

Legalidade e Valor: a Forma do Direito e a Recusa Parcial do Valor na Teoria do Direito de Jürgen Habermas¹

Legality and Value: the Legal Form and the Partial Refusal of Value in Jürgen Habermas' Philosophy of Law

PEDRO H. L. PELLICIARI^{2, 1}

¹ Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte (MG). Brasil.

ANDRÉ CORDEIRO LEAL^{3, II}

^{II} Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Belo Horizonte (MG). Brasil

RESUMO: No presente artigo, pretendemos demonstrar as razões – via teoria da evolução social – pelas quais Jürgen Habermas rejeita, ao menos em parte, os valores em sua teoria do Direito. Em termos metodológicos, realizamos pesquisa teórica ao investigarmos a teoria da evolução social do autor, que, a nosso ver, demonstra o porquê dessa recusa, não sem antes emprendermos a diferenciação entre as normas e os valores em sua obra. Ainda que essa diferenciação entre normas e valores não seja uma novidade em termos habermasianos, ao que nos parece, há uma carência de um tratamento que essa diferenciação produz quando o autor se volta mais proximamente ao Direito em facticidade e validade. Dessa forma, concluímos que a recusa em parte dos valores no âmbito jurídico ocorre por razões evolucionárias, assim como da tentativa de evitar um paternalismo valorativo por vias do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Habermas; valor; evolução social; teoria do Direito.

ABSTRACT: In the present work, we intend to demonstrate why Jürgen Habermas rejects, at least in part, the values in his Philosophy of Law. In methodological terms, we carried out theoretical research by investigating the author's theory of social evolution, which, in our view, demonstrates the reason for this refusal, not without first undertaking the average between norms and values in his work. Although there are no differences between norms and values, it is not a novelty in terms, it seems, there is a need for a treatment that this measure produces when the author turns more closely to Between Facts and Norms. In this way, we conclude that a refusal occurs in part of the values in the legal scope for evolutionary reasons, as well as the attempt to avoid an evaluative paternalism through law.

1 Os nossos sinceros agradecimentos aos comentadores deste trabalho, especialmente aos avaliadores da revista que, a bem de verdade, nos fizeram refletir um pouco mais e, com isso, conseguimos enxergar, com maior clareza, alguns dos desafios a serem superados.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6005-6039>.

3 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0985-7030>.

KEYWORDS: Habermas; value; social evolution; philosophy of Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução, linguagem e Direito; 2 O princípio do discurso; 3 Entre normas e valores; 4 A forma do Direito e a recusa parcial dos valores; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Não são recentes os apontamentos sobre as diferenças habermasianas entre normas e valores. Autores da magnitude de Hilary Putnam (2002) e Richard J. Bernstein (2016) apontam essas diferenças há muitos anos no âmbito da moralidade e da ética; entretanto, parece-nos que há uma carência de uma abordagem dessa temática mais próxima ao domínio jurídico.

Para tanto, o presente artigo não busca refutar Habermas – ou algo que o equivalha, como tentaram os autores logo acima citados: Putnam e Bernstein –, mas, sim, realizar uma leitura exegética de sua obra, ainda que não seja exaustiva, a fim de demonstrar as raízes da sua recusa jurídico-valorativa. Contudo, aceitamos o desafio de tornar o tema minimamente inteligível ao leitor leigo e, ao mesmo tempo, evitar a falta de profundidade ao leitor mais acostumado ao vocabulário e às diferenciações habermasianas. Este estudo em verticalização na obra do autor é, a bem da verdade, um tributo comemorativo e de felicitações aos trinta anos de sua principal obra sobre o Direito: *Facticidade e validade* (2020).

Complexo, Habermas nos aparece como um teórico da sociedade que pretende entender o Direito como uma das engrenagens desse arcabouço mais rico ao qual damos o nome de “sociedade”. Assim, as obras de diferentes momentos de sua carreira adentram esta pesquisa para lhe formar a base bibliográfica, e, com essas características em mente, a metodologia não poderia ser outra, salvo a de pesquisa teórica. Necessário, ainda, mencionar que fomos guiados pela seguinte pergunta: *quais são as raízes evolutivas que Habermas constrói para não aceitar, ao menos em parte, uma teoria valorativa do Direito?*

O resultado é uma investigação que conclui que Habermas opta, tanto quanto possível, pelo afastamento dos valores no campo jurídico em razão da aquisição evolutiva da forma do Direito e que esse proveito evolutivo seria, ao mesmo tempo, um mecanismo contra o paternalismo estatal. Não por outro motivo, as suas raízes evolutivas seriam os ganhos da diferenciação, em última instância, entre normas e valores que conservam a diferença entre Direito e política. Por isso, buscamos apontar a coerência

teórica entre a divisão realizada, por um lado, das normas (moral) e, por outro, dos valores (ética) com o afastamento que o autor pretende realizar das normas jurídicas com os valores éticos.

