

Ética do discurso, positivismo jurídico e direito¹

Philippos C. Vassiloyannis²

1. Introdução

Desde sua importante tese de doutorado, o Professor Robert Alexy, persuasivamente, sustentou que a argumentação jurídica constitui um caso especial de argumentação moral.³ Essa peculiaridade reside no fato que a exigência de corretude (*correctness*) da argumentação jurídica somente pode ser satisfeita no sistema institucional de um ordenamento jurídico existente; entretanto, levando em consideração que Alexy não é adepto da concepção relativa da corretude, a concretização daquela afirmação depende do grau de corretude do direito positivo. Se o direito positivo não for correto (e deixando de lado o problema se faz algum sentido falar em direito extremamente injusto⁴), a afirmação da corretude que é inerente à argumentação jurídica (como Alexy também persuasivamente alegou) continuará irrelevante. Do que depende a corretude das proposições do direito positivo?

Faltando uma ponte moral que leve da argumentação moral para a jurídica (em outras palavras, sem justificação moral da forma do direito), a concepção discursiva da argumentação jurídica não pode reproduzir a distinção positivista entre direito e moralidade e acaba em uma simples apologia do discurso jurídico. Alexy ficou satisfeito com uma escolha metodológica bastante tradicional que demonstrou (apesar de não oferecer justificação moral para tanto) a peculiaridade da argumentação jurídica. Indicou o *gênero próximo* ao qual pertence (argumentação moral), e em seguida identificou sua *diferença específica*: a restrição institucional que torna a argumentação jurídica caso especial da argumentação moral. A questão inevitável que surge neste ponto é saber se a argumentação jurídica somente constitui um caso especial de argumentação moral ou se a sua peculiaridade, isto é, a restrição jurídica relevante decorre da concepção discursiva da argumentação jurídica, da ética do discurso, em virtude de razões puramente morais, resumidamente

¹ Tradução: Felipe Nogueira Monteiro. Revisão: Dimitri Dimoulis.

² Projeto de pesquisa financiado conjuntamente pelo Fundo Social Europeu e por recursos nacionais gregos do programa EPEAEK II-PYTHAGORAS II.

³ R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (trad. R. Adler e N. McCormick), Oxford, Oxford University Press, 1989).

⁴ R. Alexy, *The Argument from injustice: A Reply to Legal Positivism* (trad. S.L. Paulson e B. Litschewski

da justificação moral da forma do direito.

Alexy justifica a necessidade do direito invocando⁵, entre outros, a necessidade de solução institucional do seguinte problema: o processo de deliberação (moral?) não garante que surgirá só uma resposta. O problema surge do conhecimento do direito. Esse problema, argumenta Alexy, é resolvido pela promulgação autoritária da lei, pelas decisões políticas alcançadas por meio de processos pré-determinados (legais?) e na base das regras majoritárias. Antecipando um pouco, alguém poderia pensar, seguindo a crítica de Rousseau a Grotius⁶, que a regra majoritária pressupõe unanimidade ao menos uma vez, quando unanimemente estabelecemos essa regra como princípio da tomada de decisões que impõe a adesão da minoria à visão majoritária. Para evitar a circularidade, devemos oferecer uma justificação moral da regra da maioria.

A impossibilidade de resolver o problema do conhecimento do direito conduz – aonde mais? – à anarquia. Por óbvio, esse argumento não estabelece automaticamente a necessidade moral do direito. Por que o positivismo jurídico não aceitaria essa forma de estabelecer a necessidade do direito? Não é meu objetivo neste artigo analisar de um modo sistemático a teoria do direito de Alexy⁷. Devo-me limitar ao argumento que o positivismo jurídico só pode se basear em uma concepção procedimental da argumentação (como aquela elaborada por Habermas, por exemplo), que é a pior versão da teoria da argumentação, tanto para razões epistemológicas como (e principalmente) por razões morais. Por essa razão, no meu entender, Alexy deveria transformar sua interessante concepção da justificação discursiva dos direitos humanos em uma forma mais abrangente de justificação moral do direito.

Um último ponto introdutório: Kant e todos os kantianos são de certo modo formalistas. Seu formalismo, todavia, é baseado em razões morais. O famoso “Eu, livre de vínculos”, usualmente criticado pelas diversas versões de direita e de esquerda do comunitarismo, é o resultado de uma série de abstrações razoáveis e, principalmente, da manifestação de respeito aos outros: com o objetivo de levar todos eles em consideração, sem exclusão e *sub specie aeternitatis*, devem ser feitas determinadas abstrações relevantes e até mesmo radicais⁸. Por outro lado, quando não se justifica com razões morais, mas com um mero apelo procedimental à correteza, o discurso jurídico formalista (independentemente do problema se pode ser realizado com sucesso ou se serve qualquer propósito), conduz ao ressurgimento tardio da *Begriffsjurisprudenz* (o tipo característico

Paulson), Oxford, Oxford University Press, 2002) p. 40.

5 ‘Discourse Theory and Human Rights’ (1996) 9 *Ratio juris* 209-220.

6 J. J. Rousseau, “The Social Contract” in V. Gourevitch (ed.), *The Social Contract and Other Later Political Writing* (Cambridge, Cambridge University Press, 1997) 49.

7 Fiz alguns questionamentos sobre sua teoria em minha breve resenha da tradução inglesa da „Theorie der Grundrechte“ (A *Theory of Constitutional Rights* (trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2004) em: 55 *Northern Ireland Quartely* 2004, 206.

do positivismo jurídico germânico do século XIX) e da denominada *juristische Methode*.

2. Filosofia moral kantiana e ética do discurso

A ética do discurso é seguramente uma realização filosófica. Com efeito, pela elaboração da ética do discurso, Apel e Habermas conseguiram superar com considerável sucesso o modo tradicional de lidar com problemas filosóficos que ignora a virada lingüística na filosofia e também a preocupação dominante meta-ética da filosofia moral após a Segunda Guerra Mundial que aspira explicar a moralidade de modo moralmente neutro, para explorar a linguagem moral sem compromissos de primeira ordem, sem qualquer pré-requisito moral. A ética do discurso, ao menos na versão de Apel, parece justificar a moralidade de maneira fundamentalmente kantiana. Isso significa que, na minha opinião, não se adota propriamente a linha argumentativa de Kant. Portanto, deve ser notado que, enquanto a visão filosófica que o próprio Kant quis refutar é (usando terminologia anacrônica) o consequencialismo e o perfeccionismo, a ética do discurso considera como seu adversário filosófico um tipo de ceticismo radical sobre a possibilidade de fundamentar a moralidade. Essa escolha fundamental de estratégia não é aleatória. Se o programa filosófico da ética do discurso esquece o momento no que se refere a avaliação filosófica do seu descobrimento, corre o risco de ter muito pouco para oferecer à filosofia moral.

