

DIREITOS HUMANOS NA DIVERSIDADE: LEGITIMAÇÃO E APLICABILIDADE PELA VIA DA TEORIA DO DISCURSO

ILMAR PEREIRA DO AMARAL JÚNIOR,¹ ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA (orientador).²

Resumo: O objetivo deste trabalho é apresentar a correlação, sob os prismas da legitimação e da aplicabilidade, entre os direitos humanos universais e as reivindicações particularistas protagonizadas pelos grupos minoritários nas sociedades multiculturais. Defende-se o discurso de legitimação como uma etapa logicamente anterior ao discurso de aplicação das normas de direitos humanos. A *teoria do discurso*, desenvolvida por Habermas e Alexy, é utilizada neste trabalho como uma teoria pós-positivista procedimental de construção das normas e de correção prática. É um empreendimento de legitimação adequado, pois se amolda bem à diversidade e ao princípio da igualdade material, uma vez que permite o reconhecimento postulado pelos grupos culturais integrantes das sociedades pluralistas contemporâneas, através da consideração de seus interesses e visões de mundo, na medida em que eles possam participar de discursos na esfera pública, mediante a livre e igualitária exposição de argumentos racionais.

Palavras-chave: Direitos humanos; Diversidade; Legitimação, Teoria do discurso.

Abstract: The aim of this work is to present the relationship, from the perspective of legitimacy and applicability, between universal human rights and the particularistic claims played out by minority groups in multicultural societies. We endorse the discourse of legitimacy as a step logically prior to the discourse of application of human rights norms. The *discourse theory*, developed by Habermas and Alexy, is used in this study as a post-positivist procedural theory of construction of rules and practice correction. It is a project of legitimation appropriate, because it conforms well to the diversity and the principle of substantive equality, as it allows the recognition postulated by members of cultural groups in contemporary pluralistic societies, through the consideration of their interests and world views, as where they can participate in discourses in the public sphere, through the free and equal exposure to rational arguments.

Keywords: Human rights; Diversity; Legitimation, Discourse theory.

¹ Faculdade de Direito. Universidade Federal de Uberlândia. Endereço: Av. Nicodemos Alves dos Santos, 412, Bairro Saraiva, Uberlândia-MG, CEP: 38408-032. E-mail: ilmarjr@yahoo.com.br

² Faculdade de Direito. Universidade Federal de Uberlândia. Endereço: R. Atílio Valentini, 1345, Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP: 38408-214. E-mail: garridosilva@ig.com.br

I. INTRODUÇÃO

A concepção de direitos humanos, parte do sentimento moral universalista, tem norteado o constitucionalismo moderno, de tal modo que sua inclusão nos textos constitucionais tornou-se inerente ao próprio conceito de Estado democrático de direito. Os Estados-nação, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, tomaram consciência da necessidade de positivação dos direitos humanos em seus sistemas jurídicos. Em outro nível, o ideal de validade e aplicabilidade universal dos direitos humanos passou a ser defendido ora como forma de resolução justa e pacífica dos conflitos na sociedade intercultural, ora como um núcleo compacto impenetrável pelo legislador político soberano, a fim de salvaguardar direitos referentes a todo homem, independentemente de seu marco histórico-cultural. No entanto, a eventual aplicação dos direitos humanos suscita o problema da legitimidade, quando postos em confronto com a realidade multicultural. É necessário encontrar um fundamento comum compartilhado pelos diferentes grupos culturais existentes na realidade contemporânea, a partir do momento em que se vislumbra o fato do multiculturalismo e as várias visões do “bom” como fatores que devem ser considerados nos discursos interculturais.

Em termos metodológicos, este trabalho foi escrito a partir de pesquisas bibliográficas. Foram lidos, interpretados e discutidos textos dos autores mais atuais que tratam do tema, como Jürgen Habermas, Robert Alexy, Adela Cortina, Otfried Hoffe, Seyla Benhabib e John Rawls.

Em primeiro lugar, exporemos o conceito de direitos humanos e a importância de tal instituto para a justa resolução de problemas na sociedade internacional. Esclareceremos o conteúdo do princípio da universalidade, bem como as possibilidades de um discurso jurídico intercultural. Serão apontadas as críticas levantadas pelo multiculturalismo contra o modelo liberal de direitos humanos, e o modo como este instituto deve adequar-se aos contextos de diversidade, mediante a reformulação do seu procedimento de formação, caso não queira renunciar à sua pretensão de universalidade.

Em segundo lugar, abordaremos os sentidos dos discursos de legitimação e aplicação dos direitos humanos, sua relação de complementaridade recíproca e a posição em que se inserem no quadro teórico contemporâneo. A teoria do discurso de Habermas será apresentada como um procedimento de legitimação potencialmente capaz de fundamentar normas de ação apoiadas em contextos de diversidade cultural, através das estruturas do agir comunicativo e da prática de argumentação racional.

Por último, discutiremos como a teoria do discurso pode institucionalizar-se na forma de uma democracia deliberativa, arranjo institucional baseado no princípio do discurso, e dar respostas satisfatórias aos dilemas multiculturais.

II. DISCUSSÃO

1. Direitos humanos: conceito e importância

A cultura ocidental incluiu definitivamente em sua concepção político-filosófica o instituto dos *direitos humanos*. De acordo com esta concepção, um mínimo ético deve ser garantido nas relações verticais entre Estado e particulares, bem como nas relações privadas entre particulares, sob a forma de direitos, e, por conseguinte, com todas as implicações que dela resultam: a pretensão de efetividade apoiada no caráter coativo do direito, a legitimidade democrática pressuposta às normas jurídicas etc. Otfried Höffe (2000, p.165) aludiu aos direitos humanos como “a religião civil da Modernidade”. De um sentimento moral comum à cultura moderna, os direitos humanos passaram a premissa basilar dos Estados democráticos de direito,³ vistos atualmente como condição *sine qua non* para o exercício da democracia, tanto se posto em mente um conceito democrático liberal ou socialista.

Esses direitos conformam um instituto jurídico que estabelece os limites de convivência entre os homens, já que os interesses intersubjetivos frequentemente se mostram divergentes, o que pode constituir uma relação desigual de forças, dando origem à opressão, à subordinação e à injustiça. Portanto, os direitos humanos tratam de definir condições de coexistência pacífica entre *todos os homens*, ao mesmo tempo em que estabelecem os limites ao pluralismo cultural e político na sociedade internacional; isto implica em que são conferidos a toda a comunidade de seres humanos, daí extraído um de seus pressupostos epistemológicos fundamentais: a *universalidade*. “No sentido jurídico-prático, a modernidade desenvolveu uma nova sensibilidade jurídico-moral; segundo ela correspondem a cada pessoa de qualquer cultura direitos irrenunciáveis” (HÖFFE, 2000, p.194). Sem prejuízo de eminentes críticas ao caráter universal⁴ dos direitos humanos, ele é uma assertiva de ordem etimológica: são direitos *humanos*, ora devem referir-se a todo aquele que seja humano, não apenas ao cidadão de uma sociedade política ou de um Estado singular. A positividade, isto é, o fato de os direitos humanos estarem incluídos no sistema jurídico, na forma de direito constitucional ou infraconstitucional, não é conceitualmente imanente e necessária à concepção de direitos humanos, a despeito de, como veremos a seguir, ter grande relevo, principalmente no âmbito da aplicabilidade.

³ Cf. HÖFFE, Otfried, p. 168: “Na medida em que se reconheçam os três grupos de direitos humanos, não só os liberais direitos de liberdade mas também os de participação democrática e, ademais, os direitos sociais, se pode qualificar de Estado constitucional democrático e de direito”.

⁴ Para analisar a tensão entre as correntes universalistas e o chamado “relativismo cultural”, ou “comunitarismo”, conferir TAVARES, Quintino Lopes Castro. “Multiculturalismo”. In: *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 89-124; também, SANTOS, Boaventura de Souza. “Para uma concepção intercultural dos direitos humanos”. In: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-45, que preconiza a renúncia ao debate universalismo *versus* relativismo.

É preciso, ora, distinguir entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. Aqueles são uma resposta política dos Estados democráticos à exigência da consideração de uma parcela mínima de direitos humanos do cidadão, na forma jurídico-positiva de direitos fundamentais básicos. Os direitos humanos deixam de ser apenas parte da moral jurídica universal e passam a integrar a constituição, obrigando a atuação – positiva ou negativa – dos poderes públicos, convertendo-se agora em elementos do direito positivo de uma comunidade jurídica particular. Direitos humanos, pelo contrário, são direitos de origem *supraestatal*, não destinados à pessoa enquanto membro de um ente público concreto, mas antes como membro de uma comunidade mais ampla,⁵ ilimitada no espaço e transcendente das fronteiras políticas e nacionais que marcam a divisão geopolítica do mundo moderno. Por isso direitos humanos são direitos *morais*:

Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos; sua validade, porém, não pressupõe uma positividade. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada (ALEXY, 1999, p.60).

Não obstante reconhecida sua natureza moral, os direitos humanos só se tornam obrigatórios quando tomam parte em um ordenamento jurídico e são reinterpretados em um processo de autodeterminação política que institucionaliza e dá forma jurídica aos direitos de gênese moral. Conforme se verá adiante, o fato de uma norma ser puramente moral não garante a exigência da conformidade de uma conduta externa à sua prescrição, pelo que se necessita de um sistema de direitos institucionalizado.

1.1. Princípio da universalidade dos direitos humanos: normas jurídicas versus normas morais

Os discursos práticos sobre normas de ação plantam pelo menos três questões de distintas naturezas: questões *pragmáticas*, questões *ético-políticas* e questão *morais*, cada uma das quais ensejando uma configuração específica de discurso, tendo em vista suas regras procedimentais, sua matéria e seu alcance. Tratemos de discursos que abordam questões morais e ético-políticas, haja vista esclarecer ainda mais a natureza peculiar de normas morais dos direitos humanos.

