

# QUANTO À FALTA DE UMA FUNDAMENTAÇÃO ÚLTIMA

## Observações sobre uma premissa implícita da “justiça comutativa” e da ética do discurso\*

Jean-Christophe Merle\*\*

**SÍNTESE** – A teoria da justiça política de Höffe, fundamentada na justiça comutativa, sustenta que a fundamentação de normas de sociedade, na comunidade discursiva, pela Ética do Discurso de Apel e Habermas, é apenas uma fundamentação derivada, posto que a comunidade discursiva necessariamente pressupõe direitos humanos. A Ética do Discurso afirma, por sua vez, que direitos humanos podem ser legitimados somente através de discursos. Este artigo sustenta que a pressuposição normativa para ambas – a comunidade discursiva e o princípio de justiça comutativa – é que todos os seres humanos têm o direito de partilhar o mundo. Somente sob essa premissa da justiça distributiva, pode haver parceiros que exercem reciprocidade e participantes de discurso, que também têm algo sobre o que têm de decidir conjuntamente.

**PALAVRAS-CHAVE** – Höffe. Ética do discurso. Justiça política.

**ABSTRACT** – Höffe's theory of political justice, founded on commutative justice, argues that the foundation of the normative norms of society in the community of discourse by Apel's and Habermas' discourse ethics is only a derived foundation, since a community of discourse necessarily presupposes human rights. Discourse ethics replies that human rights can be legitimated only through discourse. This article argues that the normative presupposition for both the community of discourse and the principle of commutative justice is that all human beings are entitled to a share of the world. Only under this premise of distributive justice there can be partners that can exert reciprocity and participants of discourse who also have something on which they have to decide together.

**KEY WORDS** – Höffe. Discourse ethics. Political justice.

À primeira vista, a contenda entre concepções de justiça comutativa e modelos da ética do discurso parece ser a seguinte: aquela pretende construir o direito legítimo unicamente com base na justiça comutativa, ao passo que esta quer fundamentar as regras normativas da sociedade, e por isso também a justiça, no

\* Texto escrito para o *II Simpósio Internacional sobre a Justiça*, realizado na PUCRS de 21 a 25 de agosto de 2000. Tradução de Luis Marcos Sander.

\*\* Universidade de Tübingen (Alemanha). Professor Visitante (DAAD) do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS, em setembro de 2001.

discurso moral, encarando o direito como, na melhor das hipóteses, uma área de aplicação<sup>1</sup> ou recurso estratégico contra ordens sociais perturbadoras do discurso.

Penso, porém, que nem a teoria da justiça comutativa jamais defendeu a tese que acaba de ser mencionada nem as regras do discurso podem efetivamente constituir a *ultima ratio* da ética do discurso. No que se segue, pretendo mostrar uma premissa comum de ambas as teorias, mas que só pode ser encontrada na teoria da justiça comutativa. Isso aplica-se particularmente à concepção de Höffe acerca da justiça comutativa, que invoca a dimensão de uma origem eticamente relevante e de uma reciprocidade fundamental – não só de uma troca ou comutação –, a qual não me parece deixar a desejar uma fundamentação – o que não me parece ser o caso na ética do discurso. Na seguinte confrontação com a ética do discurso, refiro-me a Karl-Otto Apel, porém a maior parte do que vou dizer também se aplica a Jürgen Habermas.

Um dos principais argumentos de Höffe contra a ética do discurso<sup>2</sup> é de que a realização de um discurso necessitaria, como condições marginais, de direitos humanos como o direito à inviolabilidade da vida e do corpo, bem como a liberdade de expressão, etc. Portanto, a ética do discurso pressuporia forçosamente os direitos humanos e uma ordem jurídica que os garanta. A ética do discurso deveria, por conseguinte, ser fundamentada na justiça comutativa. Apel pode objetar a isso que tal ética jurídica não seria a ética pela qual uma comunidade de discussão optaria *idealiter*, e sim, no melhor dos casos, uma coerção, a ser empregada estrategicamente, contra ordens sociais perturbadoras do discurso, isto é, poderia, na melhor das hipóteses, ser tida como um recurso provisório – uma espécie de lei kantiana de permissão – a caminho da comunidade ideal do discurso<sup>3</sup>. A teoria da justiça não estaria, pois, em condições de providenciar sua própria fundamentação última. A justiça comutativa de Höffe, por sua vez, pode aplicar mais uma vez seu argumento, já apresentado, à comunidade comunicativa ideal alcançada: ou seja,