Para explicar em linhas gerais a proximidade normativa da filosofia moral de Kant com a ética do discurso, podemos fazer as seguintes observações:

(1) Para Kant, a base da moralidade não pode ser qualquer coisa externa à nossa subjetividade enquanto seres dotados de razão, mas a própria razão prática. Para a ética do discurso, a justificação de julgamentos morais não pode ser externa à nossa subjetividade enquanto seres que discursamos, ou seja, enquanto seres com capacidade de comunicar, de dar argumentos e razões. Nosso julgamento moral só pode ser baseado no melhor argumento.

(2) Para Kant, a moralidade não pode ser baseada no amor próprio. Para a ética do discurso, a moralidade não pode ser monológica. Em outras palavras, Kant e a ética do discurso afirmam que a moralidade não pode ser um problema privado.

(3) Para Kant, o supremo princípio da moralidade não é uma questão de conteúdo substantivo de nossa avaliação moral, ou de relacionamento desse conteúdo com o princípio fundamental de uma moral compreensiva (v.g., ‘amar o próximo como a si mesmo’!). O agente moral se encontra, de acordo com Kant, no escuro se seguir prescrições que não têm sido

submetidas ao escrutínio crítico. Para a ética do discurso, o supremo princípio da moralidade originou-se do reconhecimento de validade de determinadas regras procedimentais inelutáveis, as regras da argumentação. Em suma, no caso de Kant o padrão de escrutínio é o imperativo categórico. No caso da ética do discurso, o princípio do discurso afirma que somente as normas que são ou podem ser resultado de um procedimento argumentativo são válidas. Para o teste crucial de universalidade (transcendência do amor-próprio coletivo ou individual ou, da mesma forma, do monólogo), Kant alega que o agente moral deve conceber máximas pessoais como leis universais. A ética do discurso considera que o agente moral deve seguir regras que ganhariam acordo universal na deliberação ideal: em discursos sem coação, governados exclusivamente pelo melhor argumento.

Deve ser observado desde logo que, tal como o conceito do imperativo categórico, o conceito do princípio do discurso está sujeito a interpretação e é entendido de forma diferente por diversas (e talvez conflitantes) concepções. Podemos formular da seguinte maneira as controvérsias entre diferentes concepções sobre tal princípio:

(i) No estilo kantiano, a ética do discurso não apóia o status da moralidade no conteúdo substantivo de nosso julgamento moral, seja qual for esse, mas nas condições procedimentais de sua validade. A primeira questão que devem enfrentar as diferentes concepções diz respeito à natureza epistemológica ou puramente moral desse empreendimento (ou ambas as coisas, por alguma feliz coincidência: observo de passagem que o empreendimento filosófico paralelo de Kant com relação à justificação filosófica do imperativo categórico é fundamentalmente moral e tem importância epistemológica somente em um sentido derivado: qualquer dependência da moralidade de concepções substantivas do Bem torna a moralidade simples meio para alcançar metas duvidosas; além disso, mesmo se não houver incerteza ou indeterminação das exigências impostas aos agentes morais para alcançar seu bem-estar, há certamente uma obrigação moral de respeitar o pluralismo em relação às concepções que eles aprovam). Agora, se o projeto filosófico da ética do discurso for de cunho epistemológico, isso reflete uma importante demanda moral de certeza. Entretanto, a primordial e mais importante questão nesse ponto não é tanto a certeza como a própria idéia da correteza moral.

(ii) A ética do discurso aspira fornecer uma resposta definitiva e não suscetível de discussão ao desafio cético radical com relação a possibilidade de justificar nosso julgamento moral. Mas em que consiste este objetivo? Poderia consistir somente na afirmação da característica inelutável da argumentação moral (concepção meramente procedimental do princípio do discurso). Mas a ética do discurso coloca todos os temas de conteúdo da moral além do objetivo da filosofia

moral, confrontando o cético com o dilema crítico: ou ele dispensa totalmente a argumentação ou admite sua derrota e participa seriamente à argumentação. O relevante conjunto de questões para os teóricos do discurso é se, como e em que medida podemos argumentar sobre um assunto moral do ponto de vista do próprio discurso moral. Mais importante para o nosso propósito é a pergunta: como decorre dos discursos éticos a necessidade moral do direito, a forma do direito.

Em seguida darei ênfase ao significado moral da deliberação em vez da suposta importância do discurso para a moralidade. Argumentarei que a ética do discurso pode plausivelmente ser considerada como ponto de entrada privilegiado no mundo moral somente na medida em que explica de sua maneira peculiar, como sustenta Apel,⁹ o famoso *fato da razão*, que Kant também invocou como prova do direito moral (ao invés de qualquer outro). Mas para comprovar isso me parece que a ética do discurso deve mostrar que as regras da argumentação possuem fundamentalmente valor moral. Antes de apresentar o principal argumento, queria analisar aquilo que me parece ser uma defesa não realista da ética do discurso.

De acordo com Habermas (pelo menos em seus primeiros trabalhos¹⁰) "critério da verdade de proposições é a possibilidade de concordância universal [*Zustimmung*] com uma opinião, considerando que critério do caráter correto de uma recomendação ou admoestação é a possibilidade de acordo universal [*Übereinstimmung*] sobre uma opinião".¹¹ A realização bem-sucedida de um ato de fala (*speech act*) relevante pressupõe normas do discurso correto (*fair*). São essas normas que tornam possível um consenso bem fundamentado entre participantes em um procedimento argumentativo; ou seja, um consenso baseado no melhor argumento (que é alcançado sob condições de comunicação ideal). De acordo com esse critério moral (que Habermas preferiria que fosse meta-ético), só são corretos atos em conformidade com normas, cuja validade é baseada no potencial consenso de todos os interessados sob condições de comunicação ideal.

Já nessa etapa preliminar podemos levantar um número de objeções a essa visão. Primeiro, se devemos levar a ética do discurso a sério, como podemos conhecer qual argumento é o melhor antes de realizar o procedimento argumentativo? O melhor argumento não pode ser identificado antes da conclusão de tal procedimento. Alguém poderia invocar o paradoxo de Rousseau: em um processo de votação, o desejo de um indivíduo não pode ser avaliado pela sua conformidade com a *volonté générale* (e não a *volonté des tous*), até que a *volonté générale* se

9 K.-O. Apel, 'Notwendigkeit, Schwierigkeit, und Möglichkeit einer philosophischen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft' in *Αφιέρωμα στον Κωνσταντίνο Τσάτσο* [Estudos em homenagem a Constantine Tsatsos] (Atenas, Sakkoulas, 1980) 20.