Questões ético-políticas são debatidas à luz da identidade comum compartilhada intersubjetivamente por uma comunidade; plantam discursos nos quais membros “procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida” (HABERMAS, 2003, p.201). As deliberações obtidas nestes discursos têm alcance

⁵ Cf. HÖFFE. “Derechos humanos”. p. 167-168.

circunscrito à comunidade de valores na qual eles foram empenhados, se referem às convicções coletivas dos grupos através de uma hermenêutica que se apropria criticamente das próprias tradições, com vista à escolha adequada de meios para atingir fins coletivos relevantes, com apoio nos valores e tradições consagrados.

Questões morais, por outro lado, rechaçam o agir pragmático do ator motivado por preferências pessoais, ou por convicções internalizadas em grupos axiológicos específicos; têm a ver com *justiça*. Para estatuir uma prática justa, é necessário o “ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos” (HABERMAS, 2003, p.203); o juízo moral repercute em e para todo homem, pois é de sua nota essencial referir-se à regulação da convivência de todos os homens na base de interesses generalizáveis, através de normas que podem ser exigidas a qualquer um em situações semelhantes, destinadas a garantir interesses com os quais qualquer um assentiria. Mandamentos morais são imperativos categóricos ou incondicionais, que podem transcender as barreiras culturais e geográficas das comunidades existentes: “em discursos morais, a perspectiva etnocentrista de uma determinada comunidade se alarga, assumindo a perspectiva abrangente de uma comunidade comunicativa não-circunscrita” (HABERMAS, 2003, p.203).

Os direitos humanos, como normas típicas de natureza moral, não podem renunciar ao *princípio da universalidade*, sem prejuízo de perder seu caráter distintivo de outras normas de ação destinadas a regular a conduta humana. Esse princípio “obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos previsivelmente típicos, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido de todos os atingidos” (HABERMAS, 2003, p.203). Por conta desse teste de generalização, as regras morais devem assumir uma versão totalmente descontextualizada (culturalmente neutra) para que possam abarcar em seu conteúdo interesses *generalizáveis* ou *transcendentais*. Não significa, contudo, que se mantém a formulação doutrinária dos direitos humanos tal como fora empreendida pelo jusnaturalismo moderno dos séculos XVII e XVIII, de características atemporais (e ahistóricas), absolutas e irrenunciáveis. O atual estágio da consciência epistemológica reconhece a historicidade dos direitos humanos (portanto sua temporalidade e relativa variação de conteúdo), refuta a fundamentação jusnaturalística *a priori* dos conteúdos morais dos direitos humanos e do mesmo modo reformula seu procedimento de legitimação com base nas categorias do agir comunicativo. O universalismo moral – na sua modalidade kantiana de imperativo categórico que se impõe à razão prática – é substituído pela racionalidade do agir comunicativo, que possibilita o consenso dialógico sobre valores morais. Tais questões, no entanto, serão tratadas pormenorizadamente adiante. Importante, no presente momento, é evidenciar quais características podem conferir a um juízo o predicado de “moral”, em contraste com juízos de outras categorias.

A dimensão moral do homem refere-se àquela forma de julgar segundo padrões de bom ou mau, correto ou incorreto, justo ou injusto. Portanto a moralidade está presente, consciente ou inconscientemente, em toda ação humana como um dado constante. Certas condições genéricas permitem classificar essa forma especial de julgar como “moral”: a) os juízos morais são “prescrições”, pois tratam de regular a conduta humana; b) são prescrições que se referem a atos livres, responsáveis e imputáveis; c) aparecem como instância última e incondicionada da conduta; d) o discurso moral pressupõe razoabilidade, ou seja, que haja razões para seus mandados. Tais características, todavia, não são exclusivas de normas morais, estando presentes cumulativamente em normas jurídicas, sociais ou religiosas. O conteúdo específico do discurso moral, segundo Cortina (2009, p.90-91), inclui as seguintes notas: a) *auto-obrigação*: são morais as normas que o indivíduo aceita autonomamente, independentemente de imposições por parte de uma autoridade, são cumpridas internamente, em consciência (Kant); b) *universalizabilidade* dos juízos morais: os imperativos morais se apresentam como extensivos a todo homem; c) caráter *incondicional* das prescrições morais: toda justificação possível tem de estar implícita na própria prescrição.

Assim procedendo, foi possível reconhecer a estrutura peculiar dos direitos humanos enquanto prescrições da conduta humana, imputáveis e passíveis de fundamentação racional. E, em contraposição a outras normas – de natureza social, técnica, religiosa ou jurídica – perceber seu conteúdo específico: são direitos cujo reconhecimento deve internalizar-se na própria consciência subjetiva, servindo ao mesmo tempo de parâmetro e de motivação da conduta externa daquele que age; são direitos conferidos a um número ilimitado de destinatários, que criam obrigações de respeito e cumprimento universalizáveis.

1.2. Um discurso jurídico intercultural⁶

Certamente, a maior dificuldade teórica e prática de implementação dos direitos humanos tem índole intercultural. Como fundamentar os direitos humanos quando os interesses e visões de mundo a que eles atendem são os mais divergentes e, aparentemente, se encontram numa relação conflituosa de exclusão mútua? Qual o fundamento seguro a se assumir levando em consideração a variedade de concepções valorativas fornecidas pelas culturas no cenário internacional? Como os direitos humanos podem ser garantidos sem que subjaza a este processo relações de dominação, violência e desconsideração recíproca de identidades culturais desfavorecidas? *Enfim, assentados os direitos humanos como predestinados a valer universalmente, como fazê-lo – com coerência e eficácia – diante da diversidade cultural?*

⁶ O título foi extraído da obra HÖFFE, Otfried. Derechos humanos. p. 172-184. As questões debatidas neste tópico foram propostas pelo autor e serão devidamente relacionadas com o referencial teórico utilizado neste trabalho.

Diante das dificuldades suscitadas por essas questões, poder-se-ia indagar sobre a real importância, ou mesmo a conveniência, da existência de direitos humanos universais investidos da pretensão de regular a convivência humana para além das situações juridicamente previstas no ordenamento internacional. Não obstante, sustenta-se aqui a tese de que é imprescindível a existência do instituto suprajurídico dos direitos humanos, acompanhado de discursos adequados de legitimação e aplicação. Na atual configuração das relações políticas e econômicas na sociedade internacional, regidas pelo fenômeno da globalização e marcadas por todas as consequências que ele acarreta – principalmente o corrente interfluxo cultural – não podemos prescindir de um instituto que regule legitimamente o modo como essas relações se darão, posto que inevitáveis. Com efeito, deixamos a segurança institucional da Modernidade, baseada no Estado-nação e nas formas de associação política bem integradas e culturalmente homogêneas do liberalismo, e adentramos numa era marcada pelo Estado pós-nacional: tanto no nível das relações públicas e privadas internacionais, quanto no nível da convivência organizada em um mesmo Estado constitucional, o enfrentamento entre grupos portadores de visões e características culturais diferenciadas põe em xeque a capacidade de solução de conflitos relevantes com apoio no arcabouço conquistado pela Modernidade. Novas formas de interação exigem novos modelos de composição de interesses.

Posto o “*choque de civilizações*” como um fato sociológico inevitável, e o fechamento cultural como uma prática impossível dadas as atuais circunstâncias, as relações interculturais poderão se desenvolver sob duas formas:

A) na forma imprevisível de relações conflituosas de violência; na ausência de uma base comumente aceita de valores e medidas para a solução de discordâncias, a relação intercultural se degenera em constantes práticas de dominação e subjugação,⁷ nas quais decide quem se encontra provido de maiores condições de impor coativamente seu ponto de vista, sem o auxílio da racionalidade das práticas dialogantes. Em certa medida, o relativismo cultural extremo e sua conseqüente auto-imunização para as trocas culturais podem levar a isso.

B) na forma racional de diálogos práticos sobre questões morais. Aqui, é excluída toda forma de coação que não seja a do melhor argumento – aquele que possa encontrar maior assentimento racional entre participantes de um discurso presidido por regras da razão prática. A dominação e o imperialismo são substituídos pelo consenso racional obtido através do princípio do discurso. Neste campo os direitos humanos têm especial relevância: através de sua observância as relações humanas

⁷ Cf. HÖFFE, Otfried. *Drechos humanos*. p. 198-201. Höffe assenta que a força legitimante dos argumentos radica exclusivamente na sua neutralidade. Dentre argumentos neutros, destaca o da *capacidade de violência*: esta pode se demonstrar biológica e antropológicamente, pois pertence à condição humana. (Observe-se que “condição humana” não se confunde com “natureza humana”, conceito largamente utilizado no paradigma teórico do jusnaturalismo. Esta tem índole metafísica, enquanto aquela, antropológica). Dado que a capacidade de violência colide com interesses irrenunciáveis do homem – tal como o princípio da ação – esta deve ser evitada mediante o cumprimento de direitos humanos, que tratam de estabelecer as condições básicas da existência humana.

conterão seu potencial conflitivo negativo e passarão a dar o conteúdo de convicções morais compartilhadas intersubjetivamente, capazes de fornecer razões para o agir orientado pelo entendimento mútuo.

2. Multiculturalismo e diversidade: limites do liberalismo na nova ordem democrática constitucional

O constitucionalismo ocidental está ancorado nos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, condescendentes com a ideologia defendida pelas teorias liberais e revoluções burguesas do século XVIII. A conhecida tríade liberal-burguesa encontrou sua maior expressão jurídico-positiva ao ser proclamada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.⁸ Todavia, muito antes já se afirmava o ideal democrático dos *direitos humanos*, na forma de princípios éticos com pretensão de validade universal.

