que se considere de maneira generosa os raciocínios envolvidos na atividade). Nesse sentido é que Habermas entende:

A divisão das competências concernentes à legislação e à aplicação do direito em dois poderes estatais distintos, que tanto institucional quanto pessoalmente independem um do outro [...]. Por um lado, *a diferença lógico-argumentativa entre fundamentação e aplicação reflete-se nas formas comunicativas dos discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser instituídos juridicamente de diferentes modos*. Nos discursos jurídicos de aplicação, é decisivo saber qual das normas pressupostas como válidas é adequada em uma situação dada, isto é, uma situação descrita de maneira mais completa possível em todas as suas características relevantes. [...] Em contrapartida, nos discursos de fundamentação há basicamente apenas participantes. Por outro lado, a justiça faz uso dos meios repressivos do aparelho do Estado para implementar suas decisões e tornar efetivo o direito, impondo-se nesse ponto sobre a administração. Por esse motivo, a justiça precisa se separar da legislação e se prevenir contra uma autoprogramação. Isso explica, portanto, o *princípio da vinculação da justiça com o direito válido*. (HABERMAS, 2020a, p. 227-228, grifos nossos).

Nos casos judiciais de aplicação, portanto, o autor defende que há na distinção de fundamentação e de aplicação um critério de delimitação lógico-argumentativo das tarefas que legitimamente podem ser desempenhadas pela justiça e pelo Legislativo (HABERMAS, 2020a, p. 334). Quanto ao executivo, Habermas defende que:

As competências legislativas, que em princípio pertencem aos cidadãos em sua totalidade, são consideradas pelas corporações parlamentares ao *fundamentar* as leis de acordo com um procedimento democrático. As leis formam a base para as pretensões jurídicas individuais; estas resultam da *aplicação* das leis a casos individuais, sejam autoexecutadas ou implementadas por via administrativa

(HABERMAS, 2020a, p. 227).

Dessa forma, no âmbito jurídico, a sua construção dicotômica entre fundamentação e aplicação se presta à divisão entre os poderes. Ou seja, trata-se de sistemas parciais especializados que tem a sua abertura à opinião pública apenas por meio do poder comunicativo que orienta o uso desses sistemas pelos procedimentos democráticos (HABERMAS, 2018, p. 415).

Uma vez exposta a posição de Habermas, a partir deste ponto e até o final desta seção, buscaremos demonstrar como a dicotomia entre juízos de fundamentação e de aplicação causa problemas para a explicação e para a reconstrução das nossas práticas jurídicas. Para tanto, iremos utilizar da adjudicação no âmbito judicial para apresentar um forte contraexemplo em face do qual essa separação parece não conseguir se sustentar ou, até mesmo, ser indesejável.

A aplicação encontra maior facilidade de compreensão no âmbito judicial. Por isso, iremos realizar a nossa investigação privilegiando essa perspectiva a fim de tornar a nossa defesa mais palatável e inteligível, o que não implica que ela não pudesse ser igualmente realizada privilegiando-se a aplicação de normas pelo Executivo ou que se assim fosse realizada seria menos interessante.

A afirmação de que juízos de fundamentação e aplicação não guardam brusca diferença entre si também não implica que não haja diferença entre as tarefas que o Legislativo ou o Judiciário devam realizar. Apenas pretendemos nos comprometer com a tese de que entender essa divisão do trabalho em termos da distinção entre fundamentação e aplicação, como Habermas pretende, não nos parece inevitável nem atraente.

Além do mais, Habermas (2020a, p. 280-281) prevê uma fratura nos casos envolvendo regras que são altamente determinadas em relação aos que envolvem aquelas outras normas que seriam completamente indeterminadas – podemos chamar as últimas de *princípios*.

Entretanto, se os princípios são tão indeterminados assim, qual a serventia do discurso de fundamentação? Não haveria trabalho a ser realizado pela fundamentação se ela não conseguisse ao menos enunciar alguns casos previsíveis com a solução dos quais esses princípios estariam comprometidos. E como há exceção a essa indeterminação com as regras, Habermas (2020a, p. 280) nos leva a crer que essa indeterminação é *apenas em referência às condições de aplicação ao caso concreto*. Portanto, podemos dizer que:

- a) do lado dos princípios, há um conteúdo determinado *prima facie* que será, tão somente num momento posterior, adequado por meio do discurso de aplicação que determinará

- as condições de aplicação em suas referências aos casos concretos;
- b) do lado das regras, há um conteúdo determinado *prima facie* que será, tão somente num momento posterior, empregado por meio do discurso de aplicação, mas que já tem as condições de aplicação altamente tipificadas.

Por essa metodologia, Habermas não vê uma distinção fundamental entre princípios e regras (HABERMAS, 2020a, p. 333-334), assim como enxerga ambos com uma carga prospectiva maior pois, como o conteúdo normativo já está determinado, o que Habermas precisa é, então, que se olhe para o mundo e veja quais são as aplicações que se adequam àquelas normas. Dessa maneira, permite-se alguma prospecção para os princípios que podem, por óbvio, entrar em conflito com as regras. Entretanto, não podemos perder de vista que apenas em discursos de fundamentação há a possibilidade de invalidar normas.

A passagem ao discurso de aplicação acontece com o conteúdo do padrão normativo já formado e apto a sofrer as adaptações cabíveis ao reconstruir o caso à luz das exigências normativas. Assim, “somente quando se conclui que uma norma válida é a única adequada a um caso a ser decidido, essa norma funda um juízo singular capaz de sustentar a pretensão de ser correto” (HABERMAS, 2020a, p. 281). Se apenas adaptações são realizadas nos juízos de aplicação, ao reconstruir o caso pela compreensão das normas, é impossível para Habermas encontrar a invalidade de uma norma nesse momento discursivo.

A presunção do âmbito jurídico é que as leis promulgadas sejam compatíveis com a Constituição. Embora o controle de constitucionalidade não seja necessariamente jurisdicional, como aponta Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 565), e esta configuração seja uma escolha política, *uma* das escolhas brasileiras é pelo controle repressivo de constitucionalidade pelo judiciário, seja ele abstrato ou concentrado.

As sentenças, no controle repressivo de constitucionalidade, são declaratórias⁸¹, porque reconhecem situação preexistente de forma tal que a sua declaração atinge a validade da norma declarada inconstitucional (MENDES, BRANCO, 2021, p. 1529-1530). Desta forma, ainda que a norma jurídica esteja num primeiro momento válida, isto é, fundamentada, somente no

⁸¹ O modelo que se enraíza no Brasil é de que a declaração de constitucionalidade é declaratória, entretanto é necessário mencionarmos, ao menos *en passant*, que há uma polêmica que surge na diferenciação entre o sistema austríaco defendido por Kelsen (2006, p. 300-308) pela anulabilidade e pela nulidade no norte-americano. Para tanto, ver Lenza (2020).

momento da aplicação descobrimos a sua invalidade. Assim como, no processo de “inconstitucionalização”, uma norma anteriormente considerada fundamentada, pela alteração das relações fáticas, passa a ser considerada inválida (MENDES, BRANCO, 2021, p. 1248).

A aplicação de um conceito (ou norma) inclui dominar ao menos uma parte dos compromissos que dele se seguem necessariamente, que deles são consequências apenas possíveis, os compromissos anteriores que autorizam a sua assunção, e quais deles estão preclusos, pois um conceito está articulado numa rede inferencial com os demais conceitos. Nas palavras de Brandt, o conteúdo dos conceitos é articulado em termos “para o que a sua aplicabilidade forneça razões a favor e contra e a aplicabilidade de quais outros conceitos forneceriam razões a favor ou contra a sua aplicabilidade” (BRANDT, 2019, p. 49, tradução nossa)⁸². Assim, quando Habermas separa em duas etapas a fundamentação e a aplicação, não leva em consideração que fundamentar é aplicar outros conceitos (ou normas) que se integram numa rede inferencial.

Apesar disso, Habermas poderia defender que, em questões de inconstitucionalidade, trata-se de normas de hierarquia diferentes e sua separação entre fundamentação e aplicação vale apenas para aquelas normas que requerem validade em um mesmo nível hierárquico. Nesse sentido, para defender essa tese, poderíamos citá-lo: “a jurisprudência constitucional, que parte do caso concreto, restringe-se à aplicação de normas (*constitucionais*) pressupostas como válidas” (HABERMAS, 2020a, p. 334, grifos nossos).

Uma interpretação mais restritiva, portanto, poderia limitar os discursos de aplicação apenas às normas constitucionais sem que houvesse uma resposta na obra para as infraconstitucionais. Ainda assim, a estrutura geral que aparece na teoria habermasiana de bifurcação entre fundamentação e aplicação não explicaria um caso central para os Estados constitucionais que é o controle de constitucionalidade⁸³.

Habermas pode defender, contudo, que esse é um caso periférico e que, portanto, não é um exemplo suficientemente forte para invalidar seu argumento – o que não parece ser o caso

⁸² “what their applicability provides reasons for and against, and the applicability of what other concepts would provide reasons for or against their applicability”.

⁸³ Há outro caso em que Habermas parece encontrar dificuldade com essa divisão dos discursos de fundamentação e aplicação em relação à separação das funções do Estado. Apenas para mencionar, parece ser o caso do remédio constitucional do mandado de injunção que é “voltado para a defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório” (MENDES, BRANCO, 2021, p. 493) e no qual o judiciário suplementa norma constitucional de aplicação limitada e não regulamentada.

por mencionar expressamente essa forma de controle e não sugerir outras formas (HABERMAS, 2020a, p. 338). O autor poderia ainda reconhecer que o discurso de aplicação tem, pelo menos como um de seus casos centrais, a declaração de invalidade de normas. Entretanto, ao fazê-lo, reconheceria implicitamente que a dicotomia perde o seu sentido.