---

<sup>1</sup> Cf. Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992, p. 156: “Aplicação do princípio do discurso ao meio jurídico”. Quanto a Apel, cf. Karl-Otto APEL, *Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?*, in: K.-O. APEL; M. KETTER, *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1992, p. 34ss., e W. REESE-SCHÄFER, *Grenzgötter der Moral: Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politischen Ethik*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997, p. 92ss.

<sup>2</sup> No que se segue, refiro-me à discussão entre Höffe e Habermas: Jürgen HABERMAS, *Otfried Höffes politische Fundamentalphilosophie: Grenzen des vernunftrechtlichen Normativismus*, *Politische Vierteljahresschrift*, v. 30, n. 2, p. 320-327, 1989; Otfried HÖFFE, *Kategorische Rechtsprinzipien: Ein Kontrapunkt der Moderne*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1990, p. 396-406; id., *Eine Konversion der kritischen Theorie?: Zu Habermas’ Rechts- und Staatstheorie*, *Rechtshistorisches Journal*, n. 12, p. 70-88; versão revista publicada em id., *Vernunft und Recht: Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996, p. 146-159. Höffe usaria os mesmos argumentos também contra Apel.

<sup>3</sup> K.-O. Apel fala de uma “transição histórica para a aplicação da ética do discurso, [...] portanto Parte B da ética” (*Diskurs als Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1988, p. 142), bem como de uma “ética intermista da transição da situação reinante para a realização das condições de aplicação da ética do discurso” (*ibid.*, p. 134).

também essa comunidade comunicativa pressuporia direitos humanos, igualdade de direitos, etc. Por isso, eles também terão de ser garantidos numa ordem social surgida em termos ideais no consenso. O equívoco entre Apel e Höffe provavelmente deve-se, em primeiro lugar, ao fato de Apel ser de opinião que “as regras do *discurso* – baseado na proibição da contradição performativa – não podem ser fundamentadas na justiça jurídica”, ao passo que Höffe, por sua vez, afirma que “a *comunidade* do discurso se fundamenta na justiça”. Ambos teriam direito ao mesmo tempo se a contradição a que se referem não fosse uma contradição *performativa*. Já que a contradição performativa é performativa e se refere, portanto, a seres de *ação* de um mundo comum, a tese da ética do discurso deveria valer para a *comunidade* do discurso, não apenas para as regras do discurso. Voltarei a este ponto. Inicialmente, porém, uma observação: justamente pela razão mencionada considero a crítica de Höffe à ética do discurso como basicamente acertada. Mesmo que a ética do discurso reconhecesse isso, ela certamente não iria querer preencher a lacuna mencionada por meio da justiça comutativa, a qual, afinal, representa para ela uma exemplar teoria estratégica da justiça. Gostaria de examinar brevemente suas restrições.

Com vistas à renúncia mútua ao homicídio – pressuposta por Höffe –, Kettner pergunta de maneira provocadora: “De onde qualquer pessoa teria um direito (natural) de matar?”<sup>4</sup> Existe, afinal, um direito originário de matar no pensamento de Höffe? Sim e não, i. é, tanto quanto no pensamento de Kant, que inspira o de Höffe mais do que Hobbes, ao contrário do que supõe muitas vezes a ética do discurso. Assim como o direito privado kantiano, a construção do direito por Höffe resulta de dois passos: 1) da liberdade de ação<sup>5</sup> – caso houvesse apenas este elemento, cada pessoa teria o direito de matar todas, assim como cada uma teria o direito de usar a seu bel-prazer todos os objetos do mundo; 2) da limitação recíproca das liberdades de ação. Essa reciprocidade, entretanto, ainda não é uma troca, pois é só *através* da reciprocidade que as pessoas atingidas encontram-se no estado de contato mútuo. Só depois que ela estiver garantida elas podem trocar qualquer coisa, mesmo que seja algo negativo como uma renúncia. Ora, em Kant, como se sabe, o segundo elemento – a reciprocidade – é visto como derivado do primeiro, e isto em consequência do imperativo categórico e de seu critério de generalização ou universalização. A liberdade de ação não é a de um ser humano, e sim a de todos os seres racionais. A liberdade de ação decerto é normativa, mas tem sentido *distributivo*: ela é reconhecida de igual modo a todos os seres racionais, e só por causa disso eles não devem matar-se uns aos outros e devem limitar *reciprocamente* sua liberdade. No pensamento de Höffe, essa liberdade de ação moralmente imperiosa consiste em “*interesses* transcendentais”.