Desta forma, o conteúdo dos direitos humanos com pretensão universal corresponde intimamente à ideologia do liberalismo político. Tal afirmação aparentemente dogmática, no entanto, fora posta à prova pelas críticas teóricas do socialismo, tanto aquelas empreendidas pelas teorias do paradigma da redistribuição econômica, que postulavam uma extensão dos direitos humanos de modo a incluir-se no seu rol direitos sociais e econômicos, tanto as empreendidas pelas teorias pertencentes ao paradigma do reconhecimento – tais como o comunitarismo e, posteriormente, o multiculturalismo – cujo intuito era propugnar pela elevação dos direitos culturais à categoria de direitos humanos.

A tensão que destarte irrompe no constitucionalismo ocorre em dois níveis. Em primeiro lugar, o postulado da universalidade de direitos do homem é questionado pelo comunitarismo, que assenta ser inviável a generalização de preceitos morais e jurídicos cosmopolitas, uma vez observada a relatividade de todas as culturas e a maneira peremptória pela qual os padrões concretos de vida comunitária influem na personalidade do sujeito. Em segundo lugar, o multiculturalismo reformula o conteúdo da concepção de direitos humanos, que passa a ser integrada por preceitos interculturais ou transculturais, numa ruptura com a tradição liberal eurocêntrica, acompanhada da proposição de modelos dialógicos de direitos humanos, construídos mediante diálogos interculturais entre as partes interessadas. Também é proposto o abandono do individualismo estrito, de modo a reconhecer direitos dos grupos sociais e culturais, e não apenas direitos subjetivos fundamentais, posto que o conceito de *pessoa* comporta duas dimensões: a dimensão do indivíduo e a dimensão do cidadão integrante de uma comunidade política.

⁸ O art. 1º desta Declaração afirma: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são dotados de razão e consciência e devem agir com espírito de fraternidade em relação uns aos outros”.

O pano de fundo multicultural é o marco histórico da legitimação e da aplicação dos direitos humanos em um período pós-moderno, no qual os conflitos protagonizados pelos grupos culturais – étnicos, linguísticos, religiosos – evidenciam os limites do arcabouço teórico da modernidade, tanto do liberalismo político e econômico quanto do socialismo marxista. A luta das minorias excluídas pelo reconhecimento de suas identidades na esfera pública se põe como um desafio do constitucionalismo, o qual, imediatamente, deve abandonar a ideia de um Estado-nação culturalmente homogêneo e socialmente bem integrado, em prol da concepção pluralista da convivência – e não meramente coexistência – entre grupos que compartilham cosmovisões distintas e aparentemente irreconciliáveis entre si. O direito constitucional, que cria e organiza a democracia pluralista, recebe o encargo da interação e da inclusão social, e da solução justa de conflitos travados dentro de uma estrutura democrática mais ampla.

As dificuldades de formação do consenso social se multiplicam quando em uma sociedade em processo de diferenciação *multicultural* se enfrentam formas de vida religiosa ou étnico-cultural incompatíveis sem que haja sido encontrada ainda a base jurídica comum capaz de suportar tal pressão (DENNINGER, 2005, p.37).

Para que cumpra seu desiderato de composição justa e correta dos conflitos de origem multicultural, o Direito precisa assumir nas suas premissas de fundamentação pressupostos de desenvolvimento atentos à diversidade e à heterogeneidade moral, política e axiológica. O liberalismo se mostrou insatisfatório na tarefa de orientar as práticas jurídicas nos Estados constitucionais pluralistas. Por isso mesmo o jurista alemão Erhard Denninger apresentou um novo paradigma constitucional contemporâneo, composto pela tríade “*segurança, diversidade e solidariedade*”, que vem para substituir a antiga tríade cunhada na Revolução Francesa.

Os dois modelos principiológicos possuem pressupostos teóricos distintos, que levam necessariamente a diferentes compreensões do papel de uma Constituição em face da realidade social.

A epistemologia do liberalismo pode ser bem compreendida a partir da matriz filosófica kantiana, na tradição dos co-fundadores das modernas teorias contratualistas. O formalismo de Kant se justifica na medida da necessidade de se encontrar o imperativo moral universal, transcendente a propósitos empíricos, “porque nenhuma lei universal pode ser derivada de tais representações empíricas” (DENNINGER, 2003, p.25). Podem ser reconhecidos três pressupostos comuns das teorias contratualistas que fundamentam o constitucionalismo liberal:

a) a autonomia do sujeito individual como centro da vontade e da ação, para quem direitos e deveres podem ser atribuídos; b) a universalização da razão, incluindo a razão prática, na base da qual as categorias de “direito universal” no que respeita à geração de normas, seus destinatários e o objeto das normas, bem como o conceito

de bem comum, são tornadas conceitualmente possíveis em primeiro lugar; e c) a equalização de “sujeitos” (*Unterhanen*) (Kant, Hobbes) e *citoyens* (Rousseau) (DENNINGER, 2003, p.23).

O multiculturalismo não se contenta com essa visão moral e política. Primeiramente, acrescenta a autonomia coletiva ao cenário de criação do direito, porque os sujeitos decidem não apenas o que é melhor para si, mas também em virtude do que é melhor para seu grupo social. A universalização das normas é rejeitada quando assume tão somente o fundamento da racionalidade comum, porque não faz sentido, para o multiculturalismo, a abstração do sujeito e a consequente desconsideração de seu marco histórico-cultural. Do mesmo modo, o sujeito concreto, na globalidade de suas relações sociais, não pode ser tido com igual de uma ótica puramente formal, e o reconhecimento de sua identidade efetiva-se exatamente pelo princípio da diferença.

De plano, não se opera um rechaço absoluto da possibilidade conceitual do “bem comum” social; pelo contrário, acredita-se no consenso sobre questões éticas, morais e pragmáticas controvertidas, mas desde que se preencham condições suficientes de dialogação concreta entre todos os participantes da sociedade afetados pelas respectivas decisões. O que ocorre é a descrença das minorias de que seus interesses possam ser defendidos de maneira adequada com a observância da regra da maioria como tradução fidedigna da vontade geral no espaço democrático.

A ideia por detrás dessa visão é que um conceito consistente de bem comum é gerado, em certa medida, e automaticamente, tanto quanto permaneça possível que todos os “poderes sociais relevantes” tenham uma oportunidade de expressar suas perspectivas e preferências no processo de discussão. [...] A síntese de cada uma dessas perspectivas produz necessariamente uma concepção completa e apurada do bem comum (DENNINGER, 2003, p.31-32).

Portanto, ideais políticos como o bem comum e a própria democracia, no sentido da tomada de decisões políticas fundamentais revestidas do aspecto de normas jurídicas, não são possíveis sem um processo institucional (e mesmo informal) aberto, que garanta a participação de todos os pontos de vista da sociedade pluralista, em especial das minorias estruturais. Nesse processo, os atores sociais cumprem um duplo papel: de autores e destinatários das normas do direito.

2.1. Igualdade versus diversidade: o pluralismo na esfera pública

O constitucionalismo recente caminha em direção a uma nova concepção de igualdade: *da igualdade formal para a igualdade material*,⁹ a saber, uma compreensão da igualdade como

⁹ Cf. ROSENFELD, Michel. “O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger”. In: Revista brasileira de estudos políticos, nº 88. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 58-70, observações sobre os estágios históricos da igualdade: igualdade do estágio 3, na definição da “igualdade como

diferença. A Constituição, a partir de então, cumpre o papel de dirimir reais situações de desvantagem e discriminação; mais do que nunca, pede-se que o tema da inclusão daqueles grupos de pessoas geralmente excluídas dos processos políticos seja elevado a uma categoria constitucional-positiva. Denninger assevera:

(...) a ideia de que todos podem ser igualmente afetados pelo direito provou ser uma ficção. Os homens são afetados, pela mesma lei, diferentemente das mulheres; os cidadãos diferentemente dos estrangeiros; os idosos e deficientes diferentemente dos jovens e não-deficientes (DENNINGER, 2003, p. 27).

Indubitavelmente, esse contexto normativo recebe relevantes contribuições das políticas e teorias multiculturalistas, dos movimentos sociais e de outras modalidades de reivindicação pelo direito de ser igual, ou, em alguns casos, pelo direito a manter e ter reconhecida sua própria diferença. Trata-se de uma questão de justiça, uma vez que a igualdade enunciada pela tríade liberal-burguesa pode (e provavelmente o fará) provocar irreparáveis situações de injustiça, ao desconsiderar as *necessidades especiais* de determinados grupos humanos, sem as quais seus membros não terão condições mínimas de lograr êxito na convivência em sociedade.

Há pelo menos duas formas de realizar justiça da perspectiva igualitária. A primeira consiste em pôr termo à desigualdade para remover a injustiça discriminadora; o paradigma clássico são as lutas das classes sociais subalternas por melhores condições de vida, buscando uma verdadeira equalização fática das condições sociais, realizada pelas políticas de redistribuição. Entretanto, há outras diferenças que, de modo algum, precisam ser superadas: a justiça realizar-se-á mediante o reconhecimento mesmo dessa diferença. É o caso das minorias étnicas, raciais e linguísticas, dos homossexuais e das mulheres, cujos interesses pressupõem que suas necessidades especiais e identidades diferenciadoras sejam de fato mantidas e consideradas, a fim de que possam fazer parte de uma comunidade política integrada e, assim, exercer as prerrogativas da cidadania. Neste caso, são convenientes as políticas de reconhecimento.