Outras estratégias não enfrentam os mesmos problemas encontrados por essa forma habermasiana de encarar a prática. Podemos nos valer da intuição de Habermas (2020a, p. 264-287) ao apostar em uma teoria nos moldes da de Ronald Dworkin para uma elaboração de uma teoria da decisão judicial, levando em consideração algumas de suas formulações centrais.

Nesse sentido, aceitando mais amplamente as considerações do autor do que Habermas, podemos argumentar que o teórico alemão se omite a respeito da sobreposição das dimensões de fundamentação e aplicação que são satisfeitas pelo juiz (seja numa declaração de inconstitucionalidade ou em qualquer outro caso). O que torna essa omissão problemática pode ser encontrado ao interpretar a prática jurídica quando alguém, valendo-se da atitude interpretativa, precisa encontrar a adequação com a prática e demonstrar o seu *point* ou valor (DWORKIN, 1985, 1986). Nas palavras de Dworkin:

O Direito é um empreendimento político, cujo propósito geral, se é que ele tem algum, encontra-se em coordenar o esforço social e individual ou resolver disputas sociais e individuais ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e o seu governo ou alguma combinação dessas alternativas. (Essa caracterização é, claramente, ela mesma uma interpretação, mas permissível agora por ser relativamente neutra). Assim, uma interpretação de qualquer parte ou divisão do Direito, como a sobre acidentes, devem mostrar o seu valor em termos políticos ao demonstrar o melhor princípio ou política a que ele serve. (DWORKIN, 1985, p. 160, tradução nossa)⁸⁴

É imaginável, portanto, que a identificação e a explicitação do *point* ou o valor do Direito envolva o emprego de conceitos éticos densos. Isso parece ser o caso do conceito de integridade, que será utilizado pelo juiz tanto na descrição da história institucional, em termos de adequação, quanto na orientação normativa da dimensão do *point*. O silêncio de Habermas sobre essa dimensão estaria em sua rejeição da imbricação de fatos e valores.

Nesse sentido, a integridade, ao ser utilizada na interpretação da prática jurídica, abala as diferenças entre aquilo que o Direito é e aquilo que ele deve ser num sentido específico, a

⁸⁴ “Law is a political enterprise, whose general point, if it has one, lies in coordinating social and individual effort, or resolving social and individual disputes, or securing justice between citizens and between them and their government, or some combination of these. (This characterization is itself an interpretation, of course, but allowable now because relatively neutral.) So an interpretation of any body or division of law, like law of accidents, must show the value of that body of law in political terms by demonstrating the best principle or polity it can be taken to serve.”

saber, entre a história institucional e o seu *point*, assim como entre fundamentação e aplicação. Em um só compasso, o ideal da integridade fornece a ligação entre as autoridades do passado (as normas legisladas, os precedentes etc.) e as do futuro (as próximas normas legisladas, a próxima decisão a ser tomada pelo juiz etc.) (DECAT, 2015, p. 293), de forma que não há um algoritmo para dizer o que é fundamentação e o que é aplicação. Conseqüentemente, nos novos casos de aplicação podemos julgar as normas e os precedentes como inválidos.

Contudo, essa zona de indeterminação entre fundamentação e aplicação não precisa comprometer a especialidade de funções expressa na divisão dos poderes. Afinal, se nenhum dever legal proíbe as pessoas de agirem de uma determinada forma, não pode ser o judiciário a impô-lo:

O Direito como integridade assume, entretanto, que juízes estão numa posição muito diferente dos legisladores. Não se adequa ao caráter de uma comunidade de princípios que o juiz deva ter autoridade para responsabilizar as pessoas por danos ao agir de forma que, como ele mesmo admite, não têm o dever legal de agir. (DWORKIN, 1986, p. 244, tradução nossa)⁸⁵.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade nos permitiu constatar que a dicotomia entre fundamentação e aplicação explica de forma insatisfatória a nossa prática jurídica e que, ao impormos à prática um valor, como o da integridade, conseguimos explicar não apenas aquela zona de indeterminação, como conseguimos também perceber que Habermas exclui erroneamente os valores em favor da consideração exclusiva das normas na explicação da prática jurídica.

Retomaremos a questão das normas e dos valores na seção seguinte, ainda que por outras razões. Nesse ponto, seguindo as críticas de Putnam (2002), demonstramos como um valor ético denso pode ser aproveitado no âmbito jurídico. Não obstante, pretendemos afirmar ainda, pelo lado dos valores epistêmicos, que é a compreensão extremamente restrita de Habermas dos valores que o faz desconsiderá-los em nossas práticas jurídicas. Pretendemos ainda jogar outras luzes nas razões que levam Habermas a manter essas fortes distinções em sua teoria da sociedade.

4.3 A forma do Direito: mais uma vez, normas e valores

⁸⁵ “Law as integrity assumes, however, that judges are in a very different position from legislators. It does not fit the character of a community of principle that a judge should have authority to hold people liable in damages for acting in a way he concedes they had no legal duty not to act.”

Habermas admite que o Direito tenha que lidar com a questão do valor. No entanto, de acordo com ele, deve-se ter em mente que “não [se] pode destruir a *forma* do direito como tal e com isso superar a diferença entre o direito e a política” (HABERMAS, 2018, p. 363, grifos do autor). Assim, o valor que Habermas está levando em conta é o conjunto dos valores éticos, no sentido de finalidades políticas sobre concepções de vida boa, que podem se expressar na ordem jurídica (HABERMAS, 2018, p. 260-363; HABERMAS, 2020a, p. 213-215).

Residualmente, no entanto, ainda existiriam outras espécies de valor que não estariam englobadas por Habermas. O autor resiste em admiti-las e, por corolário, nega qualquer possibilidade de elas exercerem um papel dentro do âmbito jurídico, conforme podemos notar inclusive em sua discussão sobre o Tribunal Constitucional alemão (HABERMAS, 2020a, p. 324-340). Para tanto, Habermas (2020a) elabora novamente a sua dicotomia entre normas e valores ou, ainda, entre deontologia e axiologia, para sustentar essa tese separatista⁸⁶.

Essa repetição da diferença entre normas e valores se manifesta para o autor até mesmo na diferenciação das consequências para a condução da ação (HABERMAS, 2020a, p. 327). Portanto, não é apenas na sua fundamentação que há uma forte diferença entre normas e valores, como também o há “[n]o problema da aplicação [que] exige nos dois casos, naturalmente, a seleção da ação correta: mas se partimos de um sistema de normas válidas, ‘correta’ é a ação igualmente boa *para todos*”. Por sua vez, se partimos dos valores, completa Habermas, “‘correto’ é aquele comportamento que, em seu conjunto e a longo prazo, é bom *para nós*” (HABERMAS, 2020a, p. 327, grifos do autor).

Dessa maneira, o que Habermas precisa afirmar para garantir a coerência de sua teoria na dicotomia entre normas e valores é impedir que nos juízos de aplicação haja espaço para os valores e, até mesmo, rejeitar a consideração de normas como se fossem valores em concorrência (HABERMAS, 2020a, p. 333). Devemos estender aos discursos de aplicação a mesma noção de validade dos juízos de fundamentação, já que o juízo é de “adequação” ou de “inadequação”:

As normas pertinentes e aquelas postas em segundo plano *não se relacionam entre si como valores em concorrência*, os quais, como imperativos de otimização, são ‘realizados’ em diferentes graus a cada caso; *mas sim como normas ‘adequadas’ e ‘inadequadas’*. Aqui, *adequação possui o mesmo sentido da validade de um juízo*

⁸⁶ Para aquelas características distintivas entre normas e valores que já exploramos, seja em sua referência ao agir obrigatório ou teleológico, seja pela codificação binária ou gradual etc. ver HABERMAS (2020a, p. 327).

singular derivado de uma norma geral válida, por meio do qual essa norma subjacente se torna “saturada” (HABERMAS, 2020a, p. 333, grifos nossos).

Há outras passagens em que Habermas relaciona a aplicação de normas à aplicação de valores éticos (HABERMAS, 2020a, p. 295-297), tais como teorizados por ele. Em suas palavras:

Questões de aplicação normativa afetam a compreensão que os participantes possuem de si mesmos e do mundo de um modo distinto do que acontece nos discursos de fundamentação. Nos discursos de aplicação, normas de validade presumida sempre se relacionam aos interesses de todos os possíveis envolvidos; mas ao se questionar a adequação da norma a um caso dado, essa referência passa para o segundo plano frente aos interesses das partes imediatamente implicadas. Em seu lugar, entram em primeiro plano interpretações da situação que dependem da compreensão diferenciada que os autores da ação e seus afetados possuem de si mesmos e do mundo” (HABERMAS, 2020a, p. 296-297, grifos nossos).

Aqui, a compreensão dos participantes sobre si mesmos estaria em jogo na aplicação da norma. Entretanto, num procedimento judicial, eles oferecem argumentos apenas como “contribuições a um discurso que serve à obtenção de *um juízo imparcial pela perspectiva do juiz*” (HABERMAS, 2020a, p. 299).

Caso não postulasse a posição de imparcialidade do julgador, Habermas poderia perder a coerência teórica da separação entre normas e valores e, com isso, causaria para sua teoria um problema de coesão ao transformar a deontologia universal típica das normas numa axiologia local peculiar aos valores. O juiz imparcial realiza trabalho teórico simétrico ao do princípio moral, um análogo ao critério procedimental requerido para “fazer uma ‘incisão’ entre o eticamente bom e o moralmente correto” (FORST, 2012, p. 64, tradução nossa)⁸⁷. Nesse sentido, o autor opera uma cisura entre as razões que são relativas às preferências dos agentes e aquelas mais cognitivas e universais (ou gerais).