<sup>4</sup> Matthias KETTNER, Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: W. KERSTING (Ed.), *Gerechtigkeit als Tausch?: Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997, p. 243.

<sup>5</sup> Vgl. Otfried HÖFFE, *Moral als Preis der Moderne: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1987, cap. 10.3, especialmente p. 306.

Matthias Kettner contesta o caráter transcendental desses interesses. Ele afirma, nos termos de Apel, que só as “condições de possibilitação do entendimento”,<sup>6</sup> i. é, o *a priori* da comunidade comunicativa, seriam transcendentais. Ora, o discurso, porém, mostra um duplo caráter. A proposição contestadora aduzida acima só faz valer o caráter semântico, e não o performativo, enquanto o discurso não tiver uma relação com o mundo das “liberdades exteriores” nos termos de Kant. Mais ainda: a proposição contestadora e o princípio de generalização só são supostos em sentido *performativo*, tanto em Kant quanto em Apel. Para poder ser aplicada, a proposição contestadora precisa relacionar-se com participantes do discurso que tenham liberdade de ação.

Ora, encontramos no pensamento de Apel – bem como no de Habermas – uma estranha rejeição do argumento da *doutrina do direito* de Kant em favor do direito de propriedade. Sob este direito deve-se entender o direito de utilização do mundo exterior, portanto o direito a uma esfera de ação ou o direito à ação de modo geral. Em relação à *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Apel escreve o seguinte: “Indicando que qualquer apropriação de propriedade de outrem suspenderia em termos lógico-formais uma lei suposta da propriedade, [Kant] sugere, ao mesmo tempo, que a própria determinação material da lei *de que deve haver propriedade* seria absolutamente válida”.<sup>7</sup> Só o imperativo da veracidade seria, como “metainstituição”,<sup>8</sup> absolutamente válido em termos morais. Habermas entende isso de modo semelhante: depois de ter apresentado três “abstrações” na doutrina do direito de Kant – o arbítrio em vez da autonomia, o relacionamento exterior em vez da complexidade do mundo da vida e a legalidade em vez da moralidade –, ele chega à seguinte conclusão: “Às formas de ação de tal modo restringidas pela forma do direito corresponde um *status* especificamente restrito dos próprios sujeitos jurídicos. As normas morais [por sua vez] regulam relações e conflitos interpessoais entre pessoas físicas que se reconhecem mutuamente como integrantes de uma comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis”.<sup>9</sup>

Face a tais afirmações sobre “Kant e a microética da esfera privada”<sup>10</sup> pode-se ficar muito assombrado, pois justamente por meio desse argumento kantiano se atribui a cada ser humano uma liberdade de ação igual, um direito à propriedade. Ocorre que a alternativa seria transformar a liberdade de ação num *adiuforon* moral, razão pela qual não seria imoral negá-la a algumas pessoas. Isso, porém, não

<sup>6</sup> Matthias KETTNER, Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: Wolfgang KERSTING (Ed.), *Gerechtigkeit als Tausch?*, p. 261.

<sup>7</sup> Karl-Otto APEL, Ist die philosophische Letzbegründung moralischer Normen auf die reale Praxis anwendbar?, in: K.-O. APEL; D. BÖHLER, K. REBEL (Eds.), *Funkkolleg Praktische Philosophie/Ethik: Dialoge*, Weinheim: Beltz, 1984, v. 2, p. 615 (Studentexte, 2). A crítica do direito kantiano de propriedade é repetida em K.-O. APEL, *Diskurs und Verantwortung*, p. 121.