Com efeito, os conflitos sociais que têm em sua base lutas por redistribuição e reparação de bens materiais podem ser resolvidos por decisões das majorias das instâncias políticas; a situação, no entanto, torna-se mais gravosa quando se trata de conflitos de identidade, quando a existência da consciência de identidade de uma minoria aparece ligada a determinadas posições religiosas, ideológicas ou morais, não conduz a uma solução clara e permanente dos conflitos. A superação e a reforma das estruturas políticas e jurídicas da sociedade parecem ser a via mais segura, e inevitável, de dar conta da inclusão dos projetos de vida ideal das minorias na agenda política do Estado.

diferença”. Segundo Rosenfeld, citando Habermas, a tríade de Denninger não funciona exatamente como alternativa à tríade liberal, mas apenas evidencia o que está implícito nesta em contextos atuais.

O panorama em que esta “nova” tríade se demonstra apta a desenvolver-se é a *esfera pública*, âmbito que se situa entre o Estado e o Mercado, entrelaçamento de múltiplas formas de associação e organização, onde são criticamente tomadas as deliberações sobre questões gerais: atividades práticas da solidariedade e uma promoção efetiva da diversidade não são concebíveis em um espaço no qual não haja recorrentes momentos de deliberação, onde não se mantenha um processo político institucional aberto, cujos temas centrais sejam as questões públicas que interessam a todos os envolvidos na discussão.¹⁰

Para a promoção da diversidade, e para o deslinde eficaz das políticas de reconhecimento, tem de haver umnexo conceitual entre multiculturalismo e democracia deliberativa – modelo democrático presidido pela ética do discurso, conexão ideal entre política e fundamentação ética do exercício do poder. O modelo de democracia representativa, tão caro ao liberalismo, não é capaz de fomentar a prática argumentativa necessária para a integração social mediante o direito.

3. Discursos de legitimação e aplicação dos direitos humanos

A efetivação dos direitos humanos está condicionada ao *reconhecimento* e à *reciprocidade*. Conforme visto, normas morais não subsistem sem que sejam reconhecidas intersubjetivamente como justas – portanto, sem que possam ser consideradas legítimas. De outro lado, o simples reconhecimento cria virtualmente o caráter de exigência: “os direitos humanos se legitimam a partir de uma reciprocidade; (...) a partir de um intercâmbio. E então contrai um *dever* humano quem realmente aceita dos outros prestações que se produzem unicamente sob a condição da contraprestação” (HÖFFE, 2000, p.201). Um interesse irrenunciável só pode realizar-se por reciprocidade, ou seja, quando encontrar-se bem definido aquele ao qual a contraprestação necessária à realização desse interesse se dirige. Às condições de reconhecimento e reciprocidade correspondem, respectivamente, discursos de *legitimação* e de *aplicação*.

3.1. A relação complementar entre legitimação e aplicabilidade

A finalidade de toda norma jurídica é a resolução efetiva dos conflitos e o fomento da cooperação social¹¹, na medida em que sua pretensão de efetividade significa que o seu conteúdo normativo abstratamente formulado sirva de parâmetro das condutas humanas na realidade

¹⁰ Cf. DENNINGER, Erhard. “‘Segurança, diversidade e solidariedade’ ao invés de ‘liberdade, igualdade e fraternidade’”. p.41-45.

⁹ Cf. SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005. p. 6.

concreta. A aplicabilidade, logo, é categoria fundamental das normas jurídicas, e consiste na sua predisposição em realizar, no nível da realidade social, os objetivos inscritos na regra de direito. No entanto, na visão pós-positivista do direito, a aplicabilidade é um momento posterior ao da legitimação. Uma norma só é aplicável depois que tenha sido objeto de um procedimento racional de legitimação, a fim de que seu conteúdo possa ser tido como motivação dos comportamentos humanos que se pautam na aceitabilidade de uma assertiva normativa. O empreendimento de legitimação firma-se como uma dimensão condicional e anterior ao empreendimento de aplicação do direito.

O propósito essencial do pós-positivismo jurídico representado por Robert Alexy é oferecer uma justificação do direito mais aceitável que aquela oferecida pela tradição positivista. Para tal desiderato, primeiramente é admitida a vinculação conceitual entre direito e moral, mediante a inclusão de elementos morais no direito, tais como os direitos humanos básicos, que funcionam, na teoria alexyana, como o “núcleo essencial da justiça e do direito” (SEOANE, 2005, p.3). Tal reaproximação entre o direito e a justiça requer que aquele assuma uma pretensão de correção: “a institucionalização da moral e da correção implica a institucionalização da justiça, e esta implica a institucionalização dos direitos humanos básicos” (SEOANE, 2005, p.8). Dizer que o direito precisa ser justificado é, em termos técnicos, exigir que ele seja legítimo, o que põe em movimento um árduo empreendimento de legitimação filosófica.

O discurso de legitimação almeja aduzir boas razões a favor da validade jurídica e moral das instituições e normas positivas, bem como conferir validade à facticidade do direito e justificar sua coercibilidade. “A reflexão filosófica sobre a legitimação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais tem como objetivo delimitar, em seus contornos gerais, um conjunto de ‘princípios fundamentais garantidores de um mínimo ético a ser respeitado pelo direito positivo’” (SILVA, 2000, p.13).

A necessidade da legitimação dos direitos humanos, como etapa prévia à sua aplicação, é defendida por Gregorio Robles (1992, p.11-16) mediante quatro tipos de razões. Em primeiro lugar, há a *razão do tipo moral*: a implementação e a defesa dos direitos humanos devem pressupor seu reconhecimento moral, ou seja, que sua promoção tornará os homens e as instituições políticas, jurídicas e sociais mais justos. Os direitos humanos, desta maneira, tornam-se o principal referencial normativo de avaliação da justeza institucional. Em segundo lugar, existe uma *razão do tipo lógico*: a legitimação dos direitos humanos é algo intrínseco à sua própria delimitação concreta. Define, pois, o conteúdo de tais direitos, ao indicar quais são eles e porque foram elevados a uma categoria lógico-superior. Em terceiro lugar, há uma *razão do tipo teórico*, dirigida, precipuamente, ao filósofo do direito, que o lembra da principal função de sua *práxis*: o reconhecimento político e a implementação prática dos direitos humanos não podem ocorrer sem que antes reconheçamos sua

validade com apoio na argumentação, propriamente uma tarefa da filosofia do direito. Por último, a *razão do tipo pragmático* induz a afirmar: não há sentido em lutar por algo injustificado ou que não seja idealmente reconhecido. Toda luta ou militância social encontra-se informada pela teoria.

O empreendimento jusfilosófico de legitimação não constitui uma tarefa eminentemente acadêmica e desconectada da prática de defesa dos direitos humanos; muito pelo contrário, ambas – teoria e prática – se convergem no campo da complementaridade entre legitimidade e aplicabilidade. Como bem advertiu Richard Rorty (*apud* SILVA, 2000, p.35): “se o discurso de legitimação, enquanto modalidade de justificação racional dos direitos humanos, não contribui empiricamente para a proteção e proteção de tais direitos, não há motivo para tê-lo como verdadeiro”.

Não obstante, algumas teorias parecem conceber os direitos humanos somente sob o ponto de vista teleológico de sua capacidade de eficácia social. É o caso do positivismo jurídico de Norberto Bobbio, no qual está declarada a renúncia ao empreendimento de legitimação:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p.45).

Bobbio limita o âmbito da racionalidade à razão teórica, ao mesmo tempo em que inviabiliza teoricamente a legitimação. Sua proposição é um tanto incompleta, pois, além de dar lugar a uma lacuna metodológica, ao assumir um fundamento extremamente problemático dos direitos humanos, confunde legitimação com fundamentação “última”.¹² Segundo Bobbio (1992, p.46), “pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (...)”. Ele reconhece na Declaração um consenso geral acerca da validade dos direitos humanos, um consenso histórico sobre um valor que é “tanto mais fundado quanto mais é aceito” (1992, p.47). Todavia, há que se postar uma dúvida sobre a natureza desse consenso, que excluiu minorias relevantes do processo de discussão sobre direitos humanos, uma vez que a Declaração fora aprovada por apenas 48 Estados; além do mais, o suposto fundamento de Bobbio pressupõe a legitimidade a partir da

¹² Cf. SILVA, Alexandre Garrido da. “Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 29-32.

positividade das normas, algo inconcebível ao tratar-se a validade dos direitos humanos a partir de sua legitimação discursiva.

A patente confusão conceitual entre “legitimação” (ou justificação) e “fundamentação” reside na redução da filosofia dos direitos humanos ao jusnaturalismo, que pressupõe dados objetivos constantes, porém indemonstráveis, como a natureza humana, para a estruturação de suas teorias naturalistas do direito. Ora, legitimação e fundamentação pertencem a dois paradigmas teóricos distintos: enquanto a noção de *legitimação* contém uma forte conotação dialógica e, portanto, argumentativa, apresentando-se como resultado de um esforço argumentativo de justificação de regras e princípios, a *fundamentação* apresenta-se com pretensões fortes de objetividade e de evidência, em busca de fundamentos últimos, absolutos, para o sistema de direitos. Os conceitos sob exame filiam-se, respectivamente, aos paradigmas do pós-positivismo (representado por bases epistemológicas não metafísicas e dialógicas) e do jusnaturalismo (de bases metafísicas e monológicas).

3.2.. Marco teórico do discurso de legitimação: pós-positivismo

O pós-positivismo é o marco teórico da estratégia de legitimação a ser apresentada; constitui a “sublimação” de duas grandes correntes do pensamento jurídico, diametralmente opostas: o jusnaturalismo e o positivismo. O jusnaturalismo, fundado na crença em princípios metafísicos de justiça universalmente válidos, passou a ser considerado anti-científico, e, por conseguinte, teve de conflitar-se com as críticas apontadas pelo positivismo, que buscava a objetividade científica perdida, ou negligenciada, pela filosofia naturalista, com apoio na equiparação do direito à lei positiva. Houve, a partir de então, um afastamento proposital entre direito e filosofia, que ocasionou a escassez dos debates sobre legitimidade e justiça. E são justamente estes debates fundamentais que o pós-positivismo veio resgatar, com a reaproximação entre o direito e a filosofia, construindo uma teoria dos direitos fundamentais edificada no fundamento moral da dignidade humana. “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2008, p.7).