Nessa tentativa de evitar a incoerência teórica, devemos ainda mencionar que Habermas pretende manter a imparcialidade do juiz ao assegurar que a decisão judicial contemple, a um só tempo, as perspectivas dos envolvidos na *lide* e daqueles que não estão nela envolvidos, mas que fazem parte da comunidade jurídica (HABERMAS, 2020a, p. 296). Dessa maneira, o julgador não é “parte” na decisão no sentido técnico do termo (e por isso “im-parcial”). Ele é, na verdade, um sujeito processual cuja aplicação do Direito em cada caso particular deve proteger a coerência da ordem jurídica em seu todo (HABERMAS, 2020a, p. 306).

⁸⁷ “to make an ‘incision’ between the ethical good and the morally right.”

Essa engenhosidade habermasiana, desenvolvida mediante o uso do conceito de imparcialidade, permite a descentralização da perspectiva de primeira pessoa e de segunda pessoa para uma perspectiva mais geral, de terceira pessoa, incorporada na aplicação jurisdicional. Dessa forma, a um só tempo, Habermas consegue garantir a sua coesão teórica e a imparcialidade dos juízos produzidos nos discursos de aplicação pela deontologia das normas, sem correr o risco de transformá-lo num juízo valorativo parcial.

Como expusemos anteriormente, uma perspectiva moral é aquela na qual as razões não são relacionadas a indivíduos específicos, mas, sim, à universalidade dos agentes pois, ainda que todos os concernidos não estejam diretamente participando da disputa discursiva, eles se encontram presentes na rede comunicativa. “As perspectivas”, defende Habermas sobre a moralidade, têm “de se cruzar no marco interpessoal da interação”, pois nela “a perspectiva do observador foi especificada e integrada à função comunicativa de terceira pessoa, ou seja, *do presente e não participante*” (HABERMAS, 2008a, p. 165-166, tradução e grifos nossos)⁸⁸.

Dessa maneira, Habermas pretende garantir a evolução moral calcada na aprendizagem em razão do aumento do círculo de perspectivas e das formas de interação, ambas com a finalidade de coordenar a ação (HABERMAS, 2008a). Nesse sentido, o autor afirma que:

[...] quanto mais se aprofunda a generalização dos valores e dos motivos, tanto mais o agir comunicativo se desprende dos padrões de comportamento concretos e veiculados pela tradição. [...] Nessa medida, a generalização dos valores constitui uma condição necessária para o nascimento do potencial de racionalidade inserido no agir comunicativo. Isso nos autoriza a entender o desenvolvimento do direito e da moral, do qual dependem a generalização dos valores, como um aspecto da racionalização do mundo da vida (HABERMAS, 2012b, p. 325, grifos nossos)

Essa mesma combinação formalista de objetividade e universalidade reaparece no âmbito jurisdicional com a transição dos discursos dos participantes em direção ao discurso imparcial do juiz que preza, inclusive, por aqueles que integram a malha jurídica, embora não estejam diretamente implicados na relação processual⁸⁹.

No que lhe diz respeito, a Constituição também aparenta encarnar essa visão de terceira pessoa. Nela, ocorre “a instalação de um processo de aprendizagem falível” que “não privilegia

⁸⁸ “Las perspectivas tenían que cruzarse en el marco interpersonal de la interacción: quedaba especificada la perspectiva del observador e integrada en la función comunicativa de la tercera persona, es decir, del presente y no participante”.

⁸⁹ Para, possivelmente, a crítica mais interessante e eficaz demonstrando as consequências autoritárias de uma teoria do processo que coloque o juiz como elemento central e que permita que a jurisdição se valha do processo como um instrumento, ver Leal (2008).

[...] um determinado ideal de sociedade, uma determinada visão da vida boa, nem sequer uma determina opção política” (HABERMAS, 2020a, p. 561), uma vez que essa forma procedimentalista de encarar o Direito está muito mais preocupada com a habilidade adquirida de autotematização normativa do que com o seu conteúdo positivo.

Essa mecânica fina da aprendizagem na teoria de Habermas se encontra num plano formalista e funcionalista. O paradigma procedimentalista propõe a instituição dos pressupostos pragmáticos da linguagem no âmbito jurídico ao assegurar as condições necessárias (ou o *medium*) sob as quais os cidadãos podem se entender sobre os seus problemas e, por eles mesmos, decidirem como e se devem resolvê-los (HABERMAS, 2020a, p. 561).

Além disso, a constitucionalização não precisa se encerrar, para Habermas, no domínio dos Estados-nações. Isso ocorre porque o autor pretende alargar a perspectiva do participante ao grau universalista ao ampliar para além do domínio interno dos Estados o Direito Constitucional, que ocorre em graus variados de constitucionalização. Não estaríamos restritos ao âmbito doméstico, mas poderíamos alcançar um Direito Constitucional Internacional (HABERMAS, 2016a, 312-352). Em suas palavras:

o direito internacional como direito dos Estados seria transformado em direito cosmopolita como direito dos indivíduos. Pois os indivíduos não mais gozariam do *status* de sujeitos de direito meramente como cidadãos de um Estado-nação, mas também como membros de uma sociedade mundial politicamente constituída. (HABERMAS, 2016a, p. 315, tradução nossa)⁹⁰.

Nesse sentido, Habermas (2016a) argumenta a favor de uma Constituição que regule uma nova forma de constituição política da sociedade mundial sem um governo central, apontando como uma evidência dessa possibilidade o processo gradual de avanços iniciados pelos Estados-nações e pelas alianças regionais domésticas. Essa mecânica é denominada por Marcelo Neves (2009) de processo de aprendizagem coletivo, sendo ele “motivado pela combinação de ação intencional e crescimento sistêmico” (NEVES, 2009, p. 579, tradução nossa)⁹¹. Enquanto, de um lado, ele é um processo no qual há deliberação, por exemplo, ao se aprovar tratados internacionais ou se submeter à competência de Tribunais Internacionais, por outro, ele encontra efeitos colaterais não desejados que precisam ser resolvidos (HABERMAS,

⁹⁰ “international law as a law of states would be transformed into cosmopolitan law as a law of individuals. For individuals would no longer enjoy the status of legal subjects merely as citizens of a nation-state, but also as members of a politically constituted world society.”

⁹¹ “Collective learning processes of this kind are motivated by a combination of intentional action and systemic growth.”

2016a, p. 318).

Podemos afirmar, assim, que segundo Habermas, esse processo da evolução social, conforme discutido anteriormente no segundo capítulo, ocorre pela dominação de habilidades, de *know-how*, e na medida em que aumenta a quantidade de aprendizagem, ela impulsiona um pouco mais essa evolução. Como é possível observarmos, há uma faceta dessa aprendizagem evolutiva no âmbito jurisprudencial e que também encontra um correlato no paradigma procedimentalista encarnado constitucionalmente, seja no âmbito interno ou no internacional.

Assim, na teoria habermasiana, o elemento central do formalismo conserva uma única “substância”, apenas um único conteúdo positivo: a ideia de autonomia. Ela é o conceito pelo qual os

[...] seres humanos somente podem agir como sujeitos livres na medida em que obedecem apenas às leis que deram a si próprios segundo entendimentos alcançados intersubjetivamente. Mas essa ideia é “dogmática” apenas em um sentido inofensivo. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade que é “dada” como o fato da estruturação linguística das formas de vida socioculturais; isto é, uma tensão que, *para nós*, cuja identidade foi desenvolvida no interior de uma tal forma de vida, não pode ser evitada. (HABERMAS, 2020a, p. 562).

O Direito encontra aqui a sua dissolução numa substância, assim como a moralidade se dissolve na eticidade. Contudo, essa substância é a ideia de autonomia, própria à modernidade, e que define uma forma de vida que exige a separação entre normas e valores, conforme exploramos na penúltima seção do capítulo anterior.

Levando-se em conta os argumentos que apresentamos, a proximidade de um mecanismo interno ao processo de aprendizagem moral e do Direito não demonstra apenas os dois lados da mesma moeda do princípio do discurso. Tal proximidade também endossa que o princípio moral e o princípio da democracia são derivados não apenas de um mesmo metaprincípio ou que se trata, tão somente, de dois casos de aplicação de norma. Não obstante, eles corroboram a tese de que *é comum à moral e ao Direito uma lógica da evolução social*.

Nesse sentido, Owen afirma que, em sua teoria da evolução social, Habermas sustenta que:

as condições empíricas necessárias para a evolução social são determinadas por problemas sistêmicos que constituem desafios à reprodução da sociedade e o mecanismo dinâmico (também uma condição logicamente necessária) da evolução social está localizado na capacidade universal de aprender que não pode deixar de ser utilizada. [...] Então, a evolução das sociedades é impulsionada por um processo de aprendizagem e esse processo de aprendizagem é uma condição inevitável da

reprodução das sociedades. (OWEN, 2002, p. 103, tradução nossa)⁹².

Sendo assim, o Direito se desenvolve por uma lógica de evolução que lhe proporciona maior objetividade e, por esse ângulo, ele também é um mecanismo da evolução social que soluciona um problema empírico e sistêmico de coordenação da ação legítima na obra habermasiana, como defenderemos em seguida.