<sup>8</sup> Id., *ibid.*, p. 617.

<sup>9</sup> Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, p. 143-144.

<sup>10</sup> Karl-Otto APEL, Ist die philosophische Letzbegründung..., p. 623.

combinaria com os posicionamentos socioeconômicos de Habermas e Apel.<sup>11</sup> E sobre a propriedade não se pode, logicamente, decidir apenas por meio da formação de um consenso, como sugere Apel,<sup>12</sup> pois, para levar seriamente em consideração os distintos interesses no discurso, é preciso que antes já haja a propriedade pessoal.<sup>13</sup> Então é lícito perguntar-se se a recente “conversão da teoria crítica”<sup>14</sup> ao Estado de direito é séria e, no caso de uma resposta negativa, perguntar ainda se os posicionamentos mencionados são de fato mais do que um abuso da ética do discurso. Mas não vamos responder a essa pergunta aqui. Kant, entretanto, dificulta a compreensão de seu argumento mediante um segundo passo na seqüência de seu raciocínio que acarreta um *non sequitur*, pois da utilização do argumento não se segue logicamente o direito da *prima occupatio*. Esse *non sequitur* equivale, inclusive, a uma contradição, pois o direito da primeira ocupação ou tomada de posse faz com que, possivelmente, alguns não obtenham nenhuma propriedade, nenhuma liberdade de ação.<sup>15</sup> A crítica dos teóricos da ética do discurso ignora esses dois níveis da argumentação, mas se refere, como se fosse evidente, ao primeiro passo.

Numa estranha simetria com a ética do discurso, a justiça comutativa não parece se referir, *prima facie*, ao primeiro nível. Ela segue, sem mais nem menos, só o segundo passo da argumentação, como se houvesse *de facto* proprietários, que só teriam de entender-se ainda acerca da troca.<sup>16</sup>

Ora, a *teoria* da justiça comutativa de modo algum afirma isso; e a justiça comutativa pressupõe expressamente o primeiro nível. Para perceber isso, contudo, não se deveria depreender a teoria de Höffe quase exclusivamente da obra *Politische Gerechtigkeit [Justiça política]* – e ainda a partir de uma leitura unilateral – como isso é feito na coletânea de Kersting de maneira metodologicamente surpreendente. Na obra *Moral als Preis der Moderne*, por exemplo, encontramos além disso, no contexto de uma justiça relacionada com o meio ambiente, o enfoque fundamental e decisivo de uma teoria da justiça distributiva: “A idéia da justiça intergeracional nos força a repensar as tradicionais teorias da propriedade. [...] Como dado prévio fundamental, a terra, juntamente com seus frutos, é uma propriedade comum da humanidade, que é transmitida através das gerações. Já que

---

<sup>11</sup> Quanto a Apel, cf. W. REESE-SCHÄFER, *Karl-Otto Apel zur Einführung*, Junius: Hamburg, 1990, p. 121s.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 617.

<sup>13</sup> Por isso é contraditória a seguinte afirmação de Habermas: “Liberdades de ação subjetivas legitimam o abandono da ação comunicativa [...]; elas fundamentam uma privacidade que livra do fardo da liberdade comunicativa mutuamente concedida e exigida.” Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, p. 153.

<sup>14</sup> Cf. Otfried HÖFFE, *Eine Konversion der kritischen Theorie?*.

<sup>15</sup> Portanto, não vejo o direito da *prima occupatio* em Kant como “direito do mais forte”, e sim como instituição obviamente injusta: cf. Jean.-Cristophe MERLE, *Justice et Progrès: Contribution à une Doctrine du Droit économique et social*, Paris: Presses Universitaires de France, 1997, parte II, cap. 1. Para uma defesa de Kant neste ponto veja Wolfgang KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 3. ed., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, p. 66.