A primeira seção é introdutória ao tema e pretende reconstruir alguns dos termos básicos que compõem e apontam o Direito como uma aquisição evolutiva na teoria da sociedade de Habermas. Na segunda, demos continuidade a esse projeto apresentando o princípio do discurso mais voltado para a sua instanciação jurídica, a saber, o princípio da democracia. Na terceira, por sua vez, destrinchamos algumas das principais diferenças entre normas e valores no âmbito da moralidade para, na seção seguinte, demonstrar, em parte, a recusa do valor na teoria do Direito de Habermas por razões de sua aquisição evolutiva. Ao final, tecemos considerações breves e singelas apenas para amarrar as principais ideias.

1 EVOLUÇÃO, LINGUAGEM E DIREITO

É possível que a maior preocupação de uma teoria da sociedade orbite a seguinte pergunta: “Como é possível existir algo tal como uma sociedade?”. Habermas, como um teórico da sociedade, parece querer responder a essa pergunta. Nesse sentido de “sociedade”, não há de se falar em uma relação ecológica intraespecífica, muito menos em outras que sejam interespecíficas, mas, sim, em um tipo de integração que ocorre apenas com os humanos e que, portanto, pode-se cunhar com essa categoria sociológica. Ao mesmo tempo, não se trata de excluir completamente os humanos de um âmbito natural, como se não houvesse qualquer continuidade ou, ainda, defender uma dicotomia intransponível. A bem da verdade, a visão pragmatista habermasiana concilia natureza e cultura pelo *naturalismo fraco* (HABERMAS, 2004b).

Nem mesmo um naturalista como Darwin (1871), ao pensar a evolução humana, pensou-a em termos exclusivos da hiperindividualidade dos organismos que lutam pela sua própria vida, como o fez em relação à seleção natural dos outros animais (GOULD, 2002, p. 134-137)⁴. Bem como não podemos reduzir os processos causais à cultura, como se não houvesse nada além de normatividade e, com isso, limitar a totalidade do mundo às autocompreensões dos sujeitos capazes de fala e ação. No entanto, sejam

4 Segundo estudiosos como Stephen Jay Gould (2002), Darwin teria considerado como única exceção da seleção natural a seleção tribal, que é baseada na singularidade da consciência humana.

domínios diversos, a natureza e a cultura guardam semelhanças que permitem uma continuidade entre ambas sem a necessidade de uma subordinação de uma a outra (HABERMAS, 2004b).

A natureza, ao contrário da cultura, não conhece nenhum princípio explícito. A seleção natural resulta como uma consequência natural da forma em que os organismos individuais agem na luta pela vida e, por fim, favorece certos organismos adaptados ao ambiente (ZIMMER, 2014). Em vista disso, a evolução não reformulou, como defende Zimmer, “[...] os céteos do zero [...]” (ZIMMER, 2014, tradução nossa), mas o fez por meio do acúmulo de alterações nos organismos ao longo do tempo. Em analogia, é como se esse processo de evolução natural fosse próximo ao modo de tentativa e erro pelo qual os seres humanos resolvem seus problemas cognitivamente (HABERMAS, 2004b). Ambos guardam, por assim dizer, um processo de aprendizagem baseado numa sequência experimental de solução de problemas *sem garantias de satisfação* que, se bem-sucedidos, conduzem, a cada vez, a graus resolutivos mais complexos (HABERMAS, 2004b)⁵.

Aplicando essa ideia, Habermas (2015) argumenta pela especificidade humana de uma estrutura familiar em complementação ao modo de produção que considera primário, “vale dizer, a caça cooperativa” (HABERMAS, 2015, p. 212). Essa maneira de organização para forragear teria criado um problema sistêmico de coordenação da ação que é solucionado pela divisão do trabalho generificada entre quem caça e quem cuida (HABERMAS, 2015, p. 213-214).

Por seu turno, a complexa organização numa estrutura familiar gera diferentes problemas, embora tenha, no percurso de seu desenvolvimento, resolvido outros tantos. O sistema social de papéis, ao solucionar o problema de coordenação da ação no modo de produção primário, exige, por sua vez, um complicado compromisso de assumir a perspectiva de outrem baseado no reconhecimento recíproco de *expectativas de comportamento normatizadas* (HABERMAS, 2015, p. 214-215) – o que ocorre, com efeito, apenas por meio da linguagem.