Antes, contudo, é preciso que digamos o que Habermas parece querer evitar em última instância com essa aproximação às normas deontológicas em detrimento dos valores. Tal como o vemos, o autor pretende afastar o contágio dos Tribunais Constitucionais por uma postura pedagógica que “a tradição republicana sugere” (HABERMAS, 2020a, p. 357). Nessa tradição, o autor encontra um modelo fortemente idealizado que enraíza a política na virtude ética dos cidadãos direcionados ao bem comum (HABERMAS, 2018, p. 397-418) e que, *post festum*, destrói a distinção entre Direito e política (HABERMAS, 2018).

Habermas (2018, 2020a) parece indicar que, nessa tradição, o cruzamento das concepções de Direito, de cidadania e da natureza do processo político estaria na defesa de um ativismo judicial que “deveria compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional” (HABERMAS, 2020a, p. 355). Nesse sentido, o Tribunal Constitucional se afastaria de suas competências ao ir além de seu “crédito de legitimação”⁹³ (para utilizar o sintagma do autor) se movendo além das suas atribuições “*claramente definidas* segundo a lógica da argumentação” (HABERMAS, 2020a, p. 357, grifos nossos).

Até o momento, portanto, encontramos na teoria da sociedade de Habermas fortes similitudes entre a objetividade e o formalismo na moral e no Direito, principalmente em seu afastamento comum dos valores. Apontamos também que a lógica da divisão entre fundamentação e aplicação deve ser preservada da invasão valorativa, de acordo com o autor, porquanto, caso ocorra, ela confundiria essa lógica deturpando a competência do Tribunal que acabaria por impor juridicamente concepções de vida boa.

Para entrelaçar a evolução social com a dicotomia entre normas e valores, podemos enfim dizer que Habermas enxerga a forma jurídica como uma importante conquista moderna

⁹² “the necessary empirical conditions for social evolution are determined by systemic problems that constitute challenges to the reproduction of society, and the dynamic mechanism (also a logically necessary condition) of social evolution is located in the universal capacity to learn that cannot but be utilized [...] Thus, the evolution of societies is propelled by a learning process, and this learning process is an unavoidable condition of the reproduction of societies”.

⁹³ Esse fenômeno também fica cunhado na literatura sobre o tema como “juristocracia”, por Ran Hirshl (2004).

alcançada pelo mecanismo da evolução social. Conclusivamente, ele afirma com todas as letras que “a forma jurídica [...] apenas se constitui no curso da evolução social” (HABERMAS, 2020a, p. 160)⁹⁴.

A forma do Direito reveste as normas válidas para a ação (HABERMAS, 2020a, p. 160) e compensa os déficits que a moral apresenta (HABERMAS, 2020a, p. 162-167), conforme expusemos anteriormente no segundo capítulo. Em resumo, para o autor, a positivação jurídica diminui a indeterminação cognitiva a respeito de quais normas fundamentadas se aplicam à situação, pois a primeira dessas atividades, isto é, a fundamentação, é realizada por um legislador político e a segunda, a aplicação, pelos tribunais. Portanto, desonera os indivíduos dessa atividade (HABERMAS, 2020a, p. 163-164).

Por meio da coerção, a forma do Direito (em razão de sua compulsoriedade) deixa em aberto por qual razão se seguirá suas normas, se por respeito ou por cálculo para evitar a sanção (HABERMAS, 2020a, p. 164-165). Nessa lógica, e de maneira semelhante à moralidade, a legalidade não escolhe um entre diversos tipos de vida boa, pois age interditando algumas atitudes, símbolos e hábitos para aqueles que obedecem ao Direito por respeito. Já para aqueles que agem de forma estratégica, distanciando-se nesta da moralidade, ela coíbe a violação das expectativas generalizadas ao aumentar os custos da sua ação em termos sancionatórios.

O Direito se torna, desse modo, um meio operacional para a reconstrução das instituições que perderam força integradora no processo da modernidade (HABERMAS, 2020a, p. 165-167), tendo em vista o seu desprendimento da eticidade tradicional. Logo, ele assume como sua função principal de “garantir a integração social”, conforme enuncia Pinzani e completa, “nas sociedades modernas [a integração social] é ameaçada pelo desaparecimento de valores partilhados” (PINZANI, 2001, p. 22).

Não sendo mais possível para nós recorrer o *ethos* de uma forma de vida particular com a finalidade de garantir a integração social, torna-se um risco iminente o esfacelamento da forma jurídica caso os valores avancem os limites da sua área correta de atuação e destruam a

⁹⁴ Numa certa inversão simétrica, uma radicalização do Estado de bem-estar social que não respeita os limites das condições procedimentais do Direito não destruiria a forma jurídica, mas seria uma perseguição desenfreada dos fins coletivos (nesse sentido, envolvem a autocompreensão ética de um determinado grupo), o que acarretaria na destruição da sua legitimidade ao transformar o Direito em “um meio entre outros para a resolução de problemas de integração funcional – e tão somente isso” (HABERMAS, 2020a, p. 543). Revestindo-se da forma jurídica e ignorando as condições da gênese democrática do Direito, se perderiam os “critérios conforme os quais podem vir a ser avaliadas normativamente” (HABERMAS, 2020a, p. 543).

lógica divisória entre fundamentação e aplicação, ou melhor dizendo, entre legislativo e judiciário.

Não apenas isso. Para Habermas, a indistinção entre os valores e o Direito, inclusive em sua aplicação, faria com que a forma do Direito enquanto tal fosse destruída (HABERMAS, 2018, p. 363). Por consequência, também a sua função principal de integração social seria comprometida, afinal, como defende Habermas, “a constituição da forma jurídica se faz necessária para compensar os *déficits* surgidos com a decomposição da eticidade tradicional” (HABERMAS, 2020a, p. 162).

A legalidade, isto é, a forma jurídica do comportamento (HABERMAS, 2020a), é mais abstrata e formal do que a eticidade tradicional por não carregar uma ética substantiva – tal qual a moralidade. De outro modo, a forma jurídica é menos exigente e mais eficaz que a moralidade, pois ela é indiferente aos seus destinatários nas questões de vinculação da vontade, tendo como certo apenas o arbítrio, abstraindo dos tipos de motivação ao se satisfazer, em geral, com a mera conformidade à norma (HABERMAS, 2020a, p. 160-161).

No âmbito jurídico, portanto, a dicotomia entre as normas e os valores em Habermas se presta a salvaguardar uma importante conquista evolutiva da modernidade. A integração social em sociedades complexas não pode ser garantida simplesmente pela fraca força do agir comunicativo ou por valores compartilhados sobre a vida boa. Porém, essa integração pode ser alicerçada pela forma jurídica, que é uma forma de descentralização da perspectiva e, por decorrência, imparcial entre as diversas formas de vida ou, em outras palavras, entre os diversos valores.

Em síntese, o judiciário, ao agir de forma ativista ou incidir em qualquer outra confusão entre normas e valores, implodiria a forma do Direito causando não apenas um estreitamento ético da fundamentação jurídica, mas também a superação da diferenciação entre o Direito e a política, distorcendo a lógica da argumentação e destruindo, por fim, o mecanismo da evolução social responsável pela integração social.

Pelo que expusemos até aqui, podemos perceber que é sua concepção excessivamente restritiva ao valor que impede Habermas de enxergar alguns valores epistêmicos, até mesmo no âmbito jurídico. Se, por um lado, conforme exploramos anteriormente, os valores da clareza, da beleza da hipótese, da coerência, entre outros parecem estar em jogo no âmbito científico, conforme nos demonstrou Putnam (2002, 1998); por outro, os valores da abstratividade, da

generalidade e da imperatividade parecem estar conectados ao âmbito jurídico⁹⁵.

Assim, a abstratividade encontrada no Direito não pode ser considerada por Habermas como um valor jurídico, porque o autor encara como valores somente aqueles referentes à autocompreensão. Da mesma forma, não parece adequado, da perspectiva do autor, por exemplo, encarar a abstratividade como um princípio jurídico, pois ela não pode realizar o mesmo papel de uma regra de conduta com alto grau de indeterminação (HABERMAS, 2020a, p. 280-281).

Embora não a classifique explicitamente como um valor, Schauer argumenta que a generalidade faz com que as normas jurídicas não se refiram “apenas a um indivíduo envolvido em um ato a cada vez”. Na verdade, segundo o autor, “as regras normalmente se referem a muitas pessoas realizando atos múltiplos durante um longo período de tempo” (SCHAUER, 2012, p. 26). Esses valores são constitutivos de inúmeras normas jurídicas que pretendem regular o comportamento, assim como guiam o legislador ao exercer a sua atividade precípua e o Chefe do Executivo em seu poder regulamentar.

A função que esses valores exercem é negligenciada por Habermas. Nesse sentido, eles demarcam com clareza a dificuldade jurídico-valorativa da teoria habermasiana, ainda que sejam explorados até mesmo pela dogmática menos rebuscada⁹⁶.

4.4 Coda: apontamentos para uma nova investigação

As dificuldades da teoria de Habermas no tratamento dos valores, que inicialmente foram apontadas por Putnam (2002), muniram-nos de argumentos para analisar como essa questão emerge na sua principal obra sobre o Direito, *Facticidade e Validade* (2020a). Entretanto, até o momento, apenas indicamos os impasses sem que fosse apontado ao menos o esboço de um encaminhamento teórico capaz de compatibilizar não apenas normas e valores, mas também fatos e valores e que, portanto, não fosse acometida pelos mesmos obstáculos.

Ocorre que um projeto de solução desses problemas seria desmedido para uma

⁹⁵ A questão não está distante da prática jurídica no cenário nacional. Afinal, como se pode ver na doutrina, em Abraham (2021), bem como na atividade dos tribunais, como no Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.048 e 5.468, há uma preocupação, por exemplo, sobre o controle de constitucionalidade e de legalidade da legislação orçamentário-financeira em razão da ausência de abstratividade e generalidade.