10 J. Habermas, *On the Pragmatics of Social Interaction: Preliminary Studies in the Theory of Communicative Action* (trad. B. Further, Cambridge Mass, MIT Press, 2001) 85. Não examino as elaborações posteriores dessa idéia por Habermas. Esse texto objetiva realizar observações filosóficas e não biográficas.

manifeste no resultado do voto.¹² Concordamos com uma opinião porque é verdadeira. Não importa como se torce ou distorce isso, a teoria consensual da verdade continua sendo uma teoria bizarra sobre a verdade. Colocando isso de forma enfática, qualquer teoria deve ter alguma correspondência monológica com a realidade. Visto de um diferente ângulo, mesmo se a idéia da verdade (ou correte) como consenso simplesmente reafirma o denominado "argumento contra a linguagem privada", de um ponto de vista moral revela-se completamente trivial. A correte como consenso só pode adquirir significado moral genuíno se for relacionada com algumas razões morais.

Justificação das regras do discurso

A ética do discurso objetiva eliminar um, à primeira vista considerável, ônus da prova, imposto pelo denominado trilema de Münchhausen. A ética do discurso enfrenta a objeção que parece impossível fundamentar nossos julgamentos morais de maneira completamente racional, porque, para fazer isso, deveríamos sempre invocar uma norma moral superior, criando-se um regresso infinito. Cada norma que invocamos deve ser justificada por uma superior etc.¹³ Esse suposto regresso infinito foi interrompido graças a um brilhante argumento filosófico de Apel que ele denominou pragmático-transcendental: Quem afirma que a tentativa de fornecer uma última justificação de nossos julgamentos morais é inútil cai em uma contradição performativa. Se ele estiver realmente participando do processo argumentativo deveria reconhecer como válido um conjunto mínimo de normas morais irrefutáveis que são necessárias para qualquer procedimento argumentativo,¹⁴ inclusive em relação à possibilidade de levantar objeções céticas. Então o cético radical refuta ele próprio.

Habermas¹⁵ defende também a posição que as normas discursivas são condição prévia imprescindível e não simples convenções que simplesmente foram aceitas pelos participantes. Vejamos a frase (1): *Eu disse uma mentira a A para convencê-lo que p.*

Quando o interlocutor nessa situação afirma que p, entra em um discurso e por isso aceita a condição epistêmica que não pode, adequadamente falando, convencer alguém usando

11 *Ibid.*, 92.

12 Rousseau, nota 6, 124.

13 H. Albert, *Treatise on Critical Reason* (trad. M. Rorty, Princeton, Princeton University Press, 1985) 16.

14 J. Habermas, "Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification" in *Moral Consciousness and Communicative Action* (trad. C Lenhardt, S Weber Nicholsen), Cambridge Mass, MIT, 1992) 79.

15 *Ibid.*, 89.

mentiras, mas quanto muito, "pode levá-lo em acreditar que algo seja verdadeiro". Para que o conteúdo de nossos julgamentos morais seja congruente com sua inerente (tácita) pretensão de correte, devemos abster-se de surpresas epistêmicas e reconhecer a validade da regra do discurso

(1): Cada interlocutor só pode afirmar o que ele próprio acredita.¹⁶

Considerando essa regra, a afirmação na frase (1) é discursivamente impossível. Vejamos a frase (2): *Depois de excluir A, B e C do discurso (obrigando-os ao silêncio ou impondo-lhes nossas próprias visões), conseguimos convencer-nos que a norma x é válida.*

Qualquer tentativa de justificar a validade de x apelando ao fato de nosso acordo envolve uma contradição. Por um lado, nossa conduta viola as condições prévias argumentativas que governam a harmonização de atos de fala ilocucionários (*illocutionary*) e perlocucionários (*perlocutionary*)¹⁷, a saber, que enderecemos tais atos de fala para uma comunidade de comunicação não vinculada. Por outro lado, reconhecemos tacitamente a força das referidas condições prévias quando argumentamos pela correte da norma x. Dessa situação normativa podemos depreender as seguintes regras do discurso¹⁸:

(2.1) Qualquer pessoa que possa falar poderá fazer parte do discurso.

(2.2) (a) Qualquer pessoa pode problematizar uma afirmação.

(b) Qualquer pessoa pode introduzir qualquer afirmação no discurso.

(c) Qualquer pessoa pode expressar suas opiniões, desejos ou necessidades.

(2.3) Nenhum interlocutor pode ser submetido a coação dentro ou fora do discurso no intuito de não exercer seus direitos estabelecidos no item (2.1) e (2.2).

A justificação das normas discursivas é transcendental, seguindo a fórmula:

A afirmação "que p" é possível se e somente se for verdadeiro (1) (2.1) (2.2) (2.3).

Portanto, (1) (2.1) (2.2) (2.3).

16 R. Alexy, "A Theory of Practical Discourse" in S. Benhabib (ed), *The communicative Ethics Controversy* (Cambridge Mass, MIT Press, 1992) 79.

17 Os termos *Illocutionary act* e *Perlocutionary act* foram criados por John L. Austin (*How to do things with Words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. Ed. J. O. Urmson. Oxford: Clarendon, 1962). Quando se diz algo, ao emitir uma opinião, tem-se um *illocutionary act*, ao passo que o efeito que esta opinião faz no receptor, convencendo-o, ou não, se denomina *perlocutionary act* (Nota do Tradutor).

O argumento pragmático-transcendental

De acordo com Apel, "Qualquer pessoa que participar da argumentação já confirmou *in actu* e reconheceu que a *razão é prática*, ou seja, *responsável por condutas humanas*". O autor reconhece que a pretensão de correteza somente pode ser satisfeita pela troca de argumentos. Isso significa que "as normas de argumentação ideal, em uma comunidade de participantes que se comunicam de maneira em princípio não vinculada e se reconhecem mutuamente como iguais, constituem *condições normativas para a possibilidade de alcançar pelo consenso uma decisão sobre pretensões de correteza moral*".¹⁹

Portanto, o consenso deve inevitavelmente ser procurado, sem examinar se sua obtenção é, de fato, viável. Aqui, igualmente, precisamos diferenciar o consenso ideal do real, pois a impossibilidade de consenso real não encerra a possibilidade de consenso ideal (uma analogia pode ser feita com o esquema dos princípios de justiça de Rawls, sobre o qual concordariam as partes na posição original). A norma moral fundamental antes mencionada não necessita, de acordo com Apel, de (ulterior) justificação; quem exige tal justificação será acusado de *apaideusia* (deficiente formação cultural)²⁰ como disse Aristóteles: "é indício de deficiente formação cultural não saber do que devemos pedir provas, e do que não devemos"²¹.