<sup>16</sup> Cf. a crítica acertada de B. BARRY, *Justice as Reciprocity*, in: id., *Democracy, Power and Justice: Essays in Political Theory*, Oxford: Clarendon, 1989, p. 463-493, especialmente 487s.

a terra pertence a todas de igual maneira, ela tem o significado de um capital de cujos juros vive toda geração de maneira nova.”<sup>17</sup> No pensamento de Höffe, portanto, não pode ter validade um direito da *prima occupatio* nem entre as gerações nem numa mesma geração. Assim como cada geração, da mesma maneira cada ser humano deveria poder viver dos juros.<sup>18</sup> Em *Vernunft und Recht* encontra-se, como mais um elemento básico puramente distributivo, a proibição do homicídio.<sup>19</sup> Ambas as coisas correspondem à exigência de Kettner de uma alternativa para uma justiça comutativa que exclui tudo o mais, que jamais foi a posição de Höffe: “N dá a cada um o direito ao que é seu e N compromete todos a respeitar o que é legitimamente seu de cada um.”<sup>20</sup> O direito ao usufruto da terra e o direito à vida não pressupõem a justiça comutativa, e sim dois elementos legitimatórios: 1) a posse comum originária da terra, para o que Höffe reconhece uma “tarefa de distribuição” em *Vernunft und Recht*;<sup>21</sup> 2) a capacidade de reconhecer esse direito em outras pessoas, portanto a intersubjetividade.<sup>22</sup>

É conhecido o papel que a intersubjetividade desempenha na ética do discurso. Suponho que também a ética do discurso reivindique *tacitamente* a propriedade comum originária. Do contrário, ela não teria argumento para justificar por que a comunidade do discurso seria responsável por questões econômicas, entre outras. Nesta forma parece-me ser aceitável, para a ética do discurso, aquilo que ela só pode rejeitar como construção estratégica na forma da justiça comutativa.

Contra minha tentativa de consenso poder-se-ia, entretanto, invocar o acento que Höffe coloca na “justiça como troca”, o que poderia, por meio de uma leitura superficial, induzir a erro. Creio que essa objeção a minha interpretação de sua obra simplesmente ignora dois aspectos decisivos: 1) Na obra *Justiça política*, Höffe não desenvolve uma teoria da justiça, como o faz Rawls, por exemplo, e sim apenas uma justificação do *Estado* (o termo “política” refere-se, afinal, à *polis*). O fato de Höffe tentar fundamentar o Estado como *garante* do direito apenas mediante a justiça comutativa ainda não quer dizer que ele queira reduzir a justiça *em geral* à justiça comutativa. 2) Höffe gostaria de contrapor-se resolutamente a uma

<sup>17</sup> Otfried HÖFFE, *Moral als Preis der Moderne*, p. 185.

<sup>18</sup> Cf. também Otfried HÖFFE, *Vernunft und Recht*, p. 38: “Já que o ser humano, como indicamos, como ser corporal não consegue ser livre sem a possibilidade de propriedade, existe aqui uma razão genuína; seria uma razão que conferiria certos espaços de liberdade”. Cf. uma formulação incisiva em id., *Gerechtigkeit als Tausch?: Ein ökonomisches Prinzip für die Ethik*, in: H. LENK; M. MARRING (Eds.), *Wirtschaft und Ethik*, Stuttgart: Reclam, 1992, p. 129: “Uma ordem econômica só é justa se oferece a todos os participantes a oportunidade de desenvolvimento da personalidade.”

<sup>19</sup> Quanto à proibição do homicídio como refutação de uma justiça comutativa absolutizada, cf. A. BUCHANAN, *Justice as Reciprocity versus Subject-Centered Justice*, *Philosophy and Public Affairs*, v. 19, n. 3, p. 227-252, neste caso p. 245, 1990.

<sup>20</sup> M. KETTNER, Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, p. 281.

<sup>21</sup> Cf. também Otfried HÖFFE, *Vernunft und Recht*, p. 204.