⁹⁶ Para citar um autor da dogmática que trata sobre abstratividade, generalidade e outros valores, ver Nader (2014).

dissertação de mestrado. Por isso, nesta seção, iremos realizar apontamentos para uma nova investigação apenas traçando um esboço simplificado da combinação de modelos que, eventualmente, poderiam solucionar os impasses que mencionamos e analisamos.

Esse modelo poderia se valer das conclusões de Decat (2015), que incorporou a racionalidade histórico-expressiva, no seu modelo inferencialista brandomiano, ao Direito como integridade de Ronald Dworkin (1986). Nesse sentido, seria interessante, endossando essas premissas, descobrir e, ao mesmo tempo, criar as pontes com uma teoria do valor na obra de Robert B. Brandom.

Assim, embora Habermas aceite a existência de um aspecto holista no processo de determinação do significado linguístico (2004b, p. 134-135), o autor não parece levá-lo às últimas consequências. Poderíamos, assim, argumentar com Brandom (1994) que nenhum vocabulário, como o jurídico, é autônomo, sendo impossível entender o que uma norma diz se, além desse vocabulário normativo, não for possível entender, por exemplo, o descritivo. Ninguém entende o emprego da ordem “coloque em cima da mesa” se não souber empregar a descrição do que é algo em cima da mesa. Desta forma, seria necessário enfrentar a dicotomia fato-valor com grande ênfase.

Pelo lado da dicotomia fato-valor, essa perspectiva poderia se ater aos comprometimentos de Dworkin e suas consequências, mas revisá-los quando incompatíveis, como por exemplo na sua aceitação da guilhotina de Hume: Em suas palavras:

Ele [o ceticismo moral externo] também viola o princípio da epistemologia moral que chamo de o princípio de Hume. Esse princípio assume que nenhuma série de proposições sobre como o mundo é, como uma questão de fato científico ou metafísico, pode prover um caso vitorioso por sua própria conta – sem algum julgamento de valor escondido em seus interstícios – para qualquer conclusão sobre como o caso deve ser. (DWORKIN, 2011, p. 44, tradução nossa)⁹⁷.

Dworkin não extrai dessa adesão um ceticismo quanto ao dever ser, como é a leitura mais comum de Hume (PUTNAM, 2002), mas quer marcar uma metodologia completamente diversa para a cognição e o tratamento teórico dos fatos e dos valores. “Não pode acabar”, diz Dworkin sobre a moralidade, “em algum princípio fundamental mestre que é por ele mesmo verdadeiro, em algum enunciado fundacional sobre como as coisas são. Não existem partículas

⁹⁷ “It also violates the principle of moral epistemology I called Hume’s principle. This holds that no series of propositions about how the world is, as a matter of scientific or metaphysical fact, can provide a successful case on its own—without some value judgment hidden in the interstices—for any conclusion about what ought to be the case. Hume’s principle seems to me obviously true.”

morais e, então, não há tal princípio” (DWORKIN, 2011, p. 117, tradução nossa)⁹⁸. Essa contraposição demonstra, portanto, a defesa do autor de uma metodologia para o mundo objetivo e de outra para os valores⁹⁹.

Ao contrário de Dworkin (1986; 2011), Brandom (1994) não aceita que deva haver uma premissa escondida para realizar a transição do fato ao valor. Assim, o autor lança mão de uma inferência material, isto é, uma inferência que não é boa em razão de sua forma, mas, sim, de seu conteúdo e que, portanto, não permite uma fatoração das condições e das consequências da aplicação entre fatos e valores. Brandom (1994) consegue fazer de fato-valor um *continuum*, sem a necessidade de um termo médio entre as premissas e as conclusões.

Ademais, essa junção teórica tornaria possível ainda descobrirmos incompatibilidades entre normas – entendidas nestes termos a inconstitucionalidade – numa monofásica aplicação-fundamentação (BRANDOM, 2014). Então, tratar uma norma como inconstitucional nestes termos significaria que, ao aplicá-la, colocaríamos em jogo duas dimensões de um único trabalho que une uma dimensão retrospectiva e outra, prospectiva: o da experiência.

Numa dimensão retrospectiva, encontramos o que realmente se segue daquela norma e com o que ela é incompatível, pois ao reconstruí-la¹⁰⁰ descobrimos gradualmente as normas implícitas, bem como as reorganizamos (BRANDOM, 2014; DECAT, 2015). Nela, notamos a trajetória dessas experiências passadas que estejam implícitas por aquilo que Brandom chamou de um processo expressivamente progressivo (BRANDOM, 2019, p. 437).

Ao mesmo tempo, nessa perspectiva, há uma genealogia expressivista que reivindica uma visão coerente de como esses compromissos passados foram encontrados (BRANDOM, 2019, p. 437). Tal genealogia também expressa a interdependência do conteúdo das normas, pois um compromisso constitucional apenas pode ser tornado explícito porque outros também

⁹⁸ “It cannot end in the discovery of some master fundamental principle that is itself barely true, in some foundational statement about how things just are. There are no moral particles, and so there is no such principle.”

⁹⁹ Outra distinção que pode ser resgatada é aquela realizada no segundo capítulo de *Law's Empire* (1986) entre a interpretação causal e a construtiva. A primeira seria a forma de explicação dos cientistas que, segundo Dworkin (1986, p. 50-51), não seriam interpretações como a segunda, pois os dados brutos do mundo apenas nos “dizem algo” num sentido figurado. A segunda é “uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática para torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual pertence” [*is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.*] (DWORKIN, 1986, p. 52, tradução nossa).

¹⁰⁰ Brandom se utiliza da expressão de difícil tradução *recollective reconstruction*. Ao mesmo tempo, *recollective* significa lembrar e coletar (no sentido de coletar novamente), portanto o movimento de determinação do conteúdo em termos retrospectivos está relacionado com uma reorganização e, ao mesmo tempo, com uma recordação gradual dos princípios implícitos às nossas práticas.

o foram (BRANDOM, 2019, p. 438), na medida em que são igualmente expressivistas num sentido racional por unirem sentido e intenção (no lado prático) ou fatos (no lado teórico) (BRANDOM, 2019, p. 440-444)¹⁰¹.

Numa dimensão prospectiva, há espaço para posterior determinação, pois ao aplicar as normas a novos casos, realizaríamos uma “tarefa semântica construtiva” (BRANDOM, 2014, p. 36, tradução nossa)¹⁰². Na determinação de seu conteúdo, ou seja, no momento da sua aplicação (e, concomitantemente, também na aplicação de outras normas e conceitos), podemos notar, num determinado caso, que há uma incompatibilidade na rede inferencial com outra norma de maior importância hierárquica com a qual já nos encontramos comprometidos.

Ao determinar ulteriormente, portanto, seu conteúdo quando da aplicação da norma aos novos casos particulares, notamos que é necessário reorganizar, redescobrir e recriar a rede inferencial, considerando inclusive os princípios implícitos à prática. O que a norma realmente é, seu conteúdo normativo – se constitucional, inconstitucional ou aquilo a que ela nos obriga, desobriga ou permite – é determinado também nesse momento, em que incorporamos os princípios antes implícitos que foram descobertos e os reorganizamos com os demais.

Haveria, assim, um *continuum* na responsabilidade racional de realizar uma integração entre as normas por meio da crítica, da ampliação e da justificação. A primeira, a crítica, é a tarefa propriamente integrativa, na qual rejeitamos o que é materialmente incompatível com nossos compromissos constitucionais. Na ampliação, reconhecemos o que se segue necessariamente quando nos comprometemos com aquilo que a Constituição nos impõe. Por fim, a justificação nos permite prover razões para esses compromissos constitucionais interpretativos a partir de outros compromissos constitucionais interpretativos.

Dworkin chama um aspecto desse processo de experiência de *responsabilidade moral* – Brandom (2009; 2019) o chamaria de *task responsibility*. Nas palavras do autor:

¹⁰¹ Como defende Decat (2015), Dworkin pretende mostrar como a atitude interpretativa se preocupa com as intenções do intérprete quando esse propõe à prática social, que está sendo interpretada, um valor. Posto que Dworkin não aceita a imbricação entre fatos e valores, pois se filia à guilhotina de Hume, podemos reter o compromisso dworkiniano quanto as intenções sem assumirmos a dicotomia entre fatos e valores a partir de Brandom (2019). Nesse sentido, Brandom diz que tanto o lado prático (das intenções) quanto o teórico (dos fatos) “são característicos do modelo de reconstrução racional de trajetórias de precedentes expressivamente progressivos que os juizes usam para lembrar normas implícitas expressas e racionalizar suas decisões” (BRANDOM, 2019, p. 433, tradução nossa) [*These are both features of the model of the rational reconstruction of trajectories of expressively progressive precedents that judges use to recollect implicit norms that are expressed by and rationalize their decisions.*].

¹⁰² “constructive semantic task”.

Deve estar claro agora, porém, que a meta da responsabilidade seria impossível de ser alcançada totalmente, mesmo se nos empenharmos conscientemente em alcançá-la. [...] Então, nós precisamos tratar a responsabilidade moral como um trabalho sempre em processo: quem é responsável aceita a integridade moral e a autenticidade como ideais apropriados e emprega um esforço razoável em sua direção para alcançá-los (DWORKIN, 2011, p. 109, tradução nossa)¹⁰³.

Considerando que, para Dworkin, o Direito é um ramo da moral, essa estrutura da responsabilidade poderia também estar nele impregnada, pois a atitude que serve para interpretar os conceitos interpretativos da moral também serve para o Direito. Afinal, o Direito e os conceitos jurídicos são conceitos interpretativos (DWORKIN, 1986), em tudo semelhantes àquilo que Putnam denomina conceitos éticos densos.