Na verdade, a validade dos pressupostos pragmático-transcendentais da argumentação não depende do gosto subjetivo dos interlocutores. Quem se recusa em aceitá-los abdica de sua condição de pessoa e se envolve em uma "rota patológica, no final da qual existe 'idiotice', ou seja, perde-se a identidade pessoal que tinha sido alcançada discursivamente".²² Somos livres, argumenta Apel, para violar a norma pragmática-transcendental do discurso, mas não para negar sua validade. Caso contrário, perdemos nossa capacidade para comunicação e auto-identificação (até no monólogo sério devemos pressupor determinadas normas discursivas morais. Por exemplo, temos o direito de mentir para nós mesmos? Por essa razão a contínua objeção da ética do discurso dirigida à filosofia tradicional (incluindo a kantiana), que presumivelmente é monológica é totalmente injustificada. A rigor, não pode existir monólogo, nem mesmo monólogo filosófico, da mesma forma como não existe linguagem privada).

Baseando-se nessa análise, podemos afirmar o argumento pragmático-transcendental

18 *Ibid*, p. 166.

19 Apel, nota 9, 264.

20 *Ibid*, 252.

21 *Metaphysics*, 1006a 6-9 (Livro I-X, trad. H. Tredemnick, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1933) 162-3).

22 Apel, nota 9, 270.

da seguinte maneira²³: (1) Quem participa do discurso inicia um jogo que é necessariamente governado por normas vinculantes. (2) Quem não participa do discurso, ou seja, não tem a capacidade de oferecer razões, não pode participar do mais elementar nível da específica "forma humana de vida". Ou, para formular o argumento a favor da ética do discurso em termos semelhantes com a empreitada metodológica cartesiana: quem questiona a ética do discurso já está participando da argumentação e por isso reconhece *in actu* o caráter moral da argumentação.

Em suma, aceitar normas discursivas significa ter a capacidade de participar em um nível elementar da peculiar "forma humana de vida", porque em cada cultura é possível fazer a pergunta "por que?", e, portanto, usar determinados *universalia*. Mas é possível justificar de modo semelhante normas morais e legais, por exemplo, as normas morais contidas na garantia constitucional de determinados direitos fundamentais? Em outras palavras, é possível apelar para a ética do discurso objetivando refutar adequadamente não somente desafios céticos, mas também desafios relativistas?

Moralidade substantiva e procedimental

A possibilidade de tal justificação direta de normas morais e jurídicas – mesmo das mais fundamentais e auto-evidentes – é negada pelo Habermas, em particular em suas obras tardias, bastante influenciadas por certa versão do positivismo jurídico. Nesses estudos, Habermas²⁴ alega que a ética do discurso, quando justifica o princípio do discurso, é cognitivista, no sentido de se opor ao ceticismo, porque demonstra que é possível justificar nossos julgamentos morais. É também universalista, no sentido de se opor ao relativismo, porque demonstra que todos os participantes no discurso podem alcançar acordo em determinados julgamentos sobre a validade de normas legais e morais, quando sua validade torna-se objeto de um discurso real. Entretanto, prossegue Habermas, a ética do discurso é estritamente formalista, ao contrário das teorias substantivas e perfeccionistas do bem-estar. A terceira característica reflete o compromisso da ética do discurso com a validade de determinadas normas de argumentação universal. Por outro lado, excluindo qualquer recurso, mesmo parcial, à ética deontológica substantiva, o formalismo indica a aderência metodológica estrita da ética do discurso ao procedimentalismo.

23 R. Alexy, "Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker" in *Theorie der juristischen Argumentation*, 2a ed. (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991) 418.

24 J. Habermas, "Moral Consciousness and Communicative Action" in *Moral Consciousness and Communicative Action*, nota 14, 120.

"As normas básicas de direito e moral", afirma Habermas²⁵, "não pertencem à jurisdição da teoria moral"; devem ser vistos como princípios substantivos que devem ser justificados em discursos práticos". As normas essenciais de conduta, em resumo, nossos direitos e deveres, emergem inevitavelmente de discursos reais:

“Até a mudança das circunstâncias históricas, cada época espalha sua própria luz sobre idéias práticas-morais fundamentais. Apesar disso, em tais discursos usamos sempre regras de argumentação normativa substantiva. São somente essas normas que a pragmática transcendental, estão em posição de obter.”²⁶

Essa citação cria a dúvida se as normas discursivas não têm outras pressuposições normativas e se um discurso pode produzir qualquer resultado. Para começar, podemos razoavelmente levantar a seguinte questão: Uma concepção procedimental estrita da ética do discurso tem valor normativo? Examinemos o tema paralelo do valor normativo de um princípio de justiça estritamente procedimental, como algo conceitualmente distinto das questões substantivas da justiça distributiva. Em sua crítica da teoria de justiça de Rawls, Habermas alega que Rawls errou porque não aderiu à concepção procedimental estrita de sua teoria, livre de pressupostos substantivos.²⁷ Em sentido contrário, de acordo com Habermas, a ética do discurso “é focada exclusivamente nos aspectos procedimentais do uso público da razão e (...) deixa mais questões abertas porque confia mais no *processo* da opinião racional e da formação de vontade”²⁸.

Em sua resposta, Rawls sustenta persuasivamente que não vê porque a ética do discurso não deveria ser pensada em termos substantivos também²⁹ e apresenta uma distinção plausível entre justiça (ou correte) do procedimento e justiça (ou correte) de seu resultado. Ambos os tipos de justiça são utilizados para exemplificar determinados valores políticos e devem ser harmonizados. A justiça de certos procedimentos está sempre baseada na justiça de seus prováveis resultados, ou seja, na justiça substantiva. Portanto, conclui Rawls, "justiça procedimental e substantiva são conectadas e não separadas"³⁰. Disso podemos inferir que os procedimentos justos estão baseados em valores procedimentais, como o valor da imparcialidade que confere a todos

25 Ibid., 86.

26 Ibid.

27 J. Habermas, "Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawl's Political Liberalism" (1995) 92 *Journal of Philosophy* 109, e a réplica de Rawls. "Reply to Habermas" (1995) 92 *Journal of Philosophy* 132.