A relação necessária entre direito e moral é o critério suficiente para distinguir uma teoria positivista de uma não positivista (ou pós-positivista): “Todos os não positivistas compartilham a opinião de que o conceito de direito deve ou deveria incluir elementos morais” (ALEXY, 2005, p. 20). O conceito pós-positivista de direito exige, além da eficácia social e da legalidade conforme ao ordenamento (elementos suficientes para a dogmática positivista), a correção moral do direito, que se manifesta mediante uma pretensão de correção: a realização de justiça de acordo com os

imperativos de distribuição e compensação. A pretensão de correção moral requer fundamentabilidade, um dever geral e básico de fundamentação, que significa a *afirmação* de que a norma é materialmente correta e fora estatuída segundo um procedimento correto, a *garantia* de que existem motivos razoáveis para se cumprir a norma em questão, e a *expectativa* de que todos os destinatários da pretensão a reconheçam como correta.¹³ A correção prática e a fundamentação das normas de ação são obtidas em discursos práticos, nos quais todos os potenciais destinatários de uma norma podem reconhecer racionalmente sua validade ideal.

A teoria do discurso, desenvolvida no âmago da filosofia por Jürgen Habermas, e especificamente na filosofia do direito também por Robert Alexy, filia-se ao paradigma pós-positivista e reconstrói os direitos humanos sob uma nova linha de legitimação, não apoiada em categorias abstratas e essencialmente idealizadas, mas, ao invés disso, com base no agir comunicativo e na sua corporificação concreta mediante o uso da linguagem. O direito passa a ser compreendido como um processo de construção cultural, cuja legitimidade é apontada por meio do assentimento racional dos seus destinatários acerca de assertivas normativas criticáveis, construtivamente. Ao contrário do modelo de fundamentação do jusnaturalismo, que aduz a correção através da compatibilidade entre o direito posto e imperativos morais com conteúdo pré-concebido (direitos naturais), a teoria do discurso se contenta com um modelo procedimental de legitimação, ancorado nas estruturas comunicativas que permitem o alcance do consenso através do discurso. Delinear princípios com conteúdo excede a competência de um filósofo moral “procedimentalista”; este deve tão somente estabelecer as condições sob as quais as normas são procedimentalmente corretas, pois as normas materiais são assunto do homem comum participante dos discursos. “O conteúdo do diálogo é constituído pelos interesses que os diferentes indivíduos ou grupos consideram com direito suficiente para ser universalmente reconhecidos (...)” (CORTINA, 2009, p.138). O êxito do discurso depende precisamente do êxito da legitimação, e entende-se bem-sucedida a legitimação baseada em argumentos que podem ser confirmados por todos e qualquer um, em situações hipotéticas de discursos racionais.

4. Teoria do discurso e do agir comunicativo como estratégia de legitimação dos direitos humanos

A teoria do discurso situa-se no paradigma do pós-positivismo, motivada pela descrença pós-metafísica em princípios absolutos de orientação da razão prática,¹⁴ de um lado, e pela

¹³ Cf. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. p. 35.

¹⁴ Ver SILVA, Alexandre Garrido. p. 27: “A legitimação dos direitos humanos não pressupõe um ‘dado’ – como por exemplo a ‘natureza’ do homem ou um mundo moral objetivo – mas uma perspectiva *construtivista*, isto é, uma validade que é construída no discurso por meio de argumentos”.

necessidade da reinserção de predicados de legitimidade no direito posto, do outro. O direito deve vincular aquilo que o positivismo cinde: justiça e legalidade jurídica. Também se encontra na esteira do “giro linguístico”, na medida em que substitui a razão prática, entendida até então como a instância da razão de onde emanam comandos para o agir prático, pela *razão comunicativa*, segundo a qual os homens agem comunicativamente, em uma disposição ao diálogo e à ação, cujas asserções e comportamentos estão expostos à avaliação de outros. A razão *monológica* é substituída pela *dialógica*, à qual corresponde um modelo dialógico de fundamentação, que tenha força legitimante com relação a normas morais e jurídicas.

A única forma de fundamentação possível em nosso atual momento – a única forma de dar razão da existência e das pretensões de obrigatoriedade e de universalidade dos juízos morais – consiste em mostrar as estruturas comunicativas que possibilitam a formação do consenso (CORTINA, 2009, p. 130).

O agir comunicativo é um conceito construtivo da ação social voltada à intercompreensão, uma vez observado, intuitivamente, que na comunicação linguística está implícita a busca pelo entendimento recíproco; em outras palavras, a linguagem é o elemento de que as pessoas se servem, calcadas em pressupostos nela inscritos, para se entenderem sobre algo no mundo. Deste modo, podem ser levantadas posições críticas, segundo o código binário “sim” ou “não”, acerca da pretensão de validade de atos de fala, admitindo-se que questões práticas são passíveis de argumentação racional.

4.1. Habermas: os fundamentos da teoria do discurso, autonomia pública e privada e o sistema dos direitos

Na linguagem estão incorporadas ideias, que, transpostas no *medium* de signos e expressões linguísticas, representam as convicções compartilhadas intersubjetivamente, ao mesmo tempo em que se sujeitam a pretensões de validade em termos de verdade. Mas a validade ideal só pode ser afirmada quando certo enunciado estiver em condições de resistir às objeções levantadas factualmente, isto é, ao poder desestabilizador dos argumentos.

Uma das vantagens oferecidas pela teoria do discurso para a legitimação de normas aplicáveis a contextos de diversidade de valores reside em seu *contextualismo*, intrínseco, naturalmente, na linguagem e no modo como ela se apropria das convicções coletivas, afirmando sua verossimilhança.

A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao

risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto (HABERMAS, 2003, p. 57).

Nas formas de fundamentação pós-tradicionais, os indivíduos retiram a carga de legitimação de normas *das* visões tradicionais de mundo com conteúdo *para* um procedimento dialógico, também respaldado por essas formas de vida históricas.

Na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, toma-se consciência da lógica de questões éticas e morais, embutidas nas estruturas do agir orientado pelo entendimento. Sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo (HABERMAS, 2003, p. 131).

A prática de argumentação parece ser o único *medium* através do qual se faz possível a consideração de várias visões abrangentes de mundo, ancoradas nas mais distintas formas de vida histórica e tradições culturais, no momento da elaboração de princípios legítimos que venham a dirimir reais situações de conflitos multiculturais. Afinal, nenhum fundamento monológico/subjetivo é suficiente para justificar a validade de uma norma que exija a aderência de outrem; este fundamento deve ser dialógico, intersubjetivamente reconhecido, de modo a, concomitantemente, servir de justificativa para a norma de ação e de motivação para o agir normativo do destinatário. O exercício de busca pelo consenso do agir comunicativo se refere a identidades compartilhadas e a visões, valores e costumes que têm validade intersubjetiva dentro de determinada comunidade comunicativa. “A validade dos argumentos correspondentes é relativa à identidade histórica e cultural da comunidade jurídica; relativa também às orientações axiológicas, aos fins e situações de interesses de seus membros” (HABERMAS, 2003, p. 196). Por isso mesmo expectativas de comportamento não podem ser estabilizadas definitivamente, já que estas dependem de pretensões de validade falíveis e precárias, que estão adstritas à mutabilidade das circunstâncias objetivas e subjetivas que influenciam a apropriação da linguagem, e, em consequência, os processos argumentativos de entendimento.

Nesta linha segue Adela Cortina (2009, p.132): “O que legitima uma norma não seria a vontade dos sujeitos individuais, mas o reconhecimento intersubjetivo de sua validade por meio do único motivo racional possível: o discurso”. O discurso se reveste de aspectos formais e procedimentais, bem assim de regras voltadas a salvaguardar a validade do consenso obtido, rumo à observância dos princípios de liberdade e igualdade, da autonomia e da ampla participação. Deste modo, permite que seu conteúdo seja variado, materialmente, mas sempre constituído de argumentos racionais que se pretendem válidos e com potencial de convencimento suficiente para

serem universalmente reconhecidos, na condição de interesses individuais ou coletivos generalizáveis.¹⁵

A teoria do discurso articula com originalidade a autonomia pública do cidadão com a autonomia privada do sujeito portador de liberdades negativas. Nem Kant nem Rousseau conseguiram explicar satisfatoriamente a tensão existente entre *direitos humanos* subjetivos do indivíduo e o princípio da *soberania do povo*, do legislador político soberano – princípios em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno. Dependendo da primazia que se dá a um ou outro princípio na configuração de uma sociedade de direito, estaremos diante de uma aproximação com o liberalismo ou com o republicanismo.¹⁶ Na teoria jurídica clássica, direitos humanos e soberania do povo ainda se encontram numa relação de exclusão mútua. A partir da formação discursiva da opinião e da vontade, proposta por Habermas, a autonomia política se desdobra em um modelo que pressupõe um nexos *interno* entre direitos humanos e soberania do povo:

A co-originariade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica (HABERMAS, 2003, p. 139).

O modo de articulação entre autonomia pública e privada conduz a um *princípio do discurso*. Normas de ação gerais se ramificam em normas morais e normas jurídicas. Tanto moral autônoma quanto direito positivo precisam ser objeto de fundamentação, a qual, num modelo ético baseado no discurso, é adquirida mediante a aceitabilidade racional de assertivas com pretensão de validade por partícipes de discursos, motivados pelas estruturas que tornam possível o uso da linguagem através do agir comunicativo. Em um nível de abstração – por ser, de início, indiferente à moral ou ao direito, encontra-se o *princípio do discurso*, que se refere a normas de ação em geral: **“D: São válidas normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”** (HABERMAS, 2003, p. 142). O princípio do discurso explica apenas como questões práticas podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente, observando um procedimento fundado na igualdade de competência comunicativa e na razoabilidade dos argumentos.