Assim, o juízo de inconstitucionalidade poderia nos revelar que não há qualquer diferença substancial entre a fundamentação e a aplicação. O que uma norma particular visa autorizar ou aquilo com que nos compromete, apesar de num primeiro momento ter sido tratado como constitucional pelo legislador é, na verdade, declarada inconstitucional por uma espécie de descoberta criativa. O espaço de determinação de seu conteúdo normativo *a posteriori* faz transparecer como precluso aquele compromisso de tratar a norma como constitucional, sem que seja necessário confundir os papéis do legislador com o do judiciário (DWORKIN, 1986, p. 244).

Para a solução de novos casos problemáticos que pressionam por resposta, ainda que sem qualquer garantia de resolvê-los, o ideal da integridade opera a fim de torná-los mais coerentes e unitários no ajuste do seu conteúdo, ora como adição, ora como subtração de compromissos. “Nós reinterpretemos nossos conceitos”, diz Dworkin, “para resolver nosso dilema: a direção do nosso pensamento é em direção à unidade, não para a fragmentação” (DWORKIN, 2011, p. 119, tradução nossa)¹⁰⁴.

Parece claro, então, que aquilo que a unidade do valor dworkiniana expõe é uma espécie de *test-operating-test-exit*¹⁰⁵, uma tentativa sempre experimental e falibilista de solução dos

¹⁰³ “It must be plain by now, however, that the goal of responsibility would be impossible to achieve fully, even if we set out self-consciously to achieve it. [...] So we must treat moral responsibility as a work always in progress: someone is responsible who accepts moral integrity and authenticity as appropriate ideals and deploys a reasonable effort toward achieving them.”

¹⁰⁴ “We reinterpret our concepts to resolve our dilemma: the direction of our thought is toward unity, not fragmentation.”

¹⁰⁵ Segundo Brandom (2011), alguns autores pragmatistas sugerem o *test-operating-test-exit* como a estrutura da investigação racional. Podemos citar como exemplo de autores com esse compromisso Dewey, mais especificamente em *Logic: the theory of Inquiry* (2008c).

problemas prospectivos tensionados retrospectivamente. Por consequência, os valores da prática da integridade, da unidade e do suporte mútuo estão expressos no vocabulário normativo dos *status* deônticos de autorização e compromisso¹⁰⁶, pois ao realizar um julgamento e tomarmos algum compromisso como incompatível com a rede inferencial, estamos obrigados a alterá-los.

Nesa nova agenda de investigação, portanto, o processo de determinação do conteúdo poderia ser mais bem entendido de forma monofásica e pragmatista, na qual a instituição do conteúdo seja derivada da prática de aplicação (BRANDOM, 2009; 2014; 2019). Não há uma “etapa anterior” de fundamentação que possa desaguar numa aplicação da norma, pois é a própria prática de aplicação que a institui e a fundamenta.

O compromisso pragmatista de Brandom (2009) o força a explicar o conteúdo de uma expressão linguística, proferimento, performance, estado mental ou status normativo pelo ato. Portanto, é a atividade racional que dota de conteúdo as normas. Novamente, não há uma etapa de fundamentação que desemboca, assim, numa aplicação, mas uma atividade holística de aplicar conceitos que, tensionada retrospectivamente e prospectivamente, os preenche de conteúdo. Isso nos parece ser compatível com uma teoria da evolução social, caso o Direito seja visto como um processo de aprendizagem falível (HABERMAS, 2020, p. 561).

Retornamos assim à afirmação de Decat (2015), na tese segundo a qual Dworkin pode ser lido, quando em uma chave brandomiana, como quem possui uma “teoria jurídica pragmatista, inferencialista e expressivista” (DECAT, 2015, p. 375). Poderíamos adicionar mais um adjetivo nessa edificação: construtivista.

A aposta em uma investigação que decorre dessas considerações seria num projeto construtivista que se ergue entre o realismo e o antirrealismo metanormativos, pensado num arcabouço conceitual que permita uma integralidade e um suporte mútuo entre os fatos e os valores e, nesses termos, consiga satisfazer os anseios de ambos os autores e compatibilizá-los em maior grau.

Ao lado do realismo, esse construtivismo precisa defender que a superação da dicotomia

¹⁰⁶ Segundo Brandom (1994), há dois *status* normativos, isto é, o comprometimento [*commitment*] e a autorização [*entitlement*]. Uma prática social é um jogo no qual cada participante exhibe vários desses *status* e no qual as suas atitudes os alteram. Dessa forma, alguém pode estar autorizado, por exemplo, a ir num concerto musical ao adquirir um ingresso ao passo que estará comprometido a vender o ingresso, caso tenha prometido a alguém que assim procederá para que realizassem juntos uma outra atividade.

fato-valor permite explicar o lugar da normatividade no mundo objetivo, no “*world thought about*” (BRANDOM, 2009, p. 97) – para utilizarmos essa expressão brandomiana de difícil tradução. Esta investigação nos levaria também a investigar a razoabilidade e os limites daquilo que o autor costuma chamar de realismo conceitual que, em linhas gerais, permite fazer uma relação entre incompatibilidade material e as consequências inferenciais entre fatos, análoga a que ocorre normativamente (BRANDOM, 2019, p. 54).

Ao lado do antirrealismo, esse construtivismo precisa defender que as suas fontes são as práticas sociais. Ao tomar (*to take*) e tratar (*to treat*) algo por meio das atitudes ou práticas sociais esses valores são instituídos, sem que a essas atividades possam ser reduzidos. Afinal, “caracterizar algo como o produto de um processo não é dizer que ele não seja real” (BRANDOM, 2019, p. 275, tradução nossa)¹⁰⁷.

Esta nova investigação parece apontar para o fato de que, para atender aos elementos promissores das teorias de Dworkin e Brandom, essa junção de realismo com antirrealismo não pode ser estabelecida em cima de um kantismo, ainda que num modelo híbrido de realismo e antirrealismo¹⁰⁸. Seria necessário atender a um idealismo mais robusto, não apenas metaético, mas também epistemológico, e a uma estrutura recognitiva na explicação da instituição de normas em geral.

¹⁰⁷ “To characterize something as the product of a process is not to say that it is not real.”

¹⁰⁸ Para um modelo kantiano híbrido de realismo e antirrealismo, ver Robert Stern (2012).

CONCLUSÃO

Letting a hundred flowers blossom and a hundred schools of thought contend is the policy for promoting progress in the arts and the sciences and a flourishing socialist culture in our land.

Mao Tsé-Tung

No segundo capítulo, ao expormos brevemente algumas das dimensões da complexa teoria da sociedade de Habermas, investigamos alguns de seus principais conceitos a fim de construir uma base teórica mínima que nos permitisse caminhar rumo ao objetivo desta dissertação. Especificamente, nosso objetivo é responder a seguinte pergunta: em que medida é possível estender a crítica dos dualismos à Teoria do Direito de Jürgen Habermas?

Naquele capítulo, pretendemos tratar o pensamento habermasiano relevante para Direito lendo o título do primeiro capítulo de *Facticidade e Validade* (2020a) como uma de suas chaves. Ele diz mais do que uma primeira leitura desinteressada pode supor, pois demonstra que o Direito é uma dobradiça que une (ou ainda, faz a mediação social) da facticidade da coerção artificialmente e juridicamente produzida e a sua legitimidade, no âmbito interno, e a relação entre uma descrição sociológica do Direito e a normatividade da justiça, no externo.

Ainda que tenhamos nos concentrado na relação interna, a sua outra faceta é inevitável ao tratar de Habermas. A teoria da sociedade do autor encontra, por exemplo, na moralidade uma dimensão sociológica de sua evolução social que se desenvolve numa lógica orientada normativamente e intersubjetivamente. Inclusive, o próprio Direito é uma conquista da evolução social que tem como função conservar, ao menos em parte, a integração social de forma normativa.

Como pudemos observar, o princípio do discurso é um metaprincípio que guarda a cooriginalidade entre a moralidade e o Direito a fim de fundamentar as normas para a ação imparcialmente. E, embora num nível de desenvolvimento anterior à modernidade, ambos estivessem mesclados, com efeito, é a evolução social que os diferencia. Nesse sentido ainda, o Direito e a moralidade se desprendem para o autor, ambos abandonando a qualidade provinciana dos valores que encerram seu âmbito de atuação num determinado contexto, num determinado mundo da vida.

Não obstante, vimos também que essa fundamentação imparcial das normas pelo princípio do discurso não ocorre desde um ponto de vista de deus, descolado da realidade social ou superficialmente abstrato. Ao contrário, a dissolução da moralidade e do Direito numa

“substância” terrena é uma característica da teoria habermasiana.

No terceiro capítulo, por sua vez, realizamos um corte no raciocínio de pura exposição do pensamento de Habermas, pois nesse ponto precisávamos construir os argumentos que, mais a frente, nos possibilitasse prosseguir de maneira crítica na apreciação de sua obra. Construímos expondo as objeções de Putnam e, no mesmo espírito, até mesmo avançamos com as suas teses dando a elas um alcance maior do que aquele inicialmente por ele estabelecido. Principalmente, realizamos essa tarefa ao expor outras partes da obra de Habermas que poderiam ser vistas como também afetadas por estas críticas.

Exploramos, assim, a afirmação de Putnam (2002) de que, em última instância, o dualismo entre fato e valor não é uma mera distinção, mas uma tese. Em seu conteúdo, ela advoga que nenhum “dever ser” pode surgir daquilo que “é”. Sendo assim, as coisas tais como elas são não poderiam nos mover à ação por elas mesmas.