5 Não se trata de uma evolução linear, mas de uma na qual podemos nos deparar, inclusive, com grandes retrocessos – para além do risco da falha na solução do problema atual. No limite, o conteúdo do processo de aprendizagem pode ser totalmente perdido e, então, restar apenas o regresso; a constante, no entanto, é a lógica interna que o próprio processo de aprendizagem exige para avançar.

Dessa forma, quando o humano se percebe como humano, ele já trabalha e utiliza a linguagem: “[...] [o] trabalho e [a] linguagem são mais antigos que o homem e a sociedade” (HABERMAS, 2015, p. 217). Afinal, na visão de Habermas (2015, p. 215-217), as condições de possibilidade do imbricado jogo dos papéis sociais, tal como a troca de perspectiva dos participantes pela do observador, não são possíveis sem que a linguagem esteja completamente estabelecida. Nesse sentido, se trabalho e linguagem são antiquíssimos e as interações humanas, num sistema social de papéis, são mediadas simbolicamente por conjuntos de normas baseadas no reconhecimento intersubjetivo, logo, nenhuma parte dessas interações humanas pode renunciar à normatividade.

Essa normatividade inerente à linguagem está vinculada ao conteúdo semântico de uma 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.⁶ (HABERMAS, 2020, 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.

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 das 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

6 As pressuposições pragmáticas e as pretensões de validade são “idealizações que estão vinculadas com o *medium* da linguagem” (HABERMAS, 2020, 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, parecem 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): 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* (2020, 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.

pelos falantes, mesmo que aproximativamente (HABERMAS, 2020, 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, 2020, 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 pode gerar integração social. Ocorre que, no decorrer da evolução social, 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, 2020, p. 57-62)⁷.

Para o autor, nas sociedades arcaicas, ainda que fosse possível alguma especialização para as funções exercidas pelos indivíduos, 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, 2012, p. 305). Assim, as estruturas normativas são interpretadas à luz das imagens míticas de mundo e garantidas por essas instituições metassociais (HABERMAS, 2020; HABERMAS, 2017, p. 10-11). 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, 2012, p. 299) em seus mecanismos de troca e de poder.

Ao lado da complexificação, defende Habermas (2012, 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, 2012, p. 299). Assim, a quantidade de aprendizagem adquirida num primeiro momento é estocada no mundo da vida e nas suas instituições como um recurso de solução de circunstâncias problemáticas

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

que, no estágio seguinte, será mais uma vez degradada, redirecionada e supressumida.

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 arcaico da normatividade” e, com isso, abre “espaço para a racionalização de cosmovisões” (HABERMAS, 2012, 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 sinceridade. 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 [...]” e, com isso, “[...] faz com que as estruturas gerais do agir orientado pelo entendimento se tornam cada vez mais nítidas” (HABERMAS, 2012, 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 (2020, 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, 2020, p. 64-65).

Nesse sentido, o título do primeiro capítulo de *Facticidade e validade* (2020) 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” coloca-o numa tensão entre coercibilidade e legitimidade. A legalidade, portanto, exige-nos apenas um comportamento compatível com a norma (HABERMAS, 2020, p. 64), pois 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-lhe por respeito a essas normas que nós legislamos para nós mesmos ou, ainda, se consegui-

mos resgatar discursivamente a sua justificação moral, ética ou pragmática (HABERMAS, 2020, p. 64); ou

- (2) por um enfoque estratégico, em que, enxergando-o como fato social por “um modo de consideração empírico” (HABERMAS, 2020, p. 64), realizamos o cálculo da probabilidade de sanção ou do “preço” a ser pago ao infringirmos a(s) norma(s) para 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.

2 O PRINCÍPIO DO DISCURSO

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 (2020, 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 expectativas generalizadas. Consequentemente, 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, 2020).

Um conceito discursivo do Direito serve a Habermas (2020, p. 129), portanto, para elucidar o “[...] nexo problemático entre liberdades subjetivas privadas e a autonomia do cidadão”, esclarecimento 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 “ele próprio [isto é, o princípio do discurso]

so] se funda *nas relações simétricas de reconhecimento* inscritas em formas de vida comunicativamente estruturadas” (HABERMAS, 2020, 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, 2020, 142-152). Para Habermas (2012, 2014b, 2020), quando as formas de vida tradicionais se deterioram em consequência da pressão exercida pelos crescentes discursos de autocompreensão, 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, 2020, p. 147).

Essa cooriginariedade, 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, 2020, p. 147). Por conseguinte, só se pode haver iguais liberdades subjetivas no caso de existirem leis gerais, abstratas e impessoais (HABERMAS, 2020, p. 147).

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). 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.