O princípio do discurso pode converter-se em *princípio moral* ou em *princípio da democracia*, a depender do seu nível de referência: a questões morais ou a questões ético-políticas. O princípio moral funciona como regra de argumentação para a decisão de questões morais, que

¹⁵ Cf. CORTINA, Adela. *Ética mínima: introdução à filosofia prática*. p. 138.

¹⁶ Cf. a crítica de Habermas à abordagem da mencionada tensão em Kant, Rousseau e na teoria política moderna. “Para a reconstrução do direito: (I) o sistema dos direitos”. p. 133-139.

extrapolam os limites históricos casuais, diferenciados socialmente, e ampliam os destinatários de suas prescrições num sentido universalista que requer a assunção ideal de papéis no interesse simétrico de todos; nesta perspectiva, há a regulação de uma comunidade concreta de sujeitos. Por sua vez, o princípio da democracia afirma as possibilidades de institucionalização do direito legítimo, num processo racional de formação política da opinião e da vontade, segundo o qual são legítimas as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito num processo de normatização discursiva; nesta perspectiva, há a regulação de uma comunidade abstrata, criada fictamente por virtude de estatutos jurídicos.¹⁷

Até o presente momento, foram diferenciados com clareza Direito e Moral, os respectivos discursos que ensejam, o alcance espacial de suas prescrições, a relação conceitual tendo em vista a conduta externa ou o plano anímico do ator etc. Não obstante, a relação entre ambos não encontra eco, no paradigma do pós-positivismo, para uma tese da separabilidade. Diferentemente de Alexy, que vê na moral o substrato que fornece a pretensão de correção para o direito, e no direito a ordem reguladora de condutas com cuja decidibilidade e segurança a justiça moral é capaz de institucionalizar-se, Habermas enxerga moral racional e direito positivo numa relação de complementaridade. Segundo Habermas (2003, p.149-150), a moral tem relação apenas virtual com a ação, e sua atualização depende da disposição do ator para agir moralmente; a moral da razão exige apenas que ele forme seu próprio juízo, mas sem o vincular diretamente à ação. Para compensar as fraquezas de uma moral limitada em sua eficácia, a institucionalização de um sistema jurídico mostra-se um caminho que complementa a moral racional, já que proposições jurídicas contêm comandos imediatos para a ação. O sistema de direitos alivia a sobrecarga moral dos sujeitos, pois a normatividade do direito dispensa uma capacidade analítica que está além do indivíduo, qual seja, a de decidir por si só segundo um código binário de justo e injusto.

O modo como autonomia privada e pública se entrelaçam na formação discursiva da opinião e da vontade acarreta um sistema jurídico estruturado comunicativamente, no qual o princípio da democracia toma a feição da interligação entre princípio do discurso e forma jurídica. Tal é, para Habermas (2003, p.158 e ss.), a *gênese lógica de direitos*: começa com a aplicação do princípio do discurso, segundo liberdades subjetivas iguais de ação, termina com a institucionalização jurídica de condições para o exercício da autonomia política. Deste modo, retrospectivamente, num processo circular que se retroalimenta, as liberdades subjetivas de ação produzem o direito legítimo e este define a forma jurídica da autonomia privada. As condições procedimentais de institucionalização do direito legítimo culminam em um sistema de direitos que “deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo” (HABERMAS, 2003, p.158).

¹⁷ Cf. Habermas. “Para a reconstrução do direito: (I) o sistema dos direitos”. p. 141-147.

São categorias de direitos intrínsecas a um sistema de direitos estruturado comunicativamente (HABERMAS, 2003, p.159-164):

- (a) Direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. São legítimas somente as regulamentações que conciliam a liberdade de ação de cada um com a dos demais, na forma de direitos fundamentais que protegem a autonomia privada dos sujeitos de direito.
- (b) Direitos fundamentais que resultam da configuração política do *status* de membro numa associação voluntária do direito. São direitos de participação política ampla e irrestrita no processo democrático de normatização discursiva, que garantem o exercício da autonomia pública dos parceiros do direito.
- (c) Direitos fundamentais decorrentes da possibilidade de postulação judicial e proteção jurídica individual. Têm caráter de garantia juridicamente organizada, com vista à proteção dos direitos subjetivos através da atuação de tribunais independentes e imparciais e do amplo acesso à jurisdição.
- (d) Direito à participação, em igualdade de oportunidades, dos processos de formação da opinião e da vontade. O sistema de direitos só faz sentido na medida em que os sujeitos destinatários de seus mandamentos possam se reconhecer como autores deles próprios, segundo o princípio da autolegislação. São os próprios civis que decidem como deve ser o direito juridicamente firmado pelo princípio do discurso, bem como sobre sua legitimidade e correção.
- (e) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente. Os pares do direito, enquanto sujeitos politicamente autônomos detentores do poder comunicativo, devem estar apetrechados dos meios materiais, culturais e econômicos que lhe garantam o exercício da competência comunicativa em situação de igualdade moral e política.

O uso público das formas de comunicação asseguradas juridicamente faz supor que os resultados obtidos em deliberações submetidas à forma e ao procedimento correto são legítimos. Os direitos acima elencados servem como parâmetro norteador e limitador do legislador político soberano, o qual só pode legislar na medida em que garanta os elementos imanentes e necessários ao procedimento de criação do direito legítimo.

O processo de legislação constitui, logo, o lugar próprio da integração social, com a condição de que possam participar dele cidadãos tidos como sujeitos de direito, portadores de amplas oportunidades de comunicação e participação política, cuja ação, antes de ser orientada pelo sucesso, deve orientar-se para o entendimento mútuo. O direito, desta forma, induz à “expectativa

de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas” (HABERMAS, 2003, p.54), na medida em que os destinatários de suas normas consigam identificar-se como seus autores racionais. Embora legitimidade e legalidade guardem entre si íntima conexão, Habermas (2003, p.168) alerta contra interpretações equivocadas que possam entender a teoria do discurso como modalidade ética de um juspositivismo. “O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*”.

4.3. Alexy e a teoria do discurso desenvolvida no âmbito do direito

Conforme já exposto acima, a teoria da justiça de Robert Alexy admite que o direito, enquanto forma de institucionalização da justiça, deve assumir uma pretensão de correção. O discurso apresenta-se como a via procedimental para a correção das regras e dos princípios do direito, e exige, para a sua concreção, os valores liberais da autonomia e da igualdade dos partícipes.

As questões de correção e de justiça têm de ser racionalmente fundamentadas, e dita fundamentação tem seu lugar mediante o discurso. São traços essenciais de uma teoria discursiva da justiça a liberdade e a igualdade das pessoas, e a neutralidade e a objetividade dos argumentos. Isso conduz a dois graus: o caráter procedimental e o caráter ideal, que no caso da teoria jurídica da justiça são complementados e compensados com o caráter institucional e o caráter material (SEOANE, 2005, p.9).

A teoria do discurso opera uma teoria procedimental da correção prática, que postula que a correção e, portanto, a validade de uma norma, é alcançada quando esta for resultado de um discurso prático racional presidido por regras da razão prática. Dentre essas regras, há aquelas integradas com um forte caráter dialógico ou discursivo, que garantem a liberdade e a igualdade necessárias ao discurso:

(1) todos podem tomar parte no discurso; (2.a) todos podem questionar qualquer afirmação; (2.b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (2.c) todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades; e (3) nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda de seus direitos fixados em (1) e (2), quando dentro ou fora do discurso predomina a força (ALEXY, 2005, p.61).

Podem ser enumerados três princípios fundamentais para a legitimação do direito (e, por conseguinte, dos direitos humanos) sobre a base do discurso; são eles os princípios liberais: a) da *autonomia*, b) do *consenso* e c) da *democracia*. Do ponto de vista de sua fundamentação, o

princípio da autonomia insere-se no pensamento moral kantiano, e pressupõe a capacidade do sujeito em ser o centro das auto-reivindicações de validade, e, do ponto de vista prático, requer que o direito de liberdade seja integralmente conferido aos participantes do discurso, de modo que eles possam expor suas razões, interesses e motivos, sob a forma de argumentos autênticos, em um momento discursivo que exclui definitivamente o uso da violência ou de qualquer meio de coação. Cada um tem o direito de julgar livremente o que é bom para si ou para seu grupo, e atuar neste sentido. O princípio do consenso “afirma que a igualdade e a universalidade dos direitos humanos constituem um resultado necessário do discurso, isto é, todos têm direito ao mesmo sistema básico de direitos humanos e fundamentais” (SILVA, 2000, p.47). Na tradição do pensamento habermasiano, Alexy reafirma a necessidade de que a validação de uma assertiva normativa seja reconhecida “por um auditório universal e infinito de sujeitos”, através de argumentos que se repute válidos universalmente, isto é, que possam convencer racionalmente a todos e ensejar um consenso universal sobre um determinado enunciado. O excessivo rigor deste princípio pode minar ou prejudicar a facticidade dos discursos; no entanto, a universalidade de um sistema mínimo de princípios jurídicos fundamentais é justamente o resultado esperado de uma teoria procedimental de legitimação dos direitos humanos:¹⁸ a universalidade é consequência necessária, e não contingente ou ocasional, do procedimento discursivo, tanto no nível dos argumentos quanto no nível das normas obtidas da composição de razões aduzidas. Pelo princípio da democracia, infere-se que a realização dos ideais normativos inscritos na teoria do discurso somente se dará, de maneira aproximada, em um espaço democrático onde estejam garantidos os pressupostos liberais de salvaguarda da autonomia comunicativa e as regras da razão prática suficientes para a operacionalização do discurso.