Com o nosso desafio de responder à pergunta do tema-problema que propusemos em mente, apresentamos duas conjecturas putnamianas para desestabilizar a dicotomia fato-valor: a primeira, de que há uma imbricação dos valores com os fatos nos conceitos éticos densos e a segunda, a de que os valores epistêmicos são valores dos quais os fatos necessitam para serem aceitos racionalmente como fatos.

Avançamos, por esse ângulo, em direção às dificuldades que Habermas tem para lidar com essa imbricação, sobretudo porque os conceitos éticos densos demonstram que não há uma grande diferenciação entre fatos e valores. Desta forma, se habermasianamente, por um lado, as descrições têm uma pretensão de verdade que ultrapassam o contexto específico e, por outro, os valores estão nele aprisionados, Habermas não poderia concordar que a afirmação “o comportamento de X é mimado ou rude” pudesse reivindicar validade universalmente. Ao descrever um comportamento dessa maneira, ele teria que cindir o conteúdo de “mimado” em uma parte que vale universalmente, em razão de ela ser descritiva, e outra parte, a valorativa que vale apenas paroquialmente. Entretanto, o uso de termos como “mimado” implica uma descrição e numa valoração simultâneas, pois quem descreve um comportamento dessa forma se compromete com certos valores e quem valora uma atitude dessa forma a descreve sob essa luz.

A alegação de Putnam (2002) de que a aceitabilidade racional de um enunciado está relacionada com a sua devida adequação a considerações entendidas como relevantes também nos serviu para tecermos críticas a Habermas. Assim, ao reconhecer que a narrativa de determinados fatos é coerente ou que determinada teoria sobre física quântica é mais simples

e, portanto, melhor do que outra, nós não poderíamos renunciar aos valores nem mesmo na definição daquilo que é ou não um fato. Além do mais, esses valores não estariam necessariamente relacionados à autocompreensão, mas seriam valores epistêmicos.

Trabalhamos ainda, no mesmo capítulo, os argumentos de Putnam (2002) que enfrentam o compromisso de Habermas com sua profunda cisão entre normas e valores. Aduzimos que Habermas elenca características fixas e rígidas para as normas e outras, tão fixas e rígidas quanto, para os valores. De um lado, as normas são universais, atuam com prioridade sobre os valores e formam um juízo imparcial e, por outro, os valores são particulares, atuam com subserviência em relação às normas e são típicos da autocompreensão de uma pessoa ou de um grupo humano.

Diante disso, Habermas não poderia concordar com a afirmação “a escravidão é nojenta”, pois o que é ou o que não é nojento seria apenas reservado a um determinado mundo da vida. Esse valor, assim como qualquer outro, não poderia atuar com universalidade e, assim, só seria possível dizer que a escravidão é nojenta por sujeitos que compartilham uma determinada autocompreensão, mas não poderia ser objetivamente e universalmente verdadeira (ou correta, se assim o leitor quiser).

Aparelhados com essas reflexões, tornaram-se disponíveis para nós argumentos que basearam, enfim, a transposições dessas dificuldades à obra *Facticidade e Validade* (2020a). Em uma visão retrospectiva, o arremate dessa transição crítica estava presente desde o seu começo.

Levando-se em conta o que já apresentamos, ao demonstrar que há valores diferentes daqueles que o autor pressupõe, conseguimos traçar um paralelo entre a concepção etapista da fundamentação-aplicação na moral e no Direito no quarto capítulo. Nessa parte, recorreremos a um estilo de argumento que talvez pudesse ser etiquetado por *reductio ad absurdum*, pois nosso esforço foi no sentido de demonstrar que aceitando a argumentação de Habermas haveria uma contradição: não poderíamos explicar adequadamente um aspecto de muita relevância nos “juízos de aplicação” das normas jurídicas, sendo ela a da decisão judicial de inconstitucionalidade.

Para solucionar o problema, indicarmos que a orientação pela integridade seria mais satisfatória e, nesse ponto, servimo-nos dos argumentos de Putnam sobre a imbricação dos fatos e dos valores em relação aos conceitos éticos densos e da intuição do próprio Habermas ao invocar Ronald Dworkin. Utilizamos dessa estrutura ao assinalar que a sua superioridade não se restringe à maior capacidade de explicar certos aspectos da prática jurídica, mas também

como em sua capacidade de atuar como guia ou orientador da prática. Logo, defendemos que a descrição da história institucional (fatos) e a orientação normativa decisória (valores) encontram-se numa imbricação entre fato e valor operada pela integridade que, assim, exerce um papel explanatório e justificatório de forma mais acertada.

Constatamos também que Habermas não consegue igualmente dar tratamento adequado a outros valores jurídicos. Novamente, ao estender a crítica de Putnam (2002), mas dessa vez considerando os valores epistêmicos, pudemos notar que há valores que escapam ao papel de recursos para a autocompreensão de comunidades situadas também no campo do Direito, tais como a abstratividade e a generalidade das normas. Esses valores constitutivos das normas jurídicas que regulam o comportamento, realizam também o papel de guiar o legislador ao exercer a sua atividade precípua ou funcionam para o Chefe do Executivo no exercício de seu poder regulamentar.

Pensamos ter esboçado também outro caminho que nos possibilitou enxergar uma dimensão saliente diversa das mencionadas na teoria habermasiana. Assim sendo, notamos que o Direito e a moral, para Habermas, não têm apenas em comum essa dicotomia ou um metaprincípio que pode se distinguir em princípio moral e princípio da democracia, mas que ambos também guardam uma lógica da evolução social. Os dois têm em sua lógica formal de avanço uma única direção: a descentralização da perspectiva.

Necessário mencionar ainda que Habermas não entende a evolução social de modo avalorativo, mas seu comprometimento com o caráter paroquial dos valores lhe deixa apenas a alternativa de afirmar o sentido positivo desse processo, sem pretensão de objetividade. Ao encerrar a objetividade dos valores apenas às suas respectivas formas de vida e, ao mesmo tempo, defender que a evolução social goza de uma lógica que para ser vista como evolução precisa de determinados valores, por corolário, torna-lhe impossível defender sua teoria da evolução social para além das formas de vida moderna.

Em vista dos argumentos que apresentamos, esperamos ter deixado claro que Habermas tem dificuldades em lidar com os conceitos valorativos em diferentes partes de sua obra, mas sempre pela mesma razão: o autor é excessivamente restritivo em suas considerações com os valores. Como consequência, Habermas tem um ganho teórico de coerência ao impor uma simetria dicotômica entre normas e valores tanto à moralidade quanto ao Direito. Contudo, o autor perde em termos da amplitude explicativa e de reconstrução das nossas práticas sociais. Esses resultados, no entanto, só puderam ser apresentados após a argumentação que fizemos ao longo do quarto capítulo.

Mesmo diante dessas críticas, parece-nos que Habermas tem intuições válidas sobre questões relacionadas à compreensão do valor como padrão prático, e que várias delas são compatíveis com o desenvolvimento de uma pesquisa jurídico-filosófica que se pretenda pragmatista, como aquela indicada pelos apontamentos que realizamos no final do quarto capítulo que visam uma investigação futura. Por um lado, a descentralização da perspectiva permite uma universalidade sem que seja necessário um ponto de vista de deus ou um ponto de vista além das práticas sociais e, por outro, embora não seja endossado pelo autor, torna possível caminhar para uma visão de terceira pessoa que não precise restringir às normas essa forma de objetividade. Há valores que podem manifestar tal objetividade, inclusive universalidade, como aqueles epistêmicos apontados por Putnam (2002) ou aqueles jurídicos indicados por nós anteriormente, como a generalidade e a abstratividade.

A teoria habermasiana é, ao mesmo tempo, profundamente comprometida com conceitos caros ao nosso tempo. Por inúmeras vezes, mostra-se preocupada com a pluralidade de valores, com a democracia, com a aprendizagem e com uma sociedade economicamente mais justa. Outras tantas conexões poderiam ter sido realizadas entre este trabalho e a sua obra e, além de enriquecer, elas seguramente fariam desta dissertação muito adequada aos tempos em que vivemos, sejam pelas ameaças golpistas à nossa democracia, pela escassez deliberada de previsão orçamentário-financeira para as melhores universidades federais brasileiras ou pelas criativas formas de distribuição do dinheiro público por emendas parlamentares que desrespeitam os valores e os princípios de nossa Constituição.

Todas essas discussões se refletem no âmbito jurídico, independentemente de nossa vontade. A capacidade do Direito para fornecer razões aos que agem estrategicamente e/ou aos que agem por respeito a ele deve ser levada a sério nessas investigações, e a um passo de todas elas (ou *em* todas elas) está a questão sobre os valores.

Por essas razões, não cremos que as discussões mais próximas da filosofia possam ser rechaçadas por chegarem a conclusões que não têm um aspecto prático imediatamente visível. Ao contrário, elas expressam a radicalização da angústia daqueles que se deparam com as tensões, os problemas e os conflitos concretos.

Por fim, quanto à hipótese que visou responder à questão norteadora desta pesquisa, parece-nos ser possível defender a sua correção. Relembramos que a hipótese era que a extensão da crítica da dicotomia a sua principal obra sobre o Direito desestabilizaria o aparato teórico-jurídico presente na obra de Jürgen Habermas. Dessa maneira, a construção do trabalho nos levou à contraexemplos que a teoria do Direito habermasiana não pode satisfatoriamente

resolver, como a questão da inconstitucionalidade, ou aqueles com os quais não consegue satisfatoriamente lidar, como os valores jurídicos da abstratividade e da generalidade.