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, 2020, p. 155). Segundo Habermas (2020), 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 confundir-lo com os pressupostos pragmáticos ou com as regras oriundas do princípio moral. Em primeiro lugar, devemos notar que os pressupostos não estão ligados diretamente 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).

O emprego efetivo das iguais autonomias apenas pode ocorrer com a institucionalização dos pressupostos comunicativos por meio de um paradigma procedimental do Direito (HABERMAS, 2020, p. 224-225). Dessa 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, 2020, p. 159) e, mais à frente, completa: “Nos diz como esta [a formação racional da opinião e da vontade política] pode ser institucionalizada” (HABERMAS, 2020, p. 159). Ele se refere à participação igualitária da regulamentação da vida comum, seja o procedimento da criação de normas jurídicas, seja “a produção do próprio *medium* do Direito” (HABERMAS, 2020, p. 160). Esse princípio não pode se encerrar num mero procedimento legislativo, mas

deve ser garantidor do *medium* necessário ao entendimento entre os associados voluntários do âmbito jurídico. Acontece que as normas jurídicas, que têm sua produção orientada e condições determinadas pelo princípio do discurso, são revestidas por uma aquisição evolutiva: a *forma jurídica* (HABERMAS, 2020, p. 160). A legalidade é apenas uma forma, pois ela não tem conteúdo predeterminado. Essas abstrações jurídicas compensam os déficits da perda da eticidade tradicional (HABERMAS, 2020, p. 162) e se vinculam à fundamentação pós-convencional, pois a fundamentação não pode mais ser ancorada por motivos metassociais.

O princípio da democracia é o resultado, portanto, do entrelaçamento entre o princípio do discurso e o da forma jurídica (HABERMAS, 2020, p. 171), e ele pode contar nos contextos de justificação com o auxílio de argumentos pragmáticos, éticos e morais (HABERMAS, 2020, 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.

3 ENTRE NORMAS E VALORES

Precisamos estabelecer a diferença entre normas e valores para, na seção seguinte, enfrentar a recusa dos valores para Habermas no âmbito jurídico; entretanto, nesta seção, necessitamos entender como o autor os define. Para tanto, precisamos definir as normas, e, como observamos na seção anterior, o princípio do discurso é a determinação normativa das condições de justificação imparcial de normas num contexto pós-metafísico. Por essa razão, afirma Habermas (2020, p. 157), “nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização”. O princípio do discurso (HABERMAS, 2020) se refere também à razão prática, no sentido de que estão vinculados às questões normativas que se impõem 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; 2020) 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). 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, 2020, p. 156-157).

Os pressupostos pragmáticos da argumentação, aos quais nos referimos na seção anterior, servem a Habermas como uma estratégia para derivar, mas sem com eles se confundir, os conteúdos de uma moral universalista (HABERMAS, 2014a, 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 para o entendimento são generalizadas” (HABERMAS, 2014a, 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 perseguição 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 de 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 forma de vida de supremacista branca, 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, 2014a, p. 334)⁸. 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, 2014a).

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 está conectada à liberdade de autodeterminação, 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, 2014a, 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.

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, 2004b). Embora Habermas dê um sentido cognitivo⁹ 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

8 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.

9 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 (2014a, 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.

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, 2004b). 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 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 a Lawrence Kohlberg, 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).

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). Munido desses conceitos e respeitando o formalismo moral, Habermas (2012, 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 nesse processo de evolução moral e social, por

fim, é muito mais uma habilidade do que um conteúdo positivo (BAYNES, 1992).

Nesse sentido, Habermas aparenta ter uma teoria muito mais pragmático-funcionalista¹⁰ 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, 2012, 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, esse 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).

No âmbito dos valores, Habermas (2000, 2020) os associa com questões ético-valorativas nas escolhas entre fins diversos, inclusive finalidades políticas. Enquanto a razão prática em seu uso pragmático se limitaria a uma

10 Habermas tem um uso mais restrito para o termo “funcionalista” que não se confunde com o sentido aqui empregado. No sentido que o utilizamos, embora o vinculemos à função de algo ao papel que ele exerce, preservamos o seu caráter normativo.

finalidade fixada de antemão e se reduziria à eleição entre meios eficazes¹¹, reduzindo-se a uma função instrumental, a razão prática ética se vincula a uma forma axiológica de escolha e de 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 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

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

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).