28 Rawls, *ibid*, 131.

29 Rawls, *ibid.*, 170.

30 Ibid.

iguais chances de apresentar seu caso publicamente e de maneira justa.³¹

Assim sendo, para Rawls, se posicionar nesse tema não significa escolher entre justiça procedimental e substantiva, desde que todos os lados concordem que a justiça procedimental é também baseada na justiça substantiva, como ocorre na controvérsia entre "majoritários" e "constitucionalistas". Os primeiros não alegam que o regime democrático é simplesmente procedimental, mas dizem que serve determinados valores substantivos,³² por exemplo, que a regra majoritária (assim como os compromissos políticos necessários para garantir sua efetivação institucional) é algo bom porque garante a auto-determinação, pelo menos da maioria dos cidadãos.³³

Se não fosse assim, os majoritários não poderiam defender sua causa contra os constitucionalistas. Rawls observa que Habermas concorda que a deliberação pública somente pode produzir resultados razoáveis se manter adequadamente as condições de comunicação ideal. Ou seja, suas regras devem realizar, na medida do possível, a igualdade, imparcialidade, abertura e falta de coerção, para então, como resultado, ser possível generalizar os interesses de todos os participantes. O resultado do procedimento é, portanto, substantivo. Isso é admitido – de maneira digna de atenção - pelo próprio Habermas quando alega que "os resultados da formação da vontade política são razoáveis".³⁴ Seu acordo pode também ser tacitamente inferido do fato que ele não alega que todas as questões substantivas são abertas no discurso real.³⁵

O mesmo pode ser dito sobre o discurso moral em geral. Alguém pode razoavelmente distinguir entre moralidade procedimental e substantiva, moralidade de procedimento e de resultados. Ambos os tipos de moralidade exemplificam determinados valores morais e devem ser harmonizados. A moralidade do procedimento sempre depende do mérito moral de seu provável resultado, ou seja, da moralidade substantiva (e não da sorte). Portanto, podemos concluir, acompanhando Rawls, que a moralidade procedimental e substantiva estão conectadas e não separadas.

Regras do discurso como simples normas de fala?

Suponhamos agora que Habermas afirme que todas as matérias substantivas estão

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, 172.

33 H. Kelsen, "On the Essence and Value of Democracy" in A.J. Jacobson e B. Schlink (eds.), Weimar: *A Jurisprudence Crisis* (California, University of California Press, 2002) 100.

34 Rawls, "Reply to Habermas", nota 27, 173.

abertas ao discurso, no sentido de que serão resolvidas por mera decisão política. Nessa versão que pode razoavelmente ser atribuída a Habermas, a ética do discurso não têm recursos para refutar o desafio relativista que previsivelmente será lançado. De qualquer modo, nessa leitura, a ética do discurso recua ao nível meta-ético, tornando-se vulnerável a um número de objeções epistemológicas cruciais que apresentam também relevância moral direta. A pergunta é: Como podemos sempre justificar a distinção entre a norma (2.1): Qualquer pessoa que possa falar poderá fazer parte do discurso; e a norma equivalente semanticamente (2.1)‘: Qualquer pessoa que possa falar poderá fazer parte do discurso?

Nessa ótica a primeira vincularia a pessoa na qualidade de interlocutor; a segunda vincularia a pessoa na qualidade de agente moral, isto é, como titular de direitos e deveres em face dos demais (por exemplo, podemos de maneira plausível imaginar que a norma (2.1)‘ expressa uma cláusula que garante os direitos relevantes em uma comunidade política ideal e ecumênica)?

Alexy insiste que as normas discursivas são somente normas de fala e, por isso, não podemos diretamente depreender delas normas substantivas de conduta.³⁶ Que tipo de impossibilidade temos aqui? Alexy não pode querer dizer que é uma impossibilidade lógica. Mas se a impossibilidade não for lógica, então, a alegação de Alexy será baseada em razões morais ou será circular. Tal alegação só pode ser sustentada apelando para razões morais substantivas (valeria a pena analisar a natureza dessas razões na perspectiva da ética do discurso, porque elas provavelmente também justificariam a forma do direito e o distinguiriam da moralidade no sentido estrito, cuja singularidade, conforme vimos, está estabelecida com emprego do argumento pragmático-transcendental).

Podemos melhor entender a fonte da persistência na meta-ética indicando a correlação entre procedimento e correteza que está latente na teoria discursiva.³⁷ Alexy pensa que a tese da única resposta certa somente pode ser, epistemologicamente, baseada na teoria da correteza absoluta. Em seguida distingue entre necessidade, impossibilidade e possibilidade discursiva³⁸, de forma que determinados juízos sejam discursivamente necessários ou impossíveis e outros discursivamente possíveis. Constatamos a necessidade ou impossibilidade discursiva pela utilização das normas do discurso como premissas de nosso julgamento moral. Assim, por exemplo, começando pelas referidas regras (2.1), (2.2), e (2.3), podemos apresentar uma justificação para determinadas convicções morais³⁹, tais como o demérito moral da exclusão social.

35 *Ibid*, 174.

36 Alexy, nota 5, 222.

37 Alexy, nota 23, 410.

38 Alexy, nota 5, 177.

39 J. Rawls, *A Theory of Justice*, ed. revista (Oxford, Oxford University Press, 1999) 42.

O exemplo sugere que o apelo à idéia da necessidade ou impossibilidade discursiva permite identificar determinadas razões morais que precedem o discurso; em outras palavras, apelando para essa idéia, parecemos capazes de estabelecer normas de condutas com base em simples normas de fala. Mas esta conclusão está compatível com a concepção procedimental estrita do princípio do discurso, pelo qual o mero pedido de justificação dos julgamentos morais é o teste que avalia a justificação?

Do ponto de vista da teoria do ato de fala, na qual se baseia amplamente a concepção discursiva da ética em Habermas, é insustentável a distinção entre a regra (2.1) como simples norma de fala e a mesma norma como norma de conduta. Seguramente não pode ser uma distinção conceitual, porque a própria fala está apresentada por meio de atos e não somente palavras.⁴⁰ Utilizamos palavras para concretizar vários atos, como declarar, prometer, ameaçar, insultar, difamar, elogiar, contar mentiras e assim por diante, e é precisamente por meio de palavras que consentimos.

Uma outra possibilidade seria pensar que o cerne da distinção sob discussão é que as normas de discurso somente vinculam no âmbito de um discurso, mas não necessariamente fora do discurso. Mas esse tipo de auto-restrição não parece decorrer ou ser compatível com a concepção procedimental (no sentido de Habermas) da ética do discurso, que se refere a discursos institucionalizados, por exemplo, à resolução de litígios perante o tribunal. Isso é um caso de discurso na medida em que é governado pelas regras do discurso. Certamente há uma diferença, pois no processo judicial as normas do discurso se endereçam a agentes morais (os vários participantes do processo, cujos papéis são definidos por direitos e deveres processuais, como o dever de sinceridade). Entretanto, essa diferença não é suficiente para motivar uma mudança conceitual, uma transformação radical no conteúdo das próprias regras enquanto normas universais. Portanto, concluo que a distinção só pode ser de cunho moral.