Alexy distingue entre duas classes de legitimação teórico-discursiva: a *direta* e a *indireta*. A primeira classe é requisito para que a própria legitimação na base do discurso seja possível, consiste em direitos constitutivos da infra-estrutura jurídica dos discursos práticos, cuja não observância seria discursivamente impossível. São os pressupostos que garantem a neutralidade do procedimento discursivo: a liberdade, a igualdade, a recusa à violência, a participação democrática. Por outro lado, os direitos indiretamente legitimados pela teoria do discurso são aqueles obtidos pelo processo político que preenche as condições exigidas para o discurso, de forma que podem ser subsumíveis aos princípios da legitimação direta. Evidentemente, esses direitos são politicamente contingentes e dependentes da realidade histórica compartilhada por uma determinada comunidade jurídica, pois surgem como resultado de uma deliberação histórica, atrelada a momentos dados e precisos. Ao mesmo tempo em que um conjunto de princípios jurídicos universais constituem o

¹⁸ Cf. HÖFFE, Otfried. Derechos humanos. p. 179-180: “se confunde universalidade com uniformidade, ou melhor: se equiparam princípios jurídicos universais com o nivelamento das diferenças sociais e culturais”.

núcleo de direitos humanos universais,¹⁹ uma grande margem é deixada para que as sociedades políticas em particular, ancoradas por esses princípios, deliberem sobre o conteúdo de direitos humanos que melhor lhes aprouver tendo em vista sua tradição, seus costumes e seus padrões éticos preponderantes. Aqui está uma grande vantagem promovida pela teoria do discurso: ela identifica-se como uma estratégia *minimalista* de legitimação dos direitos humanos, ou seja, ela não fornece um conceito demasiadamente inflacionado de direitos humanos, reportando a esta categoria “apenas aqueles que protegem interesses ou carências fundamentais, cuja violação ou não satisfação implica a morte, o sofrimento grave ou atinge o núcleo essencial da autonomia de seu titular” (SILVA, 2000, p.49). Por ser minimalista, tal conceito é mais resistente às objeções particularistas apresentadas pelas diferentes culturas, tradições e regimes políticos existentes na sociedade internacional, e reservam um maior âmbito de legitimação aos grupos sociais, às comunidades culturais que propugnam pelo reconhecimento da diversidade e ao Estado.

O cumprimento das regras do discurso apresenta-se como vantajoso, pois dá lugar a uma estabilização do direito maior e menos custosa que aquela que seria obtida pelo exercício constante e excessivo da força. Relembrando a lição de Habermas: os sujeitos privados obedecem às normas não porque elas obrigam coativamente, mas motivados pela sua confiança na legitimidade discursiva que nelas encerra. No entanto, embora não necessariamente, os direitos humanos se beneficiam de sua conversão à forma jurídica, para que exerçam e desenvolvam todo o seu potencial normativo. A teoria do discurso não oferece um procedimento infalível, que aponte um único caminho dentre uma variedade de opções normativas; daí a importância da *decidibilidade* que define o direito diante da necessidade de pôr termo aos conflitos. “As exigências morais da teoria do discurso, bem como outros valiosos fins éticos, somente podem ser concretizados em sociedades complexas e pluralistas por intermédio da organização e coordenação do direito” (SILVA, 2000, p.45). Pelo menos se reconhece que, se um direito está incluído no ordenamento jurídico, não restam dúvidas quanto à sua aplicabilidade, à sua disposição imediata em ser garantido nas relações sociais concretas, principalmente porque a positividade garante a reciprocidade. Deste modo, a positividade,²⁰ embora não incida diretamente sobre a legitimidade dos direitos humanos, confere-lhes facticidade, na medida em que o direito positivo dispõe dos meios necessários para a aplicação da regra de direito; pode ser compreendida, portanto, como condição geral de aplicabilidade.

¹⁹ Os pressupostos da teoria do discurso reformulados sob a luz da teoria multiculturalista, em linhas gerais e primárias, podem ser analisados em: AMARAL JR, Ilmar Pereira do; SILVA, Alexandre Garrido da. *Constituição, diversidade e teoria do discurso: Erhard Denninger, Robert Alexy e a questão multicultural*. (Aguardando publicação: Primeiro Anuário da Rede de Grupos de Pesquisas “Arcos” em Direito Constitucional e Teoria do Direito).

²⁰ Cf. HÖFFE, Otfried, “Derechos humanos”, p. 167-168, a importante distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: “Ali onde os direitos humanos passam a fazer parte da constituição, desde o qual obrigam então aos poderes públicos, estes, que antes eram apenas parte integrante da moral jurídica universalista, se convertem agora em elementos do direito positivo, em direitos fundamentais de uma comunidade jurídica particular”.

5. Os dilemas multiculturais na democracia deliberativa

A necessidade de criar modelos normativos se explica pela crença de que se pode transcender a realidade, de que a realidade já não comporta todas as soluções para os problemas encampados pelo homem. A *democracia deliberativa* é um modelo normativo de política democrática, nascida da crítica consciente dos limites dos modelos republicano e liberal,²¹ os quais de certa forma têm sido objeto de divergência na teoria política quanto à sua qualidade de “modelo democrático ideal”.

A noção de política deliberativa se funda na teoria do agir comunicativo, aqui já exposta sucintamente: *a comunicação é voltada à intercompreensão*; do mesmo modo, os discursos de entendimento mútuo, nos quais os integrantes de determinada comunidade política tentam obter clareza sobre o tipo de sociedade em que querem viver, são elementos constitutivos do processo político em geral. O consenso racional apresenta-se como o viés compensatório para os conflitos que ocorrem no interior de uma mesma comunidade; para a harmonização dos conflitos não bastam os discursos éticos²² (como propõe o republicanismo) ou meras negociações ou acordos entre partidos (como no liberalismo), tão sensíveis à genealogia dos conflitos que repousam sua motivação em discordâncias fundamentais sobre princípios morais, religiosos e ideológicos, cuja não exigência de racionalidade no intercâmbio social é patentemente incapaz para estabelecer um vínculo de solidariedade estável. “O direito firmado politicamente, caso se pretenda legítimo, precisa ao menos estar em consonância com princípios morais que reivindiquem validação geral, para além de uma comunidade jurídica concreta” (HABERMAS, 2002, p.277). Deste modo, se concebemos a diversidade das formas comunicativas, bem como a diversidade de convicções que ensejam os argumentos que subsidiam os discursos práticos, a integração social baseada no consenso deve apoiar-se justamente na concordância (ainda que mínima) que os diversos indivíduos e comunidades de valores têm sobre as questões debatidas no fórum público.

Por este motivo, Habermas sugere uma teoria legitimatória procedimental, que se restringe a regras discursivas e formas argumentativas que se orientam ao estabelecimento de um acordo mútuo, fundada no caráter formal da razão comunicativa, que possibilita um modelo de democracia com base “nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo” (*Ibidem*).

²¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”.

²² Para Habermas, os discursos éticos se referem ao bem do indivíduo ou da comunidade, enquanto que os discursos morais se referem a questões de justiça mais amplas: “Diversamente do que se dá com questões éticas, as questões de justiça não estão relacionadas desde a origem com uma coletividade em particular”. HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia” . p. 277.

O Direito se legitima a partir de princípios e mediante procedimentos. A legitimação do procedimento jurídico exige o reconhecimento de todos os membros da sociedade como moral e politicamente *livres e iguais*, porque, se assim for, podem se reconhecer como sujeitos autônomos que sejam, ao mesmo tempo, destinatários das normas de direito e sujeitos ativos de sua produção. A superação do desafio da multiculturalidade, pelo Estado constitucional, requer a estrita observância das regras deste procedimento, pois depende das possibilidades abertas à participação de todos – principalmente das minorias excluídas e marginalizadas – no processo democrático.²³ Quando se defrontam, no Estado democrático, concepções religiosas, morais e cosmovisões diferentes, carecemos da homogeneidade dos costumes e, portanto, de um fator extrajurídico de integração. É necessário o apelo ao direito como *medium* da regulação social: “o recurso a um *procedimento* institucionalmente assegurado de criação do Direito se converte no caminho razoável e ‘correto’ para que ao menos resulte possível alcançar um equilíbrio satisfatório” (DENNINGER, 2005, p.42). A legitimidade deste procedimento repousa na medida em que é garantida a racionalidade, expressa na máxima aceitação dos argumentos por parte de todos os participantes do discurso, e a justiça, no sentido do equilíbrio razoável de interesses.

Somente quando os conflitos resultam juridicamente delimitados por um procedimento é que podem assumir seu papel positivo de integração social, conduzindo a uma concepção pluralista da Constituição, frequentemente atualizada e renovada por novos consensos gerais. Em espaços marcados por conflitos multiculturais, segundo Denninger, a integração social só pode ser obtida mediante *normas de direito positivo*, pois nos conflitos culturais não há uma base comumente aceita e reconhecida de costumes suficiente para fomentar a convivência intercultural. Neste sentido, as regras do procedimento jurídico devem ser objeto de um consenso democrático fundamental, acordadas, obedecidas e legitimadas por todos, reconhecidos estes como membros livres e iguais na formação do Direito.²⁴

Em busca de uma definição da democracia deliberativa, Seyla Benhabib assenta:

[...] a melhor forma de entender a democracia é como um modelo para organizar o exercício público e coletivo do poder nas instituições mais importantes da sociedade, baseando-se nos princípios de que as decisões que afetam o bem-estar de uma coletividade podem ver-se como o resultado de um procedimento de deliberação livre e razoável entre pessoas consideradas moral e politicamente iguais (BENHABIB, 2002, p.179).