Ao contrário do campo abstrato da moralidade e da justiça, por assim dizer, que requer para si a universalidade, o lado concreto da ética o completa com solidariedade¹²: “Refere-se ao bem dos companheiros irmanados numa forma de vida intersubjetivamente partilhada” (HABERMAS, 2014a, p. 112). Afinal, a questão para o autor é estruturalmente diversa para normas e valores, pois há um “desacoplamento cognitivo da moral em relação às questões da vida boa” que conta também “com um lado motivacional” (HABERMAS, 2018, p. 86). Ainda que, em certo sentido, o autor aceite o ideal hegeliano de dissolver a moralidade na eticidade, por exemplo, ao enunciar nas últimas linhas de *Facticidade e validade* (2020),

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, 2020, 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, *está inscrita nas formas de vida modernas a dicotomia entre as normas da justiça e os valores da ética*. Essa unidade é o resultado da atuação da evolução social na eticidade tradicional, pois, ao ser degradada, incorporada e suprasumida, ela permite responder às questões “o que devo fazer?” por estruturas diferentes: “Por um lado, o saber moral se desvincula dos motivos de ações subjetivos e, por outro lado, o conceito do que é correto em termos morais *se desvincula da concepção do que é uma vida boa*, inclusive daquela desejada por Deus”

12 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 era 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.

(HABERMAS, 2018, p. 85, grifos nossos). Ainda assim, a diferença entre ambos permanece no âmbito da estrutura:

[as] normas e [os] valores se distinguem respectivamente: primeiro, por sua referência ao agir obrigatório e teleológico; segundo, pela codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; terceiro, por seu caráter vinculante absoluto ou relativo; e quarto, pelos distintos critérios que os sistemas de normas e de valores têm de satisfazer em seu conjunto. (HABERMAS, 2020, p. 327)

Aquela 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). 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 perspectiva, 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. No limite, 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). 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 autoentendem, isto é, da ética (HABERMAS, 2002, p. 66-67).

A fim de arrematar esta sessão, podemos, portanto, resumir neste esquema algumas das principais diferenciações estruturais entre normas e valores. Com efeito, é (quase) inescapável a sensação de que a diferença entre ambos não é meramente de grau, mas de qualidade – especialmente, por ser uma diferenciação funcional. Assim, talvez, a incisão entre um e outro fique mais clara diante da comparação direta de suas respectivas características estanques¹³:

- (1) as normas têm validade deontológica, porquanto pretendem vincular a vontade de modo categórico, assim “quando sabemos que aquilo que te-

13 Outros autores defendem esta mesma interpretação sobre Habermas – ainda que mais críticos a ela. Para tanto, ver: Bernstein (2016) e Putnam (2002).

mos de fazer é correto do ponto de vista moral, sabemos também que não existe outra boa razão – epistêmica – para agir de outro modo” (HABERMAS, 2018, p. 85), ou, ainda, “os mandamentos morais são imperativos categóricos ou incondicionados [...]” (HABERMAS, 2014b, p. 327). Os valores, por sua vez, são axiológicos, agem como “conselhos clínicos que se apoiam na reconstrução de uma forma de vida” (HABERMAS, 2020, p. 214);

- (2) as normas são descontextualizadas, pois “regras morais só passam por esse teste em uma versão universal, completamente descontextualizada [...]” (HABERMAS, 2020, p. 216). Os valores se referem, por exemplo, “ao contexto biográfico, específico, e conduz a enunciados avaliativos sobre o que é bom para uma determinada pessoa” (HABERMAS, 2014b, p. 330), isto é, profundamente contextualizados;
- (3) as normas exigem coerência, pois o conjunto delas não pode se contradizer, já que assim se “assegura que todas as normas se articulem em um sistema afinado e que admite para cada caso, segundo sua própria ideia, uma única solução correta” (HABERMAS, 2020, p. 333). Os valores, por sua vez, podem ser alinhados de acordo com uma hierarquia e permanecem, no âmbito público, incomensuráveis, pois não existe uma autocompreensão que seja a melhor para todos;
- (4) os valores refletem preferências socioculturais compartilhadas intersubjetivamente, aceitando gradações ou níveis preferenciais. As normas satisfazem expectativas de comportamento interpessoal e generalizadas, não aceitam gradações, apenas podem ser de um dos tipos binários ou “justo” ou “injusto”. Repartem, portanto, uma diferenciação funcional e, posteriormente, institucional entre Direito (norma) e política (valor).

4 A FORMA DO DIREITO E A RECUSA PARCIAL DOS VALORES

Habermas admite que o Direito tenha de 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 são os *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, 2020, p. 213-215).

Essa repetição da diferença entre normas e valores se manifesta para o autor até mesmo na diferença das consequências para a condução da

ação (HABERMAS, 2020, p. 327). Portanto, não apenas na fundamentação há uma forte diferença entre normas e valores, como também 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*” e, se partimos dos valores, completa Habermas, “‘correto’ é aquele comportamento que, em seu conjunto e a longo prazo, é bom *para nós*” (HABERMAS, 2020, p. 327, grifos do autor).