<sup>22</sup> Cf. A. HONNETH, Die transzendente Notwendigkeit von Intersubjektivität: Zum zweiten Lehrsatz in Fichtes Naturrechtsabhandlung, in: Jean-Christophe MERLE (Ed.), *Fichte: Grundlage des Naturrechts*, Berlin: Akademie-Verlag, 2001, e B. LUDWIG, Hobbes-Kant-Höffe: Eine Moderne Renaissance des Naturrechtsdenkens?, in: Wolfgang KERSTING (Ed.), *Gerechtigkeit als Tausch?*, p. 130.

determinada e muito disseminada espécie de justiça distributiva. Escreve ele: "A justiça distributiva elimina a pergunta acerca de onde há de vir aquilo que se pretende distribuir. Onde a justiça distributiva enuncia o conceito fundamental, aquilo que se vai distribuir vem 'de cima', [...] de um Estado que tem necessariamente traços paternalistas. Ora, aquilo que se vai distribuir não cai do céu qual maná, mas precisa ser primeiramente produzido."<sup>23</sup> Ao que tudo indica, não se pode acusar a propriedade comum originária de tal eliminação. Em correspondência com a imagem do maná de Nozick, a crítica de Höffe certamente não se dirige contra a distribuição dos recursos,<sup>24</sup> e sim contra a dos produtos, rendas etc. Num só palavra: Höffe contrapõe, com razão, sua teoria da justiça a uma redistribuição, mas não à justiça distributiva que foi exposta. Uma redistribuição até estaria em contradição com a justiça distributiva. A tese de Höffe é, portanto, a seguinte: onde essa justiça distributiva é cumprida, todo o resto do direito deve ser reconstruído apenas através da justiça comutativa. Com efeito, não vejo outro princípio de distribuição que não estaria em contradição com a justiça, e inclusive também com essa justiça distributiva. E desta vez trata-se de uma comutação ou troca na verdadeira acepção de comutação, a qual contém mais do que uma mera reciprocidade de reconhecimento.<sup>25</sup> Isso, porém, não quer dizer que a justiça distributiva só tenha validade histórica (nos primórdios, no dizer de Kant); ela é constantemente atuante, entre outras coisas, na exigência da "igualdade de valor do tomar e do dar".<sup>26</sup> Se Höffe propõe, como "mudança de paradigma", a "substituição da justiça distributiva pela justiça comutativa", isso só é feito explicitamente na "tentativa de aplicar a idéia de troca ao tema da justiça social".<sup>27</sup> E sob justiça social, porém, Höffe entende um *Estado-previdência paternalista* que é responsável pelo bem-estar de seus cidadãos e invoca de maneira abusiva a justiça distributiva, portanto não a justiça distributiva originária que descrevi. Portanto, a acentuação da justiça comutativa ao invés da justiça distributiva originária por parte de Höffe parece-me ser determinada por sua legítima preocupação de desmascarar uma concepção abusiva de justiça distributiva que, aliás, só enfraquece a causa da justiça econômica.

<sup>23</sup> Otfried HÖFFE, *Gerechtigkeit als Tausch?*, p. 121. A mesma argumentação é assumida por ele em *Vernunft und Recht*, p. 204.

<sup>24</sup> Cf. quanto a isso id., *Immanuel Kant*, p. 224: "[Kant] lembra que o fundamento material de todo o direito privado não provém, por sua vez, de um ato jurídico; o fundamento está dado previamente ao ser humano, lhe é presenteado."

<sup>25</sup> M. Kettner acentua, com razão, que a figura da troca "só está à disposição de Höffe *sobre* o fundamento dos direitos humanos, não podendo, ela própria, ser o fundamento dos direitos humanos" (M. KETTNER, *Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte*, p. 270). Quando, porém, ele afirma que no pensamento de Höffe "direitos de liberdade surgem através de atos de troca universal" (*ibid.*, p. 252), isso me parece ser depreendido de uma leitura unilateral de *Justiça política*.

<sup>26</sup> Otfried HÖFFE, *Gerechtigkeit als Tausch?*, p. 121, 128 e 129. Cf. também id., *Vernunft und Recht*, p. 205: "O dar e o tomar precisam ter o mesmo valor; e onde o valor é controvertido precisa haver ao menos uma vantagem mútua."