A despeito dessa conclusão ou de outras alcançadas ao longo da presente dissertação, o que nos parece realmente valoroso é oportunidade não de encerrarmos o debate, mas a de contribuir para a construção do campo em análise. Dessa forma, nosso anseio não é pelo exaurimento da discussão, mas sim lançar luz sob os pontos debatidos e contribuir para o avanço da compreensão, ainda que de forma singela, sem que para isso precisemos renunciar ao compromisso falibilista.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BAYNES, Kenneth. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's faktizität und geltung. *In*: WHITE, Stephen K. (org.). *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 201-232.
- BAYNES, Kenneth. **The normative grounds of social criticism: Kant, Rawls, and Habermas**. Nova Iorque: SUNY Press, 1992.
- BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BERNSTEIN, Richard J. **The pragmatic turn**. Cambridge: Polity Press, 2016.
- BERNSTEIN, Richard J. The retrieval of the democratic ethos. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley, California University Press, 1998, p. 287-305.
- BRANDOM, Robert. A Hegelian model of legal concept determination: the normative fine structure of judges' chain novel. *In*: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Ed.). **Pragmatism, law, and language**. Routledge, 2014, p. 19-39.
- BRANDOM, Robert. **A Spirit of Trust: a reading of Hegel's phenomenology**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- BRANDOM, Robert. **Articulating reasons: an introduction to inferentialism**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- BRANDOM, Robert. Facts, norms, and normative facts: A reply to Habermas. **European Journal of Philosophy**, v. 8, n. 3, p. 356-374, 2000.
- BRANDOM, Robert. **From empiricism to expressivism**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- BRANDOM, Robert. **Making it explicit: reasoning, representing, and discursive commitment**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- BRANDOM, Robert. **Perspectives on pragmatism: classical, recent, and contemporary**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BRANDOM, Robert. **Reason in philosophy: animating ideas**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- BRANDOM, Robert. **Tales of the Mighty Dead: Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: The theory and practice of Weimar constitutionalism.** Durham: Duke University Press, 1997.

DALY, Mary. Families versus state and market. *In*: CASTLES, Francis G. *et al.* **Oxford handbook of the Welfare State.** Cambridge: Oxford University Press, 2010.

DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, Valor e Teorias do Direito:** das raízes humaneana do positivismo jurídico à racionalidade histórico-expressiva do Direito como integridade. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_DecatTL_1r.pdf. Acesso em: 16 dez. 2021.

DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

DEWEY, John. **The later works, 1925-1953:** experience and nature. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008a, vol. 1.

DEWEY, John. **The later works, 1925-1953:** the quest for certainty. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008b, vol. 4.

DEWEY, John. **The later works, 1938:** logic: the theory of inquiry. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008c, vol. 12.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire.** Cambridge: Hart Publishing, 1986.

ENCABO, Jesús Vega, MARTÍN, Francisco Javier Gil. Introducción: pragmatismo, objetividad normativa y valores entre H. Putnam y J. Habermas. *In*: PUTNAM, Hilary, HABERMAS, Jürgen. **Normas y valores.** Madrid: Trotta Editorial, 2008. p. 9-46.

EDER, Kaus. Evolutionary theories. *In*: BRUNKHORST, Hauke; KREIDE, Regina; LAFONT, Cristina (Orgs.). **The Habermas handbook.** Nova Iorque: Columbia University Press, 2009, p. 105-110.

FORST, Rainer. The discourse theory of morality: “Discourse Ethics – Notes on a Program of Philosophical Justification” (1983). *In*: BRUNKHORST, Hauke; KREIDE, Regina; LAFONT, Cristina (Orgs.). **The Habermas handbook.** Nova Iorque: Columbia University Press, 2009, p. 383-393.

FORST, Rainer. **The right to justification:** elements of a constructivist theory of justice. Nova Iorque: Columbia University Press, 2012.

FRITSCH, Matthias. Equality and singularity in justification and application discourses. **European Journal of Political Theory**, v. 9, n. 3, p. 328–346, 2010.

- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Editora UNESP, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Between naturalism and religion**: philosophical essays. Cambridge: Polity Press, 2016a.
- HABERMAS, Jürgen. **Conciencia moral y acción comunicativa**. Madrid, Editorial Trotta, 2008a.
- HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. São Paulo: Editora Unesp, 2014a.
- HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Buenos Aires: Katz editores, 2008b.
- HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaliza humana**: ¿hacia una eugenesia liberal?. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **En la espiral de la tecnocracia**: pequeños escritos políticos XII. Madrid, Editorial Trotta, 2016b.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: Editora Unesp, 2020a.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Editora Unesp, 2014c.
- HABERMAS, Jürgen. Valores y normas: un comentario al pragmatismo kantiano de Hilary Putnam. *In*: PUTNAM, Hilary; HABERMAS, Jürgen. **Normas y valores**. Madrid: Trotta Editorial, 2008c.
- HABERMAS, Jürgen. **Obras escolhidas**: crítica da razão. Lisboa: Edições 70, 2020b, v. 5.
- HABERMAS, Jürgen. **Obras escolhidas**: ética do discurso. Lisboa: Edições 70, 2014b, v. 3.
- HABERMAS, Jürgen. **Obras escolhidas**: teoria da racionalidade e teoria da linguagem. Lisboa: Edições 70, 2010, v. 2.
- HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. Paradigms of law. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy**: critical exchanges. Berkeley, California University Press, 1998, p. 13-25.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: ensaios filosóficos. Lisboa: Editora Almedina, 2004b.

HABERMAS, Jürgen. **Postmetaphysical thinking II: essays and replies.** MILLER, Alexander. **Contemporary metaethics: an introduction.** John Wiley & Sons, 2017.

HABERMAS, Jürgen. Prelecções para uma fundamentação linguística da sociologia. *In: Obras escolhidas: teoria da racionalidade e teoria da linguagem.* Lisboa: Edições 70, 2010b, v. 1, p. 29-136.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos.** Madrid: Cátedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012a, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012b, v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Tiempo de transiciones.** Madrid: Editorial Trotta, 2004a.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos.** São Paulo: Editora Loyola, 2004c.

HAYEK, Friedrich August. **Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy.** Routledge, 2012.

HIRSHL, Ran. **Toward juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

ISER, Mattias. Rational reconstruction. *In: BRUNKHORST, Hauke; KREIDE, Regina; LAFONT, Cristina (Orgs.). The Habermas handbook.* Nova Iorque: Columbia University Press, 2009, p. 614-618.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KETTER, Matthias. The disappearance of discourse ethics in Habermas' *Between Facts and Norms.* *In: BAYNES, Kenneth; SCHOMBERG, René von (Orgs.). Discourse and democracy: essays on Habermas' Between Facts and Norms.* Nova Iorque: State University of New York Press, 2002, p. 201-218.

KUHNLE, Stein; SANDER, Anne. The emergence of western welfare state. *In: CASTLES, Francis G. et al. Oxford handbook of the Welfare State.* Cambridge: Oxford University Press, 2010.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; PELLICIARI, Pedro Henrique Lima. O obscurantismo a partir das luzes: a conjuntura brasileira no combate à pandemia covid-19 em análise jurídico-social. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 114-132, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020

LEVINE, Steven. **Pragmatism, objectivity, and experience**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013, vol. 1.

MCCARTHY, Thomas. Practical Discourse: on the relation of morality to politics. *In*: CALHOUN, Craig (Org.). **Habermas and the public sphere**. Massachusetts: The MIT Press, 1999. p. 51-72.

MCDOWELL, John. **Mind and world**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MCDOWELL, John. **Mind, value, and reality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

MCDOWELL, John. Responses. *In*: LINDGAARD, Jakob. **John McDowell**: experience, norm, and nature. Malden: Blackwell Publishing, 2008.

NETO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

MELO, Rúrion. Application and justification. *In*: ALLEN, Amy; MENDIETA, Eduardo. **The Cambridge Habermas lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 9-11.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MILLER, Alexander. **Contemporary metaethics**: an introduction. Cambridge: Polity Press, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *In*: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014.

NEVES, Marcelo. Evolution. *In*: BRUNKHORST, Hauke; KREIDE, Regina; LAFONT, Cristina (Orgs.). **The Habermas handbook**. Nova Iorque: Columbia University Press, 2009, p. 549-553.

NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. Post-war Welfare State development. *In*: CASTLES, Francis G. *et al.* **Oxford handbook of the Welfare State**. Cambridge: Oxford University Press, 2010.

NUNNES-WINKLER, Gertrud. Learning processes. *In*: BRUNKHORST, Hauke; KREIDE, Regina; LAFONT, Cristina (Orgs.). **The Habermas handbook**. Nova Iorque: Columbia University Press, 2009, p. 577-580.

OWEN, David S. **Between reason and history**: Habermas and the idea of progress. Nova Iorque: SUNY Press, 2002.

PINZANI, Alessandro. A teoria jurídica de Jürgen Habermas: entre funcionalismo e normativismo. *In: Veritas*, Porto Alegre, v. 46, n. 1, p. 19-28, 2001.

PUTNAM, Hilary. **Realism with a human face**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

PUTNAM, Hilary. **Reason, truth, and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

REHG, William. **Insight and solidarity: The discourse ethics of Jürgen Habermas**. Berkeley: University of California Press, 1994.

REPA, Luiz. **Reconstrução e emancipação: método e política em Jürgen Habermas**. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SCHMID, Michael. Habermas's theory of social evolution. In: THOMPSON, John B.; HELD, David (Orgs.). **Habermas: critical debates**. Cambridge: The MIT Press, 1982.

STERN, Robert. **Understanding Moral Obligation: Kant, Hegel, Kierkegaard**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.