Desta 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, 2020, p. 333). Deve-se estender aos discursos de aplicação a mesma noção de validade dos juízos de fundamentação, pois o juízo é de “adequação” ou “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 validez de um juízo singular derivado de uma norma geral válida, por meio do qual essa norma subjacente se torna “saturada”. (HABERMAS, 2020, p. 333, grifos nossos)

Entretanto, há outras passagens em que Habermas relaciona a aplicação de normas à aplicação de valores éticos (HABERMAS, 2020, p. 295-297), 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 validez 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, 2020, 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, 2020, 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, anteriormente investigado, um análogo ao critério procedimental requerido para “fazer uma ‘incisão’ entre o eticamente bom e o moralmente correto” (FORST, 2012, p. 64, tradução nossa). Nesse sentido, ele 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 o autor 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 fazem parte da comunidade jurídica (HABERMAS, 2020, 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, 2020, p. 306).

Essa engenhosidade habermasiana, desenvolvida pela 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, ele 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 anteriormente exposto, 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).

Desta 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 depende a generalização dos valores, como um aspecto da racionalização do mundo da vida. (HABERMAS, 2012, p. 325)

Essa mesma combinação formalista de objetividade e de universalidade¹⁴ reaparece no âmbito jurisdicional com a transição dos discursos dos participantes em direção ao discurso imparcial que preza, inclusive, por aqueles que integram a malha jurídica, embora não estejam diretamente implicados na relação processual.

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 [...] um determinado ideal de sociedade, uma determinada visão da vida boa, *nem sequer uma determina opção política*” (HABERMAS, 2020, p. 561, grifos nossos), 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, 2020, p. 561).

14 É necessário lembrar, neste momento, que a estrutura dos valores e das normas comporta uma série de características estanques – ver também Habermas (2018, p. 85-89). Isto posto, a generalização dos valores, por exemplo, não os amplia simplesmente em número de pessoas contempladas; ao contrário, fazem-nos perder os seus predicados estruturais. Os valores são movidos dos atributos de particulares, graduais e teleológicos para aqueles característicos das normas: universal, binária e deontológica. A mudança não aparenta ser simplesmente de grau, mas de qualidade e, por consequência, uma incisão entre um e outro.

Além disso, a constitucionalização não precisa se encerrar, para Habermas, no domínio dos Estados-nações. 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).

Nesse sentido, Habermas (2016a) argumenta a favor de uma Constituição que regule numa nova forma de constituição política da sociedade mundial sem um governo central e aponta como uma evidência 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). 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, 2016a, p. 318).

Podemos afirmar, assim, que o processo da evolução social ocorre pela dominação de habilidades, de *know-how*, e, à medida em que aumenta a quantidade de aprendizagem, ela impulsiona um pouco mais essa evolução. Como é possível observar, há uma faceta dessa aprendizagem evolutiva no âmbito jurisprudencial e que também encontra um correlato no paradigma procedimentalista encarnado constitucionalmente, seja no âmbito interno, seja no internacional. 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, 2020, 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, enquanto uma forma de vida que exige a separação entre normas e valores.

Levando-se em conta os argumentos apresentados, 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. Ou seja, não somente endossa que o princípio moral e o princípio da democracia são derivados de um mesmo metaprincípio ou de 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*. 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 dizer o que Habermas parece querer evitar, em última instância, com essa aproximação às normas deontológicas em detrimento parcial dos valores. Tal como o lemos, o autor pretende afastar o contágio dos tribunais constitucionais por uma postura pedagógica que “a tradição republicana sugere” (HABERMAS, 2020, 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, 2020) parece indicar que, nessa tradição, o cruzamento da concepção do Direito, de cidadania e da natureza do processo político estaria a defesa de um ativismo judicial que “deveria compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional” (HABERMAS, 2020, p. 355). Nesse sentido, o Tribunal Constitucional se afastaria de suas competências ao ir além de seu “crédito de legitimação” (para utilizar o sintagma do autor) se movendo além das suas atribuições “claramente definidas segundo a lógica da argumentação” (HABERMAS, 2020, 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 da estrutura 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 importante conquista moderna 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, 2020, p. 160). A forma do direito reveste as normas válidas para a ação (HABERMAS, 2020, p. 160) e compensa os déficits que a moral apresenta (HABERMAS, 2020, p. 162-167). Em resumo, para o autor, a positivação jurídica diminui a indeterminação cognitiva a respeito de quais normas fundamentadas que se aplicam à situação, pois a primeira dessas atividades é realizada por um legislador político e a segunda, a aplicação, pelos tribunais. Portanto, desonera os indivíduos dessa atividade (HABERMAS, 2020, 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, 2020, 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, 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, 2020, p. 165-167), tendo em vista o seu desprendimento da eticidade tradicional. Logo, ele assume como sua função principal “garantir a integração social”, conforme enuncia Pinzani sobre a obra de Habermas e completa ao dizer que “nas sociedades modernas [a integração social] é ameaçada pelo desaparecimento de valores partilhados” (PINZANI, 2001, p. 22). Não sendo mais possível para nós recorrer ao *ethos* de uma forma de vida particular com a finalidade de garantir a integração social, torna-se risco iminente o esfacelamento da forma jurídica caso os valores avancem os limites da sua área correta de atuação e destruam a lógica