Vejamos o próximo exemplo. Segundo a distinção em questão, o dever de sinceridade vincula os interlocutores em um discurso, mas não os titulares do direito constitucional da liberdade de expressão. Ou, para dizer o mesmo na perspectiva da primeira pessoa, devo ser honesto como participante no discurso moral, de outra maneira estaria me refutando *in actu*. Entretanto, como escritor, político ou cidadão, teria o direito de questionar o Holocausto como fato histórico, mesmo se faço isso com a intenção de enganar meu auditório. Mas por que, genericamente falando, tenho o direito de mentir em virtude da minha liberdade de expressão? E, além disso: é compatível com a ética do discurso dizer que o direito a mentir é só discursivamente possível? Ou seja, dizer que é

40 Por isso a crítica feminista da pornografia, alegando que não é fala e portanto não se tutela pela liberdade de expressão, não é justificada, pelo menos não por essa razão; cf R. Langton, "Pornography Speech

uma questão aberta saber se esse direito deve ou não ser garantido por uma norma jurídica?

O discurso como fato da razão

De acordo com a concepção estritamente procedimental do princípio do discurso, a teoria moral não oferece uma razão moral – e não deve oferecer, ao menos que seja inspirada pelo ideal platônico dos "reis-filósofos". No máximo oferece normas de justificação. Além disso, a razão moral deve ser justificada pelo processo do discurso verdadeiro entre pessoas reais, cidadãos existentes, considerados como livres e iguais. Por isso é necessária uma democracia possível (embora não necessariamente a melhor na perspectiva da teoria da democracia), que seja dotada de autoridade, como mecanismo institucional para a aplicação e não para o descobrimento ou a construção moral do direito. A ética do discurso, como qualquer teoria moral, deve ser complementada por uma teoria do direito (assim como por um legislador). Essa teoria não é necessariamente o positivismo jurídico (e tampouco é legislador qualquer instituição deliberativa).

Vimos que Habermas (assim como Alexy) nega que as normas do discurso que decorrem de maneira pragmática-transcendental possam nos vincular na qualidade de agentes morais, qualquer que seja o significado dessa qualificação. Nesse ponto, é justo perguntar se em virtude da justificação pragmática-transcendental das normas de argumentação, temos razões morais para observar essas normas, e, além disso, se tais razões morais não mais se aplicam quando uma norma substantiva de conduta (qualquer que seja o significado da locução "norma substantiva de conduta") não é fundamentada de maneira transcendental-pragmática.

Para começar, as contradições performativas na conduta dos agentes morais são concebíveis e bem conhecidas na filosofia política. Consideremos o caso da escravidão. A abdicação de sua própria personalidade constitui uma ação extremamente contraditória que leva à autonegação. Assim sendo não pode ser, a rigor, um compromisso legalmente vinculante.⁴¹ A contradição performativa consiste no fato que a alegação de correteza do ato do consentimento (que origina-se do status da parte que consente como um ser racional) contradiz o conteúdo de sua manifestação de vontade.

Acts, and Silence" (1993) 22 *Philosophy and Public Affairs* 293.

41 C. de Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (trad. A.M. Cohler, B.C. Miller e H. Stone, Cambridge, Cambridge University Press, 1989) 247; Rousseau, nota 6, 48; I. Kant, "On the Common Saying That May be True in Theory, but it is of No Use in Practice" in *Practical Philosophy* (M.J. Gregor (trad), Cambridge, Cambridge University Press, 1991) 291; *The Metaphysics of Morals*, in *Practical Philosophy* 431; G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right* (H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1989) 103. Hegel também é citado por K Marx no *Capital: A Critique of Political Economy*, vol.1

No mesmo sentido, do ponto de vista da teoria do discurso, não podemos tolerar os denominados paradoxos da liberdade, da tolerância e da democracia: considerar a abolição de liberdade como resultado de seu exercício conforme o livre arbítrio; não interferir em práticas totalitárias em nome do próprio princípio da tolerância; abolir a democracia após decisão da maioria.⁴² O princípio democrático que é conceitualmente entrelaçado com o princípio do discurso (como argumentarei a seguir), demonstra que tais paradoxos são contradições performativas dos cidadãos livres e iguais.

Além das objeções conceituais demonstradas anteriormente, a versão de Habermas da ética do discurso ignora que o princípio do discurso pode ser concebido como fato da razão (como Apel corretamente sugere). Em poucas palavras, isso significa que como seres sensatos que participamos da argumentação, somos conscientes do direito moral como autoridade suprema e como direito regulatório para nós e inelutavelmente o reconhecemos como tal em nossos pensamentos e julgamentos morais comuns.⁴³ O fato da razão não é o próprio direito moral.⁴⁴ A contradição performativa do cético, que Habermas invoca, não possui conteúdo moral. Na verdade, conforme uma concepção simplesmente procedimental do princípio do discurso, os participantes no discurso devem se reconhecer reciprocamente somente como interlocutores, não como pessoas. Mas essa avaliação de nossos compromissos normativos no decorrer no discurso carece de sentido. Como participantes no discurso somos inelutavelmente forçados a reconhecer nossos interlocutores como pessoas. Caso contrário, não poderíamos distinguir entre uma simples troca de palavras e uma deliberação. Os discursos pressupõem respeito recíproco entre participantes companheiros. Mas por que respeitamos nossos interlocutores? O fato que isso ocorre porque devemos nos comunicar com eles (por razões externas ao discurso) não é a base moral de nosso respeito a eles.

A importância do consenso

Voltando para a teoria de Alexy, não é suficiente que a peculiaridade da forma do direito, sua conexão conceitual com a moralidade, seja baseada em razões morais. Em adição, deve ser baseada em razões que escoam da ética do discurso. Não podendo oferecer aqui uma análise completa (precisaria escrever um livro para tanto), limito-me a algumas observações. Usando a

(B. Fowkes (trad.), London, Pelican Books, 1976) 150.

42 K. Popper, *The Open Society and its Enemies*, vol 1, 5a ed. (London, Routledge and Kegan Paul, 1963) 265, notas 4 e 6.

43 Acompanho a reafirmação da tese por J. Rawls em B. Herman (ed.), *Lectures on the History of Moral Philosophy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000) 260.

terminologia kantiana diríamos que a postulação da razão prática com relação ao direito reside na co-existência de um grupo de pessoas em uma sociedade governada por instituições legais. Em suma, na justificação do exercício da força estatal, da coerção estatal. Essa postulação não pode ser satisfeita, do ponto de vista da ética do discurso, ao menos que instituições legais incorporem respeito ao consenso razoável (ou racional⁴⁵) dos agentes morais como valor moral intrínseco.

Nesse sentido, o consenso revela-se como o conceito chave. Sua função normativa é semelhante com aquela atribuída aos direitos por Dworkin. Ou seja, opera como uma carta que vale como trunfo na tomada de decisões coletivas.⁴⁶ Para dizer algo mais específico sobre a importância do consenso, devemos distinguir entre duas concepções de consenso. De acordo com a primeira, que é a mais popular, o consenso é condição pragmática de determinadas coisas que ocorrem. Por exemplo, não posso ser vinculado a um contrato, ao menos que seja parte.