O aspecto “deliberativo” de determinado sistema democrático influencia simultaneamente duas instâncias da vida pública:²⁵ tanto as instituições estabelecidas, como os órgãos legislativo e judiciário, quanto as atividades não-oficiais das associações e movimentos sociais da sociedade

²³ Cf. GUTIÉRREZ, Ignacio. “Derecho constitucional para la sociedad multicultural.. p.22-23.

²⁴ Cf. DENNINGER, p. 36-38.

²⁵ Isto permite que Benhabib defina a democracia deliberativa como um modelo de “dupla via”.

civil. Ou seja, ao mesmo tempo em que a política deliberativa pode²⁶ (e não necessariamente deve) servir de programa de ação para as instituições democráticas, pode também presidir a prática de debate na esfera pública, onde ocorrem as lutas multiculturais dos grupos que pretendem ter reconhecida sua identidade e resguardado seu valor nas condições da vida social. Estas lutas ampliam o significado dos direitos de igualdade, postulam uma mudança que pode conduzir a algum tipo de ação coletiva, inclusive institucionalizada.

A premissa básica da ética do discurso, chamada de *metanorma* por Benhabib, remonta à epistemologia habermasiana da teoria do discurso: são válidos apenas normas e arranjos institucionais que possam ser reconhecidos e confirmados por todos os interessados, em situações de argumentação específicas, que atendam a determinadas regras formais (situação ideal de fala), chamadas “discursos”. Da metanorma, são deduzidos dois princípios: o *princípio do respeito universal* e o *princípio da reciprocidade igualitária*. Por respeito universal, entende-se que o direito de participar dos discursos estende-se universalmente a todos os seres capazes de fala e ação, como também lhes são conferidos os direitos e deveres resultantes das normas legitimadas discursivamente; a reciprocidade igualitária reafirma a igualdade e a autonomia daqueles que possuem competência comunicativa e lhes confere o “mesmo direito” a iniciar atos de fala e prosseguir argumentando nos discursos públicos.²⁷ Entretanto, tais princípios admitem diversas reconstruções normativas, e se contextualizam na medida em que são concretamente praticados em contextos jurídicos, culturais e sociológicos distintos.

O horizonte normativo das regras de existência e validade do discurso trata-se de uma estrutura procedimental que rege os discursos práticos, que de forma alguma invalida liminarmente algum possível conteúdo que seja tomado como válido em momentos dados e precisos, sob as condições gerais de legitimidade das normas. A matéria dos discursos corresponde a questões referentes ao consenso social sobre determinada visão de mundo, que é fornecida, sem sombra de dúvidas, pela cultura na qual os sujeitos estão inseridos.

Os fenômenos da globalização, a modificação das fronteiras geopolíticas dos antigos Estados comunistas, as consequências das políticas de redistribuição nos países capitalistas e os modelos de sócio-integração nas democracias liberais ocidentais,²⁸ são razões que explicam a considerável proliferação e ascensão da questão multicultural como assunto de primeira ordem nos Estados contemporâneos. A coexistência de uma multiplicidade de doutrinas ideológicas, religiosas

²⁶ Para Benhabib, a ética do discurso deve ser compreendida não como um programa para orientar as práticas institucionais, mas antes como um modelo ideal de avaliação da legitimidade e da justiça das práticas – institucionais e não institucionais – já existentes. É claro que a ética do discurso pode vir a orientar a formação da vontade política institucionalizada do Estado, “*sim e quando* existir a vontade democrática dos participantes para fazê-lo”. BENHABIB, Seyla. *La democracia deliberativa y los dilemas multiculturales*. p.194-195. (Tradução livre).

²⁷ Cf. BENHABIB, Seyla. *La democracia deliberativa y los dilemas multiculturales*. p.180-184.

²⁸ *Ibidem*. p. 192-193.

e filosóficas sob uma mesma ordem constitucional, instaura na sociedade política conflitos que sugerem o abandono do modelo de “Estado-nação” pelo de “Estado pós-nacional”, ou de “Estado multi-étnico”. A resolução destes conflitos pode ocorrer pelas vias democráticas do discurso – e é aí que a democracia deliberativa possui relevância, pelo seu projeto de fomentar um consenso normativo entre posições políticas divergentes, mas que compartilham do mesmo interesse em obter soluções razoáveis para os dilemas apresentados como riscos para a estabilidade social; do contrário, tais conflitos, que outrora cumpriram um papel social positivo, podem acabar resultando em práticas constantes de violência – física ou psíquica – ou outras formas de desenvolvimento não democrático do potencial conflitivo.

III. CONCLUSÕES

Da discussão realizada acerca do tema proposto, podem-se destacar as seguintes conclusões:

- os direitos humanos são normas de natureza moral, destinados a todo homem (princípio da universalidade), cuja importância repousa na base racional que fornecem para a solução de conflitos de índole intercultural, tão recorrentes na realidade contemporânea;
- afirma-se a possibilidade de um discurso jurídico intercultural. No entanto, normas predestinadas a valer interculturalmente devem ser resultado de um processo de deliberação intercultural, no qual se garanta a possibilidade de todos os destinatários dessas normas serem ao mesmo tempo seus autores, segundo o princípio da autolegislação;
- as críticas do multiculturalismo à proposta de universalidade dos direitos humanos reafirmam a necessidade de um discurso que dê voz às minorias culturais dos Estados democráticos e da sociedade internacional, na medida em que elas possam expor suas cosmovisões, razões e interesses generalizáveis, num espaço deliberativo onde sejam garantidas a liberdade e a igualdade;
- para sua plena efetividade, os direitos humanos devem ser acompanhados de discursos de legitimação e de aplicação: enquanto os discursos de *legitimação* almejam formar historicamente o conteúdo dos direitos humanos na base de discursos morais, além de aduzir razões para o cumprimento dos imperativos morais por parte dos seus destinatários, os discursos de *aplicação* são uma etapa logicamente posterior, na qual as normas legitimamente reconhecidas pretendem deixar o plano da generalidade e da abstração e concretizar-se em determinado contexto fático;
- a teoria de legitimação apresentada situa-se no paradigma do pós-positivismo. Tal modelo teórico aponta contradições nas teorias jusnaturalistas e juspositivistas, e tenta reformular a fundamentação dos direitos humanos através de novas categorias. Estes são entendidos como direitos historicamente construídos (e não como direitos naturais), relacionados a padrões concretos de vida

contextualizados (portanto, não são absolutos), cujo conteúdo normativo é obtido dialogicamente por intermédio de discursos práticos, presididos por regras procedimentais que garantem a racionalidade, a autonomia pública e privada e a igualdade;

- a teoria do discurso é adotada como estratégia de legitimação dos direitos humanos adequada para reger diálogos interculturais. Ela pressupõe o agir comunicativo orientado para o consenso, isto é, que os sujeitos agem comunicativamente, pelo *medium* da linguagem, em direção ao entendimento mútuo sobre normas de ação apoiadas em argumentos com pretensão de validade intersubjetiva (Habermas);
- da ideia de agir comunicativo decorre o princípio geral do discurso: “são válidas normas de ação às quais todos os seus possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. A depender do seu nível de referência, o princípio do discurso pode converter-se em *princípio moral* – quando à sua luz são analisadas questões morais abarcando interesses generalizáveis – ou em *princípio da democracia* – quando objetivar estatuir o direito legítimo de uma determinada comunidade jurídica;
- a aplicação do princípio da democracia cria um sistema de direitos que garante as regras procedimentais de institucionalização do agir comunicativo racional. O sistema de direitos funciona em relação complementar com a moral autônoma, compensando-a, ao servir como modelo de ação para os sujeitos do direito. Segundo Alexy, regras morais se beneficiam da forma jurídica, devido à coercibilidade e à decidibilidade intrínsecas ao direito;
- na versão de Alexy, a teoria do discurso toma o sentido de teoria procedimental de correção prática de regras e princípios. Através dela o direito cumpriria sua pretensão moral de realização da justiça: a correção normativa;
- a democracia deliberativa é o modelo institucional baseado no princípio do discurso. Através da aplicação da teoria do discurso na esfera pública, podem ser solucionadas de maneira racional e inclusiva questões controvertidas propostas pelo multiculturalismo. Isso porque na democracia deliberativa está assegurado um arranjo institucional que permite às minorias excluídas e marginalizadas do processo político expor seus interesses, pontos de vista e projetos ideais de vida, sob a forma de argumentos racionais submetidos a um consenso normativo.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada, Editorial Comares: 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf.

BENHABIB, Seyla. “La democracia deliberativa y los dilemas multiculturales”. In: *Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global*. 1ª ed. Buenos Aires: Editora Katz, 2006. p. 179-237.

BOBBIO, Norberto. “Presente e futuro dos direitos do homem”. In: *A Era dos Direitos*, 4ª Reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 45-65.

CORTINA, Adela. *Ética mínima: introdução à filosofia prática*. Tr.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes: 2009.

DENNINGER, Erhard. “‘Segurança, diversidade e solidariedade’ ao invés de ‘liberdade, igualdade e fraternidade’”. In: *Revista brasileira de estudos políticos*, nº 88. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

_____. “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural”. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Editorial Trotta, 2005. p. 27-50.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. “Introducción: Derecho constitucional para la sociedad multicultural”. In: *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Editorial Trotta, 2007. p. 9-25.

HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 269-284.

_____. “O direito como categoria da mediação social entre facticidade e validade”. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 2003. p. 17-64.

_____. “Para a reconstrução do direito (I): o sistema dos direitos”. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 2003. p. 113-168.

_____. “Para a reconstrução do direito (II): os princípios do Estado de direito”. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 2003. p. 169-240.

HÖFFE, Otfried. “Derechos humanos”. In: *Derecho intercultural*. Traducción de Rafael Sevilla. Editora Gedisa: Barcelona, 2000. p. 163-213.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005. p. 01-15.

SILVA, Alexandre Garrido da. “Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. “Multiculturalismo”. In: *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 89-124.