divisória entre fundamentação e aplicação, ou melhor, 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, 2020, p. 162). A legalidade, isto é, a forma jurídica do comportamento (HABERMAS, 2020), é mais abstrata e formal do que a eticidade tradicional por não carregar, ao menos à primeira vista, uma ética substantiva. Do mesmo modo, é menos exigente e mais eficaz que a moralidade, pois a forma jurídica é indiferente aos seus destinatários nas questões de vinculação da vontade, tendo como certo apenas o arbítrio, e abstraindo dos tipos de motivação ao se satisfazer, em geral, com a mera conformidade à norma (HABERMAS, 2020, 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 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 mais concretos. 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 a superação da diferenciação entre o Direito e a política. Nesse sentido, distorceria a lógica da argumentação e destruiria, por fim, o mecanismo da evolução social responsável, em parte, pela integração social.

CONCLUSÃO

Na segunda e na terceira seção, ao expormos brevemente algumas das dimensões da complexa teoria da sociedade de Habermas, investigamos alguns dos principais conceitos que aqui interessavam, sobretudo a fim de construir uma base teórica mínima que nos permitisse caminhar rumo ao objetivo deste artigo. Especificamente, nosso objetivo é realizar uma leitura

exegética – mas não exaustiva – do autor e responder a seguinte pergunta: *quais são as raízes evolutivas que Habermas constrói para não aceitar uma teoria valorativa do Direito?*

Notadamente, na primeira seção, pretendemos tratar o pensamento habermasiano relevante para Direito o lendo por uma de suas chaves, isto é, pelas lentes de uma teoria da evolução social. Ao final daquela seção, mencionamos o título do primeiro capítulo de *Facticidade e validade* (2020), pois ele diz mais do que uma primeira leitura desinteressada pode supor ao demonstrar que o Direito é uma dobradiça que une (ou ainda, faz a mediação social) a 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.

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. 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, na terceira seção, diferenciamos o que Habermas entende por normas e valores ao diferenciarmos a moralidade da eticidade. A primeira exige que os concernidos sejam toda a humanidade; tem um âmbito de validade binária, pois avalia as normas ou ações como justas ou injustas; tem um aspecto cognitivo e sua objetividade mais acentuados. A segunda, mais próxima à autodeterminação de um indivíduo ou dos membros de uma determinada comunidade; tem um âmbito de validade mais gradual; tem um aspecto cognitivo e objetividade menos acentuados.

Por fim, encontramos a resposta para a nossa questão na conjugação da terceira com a quarta seção. As raízes evolutivas são, salvo melhor juízo, os ganhos da diferenciação entre normas e valores na modernidade, sobretudo a especialização delas ao permitirem uma maior generalidade à

coordenação da ação, além de serem potencialmente mais inclusivas – tal qual o Direito e a sua forma, pois permitem a manutenção da integração social, ainda que com o risco, sempre presente, de regresso. Não é que não haja, em absoluto – e no sentido habermasiano do conceito –, valores na teoria do Direito de Habermas. Assumindo sua interpretação restrita sobre o que são os valores, devemos dizer que, no Direito, em regra, eles devem ser generalizados, ao exemplo do que realiza o juiz imparcial. Por essa razão, deixam de ser propriamente valores ao perderem as suas principais características, a saber, a gradação, a parcialidade e a teleologia. Em seu lugar, por oposição, o Direito seria mais bem entendido como norma e, portanto, pelos predicados mais próximos aos da moralidade que são lidos numa chave binária, universal e deontológica.