<sup>27</sup> Id., *ibid.*, p. 207.

Outros defensores da justiça comutativa, como James Buchanan e Gauthier, também reconhecem a justiça distributiva original, por exemplo na forma do *Lockean Proviso* ["ressalva lockeana"], que Gauthier adota de Nozick. O *Proviso*, entretanto, só afirma que toda pessoa pode apropriar-se de qualquer coisa que quiser, "desde que o restante seja quantitativa e qualitativamente suficiente para as outras". Em contraposição a isso, o primeiro nível do argumento kantiano parece muito mais preciso e, por isso, igualmente mais convincente. Ele também me parece mais convincente do que a exposição de Dworkin acerca da igualdade de recursos, na qual ele distingue, de forma fatalmente imprecisa, os recursos originais dos produtos.<sup>28</sup> Além disso, com base nesse argumento é possível fundamentar toda uma teoria do direito social e econômico, como tentei expor alhures,<sup>29</sup> de sorte que considero muito frutífera a combinação de justiça distributiva original e justiça comutativa.

Além disso, a tese da propriedade comum originária tem o mérito de que quase todas as teorias da justiça, desde o surgimento do cristianismo e do *dominium terrae* do livro do Gênesis (direito natural, liberalismo, socialismo, utilitarismo etc.), a pressupuseram tacitamente como paradigma raciocinativo legitimador, mesmo que muitas teorias a tenham, então, em passos argumentativos posteriores, violado mediante um segundo elemento heterogêneo (o direito da *prima occupatio*, por exemplo). Aqui, porém, não quero entrar nessa questão. Já que o princípio da reciprocidade desfruta do mesmo reconhecimento geral, creio que o modelo "justiça distributiva originária e justiça comutativa" poderia constituir a base de um amplo consenso da filosofia do direito e do Estado.

Concluindo, gostaria de formular uma hipótese para explicar a razão por que esse esse ponto de vista permaneceu até agora oculto à ética do discurso. Poder-se-ia aduzir como explicação a suspeita da ética do discurso de que todo direito natural cometa uma falácia naturalista, ou sua adoção acrítica da crítica global de Hegel ao direito natural, e não por último a suspeita de que o direito natural e as teorias da justiça devam ser responsabilizadas pelas injustiças de nossa ordem no que diz respeito à propriedade e à economia. Porém, mesmo desconsiderando tudo isso, Apel acaba fazendo uma confusão fundamental entre o universalismo ético e o formalismo lógico – e neste sentido ele se distingue mais uma vez de Höffe, o qual defende um modelo de "ética e antropologia". Creio que a ética em si precisa referir-se a uma matéria, a saber, à ação num mundo externo em geral. A ética não pode repousar somente na proposição acerca da contradição. É verdade que Apel acrescenta a essa proposição o princípio kantiano da universalização. Kant, porém, relaciona esse princípio com ações e, por conseguinte, também com o pressuposto geral delas: o mundo exterior. Será o mundo fora de nós, portanto, material? Ele o é tanto quanto, na *Crítica da razão pura*, a forma *a priori* da sensi-

<sup>28</sup> Cf. Jean-Christophe MERLE, *Realizing Equality of Resources: A Critical Assessment of Dworkin's Model*, in: S. WESCHE; V. ZANETTI (Eds.), *Dworkin*, Brussel: Ousia, 1998.

<sup>29</sup> Cf. id., *Justice et Progrès*, parte II. Tal teoria vale não só dentro de cada Estado, mas também em termos globais: *ibid.*, p. 227-239, e B. BARRY, *Democracy, Power and Justice*, p. 490.

bilidade – portanto o espaço e o tempo – assim o indica; o espaço e o tempo são, não obstante, pressupostos transcendentais. Degradar o *status* transcendental análogo do mundo externo a um *status* empírico acarreta, dependendo das circunstâncias incluídas, o ceticismo ético, o positivismo ou o decisionismo. Quem, à semelhança de Apel, não percebe o transcendental *específico* da ética tem de necessariamente sujeitar-se a uma forma desse trilema. Hoje, porém, não vamos evidenciar isso detalhadamente.