Mas a ética do discurso não se refere fundamentalmente ao verdadeiro consenso. Em sua ótica (na versão procedimental ou em alguma outra), não estamos somente vinculados pelos resultados dos discursos reais, mas também pelos resultados potenciais ou necessários da deliberação ideal (caso contrário, a exigência do melhor argumento seria normativamente inerte). Mas se, conforme é razoável, aceitamos que o discurso ideal – diferente do discurso real - tem resultados necessários (por exemplo, não decorre necessariamente do discurso ideal que a escravidão é moralmente inaceitável?), então o que acrescenta ao argumento a invocação do consenso? Não seria é, em certo sentido, supérfluo, tal como é a invocação do contrato social no estabelecimento da comunidade política? Na verdade, usando o mesmo exemplo, se os agentes no estado de natureza (ou na posição original, para Rawls), têm as características indicadas, então parece não haver espaço aberto para a negociação entre eles⁴⁷: nessas suposições sobre as circunstâncias nas quais foi supostamente realizado o contrato social, todos agentes possuem interesses idênticos (temos onólogo e não diálogo). Ou, conforme Kant, o direito é um fim em si mesmo e o contrato social que supostamente o cria é redundante.

Isso indica que o segundo tipo de significado normativo de consenso reside no fato que, sem examinar se o discurso é verdadeiramente realizado, alguns julgamentos morais podem ser justificados, enquanto alguns outros são impossíveis. Isso significa, em outras palavras, que é a filosofia moral que indica se um julgamento moral é possível, impossível ou necessário discursivamente. Portanto, temos verdadeiras teorias morais do consenso. O problema da concepção

44 Conforme Rawls, *ibid.*

45 D. Parfit, "What We Could Rationally Will"? (2004) 24 *Tanner Lectures on Human Values* 285.

46 R. Dworkin, "Rights as Trumps", in J. Waldron (ed), *Theories of Rights* (Oxford, Oxford University Press, 1984) 153.

47 Sobre o suposto contratualismo de Rawls, cf. as objeções de J. Hampton, "Contracts and Choices: Does

meramente processual do princípio do discurso, vista como teoria moral do consenso, é que, sem apresentar realmente ou completamente as razões morais para essa escolha, privilegia o consenso real, alcançado pelos participantes nos discursos reais.

A teoria procedimental do consenso apresenta outros problemas (levada ao pé da letra). Não somente falha no seu próprio teste de correte, mas também se revela como teoria não consensual que mina ela mesma. Sem entrar nos detalhes observo que isso é devido à incapacidade da teoria processual de se submeter ao teste que apresenta como teste de correte. Mas por que se revela não consensual? Suponhamos que, ao contrário, seja consensual. Isso significa que será resultado de um discurso real de todas as partes afetadas (ou talvez somente dos filósofos morais), ou resultado de uma deliberação ideal, governada pelo melhor argumento.

A primeira opção é falsificada pela experiência. A segunda opção, defendida por Habermas, está equivocada pelas razões morais que elaborei nesse trabalho. Se, finalmente, alguém alegar que essa concepção processual resulta do diálogo e do confronto com outras visões filosóficas, indubitavelmente está certo, mas somente em um sentido trivial, pois podemos dizer o mesmo sobre qualquer teoria, moral ou outra. Portanto, nenhuma teoria moral precisa ser consensual, a rigor. Por que então não adotar a conclusão contra-intuitiva (ao menos...) que todas as teorias são igualmente verdadeiras (ou falsas)?

A questão crucial é se é justificável usar a força estatal com o objetivo de impor normas morais, mesmo se elas resultam do discurso ideal e até a própria pessoa recalcitrante (em razão de sua conduta) consente com ela (em razão da comunicação). Se fizermos isso, avaliando nossos atos do ponto de vista do requisito consenso, usamos a pessoa recalcitrante como simples meio para impor o fim da verdadeira moralidade. Já que a moralidade não pode ser imposta mediante coação, temos uma razão moral para distingui-la do direito. Essa é a premissa liberal. Aqui, igualmente, é importante afirmar a relevância moral da distinção de Kant entre deveres externos e internos, entre moralidade e legalidade (apesar da acusação do velho e novo hegelianismo, a moralidade kantiana não é vazia).

A premissa discursiva que Alexy formula como: cada um tem o direito de julgar por si mesmo o que é certo e bom, e agir de acordo,⁴⁸ corresponde ao princípio de liberdade kantiano (como constitutivo do direito)⁴⁹, do qual escoam as liberdades individuais. Intimamente conectado com o gozo das liberdades individuais é o dever de respeitar o domínio de todos os demais, que, por sua vez, fundamenta o direito de repelir agressões. Essa premissa corresponde ao princípio de

Rawls have a Social Contract Theory? (1980) 77 *Journal of Philosophy* 315.

48 Alexy, nota 5, 226.

49 Kant, On the Common Saying, nota 41, 291.

igualdade kantiano (como constitutivo do direito).⁵⁰ Finalmente, do mesmo ponto de vista, o destinatário do direito só pode ser o seu criador. Portanto, cada cidadão, além de ser titular dos direitos políticos, deve também ser titular de alguns outros bens primários (no sentido de Rawls⁵¹). Nesse caso, o gozo das liberdades individuais garante a autenticidade da vontade popular. Essa última premissa corresponde ao princípio de independência de Kant (como constitutivo do direito)⁵².

Um aspecto crucial do ponto de vista do destinatário do direito como seu criador é o *uso público da razão* (no sentido de Rawls), a reciprocidade inerente à razão pública. No sistema institucional do discurso democrático livre, os participantes devem não somente satisfazer as pré-condições inelutáveis de seus discursos (especialmente o princípio da liberdade e igualdade, conforme sua especificação institucional), assim como seus resultados consensuais quando não conflitam com as mencionadas pré-condições. Qualquer pessoa que pede a adesão dos demais deve invocar razões que serão aceitas por eles. Em outras palavras, alguém que discorda razoavelmente das razões invocadas não pode ser obrigado. Então devemos procurar um outro ponto de convergência. Nosso método deve permanecer socrático. Quando alguém diz: "Eu discordo", desafia as razões invocadas. Seu desacordo conduz à inadmissibilidade da razão.⁵³ Vale a pena citar uma passagem de Rawls nesse sentido:

“A justificação é endereçada a outros que discordam de nós (...). Justificar nosso julgamento político para outros significa convencê-los mediante a razão pública, ou seja, por meios de argumentação e inferência apropriados para questões políticas fundamentais, e apelando a crenças, fundamentos e valores políticos que é razoável os outros reconhecerem. A justificação pública resulta de algum consenso: da premissa do desacordo de todas as partes, consideradas como livres e iguais e completamente capazes da razão, podemos razoavelmente esperar um acordo livre e comum”.⁵⁴

Teorias morais fundamentalistas que previsivelmente levam a contradições performativas utilizam uma argumentação linear. A ética do discurso procura coerência discursiva (e

50 *Ibid*, 292.