Em vista disso, não nos aparenta que Habermas possa (ou queira) excluir totalmente os valores da órbita jurídica, nem o poderia. Afinal, em sua dialética, a evolução social degrada os valores, os incorpora e os suprassume; e, até o presente momento, para permanecem no Direito, os valores devem se encontrar numa dosagem tal em que sejam toleráveis – isto é, na medida em que não se dissolvam as diferenças entre o âmbito jurídico e a política. Se essa postura torna a teoria do autor paternalista, porque, em tese, já pressuporia uma determinada forma de vida moderna, não vem a ser *necessariamente* uma acusação falsa. Ainda que consiga acomodar, a um só tempo, a título de exemplo, liberais e comunitaristas, essa forma de vida não pode se abrir à aceitação de políticas xenófobas, racistas ou militaristas. Contudo, apenas uma crítica que desencadeie um novo nível de aprendizagem social – que aqui, infelizmente, não foi possível investigar – poderá nos dizer se a postura habermasiana é, de fato, paternalista.

A bem da verdade, como pudemos observar, *a recusa habermasiana dos valores no Direito é apenas parcial*. Ela é formada, em última instância, por uma defesa da diferença entre o Direito e a política, normas e valores. Não se trata, mais uma vez, de um afastamento dos valores que torne a teoria compatível com qualquer valor, como aqueles xenófobos ou racistas. Afinal, os valores que encarnam essas respectivas formas de vida estariam, desde sempre, proibidos (ou não autorizados) pela moralidade e, por consequência, obstruindo a legitimidade do Direito que os incorpora; ao mesmo tempo, não poderiam operar no Direito sem a acusação de retrocesso, se tomarmos por base a própria lógica interna de sua evolução, que o torna mais inclusivo. A evolução social conquistou, nesse sentido, a diferença interna entre normas e valores que permite uma melhor coordenação da ação

com seus ganhos na estrutura normativa inclusiva e de legitimidade jurídica, mas, também, conquistou – em tese – alguma proteção aos indivíduos da comunidade jurídica contra um paternalismo estatal.

REFERÊNCIAS

- BAYNES, K. *The normative grounds of social criticism: Kant, Rawls, and Habermas*. Nova Iorque: Suny Press, 1992.
- BERNSTEIN, R. J. *The pragmatic turn*. Cambridge: Polity Press, 2016.
- DARWIN, C. *The descent of man, and selection in relation to sex*. Cambridge: Cambridge University Press, 1871.
- FORST, R. *The right to justification: elements of a constructivist theory of justice*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2012.
- GOULD, S. J. *The structure of evolutionary theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- HABERMAS, J. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.
- HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- HABERMAS, J. *Between naturalism and religion: philosophical essays*. Cambridge: Polity Press, 2016a.
- HABERMAS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2008a.
- HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz Editores, 2008b.
- HABERMAS, J. *El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?* Buenos Aires: Editorial Paidós, 2002.
- HABERMAS, J. *En la espiral de la tecnocracia: pequeños escritos políticos XII*. Madrid: Editorial Trotta, 2016b.
- HABERMAS, J. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
- HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014b.
- HABERMAS, J. *Obras escolhidas: ética do discurso*. Lisboa: Edições 70, v. 3, 2014a.
- HABERMAS, J. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- HABERMAS, J. *Postmetaphysical thinking II: essays and replies*. Cambridge: Polity Press, 2017.

- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1994.
- HABERMAS, J. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: WMF Martins Fontes, v. 2, 2012.
- HABERMAS, J. *Tiempo de transiciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2004a.
- HABERMAS, J. Valores y normas: un comentario al pragmatismo kantiano de Hilary Putnam. In: PUTNAM, H.; HABERMAS, J. *Normas y valores*. Madrid: Trotta Editorial, 2008c.
- HABERMAS, J. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004b.
- MILLER, A. *Contemporary metaethics: an introduction*. Cambridge: Polity Press, 2014.
- NEVES, M. Evolution. In: BRUNKHORST, H.; KREIDE, R.; LAFONT, C. (org.). *The Habermas handbook*. Nova Iorque: Columbia University Press, p. 549-553, 2009.
- OWEN, D. S. *Between reason and history: Habermas and the idea of progress*. Nova Iorque: Suny Press, 2002.
- PINZANI, A. A teoria jurídica de Jürgen Habermas: entre funcionalismo e normativismo. *Veritas*, Porto Alegre, v. 46, n. 1, p. 19-28, 2001.
- PUTNAM, H. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- ZIMMER, C. *The tangled bank: an introduction to evolution*. Greenwood Village: Roberts and Company Publishers, 2013. *E-book* (não paginado).

Sobre os autores:

Pedro Henrique Lima Pelliciar | *E-mail:* pedrohpelliciar@gmail.com

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Membro da Diretoria da Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e do Direito (2021-2022).

André Cordeiro Leal | *E-mail:* andreleal28@gmail.com

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Professor da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas. Economista. Advogado.

Data de submissão: 21 de agosto de 2022.

Data de aceite: 5 de outubro de 2022.