51 Rawls, *Political Liberalism*, nota 8, 179.

52 Kant, *On the Common Saying*, nota 41, 294.

53 Falando mais tecnicamente, a auto-refutação contraria o equilíbrio reflexivo no sentido estrito, o qual satisfaz determinadas condições de racionalidade com princípios dados (J. Rawls, "The Independence of Moral Theory" in S. Freeman (ed.), *Collected Papers* (Cambridge Mass, Harvard University Press, 1999) 289). A reciprocidade é manifestação de equilíbrio reflexivo no sentido estrito, no qual os princípios são *desiderata*. Cf. N. Daniels, *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996) 1.

54 J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge Mass, Beknap Press of Harvard University

não somente monológica). Foi corretamente indicado que a coerência é como "um quebra cabeça com pedaços formatados de forma idêntica, um quadrado de uma polegada, que devem ser organizados em uma figura com significado e coerente"⁵⁵. Se colocarmos mal um quadrado, isso afeta o correto arranjo do resto. Aplicando a metáfora no contexto de nossa discussão, poderíamos dizer que cidadãos não iguais e não livres podem ter sua convicção violada, sem afetar a correteza da decisão coletiva. Isso significa que todas as decisões tomadas por meio do processo democrático são em princípio corretas, desde que nossa teoria da democracia também seja correta. Quando essa condição é satisfeita, os processos democráticos ideais têm valores intrínsecos. Sua violação, não atribuindo o devido respeito a cada cidadão livre e igual, torna a decisão coletiva imediatamente inaceitável, sem necessidade de recorrer a qualquer critério externo de correteza.

Do mesmo ponto de vista, a regra majoritária deve ser mantida, por estar entrelaçada com o princípio categórico da autonomia como consenso. Foi observado que se não fosse assim, a ética do discurso não poderia lidar com a questão normativa do desacordo⁵⁶. Certo desacordo e a insistência na unanimidade conduziram inevitavelmente à exclusão de alguns interlocutores do discurso ou fariam que alguns argumentos fossem privilegiados por razões externas ao discurso e em violação a normas do discurso.

Esboço de uma justificação discursiva

Esse é o primeiro passo em direção ao esboço de uma justificação discursiva dos princípios fundamentais do direito, aos quais pertencem os direitos individuais, políticos e sociais. O resto do direito pode ser fundamentado, conforme o princípio da autonomia como consenso, em contratos entre agentes morais titulares de direitos no mundo legal competitivo. Portanto, o direito como contrato adquire todas as características distintivas de um contrato em geral. Isso pressupõe liberdade política e individual, igualdade de permissões e consideração, e ignora os motivos que conduziram as partes contratantes à formação de sua vontade, pois só interessa a coincidência de suas vontades, sem levar em conta outras metas e objetivos que possam ter (e que normalmente objetivam garantir seu bem-estar).

Podemos, dessa maneira, inferir que Apel, ao contrário do relutante Habermas,

Press, 2001) 27.

55 K. J. Dress, "Coherence" in D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford, Blackwell Publishers, 1996) 535.

56 G. Postema, "Public Practical Reason: Political Practice" in I. Shapiro and J. Wagner deCew (eds), *Theory and Practice* (New York, New York University Press, 1995), 372.

indicou corretamente o liame interno entre o princípio do discurso e a moralidade política do Estado constitucional:

"O significado do argumento moral pode ser expresso pelo nada novo princípio que todas as *necessidades* humanas – como pedidos potenciais –, isto é, como pedidos que podem ser harmonizados com as necessidades de todos os demais mediante argumentação, deve ser assunto da comunidade de comunicação (...). Isso expressa o princípio básico de uma ética da comunicação, um princípio que também representa uma até agora não existente fundamentação da formação democrática de vontade mediante *acordo* ("convenção"). A norma básica (...) adquire sua característica vinculante não simplesmente pelo *reconhecimento fático* daqueles que alcançam um acordo ("modelo contratual"). Essa norma vincula todas as pessoas que adquirem "competência comunicativa" por meio do processo de socialização para tentar um acordo em relação à formação de vontade coletiva em cada questão que afeta o *interesse* (a possível reivindicação) de outros. Além disso, é a norma básica – e não, por exemplo, o *fato* que um determinado acordo foi alcançado – que garante o caráter moralmente vinculante das normas individuais em virtude de acordo."⁵⁷

O direito pode ser um contrato, mas não é exaurido pelo conteúdo do contrato; inclui necessariamente condições valorativas e pressuposições normativas. O conteúdo do direito, através do conteúdo do contrato, não pode ser qualquer coisa. Isso é devido a razões morais, em virtude de sua fundamentação, e não em virtude do auto-compromisso de certos agentes livres (aqui uso a 'liberdade' no sentido hobbesiano).

Conclusão

Uma concepção meramente procedimental do princípio do discurso mostra-se não kantiana no ponto crucial da conexão essencial entre direito e moral (embora deveria ser kantiano). No entanto, no que se refere ao direito de resistência, essa concepção se mostra kantiana (embora seria melhor se não fosse). De acordo com Kant, a única forma de desobediência ao soberano que é compatível com a forma jurídica é o direito a crítica moderada, pois o soberano possui o monopólio da força, mas não o monopólio do conhecimento: para expressar a vontade geral, deve procurar seu

57 "The a priori of the communication community and the foundation of ethics: The problem of a rational foundation of ethics in the scientific age" in *Towards a Transformation of Philosophy* (P. Vandavelde, G. Adey and D. Fisby (trad.), London, Routledge and Kegan Paul, 1980) 277.

esclarecimento, caso contrário ele se contradiz *in actu*.⁵⁸

Separando o direito de um princípio do discurso deontológico, o resultado substantivo correto do discurso moral é somente apresentado ao soberano (qualquer que seja o ele, em particular o povo-eleitorado). Então, o soberano pode errar, sem que isso questione a legalidade. Para que seja feito tal questionamento, é necessária a conexão conceitual entre direito e moral; em resumo, uma comunidade governada de fato por princípios de justiça. Mas mesmo em tal comunidade, o respeito por determinados processos decisórios democráticos não impede a objeção consciente monológica ou a desobediência civil, precisamente porque há algumas liberdades individuais e políticas que não podem ser violadas na democracia, pois a formação da vontade democrática as pressupõe. Mas afirmar isso significa entrar em outro tema.

58 Kant, *On the Common Saying*, nota 41, 302.